

FamRB-Beratungspraxis

Aktuelle Praxisfragen

■ Rechtsprechungsänderung zu den schwiegerelterlichen Zuwendungen – der vorprogrammierte Gau im Zugewinnausgleich

von FAFamR Dr. Walter Kogel, Aachen

Mit seiner Entscheidung v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06 hat der BGH einen grundlegenden Umschwung in seiner Rechtsprechung betreffend Zuwendungen zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern eingeleitet. Neben einer kurzen Darstellung der Rahmenbedingungen werden in dem Beitrag die Auswirkungen auf die Zugewinnausgleichsberechnung der Eheleute (Kind und Schwiegerkind) untersucht. Insbesondere wird die These des BGH überprüft, ob die Schenkung „regelmäßig im Zugewinnausgleichsverfahren vollständig unberücksichtigt bleiben könne“.

I. Die Entscheidung vom 3.2.2010

1. Bisherige BGH-Rechtsprechung

In einer 15-jährigen ständigen Rechtsprechung hatte der BGH¹ finanzielle Zuwendungen an Kind und an Schwiegerkind unterschiedlich bewertet.

- Gegenüber dem **eigenen Kind** handelte es sich danach um eine **Schenkung** i.S.v. § 516 BGB.
- Gegenüber dem **Schwiegerkind** erfolgte die Zuwendung nicht uneigennützig zur freien Verfügung des Empfängers. Sie geschah vielmehr zur Stärkung und Erhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft des eigenen Kindes. Bei Zuwendungen an das Schwiegerkind handelte es sich nach dieser Rechtsprechung um eine **ehebezogene Zuwendung**. Diese war **nicht privilegiert** i.S.v. § 1374 Abs. 2 BGB.

2. Nunmehrige BGH-Rechtsprechung

Mit seiner Entscheidung vom 3.2.2010² hat der BGH einen grundlegenden Paradigmenwechsel vorgenommen. Nunmehr sollen Eltern, die um der Ehe ihres Kindes Wil-

len Zuwendungen an das (künftige) Schwiegerkind vornehmen, ein unmittelbares Rückforderungsrecht haben. Diese Übertragungen seien **nicht mehr als ehebezogene Zuwendungen, sondern als Schenkungen** zu qualifizieren. Auf derartige Schenkungen seien die Grundsätze des **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** anwendbar. U.U. sei sogar an **Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB** zu denken.

Beraterhinweis: Da insoweit allerdings eine Willensübereinstimmung bestehen muss, sind solche Fälle theoretisch zwar denkbar, sie werden aber praktisch kaum relevant werden. ◀

Darüber hinaus soll sogar für **Arbeitsleistungen** die Möglichkeit eröffnet werden, aus dem Gesichtspunkt des **familienrechtlichen Kooperationsvertrags** eine Rückerstattung zu erhalten.

Ganz im Gegensatz zur bisherigen Argumentation wird nunmehr festgestellt, dass doch eine **Einigung** über die **Unentgeltlichkeit der Zuwendung** vorliege. Vor allem verfange das Argument, die Übertragung solle auf Dauer der Ehegemeinschaft dienen und damit nicht zu einer den Empfänger einseitig begünstigenden oder frei disponiblen Bereicherung führen, nicht. Aus § 525 BGB lasse sich vielmehr entnehmen, dass eine Schenkung sogar unter einer Auflage erfolgen könne. Im Gegensatz zu den Zuwendungen der Eheleute untereinander fehle es nicht an der **Vermögensminderung**. Der Gegenstand sei vielmehr **dauerhaft** dem Vermögen der Schwiegereltern entzogen. Im Gegensatz dazu habe bei einer Zuwendung der Eheleute untereinander der Ehegatte die Vorstellung, der zugewendete Gegenstand werde der ehelichen Lebensgemeinschaft und damit letztlich auch ihm selbst zu Gute kommen.

Die Zuwendungen der Schwiegereltern erfolgten aber, so der BGH, regelmäßig in der Erwartung des Bestands der Ehe. Dies sei **Geschäftsgrundlage**. Falle diese fort, könne abgesehen von den sonstigen Vorschriften des Schenkungsrechts (§ 527 BGB – Nichterfüllung einer Auflage; § 528 BGB – Verarmung; § 530 BGB – grober Undank) eine **Rückforderung** verlangt werden.

Im Rahmen der **Zugewinnberechnung** müsse bei dem **Schwiegerkind** ein Rückforderungsanspruch in das **Endvermögen** eingestellt werden. Dieser Rückforderungsanspruch sei einzelfallbezogen unter Berücksichtigung der bisher gezogenen Nutzungen durch den Tatrichter zu berechnen. Hierbei seien vor allem maßgebend:³

¹ BGH v. 12.4.1995 – XII ZR 58/94, FamRZ 1995, 1060; v. 28.10.1998 – XII ZR 255/96, FamRZ 1999, 364; v. 4.2.1998 – XII ZR 160/96, FamRZ 1998, 669.

² BGH v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06, FamRZ 2010, 958 = FamRB 2010, 197. Die Vielzahl der unmittelbar nach dem Urteil veröffentlichten Literaturbeiträge macht die Bedeutung der Entscheidung deutlich, vgl. z.B. *Schlecht*, FamRZ 2010, 1021; *Hoppertz*, FamRZ 2010, 1027; *Wever*, FamRZ 2010, 1047; *Schmitz*, NJW 2010, 2207; *Schulz*, FF 2010, 273; *Kogel*, FF 2010, 319. Der BGH hat seine geänderte Rechtsprechung – ungeachtet der geäußerten Kritik – aktuell bestätigt mit Ur. v. 21.7.2010 – XII ZR 180/09.

³ Vgl. hierzu *Schulz*, FF 2010, 273 (275); *Schnitzler/Kogel*, MAH, 3. Aufl., § 21 Rz. 26.

- **Dauer der Ehe** des Kindes mit dem Schwiegerkind von der Zuwendung bis zur Trennung,
- Höhe der durch die Zuwendung bewirkten und noch vorhandenen **Vermögensmehrung**,
- **Einkommens- und Vermögensverhältnisse** des Schwiegerkindes und der Schwiegereltern.

Zusätzlich müsse die Zuwendung in derselben Weise beim **Anfangsvermögen** eingestellt werden. Zwar könne zum Zeitpunkt des Anfangsvermögens ein Rückforderungsanspruch noch nicht beziffert werden. Beim Scheitern der Ehe sei der Betrag jedoch (rückwirkend) bezifferbar. Genau dieser Betrag müsse auch beim Anfangsvermögen zugrunde gelegt werden.

II. Motivlage für die Rechtsprechungsänderung

1. Argumente für und wider die neue Rechtsprechung

„War das nötig?“ Diese Frage stellt *Wever*⁴ zu Recht in seiner Anmerkung zum jetzigen BGH-Urteil. Sicherlich ist es eine rechtspolitische Frage, in welchem Verhältnis Rückabwicklungen von (zukünftigen) Schwiegereltern zu ihren Schwiegerkindern erfolgen sollen: Wird hierfür das Innenverhältnis der Eheleute untereinander bestimmt oder sollen unmittelbare Ansprüche der Schwiegereltern begründet werden? Letzteres eröffnet die Chance, die Zuwendung zu mehr als 1/2 zurückzuverlangen. Die hälftige Begrenzung war durch den Weg über die ehebezogene Zuwendung bei Zugewinnansprüchen i.d.R. vorgegeben.⁵ Nach bisherigem Rechtsverständnis konnten Schwiegereltern allenfalls in Ausnahmefällen direkte Ansprüche gegen das Schwiegerkind durchsetzen. Sie mussten ein **unmittelbares eigenes Interesse** an der Rückforderung gerade *dieses* Gegenstands haben.⁶ Ansonsten gingen sie leer aus. Dies galt sogar für den Fall, dass die Eheleute untereinander Absprachen, einschließlich etwaiger Verzichtes, zum Zugewinnausgleich trafen, die die Ausgleichsbilanz verschoben.⁷

Im Regelfall hatte aber die bisherige Rechtsprechung bislang jedenfalls zu vernünftigen Ergebnissen geführt. Sie wurde bis auf wenige Gegenstimmen⁸ akzeptiert. Die unter- und obergerichtliche Rechtsprechung wandte sie konsequent an. Beim 17. DFGT 2007 wurde in einem Arbeitskreis mit über 40 Teilnehmern das Thema zwar noch einmal diskutiert. Nahezu einstimmig wurde jedoch die bisherige Rechtsprechung des BGH gutgeheißen.

Höchstrichterliche Rechtsprechung soll dem Bürger vor allem Rechtssicherheit vermitteln, indem der Ausgang des Verfahrens zumindest rechtlich vorhersehbar wird. Ohne ersichtlichen zwingenden Grund wurde die langjährige Rechtsprechung zu den schwiegerelterlichen Zuwendungen zugunsten einer Billigkeitskorrektur aufgegeben. Zugegeben: Im gesetzlichen Güterstand war und ist die Abwicklung unter Eheleuten „holzschnittartig“ angelegt: Anfangs- und Endvermögen werden auf beiden Seiten gegenübergestellt, die Differenz zu 1/2 geteilt. Das Ergebnis kann allenfalls unter Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 1381 BGB geändert werden. Da die Rechtsprechung die Messlatte insoweit sehr hoch anlegt,⁹ ist das so gefundene Resultat in der Regel unumstößlich. Demgegenüber wird nach der neuen Rechtspre-

chung die gesamte Rückabwicklung derartiger Zuwendungen in das Verhältnis Schwiegereltern/Schwiegerkind verlagert. Indem der Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage herangezogen wird – ein Unterfall des § 242 bzw. § 313 BGB –, kommt es zu einer **Billigkeitskorrektur**. Die relativ sichere Prognoseentscheidung über den Ausgang eines Rechtsstreits wird zum unsicheren Vabanquespiel: Wann und in welchem Umfang (d.h. mit welchem Prozentsatz) sind Vermögenszuwendungen zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkind „abgegolten“, d.h. in der Regel abgewohnt? Kann man angesichts des Umstands, dass heutzutage jede zweite/dritte Ehe geschieden wird, überhaupt noch von einem ernsthaften Vertrauen in den Fortbestand der Ehe und damit einer Geschäftsgrundlage sprechen? Besonders bedauerlich ist die Kehrtwendung in der Rechtsprechung, weil sich neue Erkenntnisse seit der Entscheidung aus dem Jahre 1995 eigentlich nicht ergeben haben. Die Argumentationskette wird in den Urteilsgründen geradezu beliebig ausgetauscht. Sie verdeutlicht, wie wenig verlässlich selbst eine höchstrichterliche Begründung sein kann.

2. Weitere Folgewirkungen

Zudem besteht folgende Gefahr: Selbst wenn der BGH dies (noch) verneint, besteht die Möglichkeit, dass demnächst sogar bei **ehebezogenen Zuwendungen unter den Eheleuten** die Rechtsprechung „kippt“. Zwar profitiert der hingebende Ehegatte weiterhin während des Bestehens der ehelichen Lebensgemeinschaft vom zugewendeten Vermögensobjekt in den Händen seines Ehepartners. Er erleidet aber zweifellos durch die Übertragung des Vermögensobjekts auf den anderen Partner eine Vermögensminderung. Angesichts dessen fällt es schwer, einen ausschlaggebenden Unterschied darin zu sehen, dass der zuwendende Ehegatte von der Existenz des zugewendeten Vermögens des Ehepartners einen Nutzen hat, die zuwendenden Schwiegereltern hingegen nicht.¹⁰

III. Auswirkungen auf Zugewinnausgleichsansprüche unter den Eheleuten

„Ist demgemäß nicht nur die Schenkung selbst, sondern auch der Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern sowohl im End- als auch im Anfangsvermögen des Schwiegerkindes zu berücksichtigen, folgt hieraus zugleich, dass die Schenkung der Schwiegereltern regelmäßig im Zugewinnausgleichsverfahren **vollständig un-**

4 *Wever*, FamRZ 2010, 1050; ähnlich *Schulz*, FF 2010, 273 (278); krit. zu dem Urteil auch *Hoppenz*, FamRZ 2010, 1027.

5 Vgl. hierzu *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Eheleute außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., Rz. 559 ff.

6 Vgl. hierzu z.B. *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Eheleute außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., Rz. 563.

7 Vgl. KG v. 25.10.2006 – 22 U 199/05, NJW-Spezial 2007, 155.

8 Vgl. z.B. *Bergschneider*, LG Weiden v. 5.11.2002 – 2 S 101/02, FamRZ 2003, 1660; *Wagenitz* in Schwab/Hahne, Familienrecht im Brennpunkt, FamRZ-Buch Bd. 20, S. 167 (*Wagenitz* hat auch an der Senatsentscheidung v. 3.2.2010 mitgewirkt).

9 Vgl. hierzu z.B. BGH v. 26.3.1980 – IV ZR 193/78, FamRZ 1980, 769.

10 So zu Recht *Wever*, FamRZ 2010, 1049 f.

berücksichtigt bleiben kann. Anderes gilt lediglich in besonderen Konstellationen“ Diese apodiktisch aufgestellte Behauptung des BGH¹¹ ist zumindest grob missverständlich.

1. Nachteile für Schwiegerkind und Kind

a) Rechtliche Konstruktion

Der Senat prüft zunächst sowohl aus Sicht des Kindes wie auch aus Sicht des Schwiegerkindes, ob sich durch die geänderte Rechtsprechung Nachteile ergeben könnten. Beides verneint er. Das Schwiegerkind brauche insbesondere neben der Rückforderung durch die Schwiegereltern keine zusätzliche Inanspruchnahme aus dem Zugewinn zu befürchten.

Beispiel

Die Ehefrau Becker hat ein End- und Anfangsvermögen von 0 €. Ihr Ehemann (Schwiegersohn) hat ein Endvermögen von 100.000 €. Ihm wurden in der Ehe 50.000 € durch die Schwiegereltern zugewandt. Es wird unterstellt, dass ein Rückforderungsanspruch i.H.v. 30.000 € besteht.

Lösung

1. Schritt: Würde man **nur** das **Endvermögen** als maßgeblich bewerten, ergäbe sich ein Zugewinn von 100.000 € – 30.000 € = 70.000 €. Die Zugewinnausgleichsforderung von Frau Becker würde damit 35.000 € betragen. Sie müsste den hälftigen Betrag der Zuwendung (30.000 € : 2) = 15.000 € über die Verringerung ihres Zugewinnausgleichs wirtschaftlich mittragen. Das Schwiegerkind käme damit aber nicht in den Genuss des § 1374 Abs. 2 BGB.

2. Schritt: Dies vermeidet der Senat, indem die Zuwendung **auch** beim **Anfangsvermögen** eingesetzt wird. Es liegt eine Schenkung vor. Eine teleologische Reduktion des § 1374 Abs. 2 BGB lehnt der Senat ausdrücklich ab. Der Zugewinnausgleich berechnete sich damit eigentlich wie folgt: 70.000 € Endvermögen – 50.000 € Anfangsvermögen, Differenz 20.000 € : 2 = 10.000 €.

3. Schritt: Das eigene Kind würde damit die Rückforderung durch den verminderten Zugewinnausgleich finanzieren. Deswegen wird eine Konstruktion gewählt, welche im Gesetz allerdings keinerlei Stütze findet: Auch das **Anfangsvermögen** wird **um** den **Rückforderungsanspruch gekürzt**. Dabei wird der Rückforderungsanspruch mit demselben Wert eingestellt, mit dem er auch beim Endvermögen angesetzt wurde.

Im Beispielfall würde dies bedeuten: Endvermögen weiterhin 70.000 €; Anfangsvermögen 50.000 € – 30.000 € = 20.000 €. Die Differenz beträgt 50.000 €, der Zugewinnausgleichsanspruch mithin 25.000 €.

Äußerst missverständlich ist nun die Äußerung, wonach „die Schenkung im Zugewinnausgleichsverfahren völlig unberücksichtigt bleiben kann.“ Wenn man die Schenkung nicht beachtete, fielen das privilegierte Anfangsvermögen ebenso wie die Rückforderungsansprüche zum End- und Anfangsvermögen fort. Konsequenterweise würde dies – auf den Beispielfall bezogen – bedeuten: Dem Endvermögen von 100.000 € stünde kein Vermögen auf Seiten der Ehefrau gegenüber; der Zugewinn betrüge 50.000 €. Die Neutralität der Zuwendung wäre damit gerade *nicht* gegeben. Meinte der BGH etwa nur die *Rückforderungsansprüche* beim End- und Anfangsvermögen?

¹¹ BGH v. 3.2.2010 – XII ZR 189/06, FamRZ 2010, 958 (962, Tz. 43).

¹² Schulz, FF 2010, 273 (275) verneint einen Rückforderungsanspruch bereits bei 20-jähriger Ehedauer.

Oder meinte er gar, dass man bei der Berechnung einmal unterstellen solle, dass die Zuwendung der Schwiegereltern nicht erfolgt wäre. Dann hätte das Endvermögen von Herrn Becker 50.000 € betragen. Anfangsvermögen wäre überhaupt nicht zu beachten gewesen. Rückforderungsansprüche entfielen ebenfalls, so dass das so gefundene Ergebnis mit dem fiktiven Fall übereinstimmen würde. Allerdings würde der *fiktive* Fortfall eines Betrages im Endvermögen ein Novum in der Zugewinnausgleichsberechnung darstellen.

b) Das Problem des Lebenshaltungskostenindex

Der Grundfall zeigt bereits, dass die apodiktische Feststellung im Urteil mehr als fragwürdig ist. Die Bedenken verstärken sich bei dem Denkmodell, wonach fiktiv ein Betrag weggedacht werden soll, wenn man das Problem des Lebenshaltungskostenindexes beachtet.

Beispiel

Herr Becker (Schwiegersohn) hat ein Endvermögen von 300.000 €. Zu Beginn der Ehe (Juni 1978) hatte er 100.000 € von seinen Schwiegereltern erhalten. Im Juni 2008 wird ein Rückforderungsanspruch geltend gemacht. Es wird unterstellt, dass den Schwiegereltern im Hinblick auf die 30-jährige Zeitdauer kein Rückforderungsanspruch zusteht.¹²

Lösung

Wenn man allein von den 300.000 € ausgehen würde und die 100.000 € abzöge, ergäbe sich ein Zugewinnausgleichsanspruch von 200.000 € : 2 = 100.000 €. Dieser Betrag ergäbe sich auch dann, wenn man unterstellte, dass die 100.000 € im Anfangs- wie im Endvermögen auszuklammern seien („zugewinnausgleichsrechtlich neutral“).

Konsequenterweise müssten nach der ständigen Rechtsprechung des BGH jedoch nur gezahlt werden (Lebenshaltungskostenindexfaktor 60,5: 106,6): 300.000 € Endvermögen – indexiertes Anfangsvermögen 176.198 € = Differenz 123.801 €, geteilt durch 2 = 61.900,50 €.

Beraterhinweis: Zu einem anderen Ergebnis würde man nur dann gelangen, wenn man den Lebenshaltungskostenindex bei der Zuwendung an das Schwiegerkind nicht berücksichtigt. Wären die Zuwendungen jedoch an das eigene Kind erfolgt, würde sicher die Indexierung vorgenommen werden. Es besteht keine Veranlassung, dies beim Schwiegerkind nicht zu tun. Oder soll es etwa in Zukunft Anfangsvermögen erster und zweiter Klasse geben? ◀

Ob eine Schenkung an das Schwiegerkind vorliegt, hat demzufolge sehr wohl Auswirkungen auf die Zugewinnausgleichsberechnung. Stets stellt sich dabei die **Vorfrage**, ob **überhaupt** eine **Schenkungsan das Schwiegerkind** vorliegt. Oftmals spielen sich die Zuwendungen in einem rechtlichen Grenzbereich ab. Teilweise werden Leistungen von beiden Seiten erbracht (z.B. Natural- oder Pflegeleistungen einerseits, Vermögensverfügungen andererseits). Es ist aber sehr wohl von Belang, ob es sich um eine *echte* Schenkung handelt oder nicht. Liegt zumindest nur **Teilentgeltlichkeit** vor, wird das Ergebnis der Zugewinnberechnung tangiert. Die Praxis zeigt i.Ü., dass bei vielen Vermögensübertragungen die Beteiligten sich gar nicht darüber im Klaren sind, welche unterschiedlichen Konsequenzen eine Überweisung an das ei-

gene Kind im Gegensatz zur Überweisung an das Schwiegerkind haben kann. Manchmal ist es reiner Zufall, dass der Betrag auf das Konto des Schwiegerkindes transferiert wird (Beispiel: das eigene Kind besitzt kein eigenes Konto). Manchmal sind auch bloß kostenrechtliche Überlegungen entscheidend.¹³ Kurzum: Selten ist die Motivlage eindeutig. Gedankenlos werden in guten Zeiten Vermögensübertragungen vorgenommen, deren Rückforderung in schlechten Zeiten problematisch wird.

Beraterhinweis: Es lohnt sich also, die Vorfrage der Schenkung zu prüfen, insbesondere auch, ob in Wahrheit nicht ganz oder teilweise eine Zuwendung an das eigene Kind vorliegt. ◀

2. Eigene Stellungnahme und Problemfälle

Gegen die Richtigkeit der These des BGH, wonach die Schenkung der Schwiegereltern im Zugewinnausgleich völlig unbeachtlich sei, sprechen eine Vielzahl von Gesichtspunkten.

a) Die Bestimmbarkeit des Rückforderungsanspruchs

In die Zugewinnausgleichsberechnung kann eine Verbindlichkeit immer nur dann eingestellt werden, sofern sie **bestimmbar** ist. **Anfangsvermögen** ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstands gehört, § 1374 Abs. 1 BGB. Zu diesem Zeitpunkt ist der Rückforderungsanspruch aber (noch) nicht bemessbar. Je nachdem zu welchem Zeitpunkt die Rückforderung erfolgt, kann der Rückforderungsbetrag zwischen der vollen Summe und 0 € variieren. Wird z.B. bereits nach drei Wochen Rückforderung verlangt, weil der Schwiegersohn sich unerwartet einer anderen Lebensabschnittspartnerin zugewandt hat, wird man einen Rückforderungsanspruch in voller Höhe vertreten können. Sind die Eheleute hingegen 30 Jahre verheiratet, wird man dies wohl kaum mehr annehmen können.¹⁴ Dies würde bedeuten: Das Anfangsvermögen wäre variabel. Es könnte, je nachdem zu welchem Zeitpunkt das **Endvermögen** und damit auch der Vermögensstand bewertet werden muss, unterschiedlich hoch sein. Dies wäre ebenso ein Novum wie ein Unding in der Zugewinnausgleichsberechnung. Demgegenüber will der BGH den Rückforderungsanspruch beim Anfangsvermögen nominell mit dem Wert einstellen, mit dem er auch jeweils beim Endvermögen berücksichtigt wird. Dabei wird übersehen, dass es sich bei dem Rückforderungsanspruch zum Zeitpunkt der Schenkung um einen in seiner Entstehung gänzlich ungewissen Billigkeitsanspruch handelt. Nach der Stichtagsstruktur des Zugewinnausgleichsrechts ist das Anfangsvermögen indes immer ein fester Betrag, der nicht durch spätere Ereignisse verändert werden kann. Mit der jetzigen Konstruktion des BGH wird ein „Eckpfeiler“ im Recht des Zugewinnausgleichs ohne Not aufgegeben.¹⁵

Außerdem wird – wie schon dargelegt – der Gesichtspunkt der Lebenshaltungskostenindexierung vernachlässigt (s. oben b). Das mögliche Argument, der Rückforderungsanspruch sei ja bereits lebenshaltungskostenindexiert und werde mit dem Betrag ins Anfangsvermögen

eingestellt, wäre ein Trugschluss. Je länger die Zeitspanne zwischen Hin- und Rückgabe dauert, desto geringer wird der Rückforderungsanspruch. Die angebliche Indexierung (in der Regel ein Wertverlust) läuft demzufolge genau in die Gegenrichtung.

b) Nicht vorhergesehene Wertänderungen

Die These von der angeblichen Irrelevanz der Schenkung versagt dann, wenn der hingegebene Gegenstand einen unerwarteten Wertzuwachs oder -verlust gemacht hat.

Beispiel

Das End- und Anfangsvermögen von Frau Becker soll weiterhin 0 € betragen. Herr Becker hat 50.000 € von seinen Schwiegereltern erhalten, die er eigenverantwortlich sofort in Lehman Brothers-Aktien investierte. Nach 10 Jahren sind diese nichts mehr wert. Der Rückforderungsanspruch soll mit 30.000 € angesetzt werden. Herr Becker verfügt über sonstiges Vermögen i.H.v. 100.000 €.

Lösung

Würde man beim Zugewinnausgleich die Zuwendung der Schwiegereltern gänzlich außen vor lassen, betrüge die Ausgleichsforderung von Frau Becker 100.000 €: 2 = 50.000 €. Die Schenkung sowie die Rückgewähransprüche bleiben völlig unbeachtet. Die Schenkung wäre nicht etwa fiktiv beim Endvermögen zu kürzen, weil sie ja in einen wertlosen Vermögensgegenstand investiert wurde.¹⁶

Geht man von der neuen Rechtsprechung des BGH aus, wäre wie folgt zu rechnen: Endvermögen: 100.000 € – 30.000 € = 70.000 €, Anfangsvermögen: 50.000 € – 30.000 € = 20.000 €. Die Differenz beträgt 50.000 €, der Ausgleichsanspruch mithin 25.000 €.

c) Negatives Anfangsvermögen

*Hoppenz*¹⁷ hat – ohne ein Fallbeispiel zu bilden – darauf hingewiesen, dass bei negativem Anfangsvermögen Ungereimtheiten auftreten können.¹⁸ Die von ihm angestellten Überlegungen beziehen sich allerdings nur auf Fälle mit einer Abrechnung nach *altem* Recht und Zuwendungen der Schwiegereltern *vor* der Hochzeit.

Beispiel

Das Endvermögen von Ehefrau Becker (eigenes Kind) beträgt ebenso wie das Anfangsvermögen 0 €. Das Endvermögen des Ehemanns Becker (Schwiegersohn) beträgt 100.000 €. Sein Anfangsvermögen (inkl. Zuwendung) beträgt 50.000 €. Er hat von seinen

13 So z.B. BGH v. 28.2.2007 – XII ZR 156/04, FamRZ 2007, 877 = FamRB 2007, 193; vgl. hierzu auch *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rz. 833.

14 *Schulz*, FF 2010, 273 (275) meint sogar, dass bereits nach 20-jähriger Ehedauer ein Rückforderungsanspruch nicht mehr durchgesetzt werden könne.

15 So auch *Schulz*, FF 2010, 273 (277), der allerdings aus Praktikabilitätsgründen die dogmatischen Bedenken wohl letztlich zurückstellt.

16 Bei diesem Beispiel sind absichtlich Fragen der Lebenshaltungskostenindexierung noch unberücksichtigt gelassen.

17 NJW 2010, 1028.

18 Der von *Schlecht*, FamRZ 2010, 1024 gebildete Beispielfall zu diesem Problemkreis kann demgegenüber *nicht* als Argument herangezogen werden. Er bezieht sich auf eine Zuwendung *nach* der Heirat und saldiert entgegen der Rechtsprechung des BGH (BGH v. 3.5.1995 – XII ZR 71/94, FamRZ 1995, 993) höheres negatives Anfangsvermögen mit einem geringeren Erwerb *nach* der Heirat.

Schwiegereltern eine Schenkung erhalten i.H.v. 30.000 €. Ein Rückforderungsanspruch i.H.v. 30.000 € sei unterstellt.

Abwandlung: Die Zuwendung erfolgte *vor* der Heirat. Das Anfangsvermögen zu Beginn der Heirat betrug aber nur 20.000 €.

Lösung des Ausgangsfalls nach alter Rechtslage (bis 1.9.2009):

Lösung ohne Rückzahlungsverpflichtung: Endvermögen 100.000 € abzgl. Anfangsvermögen von 50.000 € = 50.000 €

Lösung unter Einbeziehung der Rückgewähransprüche: Endvermögen: 100.000 € – 30.000 € = 70.000 €. Anfangsvermögen: 50.000 € – 30.000 € = 20.000 €. Die Differenz beträgt wiederum 50.000 €. Das Ergebnis ist dasselbe.

Lösung der Abwandlung:

Nach altem Recht konnte das Anfangsvermögen nie unter 0 € absinken (§ 1374 Abs. 1 Satz 2 a.F. BGB). Die Zugewinnausgleichsberechnung beträgt daher:

Lösung ohne Rückzahlungsverpflichtung: Endvermögen von 100.000 € abzgl. Anfangsvermögen von 20.000 € = 80.000 €.

Lösung unter Einbeziehung der Rückgewähransprüche: Endvermögen nach Abzug des Rückgewähranspruchs nach wie vor 70.000 €, Anfangsvermögen hingegen 0 €. Die Differenz beträgt 70.000 € und nicht 80.000 €.

Beraterhinweis: Auch dieser Fall macht deutlich, dass unter Berücksichtigung der Rechtslage vor dem 1.9.2009 zum Zugewinn die These von der Neutralität der Zuwendung falsch ist. Der BGH erkennt dies zwar, ohne sich hierdurch aber von seinem Ergebnis abbringen zu lassen. ◀

d) Kappungsgrenze gem. § 1378 Abs. 2 BGB

Darüber hinaus führt die Kappungsgrenze nach § 1378 Abs. 2 BGB zu Inkongruenzen.

Beispiel nach *Hoppenz*, FamRZ 2010, 1028

Beim eigenen Kind (Ehefrau) betragen Anfangs- und Endvermögen 0 €. Das Schwiegerkind hat ein Anfangsvermögen von -30.000 € und ein Endvermögen von 60.000 €. Darin ist die Zuwendung im Wert von 50.000 € enthalten.

Lösung

Der Zugewinn des Schwiegerkindes beträgt nach *neuem* Recht 90.000 € (positives Endvermögen und Abbau der Schulden). Der Ausgleichsanspruch beläuft sich auf 45.000 €.

Wird die Zuwendung zurückgefordert und beträgt diese z.B. wegen teilweiser Zweckerreichung 40.000 €, bleibt zwar der Zugewinn des Schwiegerkindes unverändert. Er beträgt nämlich -30.000 zzgl. Verbindlichkeit von 40.000 € = -70.000 €. Sein Endvermögen beläuft sich nun auf lediglich 60.000 € – 40.000 € = 20.000 €. Die Differenz (Abbau der Schulden und positives Endvermögen) ergibt zwar wiederum 90.000 €. Allerdings vermindert sich die Zugewinnausgleichsforderung des Kindes gem. § 1378 Abs. 2 n.F. BGB. Es werden nur (die noch vorhandenen) 20.000 € geschuldet. Diese Auswirkung wird in der Entscheidung des BGH überhaupt nicht beachtet.

IV. Verfahrensfragen

Bei der Bearbeitung von Zugewinnausgleichsfällen sind drei Verfahrenssituationen denkbar:

1. Anspruch der Schwiegereltern rechtskräftig entschieden, Zugewinnausgleich noch offen

Diese Fälle werden sich erst *nach* der Entscheidung des BGH ergeben. Nach bisheriger Rechtsprechung griff im Verhältnis Schwiegereltern/Schwiegerkind regelmäßig ein Abrechnungsverbot durch. Allenfalls in – verschwindend seltenen – Ausnahmefällen konnte unmittelbar seitens der Schwiegereltern vorgegangen werden, insbesondere wenn diese eigene Interessen bei der Hingabe des Gegenstandes verfolgten (z.B. Nutzungsrechte)¹⁹. Sind die Forderungen entstanden und festgestellt, müssen sie wie auch z.B. Ansprüche der Eheleute untereinander²⁰ in die Zugewinnbilanz eingestellt werden. Sie sind wie „normale“ Forderungen Dritter zu behandeln.

2. Zugewinnausgleich entschieden, Anspruch der Schwiegereltern noch offen

In diese Kalamität wird in der Übergangszeit eine Vielzahl von Verfahren geraten, bei denen die Beteiligten im Vertrauen auf die jahrzehntelange Rechtsprechung eine **Rückabwicklung der Zuwendungen im Innenverhältnis der Eheleute** untereinander vorgenommen haben.

Beispiel

Die Ehefrau Becker (eigenes Kind) hat ein Anfangs- und Endvermögen von 0 €, der Ehemann Becker (Schwiegersohn) besitzt 100.000 €. Von seinen Schwiegereltern hat er 50.000 € erlangt. Es wird ein Rückforderungsanspruch i.H.v. 30.000 € unterstellt.

Lösung

Nach der **bisherigen Rechtsprechung** war die Zuwendung an den Schwiegersohn *nicht* privilegiert. Der Ehefrau stand daher ein Ausgleichsanspruch i.H.v. 50.000 € zu.

Da einerseits gegen den Ehemann ein Rückforderungsanspruch von 30.000 € besteht und andererseits ein Anfangsvermögen von 50.000 € zu beachten ist, muss nach der **jetzigen Rechtsprechung** wie folgt gerechnet werden:

Endvermögen: 100.000 € – 30.000 € = 70.000 €. Anfangsvermögen 50.000 € – Rückforderungsanspruch von 30.000 € = 20.000 €. Die Differenz beträgt 50.000 €, es ergibt sich ein Zugewinnausgleichsanspruch von 25.000 €.

Liquiditätsmäßig ergibt sich somit eine Gesamtverpflichtung von 25.000 € (Zugewinn) + 30.000 € (Rückforderungsanspruch) = 55.000 €.

Wenn die Schwiegereltern im Nachhinein Ansprüche geltend machen, sähe die Situation liquiditätsmäßig wie folgt aus: 50.000 € (Zugewinnausgleich) + 30.000 € (Rückforderungsanspruch) = 80.000 €.

Der BGH sieht zwar das Problem. Er erklärt jedoch, diese Fälle seien „eher selten“. Unbillige Ergebnisse könnten dadurch vermieden werden, dass das Ergebnis des güterrechtlichen Ausgleichs bei der Ermittlung der Höhe des schwiegerelterlichen Rückforderungsanspruchs „ausnahmsweise“ im Rahmen der **tatrichterlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls** berücksichtigt werde. Dabei soll insbesondere von Bedeutung sein, dass der Zweck der Schenkung insoweit erreicht wurde, als das Kind bereits über den Zugewinnausgleich von der Schenkung profitiert hat.

19 Vgl. hierzu BGH v. 7.9.2005 – XII ZR 316/02, FamRZ 2006, 394 = FamRB 2006, 133; *Wever*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 5. Aufl., Rz. 563.

20 Vgl. hierzu *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rz. 505 ff. mit zahlr. Beispielfällen.

Diese Konstruktion zeichnet sich durch ebenso viel Charme wie mangelnde Dogmatik aus. Zunächst legt der BGH dar, dass die Ansprüche der Schwiegereltern gegen das Schwiegerkind einerseits und die Ansprüche der Eheleute untereinander andererseits völlig getrennt voneinander betrachtet werden müssten. Diese Forderungen sollen insbesondere nicht vom Güterstand abhängig sein. Es verwundert daher, wie auf einmal doch die Höhe des Anspruchs in einem völlig anderen Bereich die eigene Forderung beeinflussen können soll. Der Hinweis auf den Nutzen des eigenen Kindes orientiert sich erkennbar an der bisherigen, gerade aufgegebenen Rechtsprechung, welche über die Beteiligung im Zugewinn ein hinreichendes Korrektiv annahm.

Den Hinweis des BGH wird man wie folgt interpretieren müssen: In Verfahren, die bereits nach *altem* Recht zwischen den Eheleuten entschieden wurden, werden die Schwiegereltern im Zweifel „leer“ ausgehen, wenn die Eheleute untereinander im Zugewinnausgleich das Problem basierend auf der bisherigen unangefochtenen Rechtsprechung geregelt haben.

Beraterhinweis: Klar ist allerdings auch, dass *auf keinen Fall* diese Einschränkung in den Fällen gelten kann, bei denen erst *nach* der Entscheidung des 3.2.2010 der Zugewinnausgleich geregelt wurde. Sofern Schenkungen der Schwiegereltern in Betracht kommen, müssen diese einbezogen werden. Ansonsten kann eine irreparable Doppelberücksichtigung bei den Verpflichtungen des Schwiegerkindes erfolgen. ◀

3. Weder Anspruch der Schwiegereltern noch Zugewinnausgleich rechtskräftig entschieden

Nach bisheriger Rechtsansicht bestand für die **Schwiegereltern** überhaupt nur dann die Chance Ansprüche durchzusetzen, falls sie mit der Zuwendung eigene Ziele verfolgten.²¹ Durch die Entscheidung des BGH wird ihre **Rechtsposition gestärkt**. Völlig unabhängig von dem Güterstand oder auch von vertraglichen Vereinbarungen der Eheleute untereinander können Ansprüche geltend gemacht werden. Nach früherer Ansicht war – wie dargelegt – sogar dann eine Verfolgung der Ansprüche nicht möglich, sofern die Eheleute wechselseitig auf durchaus bestehende Zugewinnausgleichsansprüche verzichtet hatten.²²

Aus Sicht des Kindes und des Schwiegerkindes scheint nach den pauschalen Äußerungen des BGH eine Zuwendung zwar keinen Einfluss auf die Zugewinnausgleichsberechnung zu haben. Dieser Eindruck täuscht indes, wie die obigen Beispielfälle deutlich machen. Vor allen Dingen stellt sich *vorab* in derartigen Fällen überhaupt die Frage, ob **tatsächlich** eine **schenkweise Zuwendung** erfolgt ist. Denkbar sind ja auch Rechtskonstruktionen, bei denen Zuwendungen im Hinblick auf Gegenleistungen erfolgen, also gerade nicht unentgeltlich sind, oder bei denen darlehensweise Geldbeträge hingegeben werden.

Beraterhinweis: Es kann nur *dringend* empfohlen werden, in derartigen Fällen den Ausgang des Verfahrens der Schwiegereltern gegen das Schwiegerkind abzuwarten. Es muss ein **Aussetzungsantrag** gestellt werden. Das Risiko, dass sich eine Zuwendung auf den Zugewinn

auswirken kann, ist unabsehbar. *Schlecht*²³ meint zwar, derartige Aussetzungen seien auch ansonsten in Zugewinnausgleichsverfahren durchaus üblich. Bislang waren aber Aussetzungsbeschlüsse in Zugewinnausgleichsverfahren äußerst selten. Wenn nunmehr Zuwendungen der Schwiegereltern eine Rolle im Rahmen der Zugewinnausgleichsberechnung spielen können, werden die Aussetzungsbeschlüsse stark zunehmen.

Auf keinen Fall sollte man aus Sicht des Ausgleichspflichtigen das Familiengericht **inzidenter** über die Ansprüche der Schwiegereltern **entscheiden** lassen. Damit könnten divergierende Entscheidungen entstehen. Auch in diesem Punkt ist *Schlecht* zu widersprechen. Da die beiden völlig separat laufenden Verfahren zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können (**keine Rechtskraftwirkung!**), ist vielmehr abzuwarten. Ggf. kann daran gedacht werden, eine **Streitverkündung** im Rahmen des Verfahrens Schwiegereltern/Schwiegerkind vorzunehmen, um dem Einwand vorzubeugen, der anderweitige Rechtsstreit sei falsch entschieden worden. ◀

Sofern die Schwiegereltern bereits vor Einreichung des Zugewinnausgleichsverfahrens Ansprüche angemeldet, aber nicht weiterverfolgt haben, sollte das Schwiegerkind überlegen, ob es die Fragen der Schenkung und eines möglichen Rückgewähranspruchs nicht durch ein **Feststellungsverfahren** gerichtlich klären lässt.

Beraterhinweis: Durch die Aussetzung des Verfahrens wird der gesamte Zugewinnausgleich blockiert. Teilercheidungen werden nicht erfolgen. Besonders misslich wirkt sich die Situation aus, falls im Rahmen des Scheidungsverfahrens der Zugewinnausgleich als Verbundsache anhängig gemacht wurde. Aus Sicht des Ausgleichsberechtigten ist in derartigen Fällen besonders auf die Möglichkeit eines **vorzeitigen Zugewinnausgleichs** zu achten. Selbst dann, wenn der Zugewinnausgleich rechtshängig ist, kann bei Ablauf der dreijährigen Trennungsfrist ein solcher separat verfolgt werden.²⁴ Nur hierdurch kann der Güterstand beendet und damit die **Fälligkeit** und **Verzinsung** der Forderung gem. § 1378 Abs. 3 BGB herbeigeführt werden. ◀

Diese absehbare **Verzögerung von Zugewinnausgleichsverfahren** wird sich nach Ansicht des Verfassers als *das* große Folgeproblem der geänderten BGH-Rechtsprechung herausstellen. In der Auseinandersetzung des gesetzlichen Güterstands der Eheleute anlässlich der Scheidung bedeutet dies den vorprogrammierten Gau.

21 Fn. 6.

22 Vgl. z.B. KG v. 25.10.2006 – 22 U 195/05, NJW-Spezial 2007, 155; Schnitzler/Kogel, MAH, 3. Aufl., § 21 Rz. 120.

23 FamRZ 2010, 1024.

24 Vgl. hierzu OLG Karlsruhe v. 25.4.2003 – 16 WF 6/03, FamRZ 2004, 466.