



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 2010, 87

**Übergangsfälle nach der Güterrechtsnovelle**  
**-eine ernüchternde Zwischenbilanz**

*Der Autor zeigt anhand verschiedener Beispielfälle auf, welche Probleme nach der Güterrechtsnovelle im Rahmen von Übergangsfällen auftauchen können. Verbunden hiermit ist ein Appell an den Gesetzgeber, durch Ergänzung der Übergangsbestimmungen für größere Rechtsicherheit zu sorgen.*

**A.**

**Einleitung**

Noch nicht einmal 6 Monate nach Inkrafttreten der Güterrechtsnovelle zeigt sich aufgrund verschiedener Beiträge in der Literatur, dass der Gesetzgeber den Übergangsfällen offenbar keine hinreichende Bedeutung beigemessen hat. Im Rahmen der Überleitungsvorschriften (Art. 220 EGBGB, § 20) sind von ihm nur zwei Fälle erwähnt:

- § 1370 BGB (die Vermutung für Alleineigentum im Rahmen einer **Ersatzbeschaffung** entfällt für Haushaltsgegenstände, die ab 01.09.2009 erworben wurden)  
sowie
- die Vorschrift des negativen **Anfangsvermögens** (§ 1374 BGB) wurde eingeführt.

## B. Problemkreise

Schon jetzt zeichnen sich aber in folgenden Bereichen gravierende Probleme in der Praxis ab.

### 1. Problematik:

Zugewinnausgleichsansprüche, die durch die Ehepartner zu **unterschiedlichen Zeitpunkten** geltend gemacht werden.

Beispielsfall:

Der Ehemann Becker 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 am Ende der Ehe über 80.000,00 € Ihr Anfangsvermögen ist mit 0,00 € anzusetzen.

### (1) Lösung nach altem Recht:

Bei Herrn Becker ist ein Zugewinn von 50.000,00 € entstanden, bei der Ehefrau ein solcher in Höhe von 80.000,00 €. Die Ehefrau schuldet ihm also  $30.000,00 € - 15.000,00 € = 15.000,00 €$

### (2) Lösung nach neuem Recht:

Nach neuem Recht gibt es ein negatives Anfangsvermögen. Die 50.000,00 € hat Herr Becker getilgt. Weitere 50.000,00 € hat er als Guthaben erzielt. Wirtschaftlich beträgt sein Zugewinn damit 100.000,00 €. Die Differenz beträgt nunmehr  $100.000,00 € - 80.000,00 € = 20.000,00 €$ . Nach neuem Recht muss Herr Becker an seine Ehefrau umgekehrt die Hälfte hiervon also 10.000,00 € zahlen.

Fazit: Nach altem Recht ist **er**, nach neuem Recht **sie** ausgleichsberechtigt.

### (3) Problem bei der Übergangsregelung

Rakete-Dombek<sup>1</sup> bildet nun den Fall, dass der Ehemann Becker seinen Zugewinnausgleich **vor** dem 01.09.2009 im Verbund geltend gemacht hat. **Nach** Inkrafttreten des Gesetzes verfolgt Frau Becker demgegenüber in einer isolierten Zugewinnausgleichsantrag ihren Anspruch in Höhe von 10.000,00 €. Rakete-Dombek meint, zum einen könnten die Anträge nicht in ein und demselben Verfahren entschieden werden. Es müsse vielmehr zwei Verfahren mit unterschiedlichen Ergebnissen geben. Eine Verbindung der beiden Verfahren sei nicht zulässig. Auch ein Widerantrag der Ehefrau im Ursprungsverfahren sei nicht möglich. Für dieses Verfahren gelte altes Recht. „Wohl oder übel“ müssten beide Ansprüche daher gesondert geltend und durchaus widersprüchlich entschieden werden. Der Gesetzestext ist in der Tat interpretationsfähig. Er lautet:

*Für Verfahren über den Ausgleich des Zugewinns, die vor dem 1.9.2009 anhängig werden, ist für den Zugewinnausgleich § 1374 BGB in der bis zu diesem Tage geltenden Fassung anzuwenden.*

Anhängig ist nur ein Zugewinnausgleichsanspruch des Herrn Becker gegen seine Ehefrau. Damit ließe sich dem Wortlaut nach rechtfertigen, dass der Anspruch von Frau Becker bislang gerade nicht anhängig ist.

Trotzdem erscheint die Auffassung von Rakete-Dombek letztlich 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. Allenfalls dann, wenn die Gefahr widersprechender Entscheidungen aus sonstigen Gründen ausgeschlossen ist, kommt z.B. auch ein Teilurteil in Betracht<sup>2</sup>. Da es sich um einen einheitlichen Anspruch handelt, muss daneben in der ausnahmsweise zulässigen Teilentscheidung zugleich über den Grund gem. §§ 301 Abs. 1, 304 ZPO analog entschieden werden<sup>3</sup>. Herr Becker hätte neben dem Antrag auf Zahlung aber z.B. keine negative Feststellungsklage erheben können, wonach seiner Frau kein Zugewinnausgleichsanspruch zustehe. Einer solchen negativen Feststellungsklage hätte das Rechtsschutzbedürfnis gefehlt. Er klagt ja auf Leistung an sich. Dies macht deutlich, dass der gesamte Zugewinnausgleichsanspruch bereits im Sinne der Übergangsregelung anhängig ist und nicht nur der Anspruch des Herrn Becker gegen seine Frau. Der separate Antrag der Ehefrau muss daher aus Sicht des Verfassers mit dem Ausgangsverfahren verbunden werden. Insgesamt kann für dieses Verfahren nur altes Recht gelten. Die Ehefrau kann nicht über den Umweg eines separaten Prozesses die Vorteile des neuen Rechts in Anspruch nehmen.

## **2. Problemkreis:**

Zugewinnausgleichsanträge bei Verfahren, in denen der Güterstand bereits nach altem Recht **beendet**, der Antrag auf Zugewinnausgleich aber erst nach dem 01.09.2009 **geltend** gemacht wurde.

Beispielsfall in Anlehnung an Schwab<sup>4</sup>:

Die Eheleute Becker trennen sich am 24.12.2006. Das Scheidungsverfahren wird am 03.01.2008 rechtshängig. Zu diesem Zeitpunkt verfügt Herr Becker über ein Aktiendepot von 250.000,00 € Rechtskräftig wird die Ehe am 15.12.2008 geschieden. Der Wert des Depots beträgt zu diesem Zeitpunkt wegen der Finanzkrise 0,00 € Es handelte sich um Anleihen von Lehman Brothers. Am 14.09.2009 wird von Frau Becker der Zugewinn anhängig gemacht. Herr Becker verfügt über ein Anfangsvermögen von 50.000,00 € Frau Becker hat weder Anfangs- noch Endvermögen.

<sup>1</sup> FPR 2009, 270

<sup>2</sup> Vgl. BGH, MDR 1989, 895 Urt. v. 26.4.1989 – IV b ZR 48/88

<sup>3</sup> Vgl. Götsche, MDR 2005, 1090

<sup>4</sup> FamRZ 2009, 1445

### **(1) Lösung nach altem Recht:**

Betrachtet man den Fall nun nach **altem** Recht, war zwar grundsätzlich ein Zugewinn bei Herrn Becker in Höhe von 250.000,00 €– 50.000,00 € entstanden, da zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit diese Vermögenssituation gegeben war, vgl. §§ 1378 Abs. 3 S.1, 1384 BGB. Als Korrektiv musste jedoch immer noch § 1378 Abs. 2 a.F. BGB beachtet werden. Sofern zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes (entweder Rechtskraft der Scheidung oder Rechtskraft des Gestaltungsurteils auf vorzeitigen Zugewinnausgleich) kein Vermögen mehr vorhanden war, wurde die Forderung wiederum auf 0,00 € gesetzt. Nach herrschender Meinung galt diese Regelung sogar in den Fällen, in denen der Betreffende selber arglistig den Vermögensverlust herbeigeführt hatte<sup>5</sup>.

Das Resultat nach altem Recht betrug daher wegen § 1378 Abs. 2 BGB a.F.: 0,00 €

### **(2) Lösung nach neuem Recht:**

Ganz anders sieht die Situation nach neuem Recht aus. Bei dem vorverlagerten Stichtag verbleibt es. Die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB a.F. ist entfallen<sup>6</sup>. Die Zahlungsverpflichtung besteht in Höhe von (250.000,00 €- 50.000 €): 2 = 100.000 €

### **(3) Problem der Übergangsregelung:**

Gilt für einen derartigen Fall aber überhaupt neues Recht? Schon beim 18. Deutschen Familiengerichtstag war diese Frage Gegenstand ausgiebiger Erörterungen der Arbeitskreise 16 und 18.<sup>7</sup> Der Arbeitskreis 16 vertrat die These, dass altes Recht auf jeden Fall anzuwenden sei. Der 18. Arbeitskreis forderte hingegen den Gesetzgeber auf, durch eine Überleitungsregelung Klarheit zu schaffen. Wäre noch nach altem Recht der Zugewinnausgleich eingeklagt worden, schied die Anwendung neuen Rechts aus. Es würde nur altes Recht gelten. Da dies aber nicht der Fall ist, vertreten Schwamb<sup>8</sup> sowie Büte<sup>9</sup> die Auffassung, selbst solche Sachverhalte unterlägen dem neuen Recht. Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, noch aus den Materialien ergäbe sich Gegenteiliges. Der Gesetzgeber könne auch in „abgeschlossene Sachverhalte“ eingreifen. Dies sei u.a. mit dem VA-Strukturreformgesetz geschehen. Die Vorschriften der §§ 1384, 1378 BGB seien in der Literatur seit langem als ungerecht dargestellt worden. Rechtspolitisch sei ein Eingreifen daher sinnvoll.

Demgegenüber vertritt Hauß<sup>10</sup> aus Sicht des Verfassers zutreffend die Gegenansicht. Mit ihm ist auf Folgendes hinzuweisen:

---

<sup>5</sup> Vgl. zur alten Rechtslage im Einzelnen Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdn. 957 ff. mit zahlreichen Nachweisen

<sup>6</sup> Ob und inwieweit bei solcher Situation dem Ausgleichspflichtigen geholfen werden kann oder muss, wird bei Schwab a.a.O. sowie Kogel, FF 2009, 390 im Einzelnen dargelegt und soll hier nicht Gegenstand der Diskussion sein.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu Schwamb FamRB 2009, 394

<sup>8</sup> FamRB 2009, 394

<sup>9</sup> Familienrecht kompakt 2009, 192

<sup>10</sup> FamRB 2009, 394

Der Güterstand wird mit Rechtskraft des Scheidungsurteils **beendet**. Wenn die Ehe vor dem 01.09.2009 rechtskräftig geschieden wurde, ist die Zugewinnausgleichsforderung entstanden – oder eben nicht. Neben dem Ausgleichsberechtigten verdient auch der Ausgleichs**pflichtige** Schutz. Soll er etwa bis zu drei Jahren nach Rechtskraft der Scheidung plötzlich noch mit Forderungen konfrontiert werden, die bei Rechtskraft gar nicht denkbar waren? § 1378 Abs. 2 BGB a.F. wurde nie generell als unbillig angesehen. Dies wurde vielmehr nur dann in Betracht gezogen, sofern der Pflichtige in illoyaler Weise sein ursprünglich vorhandenes Vermögen bis zur Beendigung des Güterstandes ausgab. Bei allen anderen Sachverhalten (z.B. unverschuldete Insolvenz) wurde die Norm keineswegs von vornherein als ungerecht bezeichnet.

Auf den Willen des Gesetzgebers kann sich die Gegenmeinung sicherlich nicht berufen. Dieser hat in der Begründung zu Art. 220 § 20 Abs. 2 EGBGB mit keinem Wort das vorliegende Problem erwähnt. Er hat es überhaupt nicht gesehen!

Es entspricht auch einer verfassungskonformen Auslegung der Norm, einen rückwirkenden legislativen Eingriff in einen abgeschlossenen Sachverhalt und eine entstandene Forderung zu untersagen<sup>11</sup>. Solange der Güterstand nicht beendet ist, entsteht die Zugewinnausgleichsforderung nicht. Ist der Güterstand aber beendet -und dies geschieht eben durch Rechtskraft der Scheidung gem. § 1378 Abs. 3 S. 1 BGB- hat dies konstitutive Wirkung. Es würde auf eine unzulässige echte Rückwirkung hinauslaufen, falls nunmehr durch das Gesetz auf einmal die Forderung wie „Phönix aus der Asche“ entsteht.

Der Gesetzgeber wäre gut beraten, zumindest in diesem Punkt eine Klarstellung ins Gesetz aufzunehmen, um den ansonsten absehbaren Streitigkeiten bis zur höchsten Instanz zuvorzukommen.

### **3. Problemkreis**

§ 1375 BGB und die Aufstockung der Kappungsgrenze nach § 1378 Abs. 2 BGB bei negativem **Endvermögen**.

Es ist das Verdienst von Schwab<sup>12</sup> darauf hingewiesen zu haben, in welche Kalamitäten der Gesetzgeber die Beteiligten durch ungenaue Formulierungen bei der Hinzurechnung von verschwendetem Vermögen gebracht hat.

#### **a) Ausgangslage**

Zunächst muss man sich das Zusammenspiel des § 1375 Abs. 2 BGB einerseits und § 1378 Abs. 2 BGB andererseits vor Augen halten. Ausschlaggebend ist nämlich die durchaus interpretationsfähige Regelung in § 1378 Abs. 2 BGB, die wie folgt lautet:

---

<sup>11</sup> So z.B. OLG Jena, MDR 2009, 516 Urt. v. 18.3.2009- 6 U 761/07 für den ähnlich gelagerten Fall der §§ 30, 31 GmbH Gesetz

*„Die Höhe der Ausgleichsforderung wird durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten nach Beendigung des Güterstandes vorhanden ist. Die sich nach S. 1 ergebende Begrenzung der Ausgleichsforderung erhöht sich in den Fällen des § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB um den im Endvermögen hinzurechnenden Betrag.“*

Es stellt sich insoweit die Frage: **Was** ist nach Abzug der Verbindlichkeiten **vorhanden**, wenn das reale Endvermögen negativ ist?

- Ist dann **nichts** mehr vorhanden? -Basis der Aufstockung wäre 0,00 €  
oder
- ist der **Negativsaldo** vorhanden und ist dieser dann der Basisbetrag, den es aufzustocken gilt.

Der Streit ist keineswegs theoretisch. Seine praktische Auswirkung zeigt sich an folgendem

Beispielfall:

Das Anfangsvermögen von Herrn Becker beträgt -100.000,00 € Sein reales Endvermögen beträgt -40.000,00 € Zwischen den Stichtagen hat Herr Becker seiner Freundin in illoyaler Absicht Vermögenswerte in Höhe von 30.000,00 € geschenkt. Das Anfangsvermögen der Ehefrau beträgt 0,00 € Ihr Endvermögen beträgt 50.000,00 €

Die Lösung nach **neuem** Recht sieht wie folgt aus:

- Der Zugewinn der Ehefrau beträgt 20.000,00 € – 0,00 € = 20.000,00 €
- Da dem Endvermögen des Ehemanns die illoyal verschenkten 30.000,00 € zuzurechnen sind, verfügt er nicht über -40.000,00 € sondern in Wahrheit über -10.000,00 € Sein Zugewinn ist mithin die Differenz zwischen dem negativen Anfangsvermögen von -100.000,00 € und den -10.000,00 € insgesamt also 90.000,00 € Die Zugewinnausgleichsdifferenz beträgt damit 90.000,00 € – 20.000,00 € = 70.000,00 € Der Zugewinnausgleichsanspruch ist dem Grunde nach die Hälfte hiervon nämlich 35.000,00 €
- Hinderungsgrund für eine derartige Lösung könnte aber § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB sein. Je nachdem von welchem Wert man nämlich aus die Kappungsgrenze rechnet, ergeben sich folgende Lösungsmöglichkeiten:

### **Lösung a):**

Nimmt man als **Basis** der Erhöhung der Kappungsgrenze den Wert 0,00 € so schuldet der Ehemann Zugewinnausgleich in Höhe von 0,00 € zuzüglich des hinzu zu rechnenden Betrages von 30.000,00 € = 30.000,00 €. Die restlichen 5.000,00 € sind selbst bei dieser Lösung von ihm nicht zu erlangen. Er muss nur das positiv vorhandene Vermögen herausgeben.

### **Lösung b):**

Nimmt man als Basis der Erhöhung jedoch den negativen Saldo des realen Endvermögens, so schuldet der Ehemann nichts. Die Erhöhung würde nur den Wert von -40.000,00 € auf -10.000,00 € verändern. Es bleibt kein realer Vermögenswert vorhanden, aus dem die Zahlung erfolgen könnte.

Schwab<sup>13</sup> weist in seinem Beitrag darauf hin, dass der Gesetzgeber das Problem offensichtlich gar nicht erkannt hat. Die Gesetzesbegründung kann für jede der Ansichten herangezogen werden. Zum einen wird davon gesprochen, dass der anzusetzende Wert 0,00 € sei<sup>14</sup>. Andererseits ist dann aber in der Gesetzesbegründung wiederum davon die Rede, dass der illoyale Ehegatte so behandelt werden soll, als habe er sein Vermögen nicht vermindert. Dies würde die Lösung b) stützen.

Mit Schwab<sup>15</sup> kann man guten Gewissens allerdings nur die Lösung b) vertreten. § 1378 Abs. 2 BGB sollte keine Strafvorschrift sein. Es sollte nur eine Fiktion darstellen. Bei illoyal verschwendetem Vermögen soll dieselbe Situation gelten, wie bei normaler Rechtslage. Es sollte nicht zusätzlich eine Strafzahlung eingeführt werden. Hätte Herr Becker den Betrag nicht verschwendet, wäre er ebenso wenig ausgleichspflichtig.

### **b) Anwendung auf Zurechnungsfälle**

Dies musste vorausgeschickt werden, um die Problematik bei Übergangsfällen darzustellen. Bei der Übergangsregelung scheint nämlich der Gesetzgeber im Rahmen der Zugewinnausgleichsberechnung die zusammenspielenden Rechengrößen in ihrer Bedeutung unzutreffend eingeschätzt zu haben. Offensichtlich glaubte er alles „im Griff zu haben“, sofern nur das negative Anfangsvermögen im Rahmen der Übergangsregelung erwähnt wurde.

„Knackpunkt“ in der Übergangsregelung ist nämlich der Umstand, dass § 1374 Abs. 2 BGB bei **Alt**fällen keine Anwendung findet. § 1375 BGB (negatives Endvermögen) ist in der Vorschrift jedoch gerade –und absichtlich!– nicht erwähnt. Dies kann zu bizarren Ergebnissen führen.

---

<sup>13</sup> FamRZ 2009, 1963

<sup>14</sup> BT Drucksache 16/1798, 7

### Beispielfall:

Herr Becker ist am Anfangsstichtag mit 200.000,00 € überschuldet. Am Endstichtag beträgt der Vermögenssaldo noch -120.000,00 €. Allerdings hat er zwischen den Stichtagen seiner Freundin 100.000,00 € geschenkt. Frau Becker hat ein Anfangsvermögen von plus 20.000,00 € ein Endvermögen von plus 60.000,00 €

### Lösung (nur) nach **altem** Recht:

- Nach altem Recht beträgt der Zugewinn bei Frau Becker  $60.000,00 \text{ €} - 20.000,00 \text{ €} = 40.000,00 \text{ €}$
- Da es nach altem Recht kein negatives Anfangsvermögen geben konnte (§ 1374 Abs. 1 S. 2 a.F. BGB) war dieses mit 0,00 € anzusetzen. Die Zuwendung des Ehemanns an die Freundin ist allerdings über § 1375 Abs. 2 BGB dem Endvermögen zuzurechnen.
- Eigentlich ergab sich damit ein Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von  $100.000,00 \text{ €} - 40.000,00 \text{ €}$  (Zugewinn Frau Becker) =  $60.000,00 \text{ €}$ . Dieser Betrag geteilt durch 2 ergibt  $30.000,00 \text{ €}$ . Einer derartigen Lösung stand jedoch nach herrschender Meinung § 1378 Abs. 2 a.F. BGB entgegen. Herr Becker besaß zum Endzeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung kein Vermögen mehr. Selbst wenn er diese Situation illoyal herbeigeführt hatte, war er nach h.M. angeblich schutzwürdig. Der Ausgleichsanspruch betrug  $0,00 \text{ €}$ <sup>16</sup>.

### Lösung (nur) nach **neuem** Recht:

- Der Zugewinn der Ehefrau beträgt nach wie vor  $40.000,00 \text{ €}$
- Der Zugewinn des Ehemanns liegt im Abschmelzen der Schulden von  $200.000,00 \text{ €}$  auf  $120.000,00 \text{ EUR} = 80.000,00 \text{ €}$ . Hinzugerechnet werden die  $100.000,00 \text{ €}$ , welche verschwendet sind. Insgesamt sind dies also  $180.000,00 \text{ €}$
- Die Zugewinnausgleichsdifferenz beträgt damit  $180.000,00 \text{ €}$  (Zugewinn Ehemann) -  $40.000,00 \text{ €}$  (Zugewinn Ehefrau) =  $140.000,00 \text{ €}$ . Dies geteilt durch zwei =  $70.000,00 \text{ €}$
- Ob dieser rechnerisch ermittelte Betrag tatsächlich zu **zahlen** ist, hängt nun wieder davon ab, von welcher Position aus die Kappungsgrenze berechnet wird:
  - Von  $0,00 \text{ €}$
  - oder
  - von dem Betrag, der auf das negativ vorhandene Vermögen zugerechnet wird.

---

<sup>15</sup> FamRZ 2008, 1973

<sup>16</sup> Vgl. zu diesem Problembereich nochmals die umfangreichen Literaturnachweise bei Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdn. 957 ff.; der BGH hat diese Rechtsfrage immer offen gelassen, vgl. zuletzt BGH NJW 1988, 2369 Beschl. v. 18.5.1088 – IV b ZR 6/88

Geht man vom Ausgangspunkt 0,00 € aus, wäre der Betrag voll zu zahlen, da diese 100.000,00 € die 70.000,00 € Zugewinnausgleich sogar übersteigen.

Richtigerweise wird man aber auch hier –wie oben zu a) dargestellt– nur den Zugewinn des Herrn Becker um die 100.000,00 € erhöhen. Nochmals: § 1378 Abs. 2 BGB ist keine Strafvorschrift. Herr Becker soll nur so behandelt werden, als besitze er das Vermögen noch. Dann ist sein Vermögen nach wie vor negativ (-20.000,00 €). Er schuldet nichts.

### c) Lösung mit Übergangsregelung

Der Zugewinn wurde vor dem 01.09.2009 anhängig gemacht, wird aber danach **entschieden**

Hierbei sei nochmals daran erinnert, dass die Übergangsregelung nur § 1374 und nicht § 1375 BGB mit dem negativen Endvermögen anwendet. Die Lösung sieht daher wie folgt aus:

- Das Endvermögen von Frau Becker bleibt bei 40.000,00 €
- Beim Anfangsvermögen des Ehemanns wird der Betrag mit 0,00 € angesetzt. Für das vor dem 01.09.2009 anhängig gemachte Verfahren gilt **altes** Recht. Das Endvermögen soll aber nach dem Gesetz durchaus negativ sein (-120.000,00 €). Wird diesem Betrag der Betrag von 100.000,00 € hinzugerechnet, bleibt es bei einem Negativbetrag von -20.000,00 € Sofern man keinen negativen Zugewinn für möglich hält -hiervon geht der Gesetzgeber jedenfalls aus<sup>17</sup>-, beträgt daher der Zugewinn des Ehemanns 0,00 €
- Damit ergibt sich ein Überschuss auf Seiten der Ehefrau in Höhe von 40.000,00 € Sie müsste an ihren Ehemann nunmehr die Hälfte ausgleichen. Die Kappungsgrenze ist gewahrt. Die Ehefrau hat ein Endvermögen von 60.000,00 € sodass sie durchaus den Betrag von 40.000,00 €  $2 = 20.000,00$  € bezahlen kann.

Eine derartige Konsequenz wäre allerdings grotesk. Indem eine Mischform zwischen neuem und altem Recht in der Übergangsregelung vorgesehen ist, soll sich die Zugewinnausgleichsforderung genau ins Gegenteil verkehren? Es soll ein Ergebnis herauskommen, welches weder nach neuem, noch nach altem Recht möglich wäre? Auch hier gilt: In der Eile der Verabschiedung hat der Gesetzgeber diese Konsequenz überhaupt nicht gesehen.

Schwab weist zutreffend darauf hin, dass ein Gericht nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Recht gebunden ist. Da der Gesetzgeber ausdrücklich nur § 1374 Abs. 2 BGB in die Übergangsregelung aufgenommen hat, wird man keinesfalls mit einer Analogie arbeiten können. Ein derartiges Ergebnis wird man letztendlich nur über § 1381 BGB mit guten Gründen zu Fall bringen können. Es kann nicht sein, dass eine Mischform in der Übergangsregelung ein Ergebnis produziert, welches weder nach altem, noch nach neuem Recht überhaupt denkbar wäre.

---

<sup>17</sup> Alle bisherigen Veröffentlichungen gehen hiervon im Einklang mit der Gesetzesbegründung aus, obwohl aus dem Wortlaut der Normen dies durchaus angezweifelt werden kann, vgl. ausführlich hierzu Kogel, Strategien, Rdn. 193 ff..

#### 4. Problemkreis:

Fälle mit Änderung der Ausgleichsforderungen bedingt durch die veränderte Beweislast

Die nachstehende Konstellation wird -soweit ersichtlich- in der Literatur noch nicht erwähnt. Dies wird sich voraussichtlich alsbald ändern. Die Problematik der Auskunftspflicht und der Beweislast wird ohnehin in Zukunft einen Hauptstreitpunkt in der Zugewinnausgleichsberechnung darstellen.

Beispielsfall:

Die Eheleute Becker trennen sich am 04.01.2004. Zu diesem Zeitpunkt verfügt Herr Becker über ein Vermögen von 30.000,00 € (Hiervon hat die Gegenseite bislang keine Kenntnis, da nach der alten Rechtslage Auskünfte nur zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit erteilt wurden.) Am 06.06.2006 wird das Scheidungsverfahren rechtshängig. Der Vermögensstand bei Herrn Becker beträgt jetzt 0,00 € Es wird unterstellt, dass ihm eine illoyale Verhaltensweise nicht nachgewiesen werden kann. Das Endvermögen von Frau Becker zum Trennungszeitpunkt und Zeitpunkt der Rechtshängigkeit beträgt 20.000,00 € Die Scheidung wird zum 08.09.06 rechtskräftig. Das im Verbund eingeleitete Zugewinnausgleichsverfahren wird abgetrennt. Bedingt durch umfangreiche Beweisaufnahmen zum Anfangsvermögen (von Frau Becker mit 20.000,00 € ebenfalls behauptet), zieht sich das Verfahren hin. Ihr Anfangsvermögen kann Frau Becker nicht beweisen. Sie wird in erster Instanz zur Zahlung von 20.000,00 €  $\cdot 2 = 10.000,00$  € verurteilt. Auch in zweiter Instanz gelingt es ihr nicht, den Nachweis des Anfangsvermögens zu erbringen. Termin zur Verhandlung in 2. Instanz steht an am 10.11.2009.

#### (1) Lösung nach **altem** Recht

Löst man den Fall nur nach altem Recht, wäre der Zugewinn bei Herrn Becker mit 0,00 € anzusetzen. Frau Becker müsste an ihren Ehemann einen Betrag von 20.000,00 €  $\cdot 2 = 10.000,00$  € auszahlen.

#### (2) Lösung nach **neuem** Recht

Nach neuem Recht ergeben sich jedoch folgende Probleme:

Für die rechtliche Beurteilung des Zugewinnausgleichsanspruches ist nunmehr neues Recht anzuwenden. **Alle** Vorschriften (mit den beiden obigen Ausnahmen zu §§ 1370, 1374 BGB) sind auf **alle** Verfahren, welche nach dem 01.09.2009 entschieden werden, auch von den Gerichten nach neuem Recht zu beurteilen. Dies gilt vor allem für die Auskunftsvorschrift des § 1379 Abs. 2 BGB zum Zeitpunkt der Trennung<sup>18</sup>. Selbst wenn -wie die eigenen Erfahrungen des Verfassers nach der Gesetzesnovelle ergeben- Gerichte solche Auskunftsansprüche für den Trennungszeitpunkt nur

---

Diese Frage soll hier offen bleiben.

<sup>18</sup> Auf die Problematik, ob ein derartiger Trennungszeitpunkt überhaupt für die Praxis wirksam bestimmt werden

widerwillig bescheiden, ist die Rechtssituation eindeutig. Auch insoweit gilt § 1379 Abs. 2 BGB. Gleichzeitig besteht damit zusätzlich die Vermutung des § 1375 Abs. 2 BGB. Sofern zwischen Trennungszeitpunkt und Rechtshängigkeit ein Vermögensverfall eingetreten ist, wird im Zweifel dieser als illoyal verschwendet angesehen und dem Endvermögen zugerechnet.

In **allen** laufenden Zugewinnausgleichsverfahren empfiehlt es sich nun, derartige Ansprüche zusätzlich geltend zu machen. So kann ggf. die „Wohltat“ der Beweiserleichterung des § 1375 BGB erreicht werden. Aus Sicht des Verfassers ist sogar in den Fällen, in denen sich der Zugewinnausgleichsanspruch bereits in der zweiten Instanz befindet, ein solcher Antrag zusätzlich im Wege der Antragsweiterung zu verfolgen. Ein solcher Antrag dürfte selbst in zweiter Instanz im Hinblick auf die Rechtsfolgen auf jeden Fall sachdienlich sein.

Sollte daher Frau Becker nunmehr diesen Antrag stellen, sieht die Situation wie folgt aus:

Im Zweifel wird der Betrag von 30.000,00 € Vermögensverlust als illoyal verschwendet Herrn Becker zugerechnet. Sein Zugewinn beträgt damit 30.000,00 € der von Frau Becker 20.000,00 € Nunmehr ist nicht sie ihm, sondern er ihr in Höhe von  $(30.000,00 \text{ €} - 20.000,00 \text{ €}) : 2 = 5.000,00 \text{ €}$  ausgleichspflichtig.

Dies hat auch nichts mit dem oben unter Ziffer 2) angeschnittenen Problem zu tun, wonach rückwirkend in einem abgeschlossenen Sachverhalt die Zugewinnausgleichsforderung verändert wird. Das unterschiedliche Ergebnis ist lediglich darauf zurückzuführen, dass nunmehr eine andere Beweislastverteilung gilt. Alleine diese Beweislastverteilung ist für das Ergebnis maßgeblich.

Die Erfahrungen zeigen nun, dass nach Jahr und Tag derartige Vermögensminderungen im Zweifel überhaupt nicht mehr nachverfolgt werden können. Für den Betroffenen wird es auf eine „probatio diabolica“ hinauslaufen, wenn er heute nachweisen soll, dass er -vor 6 Jahren!- in den 2 ½ Jahren gerade nicht arglistig Geld verschwendet hat. Oftmals sind Belege überhaupt nicht mehr aufzufinden oder zu rekonstruieren. Im Zweifel wird daher jetzt entgegen der 1. Instanz Herr Becker seinen Prozess verlieren. Im Gegenteil: Nunmehr müsste eigentlich **er**  $(30.000,00 \text{ €} - 20.000,00 \text{ €}) : 2 = 5000 \text{ €}$  an seine Ehefrau auszahlen.

b) Dieses Ergebnis hätte in dem obigen Fall hat allerdings zwei „Schönheitsfehler“:

Die Forderung von Frau Becker ist nach bisheriger Rechtslage verjährt. Erst zum 01.01.2010 wurde die Verjährung für Zugewinnausgleichsforderungen auf das Ende des Jahres erstreckt, in dem die Zugewinnausgleichsforderung entstanden ist, vgl. § 1302 i.V.m. Art. 229 § 23 EGBGB.<sup>19</sup> Bis zum Ende des Jahres 2009 handelte es sich um eine taggenaue Verjährung, die mit dem 08.09.2009 abgelaufen ist, vgl. § 1378 Abs. 4 BGB.

Ein weiterer „Schönheitsfehler“ kommt hinzu:

---

kann, soll hier nicht eingegangen werden; vgl. hierzu im Einzelnen Kogel, Strategien a.a.O., Rdn. 299 ff.

<sup>19</sup> Vgl. BGBl. 2009, Teil 1 Nr. 63

Die erste Instanz hatte den Sachverhalt zutreffend ausgeurteilt. Erst durch die Gesetzesänderung ist aufgrund der anderweitigen Beweislastverteilung der Fall anders zu entscheiden. Hat sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt? Wer soll die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz tragen? Auch hier lässt der Gesetzgeber die Beteiligten „im Regen stehen“. Diese Problematik wird sich i.ü. bei einer Vielzahl von Fällen ergeben, bei denen aufgrund der neuen Rechtslage Auskunftsansprüche gem. § 1379 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden, wodurch sich dann wegen der Veränderung der Beweislast die Ausgleichsberechtigung im Nachhinein ins Gegenteil verkehren kann.

**Fazit:**

Die Übergangsfälle sind vom Gesetzgeber in völlig unzureichender Weise „berücksichtigt“ (besser überhaupt nicht beachtet) worden. Mit diesen schon jetzt offenkundigen, zahlreichen Problemen wird die Praxis sich noch über Jahre hinaus beschäftigen, sofern nicht der Gesetzgeber alsbald ein Reparaturgesetz verabschiedet. Dies erscheint schon jetzt zwingend geboten. Die Hast. mit der die Güterrechtsnovelle verabschiedet wurde, bestätigt einmal mehr: das Gegenteil von gut ist gut gemeint.