



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

**Anmerkung zur Entscheidung BGH, FamRZ 03, 153 ff.= NJW 03, 1396 f.**

**FamRZ 03, 1645 ff.**

Scheinbar befasst sich die Entscheidung lediglich mit einer recht ungewöhnlichen Beteiligung eines Ehepartners. Tatsächlich ist dieses Urteil des BGH, soweit ersichtlich, die erste Stellungnahme, welches auf das Wechselverhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinn eingeht. Sie wirft eine Vielzahl von Fragen auch zu einer möglichen Anwaltshaftung auf.

1.) Die maßgeblichen Fakten der Entscheidung sollten noch einmal zusammengefasst werden:

a) Endvermögensstichtag März 1994

b) Alter des Ausgleichspflichtigen zu diesem Zeitpunkt 50 Jahre

c) Unterhaltsvergleich September 1994

d) Durchschnittliche Bruttoeinkünfte in den Jahren 1993 bis 1997 aus der Firmenbeteiligung 165.000,00 DM : 5 = 33.000,00 DM jährlich, hiervon im Rahmen des Vergleichs angerechnete 70%, d.h. 23.100,00 DM brutto. Geht man von einem Steuersatz von geschätzt sicherlich 30% aus, ergibt sich ein Nettobetrag von 16.170,00 DM; hiervon 3/7 pro Jahr also ca. 7.000,00 DM.

e) Nominalwert der Beteiligung 7.250,00 DM. Geschätzter Wert durch die Antragstellerin 200.000,00 DM. Ermittelter Wert nach Sachverständigengutachten ca. 168.000,00 DM.

Unmittelbar nach Beginn des Scheidungsverfahrens trafen die Parteien eine Regelung zum Unterhalt. Danach sollte Grundlage für die Unterhaltsberechnung 70% der Nettobeträge der bezeichneten Gewinnanteile sein. Ohne dass sich dies ausdrücklich aus den Gründen ergäbe, sind die Parteien wahrscheinlich hierbei von einem durchschnittlichen Einkommen der letzten Jahre ausgegangen. Sofern diese Beteiligung zusätzlich im Endvermögen berücksichtigt würde, entstünde nach der zutreffenden Ansicht des BGH folgende Ungerechtigkeit:

Zum einen erhielt die Ehefrau über die Unterhaltsquote (3/7) einen Teil des laufenden Einkommens. Zum anderen würde ihr über den Vermögensausgleich zum Stichtag der hälftige Betrag aus Zugewinnausgleich gesprochen. Letztendlich bliebe dem Ehemann daher nur 1/14 des Vermögenswertes (14/14 abzüglich 7/14 abzüglich 6/14). Dass ein solches Ergebnis ungerecht wäre, liegt auf der Hand. Eine tragfähige Begründung, weswegen der Zugewinnausgleich nicht durchgeführt wird, gibt der BGH allerdings nicht. Der bloße Hinweis darauf, dass im Verhältnis Versorgungsausgleich/Zugewinnausgleich durch § 1587 III BGB eine gesetzliche Regelung getroffen wurde, ist kein



Argument. Hier hat der Gesetzgeber das Problem erkannt und die einzelnen Vermögenskreise abgegrenzt. Im Verhältnis Unterhalt/Zugewinn ist dies gerade nicht der Fall. Ebenso wenig überzeugend ist die Begründung, die Parteien hätten durch eine vertragliche Vereinbarung den Zugewinnausgleich ausgeschlossen. Diese im Rahmen der Privatautonomie mögliche Regelung sei zu beachten. Offenkundig haben die Parteien in der Unterhaltsvereinbarung ausdrücklich diesbezüglich aber gerade nichts geregelt. Es ging ihnen lediglich darum, den Unterhalt festzuschreiben. Aus der bloßen Vereinbarung zum Unterhalt einen teilweisen Ausschluss der Regelung des Zugewinnausgleichs entnehmen zu wollen, läuft auf eine reine Fiktion hinaus. Wie hätte der BGH seine Entscheidung denn begründet, wenn sich die Parteien rechtswirksam nicht zu Protokoll des Gerichts, sondern außergerichtlich über den Unterhalt in privatschriftlicher Urkunde geeinigt hätten? Diese Vereinbarung wäre dann ja im Hinblick auf § 1373 III 2 BGB formunwirksam. Selbst über einen Teil des Zugewinnausgleichs kann nämlich nur in notarieller Form verzichtet werden. Parteien, die ausdrücklich nur den Unterhalt regeln wollten, wären über ein derartiges Ergebnis sicher mehr als überrascht, zumal die Problematik der Wechselwirkung zwischen Unterhalt und Zugewinn in der Praxis weitgehend unbekannt ist.

2.) Die gleiche Problematik taucht in den Fällen auf, in welchen ältere Arbeitnehmer Abfindungen erhalten, sei es aufgrund eines Sozialplanes oder einer Einzelmaßnahme des Arbeitgebers anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Dieser Fragenkreis wird in Rechtsprechung und Literatur nur ganz beiläufig beschrieben und ist keineswegs allgemein bekannt. Folgende Lösungswege werden vorgeschlagen:

Kalthoener/Büttner/Niepmann, (8. Aufl., Rz. 794) ordnen derartige Abfindungen dem Einkommen zu. Da sie Lohnersatzfunktion hätten, seien sie unterhaltspflichtiges Einkommen. Die Einmalzahlung habe der Unterhaltsschuldner zur Aufstockung von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe auf die Höhe des bisherigen Nettogehaltes einzusetzen. Bei älteren Arbeitnehmern sei bis zum Erreichen der Regelalterszeit der Betrag über einen Zeitraum von einigen Jahren zu verteilen. Damit würden sie dem Zugewinnausgleich entzogen. Anders sei aber zu entscheiden, wenn die Abfindung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung in die Zugewinnausgleichsbilanz aufgenommen worden sei. Nur so könne eine Doppelbelastung des zum Unterhalt und Zugewinn Verpflichteten vermieden werden (ebenso Gerhard/Klein, Handbuch des Fachanwaltes für Familienrecht, 3. Aufl., Kap. 6, Rz. 37). Eine nähere Begründung für diese apodiktische Behauptung wird nicht weiter gegeben.

Das OLG Frankfurt hat in der Entscheidung FamRZ 00, 611, einen anderen Weg beschritten:

Eine ausgezahlte Abfindung stelle zwar einen Vermögenswert dar. Dieser Wert müsse zum Stichtag mit dem Nennbetrag angesetzt werden. Sei dieser Betrag jedoch beim Unterhalt berücksichtigt worden, sei es grob unbillig, wenn die Ehefrau nochmals über den Zugewinnausgleich den entsprechenden Betrag erhalte. Der Schuldner könne gem. § 1381 BGB die Zahlung verweigern. Zusätzlich wird der Rechtsgedanke des § 1380 BGB herangezogen: Soweit die Ehefrau allein wegen der Abfindung Unterhalt erhalte, werde sie so behandelt, als habe sie jeweils entsprechende Vorausempfänge bekommen.

Dass der BGH den Weg des § 1381 BGB nicht gegangen ist, erklärt sich aus seiner äußerst restriktiven Rechtsprechung zu dieser Vorschrift. § 1381 BGB kann nach seiner Ansicht nämlich nur dann eingreifen, wenn der Ausgleichsanspruch nach den Umständen des Einzelfalles grob unbillig wäre „d.h., in einer der vom Gesetz grundsätzlich vorgesehenen Weise dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde. Eine solche Unbilligkeit setze in der Regel ein schuldhaftes Verhal-



ten auf Seiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten voraus (vgl. BGH, FamRZ 80, 768, 769; BGH, FamRZ 92, 787).“ An einem Verschulden des Gläubigers fehlt es jedoch bei derartigen Fallgestaltungen regelmäßig. Resultate, die auf einer „gesetzstreu“ Berechnung allein beruhen, sind nach der bisherigen Rechtsprechung nicht grob unbillig. Sie müssen grundsätzlich hingenommen werden, auch wenn die Ergebnisse im Einzelfall ungerecht erscheinen. Systemimmanente Unbilligkeiten allein genügen nicht, die starre Regelung des Zugewinnausgleichs über § 1381 BGB zu korrigieren. Es müssen vielmehr weitere Umstände des Falles hinzutreten. Nur, wenn das Wertungsergebnis unerträglich ungerecht ist, kann der Ausgleich nach § 1381 BGB verweigert werden (vgl. die zahlr. Nachw. bei Haußleiter/Schulz, 3. Aufl., Rz. 407 mit FN 429). Diese seit Jahrzehnten praktizierte Rechtsprechung hätte der BGH korrigieren müssen. Anscheinend wollte er gerade dies aber nicht tun. Der BGH hat bislang immer wieder betont, dass das starre System des Zugewinnausgleichsrecht -so unbillig es im Einzelfall sein könne- im Interesse der Rechtssicherheit aufrechterhalten werde müsse.

3.) Wenn die Möglichkeit besteht, dass die Abfindung oder das laufende Einkommen sowohl dem Unterhalt als auch dem Zugewinn zugerechnet werden kann, besteht eine erhebliche Gefahr für den Ausgleichsberechtigten, falls er die unterhaltsrechtliche Schiene wählt und entweder auf den Zugewinn zunächst verzichtet oder dieser ihm durch das Gericht aberkannt wird. Fällt z.B. der Unterhaltsanspruch fort (die Ehefrau heiratet erneut, sie erbt Vermögen mit anrechenbarem Einkommen, etc.), hat sie nach rechtskräftigem Abschluss des Zugewinnausgleichsverfahrens folgendes Problem: Auf den Zugewinn hat sie entweder verzichtet oder er ist gekürzt worden. Sie ist aber über den Unterhalt nicht in den Genuss des vollen ihr zustehenden Betrages gekommen. In Fällen, in denen die Parteien das Problem gesehen und durch Vergleich erledigt haben, könnte man daran denken, wegen Fortfalls der Geschäftsgrundlage eine Anpassung des Zugewinnausgleichsbetrages zuzulassen. In Fällen, in denen ein Urteil ergangen ist, hilft dieser Weg aber wohl kaum weiter. § 323 ZPO greift nicht ein. Dieser bezieht sich nur auf wiederkehrende Leistungen, nicht aber wie beim Zugewinn auf eine Einmalzahlung. Ist das Verfahren zum Zugewinnausgleich noch nicht abgeschlossen, schlagen –wiederum ohne Begründung- Kalthoener/Büttner/Niepmann vor, dass der nicht verbrauchte Anteil unterhaltsrechtlich wie sonstiges Vermögen zu betrachten sei (ebenso Kalthoener/Büttner/Niepmann a.a.O, Rz. 794; OLG Frankfurt, NJW-FER 01, 280 ff.;). Was geschieht aber z.B. dann, wenn ein derartiger Tatbestand erst drei Jahre nach Rechtskraft der Scheidung eintritt und ein Zugewinnausgleich verjährt ist? Nur wenn man dem Zugewinnausgleichsberechtigten die Möglichkeit einräumte, der Einrede der Verjährung die Vorschrift des § 242 entgegenzusetzen, könnte er überhaupt daran denken, seinen Zugewinn (noch) durchzusetzen.

4.) Die gleiche Problematik taucht, was vielfach nicht beachtet wird, bei Verbindlichkeiten auf. Folgender Beispielsfall soll dies deutlich machen:

Aufgrund eines Urteils schuldet der Ehemann seiner Ehefrau Trennungs- und später Scheidungsunterhalt in Höhe von 1.000,00 EUR. Beim Ehemann ist berücksichtigt worden, dass er ehebedingte gesamtschuldnerische Verbindlichkeiten in Höhe von monatlich 500,00 EUR bezahlt. Die Verbindlichkeit valutiert zum Stichtag der Rechtshängigkeit mit 10.000,00 EUR. Der Zugewinn der Ehefrau beträgt 10.000,00 EUR, der des Ehemanns 30.000,00 EUR (ohne Berücksichtigung der Verbindlichkeit).

Zieht man nun die Verbindlichkeit beim Vermögen des Ehemannes ab, ergäbe sich ein Zugewinnausgleichsanspruch der Ehefrau wie folgt:



20.000,00 EUR abzüglich 10.000,00 EUR : 2 = 5.000,00 EUR.

Ein derartiger Abzug beim Vermögen des Ehemanns ist nach der Rechtsprechung vorzunehmen. Durch das Urteil wurde eine anderweitige Regelung im Sinne von § 426 I 1 BGB getroffen (vgl. OLG Köln, NJW RR 94, 899).

Das Ergebnis läuft darauf hinaus, dass die Ehefrau bis auf einen Restbetrag von 1/14 den gesamten Kredit finanziert. Kann der Ehemann nämlich zum einen im Rahmen des Unterhaltes den Betrag abziehen, so wird die Ehefrau noch zusätzlich dadurch „bestraft“, dass die Forderung aufgrund des Stichtagsprinzips in vollem Umfange beim Endvermögen des Ehemanns berücksichtigt wird. In den Fällen, in denen z.B. durch Urteil der Unterhalt nach Abzug der Verbindlichkeit geregelt wurde, greift die Lösungsmöglichkeit des BGH über die Privatautonomie sicherlich nicht ein. Die Parteien haben diesbezüglich gerade nichts geregelt. § 1381 BGB kann unmittelbar nicht eingreifen. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Fälle, in denen aus Sicht des Ausgleichsverpflichteten eine grobe Unbilligkeit besteht. Hier ist die grobe Unbilligkeit jedoch nur in der Person der Ausgleichsberechtigten gegeben. Entweder wendet man insoweit § 1381 BGB analog an (vgl. hierzu Kogel, MDR 97, 1000 ff) oder man greift auf die allgemeine Vorschrift des § 242 BGB zurück. Jedenfalls muss der Anwalt nach der nunmehrigen Rechtsprechung eine Doppelberücksichtigung verhindern.

5.) Ob die bisherige Rechtsprechung zum Ansatz von Unterhaltsansprüchen in der Vermögensbilanz aufrechterhalten werden kann, muss ebenso bezweifelt werden.

Beispiel:

Frau S. verlangt von ihrem Ehemann ab Trennung Unterhalt in Höhe von laufend 1.500,00 EUR. Herr S. ist ein notorischer Nichtzahler. Er lässt es bis zur zweiten Instanz auf den Prozess ankommen. Die Unterhaltsrückstände haben sich nach Ablauf eines Jahres einschließlich Kosten auf 25.000,00 EUR summiert. Herr S. hat sonstiges Vermögen von 30.000,00 EUR, Frau S. kein weiteres Vermögen.

Nach der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Hamm, FamRZ 96, 679; OLG Celle, FamRZ 91, 944) sähe die Zugewinnausgleichsberechnung wie folgt aus:

Endvermögen Frau S. (Forderung gegenüber ihrem Mann) 25.000,00 EUR	Herr S. 30.000,00 EUR abzüglich 25.000,00 EUR
=	5.000,00 EUR

Die Differenz des beiderseitigen Zugewinns beträgt 20.000,00 DM.

Frau S. müsste an den Ehemann also aus Zugewinn 10.000,00 EUR zahlen. Andererseits bekommt sie 25.000,00 EUR aus dem Unterhaltsprozess. Ihr verbleiben „unter dem Strich“ 15.000,00 EUR.



Der Ehemann behält seine 30.000,00 EUR, zahlt 25.000,00 EUR an seine Ehefrau als Unterhalt und bekommt 10.000,00 EUR über den Zugewinn heraus. Ihm verbleiben also auch 15.000,00 EUR.

Eigentlich ist dieses von der Rechtsprechung als korrekt angesehene Ergebnis grotesk:

Frau S. finanziert über den Zugewinnausgleich ihren eigenen Unterhalt! Sinn und Zweck des Unterhaltsrechts verbieten eigentlich eine derartige Betrachtung. Der Unterhaltsberechtigte hätte die entsprechenden Guthabensbeträge nicht als Sparguthaben angesammelt. Er hätte sie verbraucht. Andererseits hätte der Unterhaltsschuldner die Beträge nicht auflaufen lassen dürfen. Sie errechnen sich aus seinem laufenden Einkommen. Er hätte sich eben in seiner Lebenshaltung einschränken und den Unterhalt aus dem laufenden Einkommen bezahlen müssen. Wenn man die Rechtsprechung des BGH ernst nimmt, wonach eine Doppelberücksichtigung nicht erfolgen darf, muss man umgekehrt überprüfen, ob nicht die Neutralisierung von Unterhaltsverpflichtungen durch den Zugewinn vermieden werden muss. Dies könnte ebenfalls über § 1381 BGB analog oder § 242 BGB erfolgen (vgl. zur Problematik Kogel, MDR 97, 1000 ff.)

6.) Erkennt der Anwalt, dass sich ein Vermögensbestandteil des Pflichtigen sowohl beim Unterhalt als auch beim Zugewinn auswirken kann, muss er mit dem Mandanten die Konsequenzen besprechen. Ob sich in dem entschiedenen Verfahren die Ehefrau durch den frühzeitigen Abschluss des Vergleiches tatsächlich einen Gefallen getan hat, ist mehr als fraglich. Geht man davon aus, dass sie jährlich einen Betrag von ca. 7.000,00 DM erhielt, monatlich mithin also etwa 580,00 DM, so ergab sich auf die Zeit bis zur Pensionierung bezogen ein Gesamtunterhalt in Höhe von etwa 107.000,00 DM. Da dieser Betrag über mehr als 15 Jahre zu zahlen ist, müsste er noch abgezinst werden. Wäre der Vergleich zum Unterhalt nicht abgeschlossen worden, hätte die Ehefrau nach dem Sachverständigengutachten einen Mehrbetrag von  $168.500,00 \text{ DM} - 7.250,00 \text{ DM} : 2 = 80.625,00 \text{ DM}$  erhalten. Dieser Betrag wäre ab Rechtskraft der Scheidung (Mai 1998) mit 5% über dem Basiszinssatz zu verzinsen gewesen. Der Betrag läge also wesentlich höher als die laufende monatliche Unterhaltszahlung. Diesen Weg hat sie sich durch den frühzeitig abgeschlossenen Vergleich verbaut.

Ferner: Erlischt mehr als drei Jahre nach Rechtskraft der Scheidung der Unterhaltsanspruch (die Ehefrau heiratet z.B. oder sie wohnt mit einem anderen Partner länger als drei Jahre zusammen), kann auf den Zugewinnausgleich nicht mehr zurückgegriffen werden. Er ist verjährt. Verstirbt der Unterhaltsverpflichtete, besteht allenfalls in Höhe des fiktiven Pflichtteils der Unterhaltsanspruch noch weiter (§ 1586 b I BGB). Auch hier erlangt die Ehefrau nicht den ihr zustehenden vollen Zugewinnausgleich. Vertritt der Anwalt den Ausgleichsberechtigten ist dringend dazu anzuraten, insoweit einen Vorbehalt einzufügen, dass Zugewinnausgleichsansprüche von der Regelung nicht berührt werden. Der Anwalt, der mit seiner Partei diese einzelnen Risiken und Vorteile nicht abwägt und den Vergleich abschließt, setzt sich einer Regressgefahr aus.