



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

FamRZ 04, 1614ff.

Trennen sich Eheleute, können sich Vermögenswerte hierbei insbesondere Abfindungen sowie Verbindlichkeiten in zweifacher Hinsicht auswirken. Zum einen können sie das Einkommen des Pflichtigen bei der Unterhaltsberechnung erhöhen oder ermäßigen. Zum anderen sind sie in die jeweilige Bilanz zum Endvermögen einzustellen. Wendet man die bisherige strikte Rechtsprechung des BGH zum Stichtagsprinzip an, kann es zu einer unzumutbaren doppelten Benachteiligung sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten kommen. Wie nicht zuletzt auch aus Sicht einer eventuellen Anwaltshaftung diesem Problem entgegengewirkt werden kann und muss, soll der nachfolgende Beitrag aufzeigen.

I. Einleitung

Der BGH hat sich in zwei Entscheidungen¹ mit der Frage der Doppelberücksichtigung von Vermögenspositionen im Unterhalt und Zugewinnausgleich befasst. In dem Urteil zum Kontoguthaben hat er festgestellt, dass es nach dem Stichtagsprinzip nur auf den Kontobetrag ankommt, der zu diesem Zeitpunkt vorhanden ist unabhängig davon, welche Zweckbestimmung das Konto hat insbesondere, ob es dazu gedacht sei, Unterhaltsverbindlichkeiten zu befriedigen. In der Entscheidung zur Unternehmensbeteiligung hatte der Ehemann sich an einem Verlag, bei dem er angestellt war, mit einem Darlehensbetrag beteiligt. Diese Beteiligung brachte erhebliche jährliche Gewinnausschüttungen. Im Rahmen der Unterhaltsberechnung kamen diese dem Berechtigten über die 3/7-Quote zugute. Die Ehefrau wollte nunmehr über eine Ertragswertberechnung die Unternehmensbeteiligung kapitalisieren, obwohl der Ehemann bei einem späteren Ausscheiden aus dem Betrieb lediglich den wesentlich geringeren, nämlich nur den eingezahlten Nominalwert zurückerhielt. Hier lehnte der BGH eine Berücksichtigung im Zugewinnausgleich ab. Dies führe zu einer unzulässigen doppelten Belastung des Verpflichteten.

Scheinbar befassen sich die Urteile nur mit recht singulär auftretenden Sachverhalten. Die Urteilsgründe können aber auf eine Vielzahl von Fällen, insbesondere beim Unterhalt und bei der Schuldenregulierung übertragen werden. Je nachdem wie z.B. Schulden in die Unterhaltsberechnung eingestellt werden, hat dies gravierende negative Konsequenzen für den Berechtigten. Aus anwaltlicher Sicht ist die Regressgefahr groß. Eine eindeutige Abgrenzung in der Rechtsprechung liegt bislang nicht vor. Folgende Beispielfälle zur Abfindung, zum Unterhaltsrückstand, zur gesamtschuldnerischen Haftung und zur Bewertung eines Gesellschaftsanteils sollen die Problematik verdeutlichen:

¹ FamRZ 03, 1544 –Bankkonto- sowie FamRZ 03, 432 ff. –Unternehmensbeteiligung-



II.

Abfindungsfälle, bei denen diese Zahlung zur Erhöhung des laufenden Einkommens verwendet wird.

1.) Die Rechtsansicht des BGH

Nach der ursprünglichen Rechtsprechung des BGH war am Stichtag vorhandenes Geld aus einer Abfindung in die Ausgleichsbilanz einzustellen². Wegen der schematischen und starren gesetzlichen Regelung wurde nicht gefragt, für welche Zeiträume die Abfindung gedacht war. Selbst wenn die Abfindung z.B. für einen Verdienstausfallschaden gezahlt wurde, der nach dem Stichtag lag, stellte sie Endvermögen dar, wenn sie vor dem Stichtag bereits gezahlt und dann noch vorhanden war³. Sogar Abfindungen, die noch nicht ausgezahlt aber zum Stichtag bereits fest vereinbart waren, galten als Vermögensbestandteil⁴. Die Tatsache, dass ein Anwartschaftsrecht bestand, reichte aus. Diese allgemein gehaltenen Grundsätze der Rechtsprechung bezogen sich auch auf Fälle, in denen die Abfindung Lohnersatzfunktion hat. Hierbei ist insbesondere an Zahlungen wegen des Vorruhestandes oder aufgrund eines Sozialplanes zu denken. In derartigen Fällen kann eine konsequente Fortsetzung dieser Rechtsprechung aber dazu führen, dass einem Ehepartner „unter dem Strich“ überhaupt nichts verbleibt.

Beispielfall 1):

2Herr B, 60 Jahre alt, wird in seiner Firma gekündigt. Aufgrund eines Sozialplanes erhält er eine Abfindung von 60.000,00 EUR netto. Zu diesem Zeitpunkt lebt er von seiner Ehefrau getrennt. Im Rahmen des Unterhaltsrechtsstreites wird die Abfindung auf die nächsten 5 Jahre verteilt. Monatlich wird dem Einkommen des Herrn B ein Betrag von 1.000,00 EUR zugerechnet. Frau B erhält hiervon $\frac{1}{2}$ (nicht $\frac{3}{7}$, da der Erwerbstätigenbonus fortfällt). Zwei Jahre nach dem Ausscheiden reicht Frau B den Scheidungsantrag ein. Zu diesem Zeitpunkt ist die Abfindung noch vorhanden.

Würde man die bisherige Rechtsprechung konsequent fortsetzen, ergäbe sich folgende Situation:

Herr B müsste über Zugewinnausgleich 30.000,00 EUR an seine Ehefrau auskehren. Andererseits wäre bereits bei der Unterhaltsberechnung über die anteilige Verteilung Frau B ein Betrag von $60 \times 500,00 \text{ EUR} = 30.000,00 \text{ EUR}$ zuerkannt worden. Frau B bekäme im Endeffekt alles, Herr B nichts. Dass sich in Fällen, in denen eine Abfindung bereits im Unterhalt anteilig verwertet wurde, ein eklatant unbilliges Ergebnis ergibt, liegt auf der Hand. Dies wird auch vom BGH so gesehen. In einem obiter dictum zur Frage der Verwertung einer Abfindung im Anfangsvermögen hatte der BGH schon früher beiläufig ausgeführt: „Wäre die Abfindung hingegen zielgerichtet als Ersatz für den infolge der Betriebsstilllegung zukünftig entstehenden Lohnausfall und damit als vorweggenommenes Einkommen für einen bestimmten (Übergangs-)zeitraum geleistet worden, dann unterläge sie –aus diesem Grunde- von vorneherein nicht dem güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns.“⁵ In der Entscheidung zur Gesellschaftsbeteiligung⁶ führt er aus: „So wäre es beispielsweise unbillig, einen

² BGH, FamRZ 82, 148

³ BGH a.a.O.

⁴ BGH, FamRZ 01, 278, 281

⁵ BGH, FamRZ 01, 278, 282

⁶ BGH, FamRZ 03, 432, 433



Ehegatten auch güterrechtlich an einer dem anderen Ehegatten vor dem Stichtag ausgezahlten Arbeitnehmerabfindung teilhaben zu lassen, soweit er daran bereits durch die Gewährung des unter Einbeziehung dieser insoweit als Einkommen behandelten Abfindung bemessenen Unterhalts partizipiert.“ Eine tragkräftige Begründung für diese These wird nicht gegeben. Insbesondere wird hierbei auch nicht auf die Diskrepanz zur sonstigen Rechtsprechung zur Abfindung verwiesen, bei der es nicht darauf ankommt, aus welchem Grunde und für welche Zeiträume sie bezahlt wird. In der Entscheidung zur Gesellschaftsbeteiligung „löst“ der BGH die unerwünschte Doppelberücksichtigung wie folgt:

Indem die Parteien eine Unterhaltsregelung unter Einschluss der Erträge geschlossen haben, hätten sie stillschweigend eine Vereinbarung zum Zugewinnausgleich in Form eines Verzichtes getroffen. Eine derartige Begründung ist weder sachgerecht noch praktikabel.

In die Vereinbarung der Parteien wird etwas interpretiert, was sie gar nicht beabsichtigten, zu erklären. Eine Partei, die sich zum Unterhalt vergleicht, denkt –in der Regel– nicht daran, dass sie hiermit gleichzeitig eine Regelung zum Zugewinnausgleich trifft. Es müssten im Vergleich schon konkrete Anhaltspunkte vorliegen, aus denen sich eine derartige Einbeziehung ergibt. Diese Lösung war in dem Urteil auch nur deswegen gangbar, weil die Parteien die Vereinbarung zu Protokoll des Gerichts getroffen hatten. Gem. § 1378 III 2 BGB sind Absprachen zum Zugewinnausgleich grundsätzlich beurkundungspflichtig. Über den Unterhalt als solchen ist unstreitig eine privatschriftliche Vereinbarung möglich. Zugleich hätte diese Rechtsprechung folgende Konsequenz:

Da ein Zugewinnausgleichsverzicht mittelbar vereinbart wird, wären solche Unterhaltsregelungen unwirksam. Parteien, die nur zum Unterhalt eine Regelung treffen wollten, werden über eine derartige ihnen gar nicht bewusste und gewollte Konsequenz wenig erbaut sein. Parteien, die nur eine formlose Unterhaltsregelung treffen, erwarten, dass diese wirksam ist und bleibt.

Das Dilemma der Formunwirksamkeit stellte sich im Übrigen in der jüngsten Entscheidung des BGH⁷. In dieser Entscheidung hatten die Parteien privatschriftlich eine Unterhaltsvereinbarung getroffen. Das Arbeitslosenentgelt des Ehemannes war offensichtlich durch eine erhebliche Abfindung aufgefüllt und hieraus der laufende Unterhalt berechnet worden. Der zum Stichtag noch vorhandene Abfindungsbetrag wollte die Ehefrau hälftig über den Zugewinnausgleich erhalten. Wegen Formunwirksamkeit ist eine Lösung über eine Vereinbarung der Parteien nicht gangbar. Allerdings steht nach Ansicht des BGH nunmehr das Vorgehen der Ehefrau nicht im Einklang mit Treu und Glauben. Da sie nach wie vor an der Unterhaltsfestsetzung festhalte, setze sie sich hierzu in Widerspruch, wenn sie zusätzlich über den Zugewinnausgleich den hälftigen Betrag verlange. Die Begründung umfasst einen Satz. Erstmals wird damit in der Rechtsprechung über § 242 BGB der doppelten Teilhabe an der Abfindung ein Riegel vorgeschoben.

2.) Die Literaturansicht

Kalthoener/Büttner/Niepmann⁸ ordnen derartige Abfindungen den Einnahmen zu. Sie seien unterhaltspflichtiges Einkommen, da sie Lohnersatzfunktion hätten. Die Einmalzahlung habe der

⁷ NJW 2004, 2675 f)

⁸ 8. Aufl., Rz. 794



Unterhaltsschuldner zur Aufstockung von Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe auf die Höhe des bisherigen Nettogehaltes einzusetzen. Bei älteren Arbeitnehmern erfolge eine Verteilung bis zur Altersgrenze. Damit seien derartige Abfindungen dem Zugewinn entzogen. Anders sei zu entscheiden, wenn die Abfindung im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung in die Zugewinnausgleichsbilanz aufgenommen werde. Nur so könne eine Doppelbelastung vermieden werden⁹. Eine nähere Begründung für diese These wird nicht gegeben.

3.) Die Rechtsansicht des OLG Frankfurt (Anwendbarkeit des § 1381 BGB)

Das OLG Frankfurt¹⁰ hat versucht, das unbillige Ergebnis über § 1381 BGB zu korrigieren: Zwar erkennt die Entscheidung an, dass die Abfindung einen Vermögenswert darstelle, der zum Stichtag mit dem Nennbetrag angesetzt werden müsse. Werde der Betrag jedoch beim Unterhalt berücksichtigt, sei es grob unbillig, ihn nochmals beim Zugewinn einzustellen. Der Schuldner könne gem. § 1381 BGB die Leistung verweigern. Der Rechtsgedanke des § 1380 BGB wird zusätzlich herangezogen. Soweit die Ehefrau jeden Monat Zahlungen erhält, bekomme sie entsprechende Vorausempfänge auf den Zugewinnausgleich. Diese Rechtsprechung führt letztendlich zu dem vom BGH akzeptierten Ergebnis. Sie unterscheidet sich jedoch in Folgendem:

Während aus der Formulierung des BGH zu entnehmen ist, dass in derartigen Fällen die Forderung dem Zugewinn „von vorneherein entzogen ist“ (Einwendung), handelt es sich bei § 1381 BGB um eine Einrede. Diese ist vom Schuldner vorzubringen. Sie wird also nicht von Amts wegen berücksichtigt. Erkennt der Unterhalts- und Zugewinnausgleichspflichtige das Problem nicht, wird nicht von Amts wegen eine entsprechende Kürzung vorgenommen.

Bislang hat sich der BGH gescheut, den naheliegenden Weg über § 1381 BGB zu gehen. Die Vorschrift wird nach der bisherigen ständigen höchstrichterliche Rechtsprechung äußerst restriktiv gehandhabt. Grobe Unbilligkeit soll nur dann vorliegen, wenn „das Ergebnis in einer der vom Gesetz grundsätzlich vorgesehenen Weise dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde. Eine solche Unbilligkeit setzt in der Regel ein schuldhaftes Verhalten auf Seiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten voraus“¹¹. Gerade an diesem subjektiven Element fehlt es aber. Nicht das Verhalten der Ehefrau, sondern das Resultat, welches auf einer gesetzestreuen Berechnung beruht, ist unbillig. Nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung genügen systemimmanente Ungerechtigkeiten nicht aus, die starre Regelung des Zugewinnausgleichs über § 1381 BGB zu korrigieren. In den Fällen, in denen ansonsten über den Unterhalt und den Zugewinnausgleich dem Verpflichteten überhaupt nichts mehr verbliebe, muss aber der immer wieder herausgestellte Gesichtspunkt der Rechtssicherheit (Stichtagsprinzip) hinter dem Gesichtspunkt der im Einzelfall gerechten Entscheidung zurücktreten.

Gerade diesen Gesichtspunkt stellt der BGH¹² nunmehr auch in der Entscheidung in den Vordergrund. Auf die Diskrepanz zu der bisherigen Rechtsprechung¹³, wonach § 1381 BGB als Sondervorschrift die Regelung des § 242 BGB verdränge, wird nicht weiter eingegangen.

⁹ ebenso Gerhard/Klein, Handbuch des Fachanwalts f. Familienrecht, 3. Aufl., Kap. 6, Rz 37

¹⁰ FamRZ 00, 611 f.

¹¹ BGH, FamRZ 80,768, 769; 92, 787

¹² NJW 004, 2675

¹³ BGH, FamRZ 89, 1276,1279



4.) Haftungsrechtliche Aspekte

Aus anwaltlicher Sicht ergibt sich zusätzlich folgendes Problem:

Der Weg über den Unterhalt kann für den Mandanten u.U. sehr nachteilig sein, wenn der Anspruch später fortfällt. Man denke z.B. nur an die Fälle der Wiederheirat, der Anrechnung von Einkommen aus ererbtem Vermögen oder der Verwirkung aufgrund einer sozio-ökonomischen Gemeinschaft. Wird der Zugewinnausgleich ausgeschlossen, entsteht ein Dilemma:

Über den Unterhalt kann die Ehefrau den ihr zustehenden Anteil nicht mehr pro rata temporis erhalten. Auch über Zugewinn bekommt sie ihn nicht mehr, sei es, weil die Parteien hierauf verzichtet haben oder sei es, weil z.B. durch Urteil gem. § 1381 BGB der Zugewinn gekürzt wurde. Bei einem vertraglichen Ausschluss wird man noch argumentieren können, es läge ein Fortfall der Geschäftsgrundlage vor. Deswegen müsse eine Anpassung vorgenommen werden. Der Teil des Abfindungsanspruches, der noch nicht verbraucht ist, könnte dem Zugewinnausgleich wieder zugeführt werden (Beispiel: Nach zwei Jahren heiratet die Ehefrau B. Damit wären 3/5 der Abfindung noch nicht verbraucht und unterlägen erneut dem Zugewinnausgleich. Im obigen Beispielsfall also 3/5 von 60.000,00 EUR = 36.000,00 EUR, hiervon $\frac{1}{2}$ = 18.000,00 EUR.) Schwieriger wird die Situation, wenn durch Urteil entschieden wurde. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage liegt nicht vor. § 323 ZPO kann nicht angewandt werden. Der Zugewinn ist keine wiederkehrende Leistung. Allenfalls könnte daran gedacht werden, nunmehr den Zugewinn als eigenständige Forderung einzuklagen. Problematisch ist dieses Vorgehen jedoch dann, wenn z.B. der Zugewinnausgleichsanspruch wegen der kurzen dreijährigen Verjährungsfrist nicht mehr durchsetzbar ist oder wenn z.B. im Verbund der Zugewinn ohne die Abfindung ausgeurteilt wurde. Eine Nachforderungsklage scheidet jedenfalls aus, wenn die Zugewinnausgleichsforderung teilweise abgewiesen wurde. Man kann dann auch nicht argumentieren, es habe eine (versteckte) Teilklage vorgelegen, bei der eine Nachforderungsklage noch möglich sei.

Wer den Unterhalts- und Zugewinnausgleichsberechtigten vertritt, tut angesichts der Rechtsprechung also gut daran, von vorneherein klar zu machen, dass hiermit keine Regelung zum Zugewinnausgleich verbunden ist. Ferner sollte in Vereinbarungen als Geschäftsgrundlage ausdrücklich festgelegt werden, dass in Fällen, in denen die unterhaltsrechtliche Lösung nicht (mehr) greift, die Zugewinnausgleichsschiene vorbehalten bleibt. In Fällen, in denen Unterhalt und Zugewinn durch Urteil entschieden werden, sollte der Berechtigte darauf hinweisen, dass er die Forderung als Teilklage geltend macht und sich im Fall der Änderung der Verhältnisse eine Nachforderungsklage vorbehält.

Wie leicht der Anwalt ansonsten in einen Regresskonflikt gelangt, wird aus einer Entscheidung des BGH¹⁴ zur Anwaltshaftung deutlich. In dem dortigen Fall war nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses eine erhebliche Abfindung gezahlt worden. Der Anwalt hatte, ohne die Abfindung zu berücksichtigen, den Zugewinnausgleich mit einer geringen Summe verglichen. Beim später vereinbarten Unterhalt wurde die Abfindung nur zu einem ganz geringen Teil berücksichtigt. Der Mandant nahm ihn in Anspruch, weil der Anwalt bei ordnungsgemäßer Beratung darauf hätte hinwirken müssen, dass die zum Zeitpunkt der Scheidung noch vorhandene Abfindung in vollem

¹⁴ FamRZ 98, 362 ff.



Umfange berücksichtigt und nicht erst bei der Unterhaltsregelung angesetzt wurde. Anders als in sonstigen Entscheidungen ging der BGH davon aus, dass die Abfindung, die der Arbeitgeber aus Anlass einer Kündigung verspricht, nicht zum Ausgleich für entgangenes Arbeitsentgelt gewährt werde. Sie solle vielmehr eine Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen sozialen Besitzstandes darstellen. Sie bezwecke keinen auf die Zukunft gerichteten Ausgleich. Sie könne, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem maßgeblichen Stichtag geendet habe, nicht Zeiträumen außerhalb des Güterstandes zugeordnet werden. Dem gegenüber wird in anderen Urteilen¹⁵ angenommen, dass solche Abfindungen sehr wohl im Rahmen des Unterhaltes anteilig umzulegen sind. Es stellt sich damit immer zunächst die Frage, ob unterhaltsrechtlich die Abfindung überhaupt eingesetzt werden kann. Ist dies nicht der Fall, kann nur über Zugewinnausgleich eine Berücksichtigung erfolgen. In Fällen, in denen die Abfindung unterhaltsrechtlich eingesetzt werden kann, muss der Berechtigte sich entscheiden. Da die Rechtsprechung nur eine Doppelberücksichtigung unterbinden will, steht dem Berechtigten ein Wahlrecht zu. Insbesondere können folgende Gesichtspunkte maßgeblich sein:

- Wird der Berechtigte auf Dauer einen gleich bleibenden Unterhaltsanspruch haben? Wenn z.B. wegen eines Zusammenlebens mit einem anderen Partner oder gar Heirat der Anspruch voraussehbar entfällt, ist der Weg über eine Verteilung im Unterhalt untunlich.
- Wann wird das Scheidungsverfahren eingereicht und wann abgeschlossen? Ist voraussehbar, dass zum Zeitpunkt der Rechtskraft die Abfindung gar nicht mehr vorhanden ist, scheidet der Weg über Zugewinnausgleich wegen § 1378 II BGB aus. Hierbei ist streitig, ob diese Vorschrift auch dann gilt, wenn der Schuldner eine Handlung im Sinne von § 1375 BGB vorgenommen hat¹⁶. Bei der Lösung über Unterhalt würde diese Vorschrift nicht eingreifen.
- Ist es dem Berechtigten wichtig, eine schnelle und möglicherweise sichere Realisierung seiner Forderung zu erreichen bzw. droht bei einer längerfristigen Beitreibung über Unterhalt ein Forderungsausfall?

Jedenfalls muss das Für und Wider des Vorgehens mit dem Mandanten besprochen werden. Es muss vermieden werden, dass ein Forderungsausfall entsteht wie in der obigen Entscheidung¹⁷, wo durch den ungeschickten Vergleich über Zugewinnausgleich eine weitere Berücksichtigung in diesem Rahmen ausschied.

Ein „Rettungsanker“ kommt für den Berechtigten in derartigen Fällen allerdings noch in Betracht: Sind beide Parteien davon ausgegangen, dass der Vermögenswert nicht beim Zugewinn zu berücksichtigen sei, kann ggf. über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Anpassung erreicht werden¹⁸. Da es hierbei gem. § 166 BGB auf die Kenntnis der Verfahrensbevollmächtigten ankommt, kann man allerdings nicht immer darauf vertrauen, dass beide diesem Rechtsirrtum unterlegen sind. Zudem besteht das Problem, dass u.U. im Nachhinein die Abfindung verbraucht und die Durchsetzung damit nicht realisierbar ist.

Ist die Abfindung zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung noch nicht verbraucht, wird der Anwalt im Zweifel nicht die unterhalts-, sondern die zugewinnausgleichsrechtliche Schiene anraten.

¹⁵ BGH, FamRZ 82, 250; OLG Brandenburg, FamRZ 95, 1220 f. oder Kalthoener/Büttner/Niepmann, Rz. 794, FN 665

¹⁶ vgl. hierzu Kogel, FamRB 03, 124 ff.

¹⁷ BGH, FamRZ 98, 362 ff.

¹⁸ BGH, LM § 779 BGB Nr. 2; FamRZ 98, 362,363



Wegen der Unwägbarkeiten beim Unterhalt ist für den Mandanten in der Regel diese Wahl sicherer. Um sich nicht der Einrede des § 1378 II BGB auszusetzen, empfiehlt es sich in diesen Fällen, den Zugewinn nicht im Verbund geltend zu machen. Vielmehr sollte das Scheidungsverfahren möglichst bald abgeschlossen und der Zugewinn gesondert eingeklagt werden. Dies hat im übrigen erhebliche Zinsvorteile; ferner sind die Kosten eines derartigen separaten Verfahrens erstattungsfähig. Schließlich kann nach allgemeiner Meinung nach rechtskräftigem Abschluss des Scheidungsverfahrens eine derartige Forderung ggf. durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden¹⁹.

I. Die besondere Problematik des Unterhaltsrückstandes, der bis zum Stichtag aufgelaufen ist.

Beispielsfall Nr. 2):

Zwischen den getrenntlebenden Eheleuten ist die Unterhaltsfrage streitig. Herr B weigert sich standhaft, überhaupt Unterhalt zu zahlen. Selbst bei einer Vollzeittätigkeit ergäbe sich ein Differenzunterhaltsanspruch seiner Ehefrau in Höhe von 500,00 EUR. Über die Frage der Arbeitsfähigkeit wird durch Gutachten Beweis erhoben. Nach zwei Jahren stellt sich Arbeitsunfähigkeit von Frau B heraus. Der Unterhaltsanspruch wird mit monatlich 1.500,00 EUR ausgeurteilt. Nachdem dies geschehen ist, wird Scheidungsantrag eingereicht. Die Unterhaltsrückstände belaufen sich bis dahin auf 36.000,00 EUR. Es besteht auf beiden Seiten sonstiges Vermögen in Höhe von 50.000,00 EUR.

1.) Die Ansicht der Rechtsprechung

Die Frage, wie derartige Unterhaltsrückstände zu behandeln sind, wurde bisher in der Rechtsprechung wie folgt entschieden²⁰:

Auf Seiten des Unterhaltspflichtigen ist die Forderung Schuldverbindlichkeit. Der Zugewinn von Herrn B. betrage 14.000,00 EUR. Auf Seiten der Berechtigten ist dies Aktiva. Der Zugewinn von Frau B. wäre 86.000,00 EUR. Die Differenz von 72.000,00 EUR ist über den Zugewinn auszugleichen. Letztendlich wird daher über den Zugewinnausgleich der gesamte Unterhalt neutralisiert. Der Prozess über zwei Jahre wäre nach dieser Ansicht überflüssig gewesen. Die Ehefrau würde ihren eigenen Unterhalt, der zum Stichtag entstanden ist, über den zu zahlenden Zugewinnausgleich finanzieren!

In den Urteilsgründen der Entscheidung BGH zum Kontoguthaben²¹ wird diese Rechtsprechung ohne nähere Begründung gebilligt und als Argument dafür herangezogen, dass es bei einem Kontoguthaben nur auf das Stichtagsprinzip ankomme. Es sei in diesem Zusammenhang unerheblich, wofür das Konto verwandt werde bzw. woher das Kontoguthaben stamme. Allerdings wird dieses Ergebnis in den Gründen sofort durch folgende Einschränkung relativiert: Jedenfalls seien „zufällig geringfügige

¹⁹ vgl. zu allem Kogel, FamRB 02, 243 ff.

²⁰ OLG Hamm, FamRZ 92, 679; OLG Celle, FamRZ 91, 944; anderer Auffassung Kogel, MDR 97, 1000

²¹ BGH, FamRZ 03, 1544,1546



zeitliche Überschneidungen hinzuzunehmen, weil in Massenfällen dieser Art auf praxisgerechte Weise anderenfalls eine Lösung nicht möglich sei“. Bei größeren Unterhaltsrückständen dürfte damit das letzte Wort auch höchstrichterlich noch nicht gesprochen sein.

Das in der obergerichtlichen Rechtsprechung gefundene Ergebnis erscheint wenig sachgerecht. Der Unterhaltsschuldner hätte den Betrag aus seinem laufenden Einkommen zahlen müssen. Nur hieraus wird die Verpflichtung errechnet. Die Unterhaltsgläubigerin hätte die Summe nicht angespart, vielmehr verbraucht. Auch ist ein Widerspruch dieses Ergebnisses zu der These des BGH festzustellen, dass die Position, die unterhaltsrechtlich bereits berücksichtigt wurde, nicht im Zugewinnausgleich noch einmal verwertet werden darf. Einem solchen Ergebnis kann in der Praxis wie folgt teilweise begegnet werden:

Wenn der Unterhaltsgläubiger durch Dritte unterstützt wird, können diese ihm die Zahlung als Darlehen gewähren. Dem Anspruch stünde daher eine gleich hohe Verpflichtung gegenüber. Dieser Weg führt aber nur halb zum Ziel. Auf der Seite des Unterhaltsschuldners bleibt es dabei, dass dieser eine Verpflichtung im Endvermögen entgegensetzen kann. In der Praxis wird ein Unterhaltsschuldner nicht die monatlich jeweils anfallenden Beträge ansparen, um sie dann „in einer Summe“ an den Gläubiger zu überweisen. Zumindest wird er behaupten, diese Beträge seien verbraucht. Bei dieser Situation würde der Unterhaltsgläubiger die Verbindlichkeit über den Zugewinn zumindest noch zu ½ tragen.

2.) Eigener Lösungsversuch

Wie kann dieses Ergebnis vermieden werden? Ist absehbar, dass einerseits der Unterhaltsschuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommt und ist andererseits auch nicht beabsichtigt, ein Scheidungsverfahren einzuleiten (z.B. wegen des Stichtags zum Versorgungsausgleich oder der Kosten für eine Krankenversicherung nach Scheidung), muss immer daran gedacht werden, einen vorzeitigen Zugewinnausgleich in die Wege zu leiten. Diese Möglichkeit wird durch § 1386 I BGB eröffnet. Wenn der Schuldner auf jeden Fall zumindest einen Teilbetrag zahlen muss und er sich dieser Zahlung entzieht, wird man seine Verhaltensweise als schuldhaftes Nichterfüllen werten können.

In den Fällen, in denen diese Voraussetzungen nicht nachweisbar sind, ist nach einer anderen Lösung zu suchen. § 1381 BGB kann keine unmittelbare Anwendung finden. Die Vorschrift wirkt sich nur zugunsten des Zugewinnausgleichsschuldners aus. In der Person des Zugewinnausgleichsgläubigers muss der Tatbestand der groben Unbilligkeit vorliegen. Genau hieran fehlt es. Nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner verhält sich unrechtmäßig, da er den geschuldeten Unterhalt nicht entrichtet. Es bliebe die Möglichkeit, § 1381 BGB analog anzuwenden²². Die herrschende Meinung lehnt dies jedoch ab, wobei der Verfasser seine gegenteilige Auffassung teilweise aufgibt. Es kann vielmehr über § 242 BGB eine Anpassung erreicht werden.

Dem steht nicht die Rechtsprechung des BGH entgegen, wonach § 1381 BGB als Sonderregelung die Generalklausel des § 242 BGB verdrängt²³. Geregelt werden in dieser Norm nämlich nur Fälle, in denen der Interessengegensatz wie folgt lautet: Der Zugewinnausgleichspflichtige und Schuldner muss

²² so Kogel, MDR 97, 1000

²³ BGH, FamRZ 89, 1276, 1279



wegen des Stichtagsprinzips einen bestimmten Betrag zahlen. Dem Berechtigten steht eine Ausgleichsforderung zu. Er hat durch sein Verhalten jedoch Umstände geschaffen, die ggf. eine Kürzung bewirken kann. Der Gesetzgeber hat diesen Interessenkonflikt dahingehend gelöst, dass dem starren Stichtagsprinzip in der Regel der Vorrang eingeräumt wird. Nur in Fällen grober Unbilligkeit soll hiervon abgewichen werden. Ganz anders sieht die Situation jedoch in Unterhaltsfällen aus: Der Verpflichtete hat wegen des Stichtagsprinzips einen Betrag zu zahlen. Er verursacht durch sein illoyales Verhalten gegenüber der anderen Partei, dass diese Forderung gekürzt wird. In diesem Fall ist die Ausgangslage eine ganz andere. Man wird daher die Messlatte für die Kürzung des Ausgleichsanspruches viel niedriger anlegen können als in der gesetzlichen Ausgangslage des § 1381 BGB. In diesem Zusammenhang kann auch auf die Urteilsgründe des BGH zur Unwirksamkeit von Eheverträgen zurückgegriffen werden²⁴. In dieser Entscheidung hat der BGH anerkannt, dass zwar grundsätzlich Vertragsfreiheit insbesondere in den Randgebieten des Scheidungsfolgenrechts besteht. Hierzu gehört auch der Zugewinn. Allerdings hat er ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, die Berufung auf eine Gütertrennung gem. § 242 BGB als unbeachtlich erscheinen zu lassen. „Ergibt sich aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist?“ Die Möglichkeit, über § 242 BGB korrigierend in solchen Fällen einzugreifen, besteht daher auch nach dieser Entscheidung. Wenn nach den Urteilsgründen die geringfügige Überschreitung eines Kontoguthabens (bis zu einem Monat Unterhalt) hinzunehmen ist, wird man rückschließend aus dieser Begrenzung annehmen müssen, dass darüber hinausgehende Überschneidungen jedenfalls nicht ohne weiteres zu akzeptieren sind. Aus anwaltlicher Sicht muss versucht werden, solche Unbilligkeiten mit Hilfe des § 242 BGB auszuschließen.

Hierbei kann auch auf die Entscheidung zur Abfindung²⁵ zurückgegriffen werden, in der erstmals ebenfalls der Gesichtspunkt von Treu und Glauben als Regulierungsmöglichkeit im Zugewinnausgleichsprozess anerkannt wird.

II. Die besondere Problematik der Schuldverbindlichkeiten

Beispielsfall 3):

Die Eheleute B schulden monatlich aus einer Fehlinvestition gesamtschuldnerisch einem Dritten 10.000,00 EUR (zum Stichtag des Scheidungsantrages). Die Verbindlichkeit wird mit 500,00 EUR bezahlt. Herr B schuldet seiner Ehefrau Differenzunterhalt. Er hat ein Einkommen von 3.000,00 EUR, seine Ehefrau von 1.500,00 EUR. Macht es einen Unterschied, ob

a) jeder der Ehepartner 250,00 EUR an den Dritten zahlt

oder ob

²⁴ BGH, NJW 04, 930, 936 f.

²⁵ NJW 04, 2675



b) beim Trennungs- und Nachscheidungsunterhalt Herr B die Forderung von 500,00 EUR alleine entrichtet?

Auf Seiten von Herrn B ist sonstiger Zugewinn von 20.000,00 EUR, auf Seiten von Frau B solcher in Höhe von 10.000,00 EUR vorhanden.

c) Wie ist zu entscheiden, wenn Herr B alleine haftet, da keine gesamtschuldnerische Verbindlichkeit besteht?

1.) Lösung nach der bisherigen Rechtsprechung

In der Alternative a) wird der Zugewinn auf beiden Seiten um jeweils die hälftige Forderung gekürzt. Der Zugewinnausgleich ist hier $10.000,00 : 2 = 5.000,00$ EUR. Als Differenzunterhalt werden $3/7$ von $1.500,00$ EUR = ca. $645,00$ EUR (gerundet) geschuldet.

Ganz anders sieht die Situation im Falle b) aus. Wird im Urteil zum Unterhalt die Verbindlichkeit bei Herrn B eingestellt, wird insoweit eine anderweitige Regelung im Sinne von § 426 I 1 BGB getroffen²⁶. Wenn ein Ehegatte die Verbindlichkeit aus einer gesamtschuldnerischen Haftung voll in die Passiva seiner Vermögensbilanz übernimmt, liegt nach der Rechtsprechung darin die stillschweigend getroffene Abrede, die Schulden im Innenverhältnis alleine zu tragen²⁷. Im Fall b) sähe die Situation also wie folgt aus:

Beim Unterhalt wird die Forderung abgezogen, so dass die Differenz nunmehr $2.500,00 - 1.500,00 = 1.000,00$ EUR, hiervon $3/7 = 430,00$ EUR (gerundet) beträgt. Über den Unterhalt beteiligt sich die Ehefrau also mit $3/7$ an dem Kredit. Darüber hinaus wird nunmehr beim Zugewinn die Restverbindlichkeit mit $10.000,00$ EUR vom Vermögen des Ehemanns abgezogen. Es besteht damit keine Ausgleichsverpflichtung mehr (Endvermögen $20.000,00 - 10.000,00 -$ Endvermögen Ehefrau $10.000,00$ EUR)! Letztendlich zahlt die Ehefrau mit Ausnahme eines Differenzbetrages von $1/14$ den vollen Kredit! Der BGH hat in dem Urteil zum Kontoguthaben unter Berufung auf ein früheres Urteil²⁸ vertreten, dass diese Schuldverbindlichkeiten unabhängig von der Frage, wer die Schulden zu tragen habe, zusätzlich in die Vermögensbilanz einzustellen seien. Diese ohne Begründung aufgestellte These widerspricht jedoch dem Grundsatz, dass eine Position nicht im Unterhalt und Güterrecht doppelt berücksichtigt werden darf²⁹.

2.) Eigener Lösungsansatz

Ein derartiges Ergebnis erscheint auch grob unbillig. Aus Sicht des Berechtigten kann dies auf folgende Weise verhindert werden:

²⁶ OLG Köln, NJW RR 94, 899

²⁷ OLG Hamm, FamRZ 97, 363; OLG Karlsruhe, FamRZ 91, 1195

²⁸ NJW RR 86, 1325

²⁹ so im Ergebnis auch Niepmann, MDR 03, 845



Der Berechtigte muss darauf drängen, dass Verbindlichkeiten, für die beide aufzukommen haben, nicht nur von dem Verpflichteten, sondern auch von ihm selber zu ½ getragen werden. So grotesk dies klingt: Ein Berechtigter ist normalerweise froh, dass er aufgrund einer Freistellung im Innenverhältnis mit dem Kredit nichts zu tun hat. Er erkaufte sich dies jedoch teuer, wenn Zugewinn vorhanden ist. Achtet der Anwalt nicht auf eine Verteilung ½ zu ½, so trägt der Mandant bis auf einen Spitzenbetrag letztlich wirtschaftlich den vollen Kredit. Der vermeintliche Vorteile (Nichtbelastung der Ehefrau) verkehrt sich zugewinnausgleichsrechtlich also genau ins Gegenteil.

In den Fällen, in denen keine gesamtschuldnerische Haftung besteht, allerdings eheprägende Schulden abgezogen werden (Fall c)), muss Gleiches gelten, wie beim Unterhalt. Auch hier kann es nicht sein, dass der Verpflichtete doppelt (einmal über den Abzug im Unterhalt, einmal über den Passivposten beim Endvermögen) belastet wird. Es handelt sich praktisch um den umgekehrten Fall zum Unterhaltsrückstand. Auch hier hilft § 1381 BGB nicht weiter. Ein Fehlverhalten eines der Beteiligten liegt nicht vor. Nur eine Anwendung des § 242 BGB kann zu einem befriedigenden Ergebnis führen. Handelt es sich bei dem Kredit nicht nur um eine Marginalie, sondern um einen solchen Betrag, der über einen Monatsunterhalt liegt, wird man die Vorschrift heranziehen müssen.

III. Die Gesellschaftsbeteiligung

Beispielsfall 4) –Beteiligung–:

Herr Rechtsanwalt B ist Mitglied einer Sozietät. Seine anteiligen Gewinne machen jährlich 200.000,00 EUR aus. Der Gesellschaftsvertrag sieht vor, dass er bei einem Ausscheiden nur einen Betrag in Höhe von 25.000,00 EUR als Ausgleichszahlung erhält. Der wahre Wert der Gesellschaftsbeteiligung ist – dies sei unterstellt- allerdings 175.000,00 EUR. Unter Berücksichtigung seines Einkommens wird Herr B zur Zahlung von Unterhalt in Höhe von 3/7 seiner Nettoeinkünfte verurteilt. Wie ist der Praxisanteil in der Zugewinnausgleichsberechnung zu bewerten?

Die Rechtsprechung zur Gesellschaftsbeteiligung hat sich seit Jahren wie folgt festgelegt:

Klauseln, wonach dem Ausscheidenden ein ganz geringer oder überhaupt kein Ausgleichsanspruch zugebilligt wird, führen nicht dazu, dass gar kein oder nur ein geringer Betrag in der Zugewinnausgleichsberechnung zu berücksichtigen wäre. Für diese Fälle hat der BGH vielmehr entschieden, dass von dem „wirklichen“ Wert des Unternehmens einschließlich der stillen Reserven und des Good Will auszugehen sei³⁰. Maßgeblich sei nämlich, dass der betreffende Ehegatte seinen Anteil frei nutzen könne. Der Wert werde maßgeblich durch diese Nutzungsmöglichkeit bestimmt. Es sei nicht sachgerecht, den anderen Ehegatten daran nicht teilhaben zu lassen. Allenfalls käme ein geringer Wert dann in Betracht, wenn die Beteiligung am Stichtag bereits gekündigt war oder

³⁰ BGH, FamRZ 80, 37,38 bzw. FamRZ 99, 361



gekündigt werden muss, damit überhaupt ein Zugewinnausgleichsanspruch realisiert werden kann³¹. Wenn zum Stichtag beide Voraussetzungen nicht vorliegen, ist der wirkliche Wert anzusetzen.

Der wahre Wert wird in der Regel aus dem Ertragswert ermittelt. Dieser Ertragswert ermittelt sich aus dem Nettoeinkommen, welches dem Betreffenden zur Verfügung steht. Damit besteht folgendes Dilemma:

Einmal muss der Verpflichtete über den Unterhalt entsprechende Zahlungen erbringen. Zum anderen wird der Gesellschaftsanteil, den er zu diesem Preise ja nie veräußern kann, nochmals zu ½ im Zugewinnausgleich berücksichtigt. Die Situation ist ähnlich wie in dem Fall der Unternehmensbeteiligung³², in dem ein Mitarbeiter eines Unternehmens ein Darlehen mit entsprechender Gewinnbeteiligung gegeben hatte. Ist hier über den Unterhalt eine Regelung getroffen worden, kann insoweit der wahre Wert nicht zusätzlich angesetzt werden. Der Betreffende würde dann doppelt bestraft³³. Die Rechtsprechung zum wahren wirklichen Wert muss wegen dieser Konsequenzen daher auf den effektiv zur Verfügung stehenden Betrag bei Ausscheiden begrenzt werden. Ausgleichspflichtig sind daher lediglich die 25.000,00 EUR, welche Herrn B nach dem Gesellschaftsvertrag zustehen. Diese Konsequenz ist aber nur in den Fällen zu ziehen, in denen die vertraglich vereinbarte Abfindung der Gesellschaftsbeteiligung hinter dem wahren Wert zurückbleibt. Ist dies nicht der Fall, muss der volle Wert angesetzt werden. Dies gilt also z.B. dann, wenn der Betreffende Alleininhaber eines Betriebes oder einer Anwaltspraxis ist. In derartigen Fällen würde er ja bei einem Verkauf auch den vollen Wert (gemindert um die latenten Steuern) erhalten. Eine Diskrepanz taucht nicht auf. Der These von Bruder Müller³⁴, dass generell der Ertragswert als Bewertungsmethode immer dann ausscheidet, wenn die Erträge dem Unterhalt dienen, kann daher nicht gefolgt werden.

³¹ BGH, FamRZ 80, 37,38

³² BGH, FamRZ 03, 432

³³ so im Ergebnis auch Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rz. 306

³⁴ NJW 03, 3166