



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, 1866 f.

Anmerkung zu der Entscheidung BGH XII ZR 185/01

Die Begründung dieser Entscheidung kann zu einer grundlegenden Änderung der Rechtsprechung zum Zugewinnausgleichsrecht führen.

Erneut war das Problem zu lösen, wie eine Doppelberücksichtigung von Vermögenswerten im Unterhalt und Zugewinnausgleich vermieden werden kann. Ist der unterhaltspflichtige Ehepartner arbeitslos geworden und hat er eine Abfindung erhalten, so wird diese Abfindung oftmals dem Arbeitslosengeld anteilig zugeschlagen. Aus dem erhöhten Einkommen wird dann der Unterhalt berechnet. Ist zum Stichtag der Kapitalbetrag ganz oder teilweise noch vorhanden, müsste er ebenfalls bei den Aktiva eingesetzt werden. Dies wiederum hätte zur Folge, dass der Unterhaltsberechtigte zusätzlich über den Zugewinn die Hälfte dieses Vermögenswertes erhält. Letztendlich profitiert er damit doppelt. Dem Unterhaltsverpflichteten bliebe, wenn überhaupt nur ein geringer Restbetrag. Wie dieses allgemein als unbefriedigend empfundene Ergebnis vermieden werden kann, wird unterschiedlich beantwortet. *Kalthoener/Büttner/Niepmann*¹ ordnen die Abfindungen dem Einkommen zu und erklären ohne nähere Begründung, damit seien sie dem Zugewinnausgleich entzogen. Nur so könne eine Doppelbelastung vermieden werden². Das OLG Frankfurt³ hat versucht, dieses Ergebnis über § 1381 BGB zu korrigieren. Ergänzend wird der Gesichtspunkt des § 1380 BGB herangezogen. In einer Entscheidung zur Unternehmensbeteiligung hat der BGH⁴ im Anschluss an ein früheres Urteil⁵ eine entsprechende Vereinbarung der Parteien zu konstruieren versucht. Indem die Parteien über den Unterhalt eine Regelung trafen, hätten sie konkludent einen Vertrag geschlossen, wonach dieser Vermögensteil dem Zugewinnausgleich entzogen sei. Eine derartige Konstruktion ist jedoch weder sachgerecht noch praktikabel. Parteien, die ausschließlich zum Unterhalt eine Vereinbarung treffen, beabsichtigen in der Regel nicht, gleichzeitig zum Zugewinnausgleich einen Vertrag abzuschließen. Vom Parteiwillen wird eine derartige Konstruktion in der Regel nicht getragen. Darüber hinaus wäre eine solche Vereinbarung wegen § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB beurkundungsbedürftig. Demgegenüber besteht bei einer Unterhaltsvereinbarung gerade kein Formzwang. Dies hätte zur Folge, dass nicht gerichtlich oder notariell beurkundete Unterhaltsabsprachen zum Getrenntlebenunterhalt formunwirksam wären. Sicherlich liefe dies den Intentionen beider Parteien zuwider. Gerade dieses Dilemma der Formunwirksamkeit stellte sich in der obigen Entscheidung. Der BGH bemüht nunmehr das Rechtsinstitut des § 242 BGB (Treu und

¹ Rechtsprechung zur Höhe des Unterhaltsrechts, 8. Aufl., Rdn. 795

² Ebenso *Gerhard/Klein*, Handbuch des Fachanwalts für Familienrecht, 3. Aufl., Kap. 6, Rdn. 37

³ FamRZ 00, 611

⁴ FamRZ 03, 432 ff.

⁵ BGH, FamRZ 01, 278,282



Glauben). Da die Ehefrau nach wie vor an der Unterhaltsfestsetzung festhalte, setze sie sich hierzu in Widerspruch, wenn sie zusätzlich die Forderung im Zugewinnausgleich aufführe.

Erstmalig wird damit in der Rechtsprechung der doppelten Teilhabe an der Abfindung über die Generalklausel des § 242 BGB ein Riegel vorgeschoben. Die „Begründung“ erfolgt allerdings nur mit einem Satz. Ohne dies näher zu begründen, stellt sich der BGH in Widerspruch zu seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 1381 BGB. Bislang hatte er immer vertreten, diese Norm sei eine Sonderregelung. Sie verdränge die Generalklausel des § 242 BGB⁶.

Die Vorschrift des § 1381 BGB wiederum wurde äußerst restriktiv ausgelegt. Die Härteregelung dürfe nicht dazu führen, die „legitimen Folgen der Gesetzesabwendung abzuschwächen“⁷. Die Grenze, von der ab die Gewährung des vollen Zugewinnausgleichs als „unzumutbares Opfer“ anzusehen sei, müsse „weit hinaus“ angesetzt werden. Resultate, die auf einer „gesetzestreuen“ Berechnung beruhten, seien nicht grob unbillig. Systemimmanente Unbilligkeiten alleine genügten nicht, die starre schematische Regelung des Zugewinnausgleichs über § 1381 BGB zu korrigieren. Es müssten vielmehr weitere Umstände des Falles hinzutreten. Nur wenn das Wertungsergebnis „unerträglich ungerecht“ sei, könne der Ausgleich nach § 1381 BGB verweigert werden⁸. Die bisherige sehr restriktive Linie des BGH führte dazu, dass in der Praxis ein Leistungsverweigerungsrecht nur selten anerkannt wurde. Dies hat zu heftiger Kritik in der Literatur⁹ geführt.

Dabei wurde bislang allerdings übersehen, dass mit der Vorschrift nur Fälle geregelt werden, in denen sich der Interessengegensatz wie folgt darstellt:

Der Zugewinnausgleichspflichtige muss wegen des Stichtagsprinzips einen bestimmten Betrag zahlen. Dem Berechtigten steht eine Ausgleichsforderung zu. Durch sein Verhalten hat er jedoch Umstände geschaffen, die ggf. eine Kürzung bewirken können. Dieser Interessenkonflikt ist vom Gesetzgeber dahingehend gelöst worden, dass in der Regel dem starren Stichtagsprinzip der Vorrang eingeräumt wird. Nur in Fällen grober Unbilligkeit sollte hiervon abgesehen werden. Daneben gibt es allerdings Fälle, in denen entweder keine der Parteien ein Verschulden trifft oder in denen gerade der Zugewinnausgleichsverpflichtete schuldhaft gehandelt hat. Zu denken ist hierbei z.B. daran, dass der Pflichtige vor dem Stichtag längere Zeit seinen Unterhaltspflichten nicht nachgekommen ist. Nach der Rechtsprechung wäre die Unterhaltsverpflichtung bei ihm als Passiva und der Unterhaltsanspruch beim Berechtigten als Aktiva einzusetzen. Diese Fälle weisen eine ganz andere Ausgangslage als § 1381 BGB auf. Diese Norm kann daher keine generelle Sperrwirkung entfalten.

Angedeutet hatte sich diese grundlegende Änderung in der Rechtsprechung bereits durch die Entscheidung zur Wirksamkeit von Eheverträgen¹⁰. In diesem Urteil war zwar grundsätzlich die Vertragsfreiheit insbesondere beim Zugewinnausgleich anerkannt worden. Allerdings eröffnete der BGH schon hier die Möglichkeit, die Berufung auf eine Gütertrennung gem. § 242 BGB als unbeachtlich erscheinen zu lassen. Es müsse immer folgende Frage gestellt werden: „Ergibt sich aus

⁶ So z.B. BGH, FamRZ 89, 1276,1279

⁷ Vgl. BGH, FamRZ 66, 560, 563

⁸ So BGH a.a.O.; OLG Karlsruhe, FamRZ 86, 167,168; Palandt/Brudermüller, 63. Aufl. § 1381 BGB Rdn. 2,4

⁹ Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1, Rdn. 408 m.zahl.N.

¹⁰ BGH, NJW 04, 930,936 f.



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?“

Wenn nunmehr erstmalig in der Rechtsprechung des BGH rechnerische Ergebnisse eines Zugewinnausgleichsanspruches noch anhand der Grundsätze von Treu und Glauben auf ihre Billigkeit überprüft werden, ist dies eine Aufweichung des bisher als unantastbar geltenden Stichtagsprinzips. Insbesondere in folgenden Beispielen wird man daran denken müssen, das Ergebnis noch einer Korrektur zu unterziehen:

- Der Zugewinnausgleichspflichtige hat vor dem Stichtag längere Zeit seine Unterhaltspflichten nicht erfüllt. Die Forderung wird klageweise geltend gemacht. Unterhaltsrückstände sind bei ihm Passiva, beim Berechtigten Aktiva. Dies kann zu dem Ergebnis führen, dass über den Zugewinnausgleich ein Unterhaltstitel wirtschaftlich wertlos ist.
- In gleicher Weise kann das Problem bei Schuldverbindlichkeiten und Unterhaltspflichten auftreten. Wird beim Unterhalt die Ratenverpflichtung beim Einkommen abgezogen und wird andererseits dann auch noch die zum Stichtag bestehende Verbindlichkeit als Passivposten auf Seiten des Unterhalts- und Zugewinnausgleichspflichtigen in vollem Umfang berücksichtigt, so bezahlt der Unterhaltsberechtigte letztendlich die Forderung alleine: Einmal über den Abzug beim Unterhalt, zum anderen über die Passivposten in der Zugewinnausgleichsbilanz¹¹.
- Wenn der Zugewinnausgleichsverpflichtete vor dem Stichtag den Ehepartner vorsätzlich körperlich verletzt hatte, wäre diese Forderung in seine Vermögensbilanz als Passiva einzustellen. Beim Berechtigten wäre die Forderung Aktiva. Sofern weiteres Vermögen vorhanden ist, gleicht sich über den Zugewinnausgleich diese Forderung wiederum aus.
- Bislang hat der BGH angenommen, dass Schmerzensgeld, welches am Stichtag noch vorhanden war, in die Bilanz eingestellt werden müsse¹². Nur der Weg über § 1381 BGB konnte weiterhelfen. Zunächst hilft dieser Weg aber dann nicht, wenn das Schmerzensgeld dem ansonsten zugewinnausgleichsberechtigten Ehepartner zusteht¹³. Fraglich ist auch, ob die engen Voraussetzungen des § 1381 BGB gegeben sind, wenn der Zugewinnausgleichsverpflichtete zugleich Schmerzensgeldberechtigter ist. Das bislang vom BGH geforderte Verschulden liegt in der Regel nicht vor. Überprüft man das Ergebnis gem. § 242 BGB, wird sich viel eher die Möglichkeit eröffnen, das Schmerzensgeld ganz oder teilweise dem Zugewinnausgleichszugriff zu entziehen.

Diese nur beispielhaft aufgezeigten Fälle machen Folgendes deutlich:

Indem nunmehr erstmalig der BGH anerkannt hat, dass rechnerische Ergebnisse zum Zugewinn über § 242 BGB überprüft werden können, wird den Instanzgerichten die Möglichkeit eröffnet, auf ungerechte Berechnungen flexibler zu reagieren. Im Interesse der Rechtssicherheit muss allerdings davor gewarnt werden, das ansonsten starre Stichtagsprinzip zu unterlaufen. Der Ausschluss oder die Reduzierung des Zugewinnausgleichsanspruches darf sich nur auf Ausnahmefälle beschränken.

¹¹ Vgl. hierzu OLG Köln, FamRZ 94, 961; Wever, FamRZ 04, 1075 sowie zu beiden Fallgruppen Kogel, FamRZ 04, 1614 ff.

¹² BGH, FamRZ 81, 755

¹³ Vgl. *Haußleiter/Schulz*, Kap. 1, Rdn. 431 a)