

Strategien bei der (drohenden) „Verarmung“ des Zugewinnausgleichsschuldners FamRZ 2008, 1297 ff.

-zugleich eine kritische Besprechung der Entscheidung OLG Hamm, FamRZ 2007, 1889
und ein Beitrag zur beabsichtigten Neuregelung des Zugewinnausgleichsrechts-

Der Verfasser zeigt auf, welche Risiken sich für den Zugewinnausgleichsberechtigten aufun, wenn der Güterstand nicht alsbald beendet wird. Im Anschluss an die Entscheidung des OLG Hamm, FamRZ 2007, 1889 versucht er Lösungsmöglichkeiten aufzuzeigen, um den Verlust eines Zugewinnausgleichsanspruches zu verhindern. Gleichzeitig geht er auf die beabsichtigte Änderung des § 1378 Abs. 2 BGB und des vorzeitigen Zugewinnausgleichs ein.

I. Vorbemerkung:

Es häufen sich die Entscheidungen¹, bei denen der Zugewinnausgleichsverpflichtete nach entstandener Ehekrise plötzlich von einem unerklärlichen „Virus“ befallen wird. Dieser Virus heißt: *Verarmung*. Das Phänomen tritt in zwei Varianten auf. Zum einen finden Vermögensverschiebungen *vor* dem Stichtag statt. Zum anderen können diese Verluste so weit gehen, dass bei *Beendigung* des Güterstandes überhaupt kein Vermögen mehr vorhanden ist. Teilweise gehen die Zugewinnausgleichsverpflichteten sogar in die Insolvenz.

Die Ursache dieses Dilemmas liegt in einer gesetzgeberischen Fehlentscheidung. Für den Zugewinn ist ebenso wie für den Versorgungsausgleich nicht etwa der Zeitpunkt der Trennung der Eheleute maßgebend. Die Aufteilung dieser Vermögenspositionen wird vielmehr mit der Einreichung des Scheidungsantrages verknüpft. Beim Versorgungsausgleich geschieht dies durch § 1587 Abs. 2 BGB (Ende des vorangegangenen Monats *vor* Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages). Beim Zugewinnausgleich ist § 1384 BGB maßgebend (Tag der *Zustellung* des Scheidungsantrages). Dazwischen liegt in der Regel die Jahresfrist des § 1565 Abs. 1 BGB. Der Schutzzweck (Überlegungsfrist für die Eheleute) wird in der Praxis von Ehepartnern geradezu missbraucht, ihre Vermögenslage entsprechend zu „gestalten“. Manipulationen, die sich teilweise im Grenzbereich der Legalität bewegen, werden vorgenommen. Entsprechend beraten und auf die zeitliche Diskrepanz zwischen Trennung und Vermögensbewertung hingewiesen, kommen manche Mandanten ins Grübeln. Sie erkennen, dass „noch lange nicht das letzte Wort gesprochen ist“ und dass der Zeitablauf trefflich ausgenutzt werden kann.

Aufgabe des Interessenvertreters eines *Zugewinnausgleichsberechtigten* ist es, solchen

1) OLG Hamm FamRZ 2007, 1243 stellt die offenen Unterhaltsansprüche in die Stichtagsbilanz ein. Sodann wird geprüft, ob bis zur Rechtskraft der Scheidung wegen dieser Rückstände die Voraussetzungen des § 1378 Abs. 2 BGB gegeben sind.

Manipulationsversuchen von vorneherein einen Riegel vorzuschieben. Dabei müssen zwei Zeitpunkte der Vermögensverschiebung unterschieden werden.

- 1.) Bis zur **Rechtshängigkeit** des Scheidungsantrages (Stichtag).
- 2.) Bis zur **Rechtskraft** der Scheidung oder des Urteils, welches auf vorzeitigen Zugewinnausgleich erkennt (Beendigung des Güterstandes).

II.

Manipulationen bis zur *Rechtshängigkeit* des Scheidungsverfahrens

1.) Antrag gem. § 1565 I BGB

Bestehen Befürchtungen, dass der Ausgleichspflichtige sein Vermögen vermindert, muss das vorrangige Ziel darauf gerichtet sein, einen Scheidungsantrag *möglichst umgehend* einzureichen. Der Stichtag muss nach vorne verlegt werden. Zwar wird durch die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages zugleich der Zeitpunkt für den Versorgungsausgleich bestimmt. In der Regel haben Mandanten aber eher ein Interesse daran, im Rahmen des Scheidungsverfahrens über den Zugewinnausgleich liquide Mittel zu erhalten, als einen oftmals nur geringfügig höheren Versorgungsausgleichsanspruch nach Jahrzehnten bei Renteneinreichung realisieren zu können (Stichwort: „wer hat, der hat“).

Ob ein solcher Scheidungsantrag frühzeitig eingereicht werden kann, hängt sehr von der Arbeitsweise und Belastung des angerufenen Gerichts ab. Manche Gerichte führen eine Art schriftliches Vorverfahren durch. Insbesondere wenn die Jahresfrist absehbar bereits in einigen Monaten erreicht wird, holen sie zunächst die Auskünfte zum Versorgungsausgleich ein. Damit überbrücken sie den Zeitraum bis zum Erreichen der Jahresfrist. Teilweise wird allerdings gefordert, dass bei erkennbar unschlüssigen Scheidungsanträgen das Gericht an nächst bereiter Stelle terminieren *muss*, um willkürlichen Kürzungen des Versorgungsausgleichs zuvorzukommen². Ohne gegen die prozessuale Wahrheitspflicht zu verstoßen, kann jedoch manches Mal mit gutem Grund argumentiert werden, ein Getrenntleben liege bereits zu einem früheren Zeitpunkt als dem des tatsächlichen Auszuges vor. Wenn über das Getrenntleben innerhalb der ehelichen Wohnung ggf. noch durch Zeugen Beweis erhoben muss, kann die Jahresfrist erreicht werden.

Es kann ferner versucht werden, durch einen Aussetzungsantrag gem. § 614 Abs. 3 ZPO Zeit zu gewinnen. Das Gericht *muss* zwar auf Antrag des Klägers aussetzen, mag es das Begehren für zweckmäßig halten oder nicht. *Nicht* auszusetzen ist jedoch nach der Rechtsprechung, wenn das Ersuchen *missbräuchlich* ist³. Dies wird z.B. in den Fällen angenommen, in denen der Ehepartner unter keinen Umständen zur Fortsetzung der Ehe bereit ist. Gleiches gilt, wenn das einseitige Scheidungsbegehren abweisungsreif ist, da

2) Vgl. z.B. OLG Köln OLG-Report 2006, 357

3) OLG Bamberg FamRZ 1984, 897

der Antrag verfrüht erhoben wurde⁴. Dieser Aussetzungsantrag ist aber auf jeden Fall vorab zu bescheiden. Sogar ein Rechtsmittel ist hiergegen möglich. U.U. lassen sich damit Monate an Zeit gewinnen, um einen verfrühten Scheidungsantrag und entsprechenden Stichtag zu „retten“.

Sollte all dies scheitern, kann als letztes Mittel versucht werden, das Verfahren in die Berufung zu bringen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH⁵, dass sogar in Fällen des missbräuchlichen, frühzeitigen Antrages der Stichtag erhalten bleibt, selbst wenn erst in zweiter Instanz die Jahresfrist erreicht wird. Die Sache *muss* zurückverwiesen werden. Der Stichtag bleibt jedoch erhalten. Über eine Konsequenz muss der Anspruchsteller sich allerdings im Klaren sein: Gemäß § 97 Abs. 2 ZPO treffen *ihn* die Kosten des Berufungsverfahrens. Auf diese nachteiligen Konsequenzen sollte der Anwalt seinen Mandanten tunlichst im Vorhinein hinweisen, will er sich nicht dem Vorwurf der Schlechtberatung aussetzen.

2.) Antrag gem. § 1565 Abs. 2 BGB

Darüber hinaus kann in geeigneten Fallgestaltungen versucht werden, den Antrag zusätzlich auf § 1565 Abs. 2 BGB zu stützen. Zwar hat die Rechtsprechung schon sehr bald nach Einführung des Zerrüttungsprinzips die Latte für eine unzumutbare Härte hochgelegt. Schwere Beleidigungen, demütigende Beschimpfungen⁶ sind in der Regel ebenso wenig ausreichend, wie die Verletzung der ehelichen Treuepflicht⁷. Positive Entscheidungen sind in den letzten Jahren nur noch selten ergangen. Das OLG Saarbrücken⁸ hat eine unzumutbare Härte dann angenommen, wenn ein Ehegatte ein „Verhältnis“ zu einem neuen Partner unterhält, mit dem er nunmehr im vormals ehelichen Haushalt zusammen lebt. Ansicht dürfte jedoch wegen der Häufigkeit einer solchen Konstellation mit dem Ausnahmecharakters des § 1565 Abs. 2 BGB kaum in Einklang zu bringen sein. Die Zumutbarkeitsschwelle wird man auch immer anders beurteilen, je nachdem, ob sich der Sachverhalt in einer ländlichen Gegend oder in einer Großstadt ereignet. In Fällen der Gewaltanwendung kann möglicherweise im Hinblick auf das neu eingeführte GewSchG argumentiert werden, dass bei ständigen körperlichen Misshandlungen ein vorzeitiger Scheidungsantrag eingereicht werden kann⁹.

Erfahrungsgemäß sind viele Beteiligte froh, wenn die erhobenen Vorwürfe nicht weiter verfolgt werden. Auch Gerichte befassen sich nur ungern mit einem Sachvortrag, der fatal an das Verschuldensprinzip des alten Eherechts erinnert. Die Konsequenz ist: Das Verfahren wird nach einem

4) BGH NJW 1997, 1007

5) BGH FamRZ 1981, 127

6) OLG Stuttgart FamRZ 1977, 646

7) Vgl. die Nachweise bei Palandt/Brudermüller, 66. Aufl. § 1365 Rdn. 10; bejahend allerdings OLG Köln, FamRZ 2003, 1565 in einer besonderen Konstellation. In diesem Fall war die Schwester der Ehefrau mit dem Ehemann im selben Haus eingezogen. Der Vorgang fand in einer kleinen Gemeinde statt.

8) FamRZ 2005, 809

9) In diesem Sinne OLG Stuttgart FamRZ 2002, 239. Die Entscheidung geht allerdings davon aus, dass bei einem *einmaligen* Vorfall im *Affekt* kein Scheidungsantrag gerechtfertigt sei; ähnlich OLG Schleswig FamRB 2008, 67 bei mehrfachen, gravierenden, alkoholbedingten Übergriffen und Drohungen.

stillschweigenden Konsens der Beteiligten praktisch ruhend gestellt. Die Voraussetzungen für eine spätere Ehescheidung werden geschaffen, insbesondere die Auskünfte zum Versorgungsausgleich eingeholt. Es wird abgewartet, bis die Jahresfrist erreicht ist. Damit ist das Ziel des Zugewinnausgleichsberechtigten erreicht.

3.) Vorzeitiger Zugewinnausgleich gem. § 1386 BGB

Kommt ein frühzeitiger Scheidungsantrag nicht in Betracht, muss als Angriffsstrategie immer an einen vorzeitigen Zugewinnausgleich gedacht werden¹⁰. Leider ist in der Praxis eine derartige Vorgehensweise viel zu wenig gebräuchlich. Dies ganz zu Unrecht. Zum einen sind sehr oft objektiv die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Zugewinnantrag gegeben.

Dies gilt zunächst in den Fällen, in denen der Ehepartner seiner Unterhaltsverpflichtung ebenso böswillig wie nachhaltig nicht nachkommt. Stellt sich z.B. nach langjähriger Ehe und Berufsabstinenz der Ehefrau der gut verdienende Partner auf den Standpunkt, er müsse gar keinen und erst recht nicht einmal Differenzunterhalt zahlen, dürften in der Regel die Voraussetzungen des § 1386 Abs. 1 BGB gegeben sein (dauernde Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen).

Auch unzulässige Verfügungen über das Vermögen im Ganzen (§ 1386 Abs. 2 Zif. 1 BGB) können ausreichend sein. Insbesondere hat der BGH¹¹ erst jüngst die ständige obergerichtliche Rechtsprechung bestätigt, wonach bereits die *Einreichung* eines Teilungsversteigerungsantrages eine derartige Verfügung darstellt.

Erfährt der Ehegatte von illoyalen Vermögensverschiebungen des Partners (§ 1386 Abs. 2 Zif. 2 i.V.m. § 1375 BGB) gilt es ohnehin, *sofort* zu handeln. Wenn unentgeltliche Verfügungen (vor allem Schenkungen an die Lebensgefährtin) oder Handlungen in Verschwendungsabsicht nachweisbar getroffen werden, muss *umgehend* reagiert werden.

Schließlich wird in der Praxis viel zu wenig von der Möglichkeit des § 1386 Abs. 3 BGB (*beharrliche Verweigerung* der Unterrichtung bei *Unkenntnis* über den Vermögensstand) Gebrauch gemacht¹². Die Ursache hierfür liegt wohl darin, dass an keiner Stelle im BGB insoweit ausdrücklich eine Verpflichtung der Ehepartner statuiert wird. Nur die *Konsequenz* (vorzeitiger Zugewinnausgleich) wird geregelt. Die Verpflichtung zur Unterrichtung ergibt sich dabei entweder aus § 242 BGB oder aus dem allgemeinen Rechtsgedanken zur ehelichen Rücksichtnahme des § 1353 BGB. In geeigneten Fällen sollte im ersten Anschreiben an die Gegenseite der Partner aufgefordert werden, neben der *Auskunft* mit Belegen zum Unterhalt auch eine *Unterrichtung* über das Vermögen zu geben. Mit einer solchen Aufforderung kann ein

10) Vgl. zum vorzeitigen Zugewinnausgleich insgesamt Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1, Rdn. 509 ff.; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, NJW-Praxis, 2. Aufl., Rdn. 147 ff.

11) FamRB 2007, 259 f. = BGH-Report 2007, 923 mit Anm. Kogel BGH-Report 2007, 926. Nach jetziger Rechtslage muss eine Verfügung bereits erfolgt sein. In Zukunft soll nach der Reform des Zugewinnausgleichsrechts die bloße Befürchtung genügen (vgl. hierzu unten IV, 3).

12) Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, 514 ff.; Kogel, FamRB 2002, 19

Anspruchsteller nur gewinnen. Wird die Unterrichtung gegeben, hat er sich schon einen Überblick über den Vermögensstatus zum Zeitpunkt kurz nach der Trennung verschafft. Diesen Status kann er mit der Auskunft vergleichen, welche zum Stichtag der Rechtshängigkeit geschuldet wird. Viel eher kann dann beurteilt werden, ob zwischenzeitlich beeinträchtigende Vermögensverschiebungen vorgenommen wurden insbesondere, ob eine Verschwendung stattgefunden hat. Natürlich setzt dies voraus, dass der Verpflichtete die Unterrichtung im Wesentlichen korrekt erteilt. „Mauert“ oder „trickst“ er insoweit, hilft selbst eine solche Vorgehensweise kaum weiter. Gibt der Verpflichtete entweder die Erklärung ab, er schulde gar keine *Auskunft*, da das Verfahren noch nicht rechtshängig sei, oder ignoriert er kurzerhand das Anschreiben, sollte die entsprechende Aufforderung zweimal wiederholt werden. Nach fruchtlosem Ablauf sind die Voraussetzungen für den vorzeitigen Zugewinnausgleich gegeben. Selbst wenn in dem nachfolgenden Verfahren der Zugewinnverpflichtete nunmehr die rechtlichen Konsequenzen erkennt und eine Unterrichtung vornimmt, kann er dem vorzeitigen Zugewinnausgleich nicht mehr entgehen. Dieser ist dann nämlich „eine güterstandsspezifische Sanktion für die mangelnde Unterrichtung“¹³. In Fällen der PKH-Bewilligung sollte der Anwalt vorsorglich nicht alleine auf diese Rechtsansicht vertrauen, sondern den sichersten Weg gehen. Dieser besteht darin, mit dem Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich einen *Vorabzustellungsantrag* gem. § 14 Abs. 3 GKG zu verbinden¹⁴.

Wird der Weg des vorzeitigen Zugewinnausgleichs beschritten, sollte baldmöglichst versucht werden, die Rechtskraft des Gestaltungsurteils zu erreichen. Erst hierdurch wird der Güterstand beendet. Nunmehr ist die Forderung fällig. Ab diesem Zeitpunkt ist die Gefahr des § 1378 Abs. 2 BGB gebannt.

Zwischenergebnis;

Vordringlichstes Ziel in derartigen Verfahren muss es sein, entweder ein Scheidungsverfahren oder alternativ einen vorzeitigen Zugewinnausgleich **umgehend einzuleiten**, um den Stichtag nach vorne zu verlegen.

4.) Flankierende Maßnahmen

a) Arrest

Zunächst kann als flankierende Maßnahme zu einem vorzeitigen Scheidungs- oder Zugewinnausgleichsantrag in geeigneten Fällen an eine einstweilige Verfügung oder Arrest gedacht werden. Äußerungen des Schuldners wie „die Lebensversicherung bringe ich durch“, „das Haus kommt unter den Hammer“, „du bekommst überhaupt nichts“, sind - sofern gerichtsverwertbar glaubhaft darzustellen - hinreichende Anhaltspunkte für ein Einschreiten. Nach der Rechtsprechung *kann* in solchen Fällen der Interessenvertreter nicht nur derartige Maßnahmen in Angriff nehmen. Er **muss** dies tun. Hat er konkrete Hinweise auf eine bestehende Vereitelungsabsicht des anderen Ehepartners und leitet er nichts in die Wege,

13) Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 515 unter Hinweis auf Münchener Kommentar/Koch, §§ 1375, 1386 BGB, Rdn. 24; AG Villingen-Schwenningen, FamRZ 2004, 1788

14) Vgl. Kogel, Strategien, Rdn. 164

macht er sich regresspflichtig¹⁵. Die Rechtsprechung ist insoweit also relativ weitgehend. Eine erhebliche Gefährdung wird in der Literatur z.B. dann angenommen, wenn ein Ehepartner mit einem neuen Partner zusammen lebt und diesem in größerem Umfange Geschenke macht¹⁶.

Im Gegensatz zur früher herrschenden Meinung¹⁷ wird heute¹⁸ in der obergerichtlichen Rechtsprechung ganz überwiegend die Ansicht vertreten, derartige Eilverfahren seien möglich. Dies entspricht schon vor allem einem praktischen Bedürfnis. Das Ergebnis ist mit der Gesetzeslage auch durchaus in Einklang zu bringen. Für einen Arrest ist nur eine *zukünftige* oder *bedingte* Forderung erforderlich¹⁹. Ein derartiger Anspruch im Anwartschaftsstadium ist bereits dann gegeben, wenn die Scheidung oder der vorzeitige Zugewinnausgleich anhängig gemacht wurden. Bezogen auf die Rechtshängigkeit ist damit dem Grunde nach die Forderung schon entstanden.

b) Auskunftsbegehren nach § 1379 BGB

Kann durch einen frühzeitigen Scheidungs- oder Zugewinnausgleichsantrag einer Benachteiligung entgegengewirkt werden, so ist zusätzlich zu prüfen, wie entsprechenden negativen Verfügungen des Ausgleichspflichtigen *bis* zu diesem Termin begegnet werden kann. Der Zugewinnausgleichsberechtigte befindet sich hierbei in einer relativ schlechten Ausgangssituation. Die Auskunftspflicht richtet sich (nur) nach § 1379 BGB²⁰. Die Auskunft ist *zum Stichtag* zu erteilen. Stichtag ist beim Scheidungsverfahren die *Zustellung* des Scheidungsantrages, beim vorzeitigen Zugewinnausgleich die *Zustellung* eben dieser Klage (§§ 1384, 1387 BGB). Da der Anspruch stichtagsbezogen ist, besteht grundsätzlich keine Verpflichtung, über Zeiträume Auskunft zu erteilen. Die Rechtsprechung des BGH²¹ stellt vielmehr strikt auf den Stichtag ab. Aus Praktikersicht ist dem Grunde nach dies eigentlich zu begrüßen. Oftmals bereitet es bereits erhebliche Schwierigkeiten, ein genau auf den Stichtag bezogenes Bestandsverzeichnis korrekt zu erstellen. Müssten kürzere oder sogar längere Zeiträume beauskunftet werden, würde der Rechtsstreit ins Uferlose ausarten.

c) Auskunftsbegehren bei illoyalen Vermögensverschiebungen gem. § 242 BGB

Ausnahmen von dieser strikten Regel werden unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB in den Fällen

15) Vgl. z.B. OLG Hamm FamRZ 1992, 430

16) Vgl. Münchener Kommentar/Koch, 4. Aufl., § 1389 BGB, Rdn. 6-10; Soergel/Lange, 13. Aufl., § 1389 BGB, Rdn. 6

17) Vgl. die Nachw. bei Ditzgen, NJW 1987, 1806

18) Vgl. z.B. OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 114; OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 822; NJW 1997, 1017; OLG Celle FamRZ 1996, 1429; OLG Hamm FamRZ 1997, 181; OLG Hamburg FF 2002, 175 unter Aufgabe der früheren gegenteiligen Rechtsprechung; OLG Karlsruhe 2007, 408; vgl. insgesamt zum Streitstand Kogel, FamRB 2004, 131; a.A. jüngst OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 410. Nach der Neufassung des vorzeitigen Zugewinnausgleichs würde sich der Meinungsstreit erledigen. Da die Klage nicht nur als Gestaltungs- sondern auch als Leistungsklage erhoben werden kann, ist diese Zugewinnausgleichsforderung nach der Begründung zur Novelle unzweifelhaft durch Arrest sicherungsfähig.

19) So schon zutreffend Ditzgen, NJW 1987, 1806

20) Vgl. zum Ganzen Hartung MDR 1998, 508 ff.

21) Vgl. BGH BGH-Report 2007, 145; BGH FamRZ 1982, 28

gemacht, in denen

- der Auskunftsberechtigte den Schuldner über Umfang und Bestehen seines Rechts *im Unklaren* lässt und daher auf die Auskunft *angewiesen* ist sowie
- *konkrete Anhaltspunkte* für ein Handeln nach § 1375 Abs. 2 BGB (illoyale Vermögensverschiebung) gegeben sind.

An einen derartigen Vortrag sind wiederum keine übertriebenen Anforderungen zu stellen. So ist z.B. bei einem *nach* Trennung aber *vor* dem Stichtag veräußerten Aktiendepot oder bei einer aufgelösten Lebensversicherung eine ergänzende Auskunftsverpflichtung in der Rechtsprechung angenommen worden²². Gleiches wurde ausgeurteilt, falls innerhalb eines Jahres vor dem Stichtag 135.000,00 EUR „verschwunden“ sein sollen²³. Ein Fehlbetrag von 36.000,00 EUR zwischen den Zeitpunkten soll selbst bei guten Einkommensverhältnissen ebenso ausreichend sein²⁴. Der Schuldner ist in diesen Fällen aber nicht über diese Zeiträume generell auskunftspflichtig. Er muss vielmehr immer nur bezogen auf die genau bezeichneten und zu bezeichnenden Vermögenswerte (z.B. Aktiendepot, Lebensversicherung, konkretes Sparguthaben etc.) die Auskunft ergänzen²⁵. Dieses setzt natürlich in der Regel voraus, dass der Auskunftsberechtigte bereits im Vorhinein von derartigen Vermögenswerten etwas wusste. Bei Lebensversicherungen kann dies oftmals dadurch nachvollzogen werden, dass der Verpflichtete ursprünglich z.B. bei den Berechnungen zum Unterhalt entsprechende Beitragszahlungen einkommensmindernd abgesetzt hat. Teilweise können durch die Ertragnisaufstellungen in den Steuererklärungen Aktien oder Sparguthabensbeträge und deren Renditen nachgewiesen werden. Teilweise haben Ehepartner sogar Kontoauszüge mit entsprechenden Belegen für einen ursprünglich bestehenden Vermögenswert in Händen.

5) Beweislast

Sind solche Beträge bis zum Stichtag der Rechtshängigkeit „verschwunden“, stellt sich die Frage, *ob* überhaupt und *inwieweit* sie noch berücksichtigt werden dürfen. Die Beantwortung richtet sich nach den Darlegungs- und Beweislastgrundsätzen im Zugewinnausgleich.

Wer Zugewinn verlangt, trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Ausgleichsforderung. Dabei muss er *drei* Positionen im Rahmen der wechselseitigen Bilanzen nachweisen.

- *Endvermögen der Gegenseite*,
- das *eigene Endvermögen* sowie
- das *eigene Anfangsvermögen*.
- Nur für das *Anfangsvermögen* des *Gegners* ist er *nicht* darlegungs- und beweispflichtig²⁶.

22) Vgl. BGH FamRZ 1982, 27,28; OLG Köln FamRZ 1999, 1071; Hanseatisches OLG Bremen MDR 1998, 289

23) Vgl. KG FamRZ 1998, 1514

24) Vgl. OLG Bremen FamRZ 1999, 94

25) Vgl. Kogel, Strategien, Rdn. 200

26) Vgl. BGH FamRZ 1991, 1196; OLG Hamm FamRZ 1997, 87; Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 83 ff.

Der Anspruchsteller muss beim Endvermögen des Gegners nicht nur das Vorhandensein von bestimmten Vermögensgegenständen darlegen und nachweisen. Selbst das *Fehlen* von *Verbindlichkeiten* gehört hierzu. Gerade deswegen müssen bei der Auskunft nach § 1379 BGB die Schulden angegeben werden²⁷. Der Anspruchsgegner muss im Prozess diese negativen Tatsachen substantiiert vortragen. *Schlüssig* ist der Vortrag schon dann, „wenn die Prozesspartei Tatsachen behauptet, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet ist, das geltend gemachte Recht oder die geltend gemachte Verbindlichkeit als entstanden erscheinen zu lassen²⁸“. Bei einem Darlehen bedarf es damit noch nicht einmal näherer Angaben zum Zeitpunkt und zur Auszahlung. Mangels Schlüssigkeit kann solcher Vortrag also nicht zurückgewiesen werden. Allerdings sollte sich eine Prozesspartei über eines im Klaren sein: Je vager die Angaben zum Darlehenszweck, zum Zeitpunkt und zur Auszahlung sind, desto geringer ist die Chance, dass ein Gericht selbst nach einer Zeugenvernehmung derartigen Behauptungen überhaupt Glauben schenkt. Vor allem Verwandtendarlehen, die oftmals in bar gegeben worden sein sollen, sind suspekt²⁹.

Problematisch wird die Situation, wenn ursprünglich Beträge vorhanden waren, diese aber zum Endvermögensstichtag nicht mehr auftauchen. Für eine derartige illoyale Vermögensverschiebung trägt der Anspruchsberechtigte ebenfalls die Darlegungs- und Beweislast. Der BGH hat den Begriff der Verschwendung teilweise sogar sehr großzügig zu Lasten des Berechtigten ausgelegt. So sollen Aufwendungen in Höhe von 42.000,00 DM für Prozesskosten, Wochenendfahrten und sonstige Freizeitvergnügen innerhalb eines Jahres kein unzulässiges „auf-den-Kopf-Hauen“ von Vermögenswerten darstellen³⁰.

Gerade in diesem Bereich sollte der Interessenvertreter des Anspruchstellers jedoch versuchen, eine differenzierte Gewichtung durch das Gericht zu erreichen. Zunächst macht es einen Unterschied aus, ob die Eheleute über 20.000,00 EUR oder 1 Mio. EUR an Zugewinnausgleich streiten. Die Relation zwischen verschwundenem und noch vorhandenem Vermögen muss verdeutlicht werden. Daneben muss dargelegt werden, in welchem *Zeitraum* und zu welchem *Zeitpunkt* der Geldbetrag ausgegeben wurde. Maßgeblich hängt der Vorwurf der Verschwendungsabsicht im Übrigen vordringlich vom früheren Lebensstil und Ausgabeverhalten der Eheleute ab. Ein plötzlicher Stilwechsel *nach* der Trennung ist unklug. Der bislang in der Ehe als Knauserer zu Tage getretene Ehepartner, der sich nunmehr als „Big Spender“ geriert, macht sich jedenfalls immer verdächtig. Aufgabe des Interessenvertreters ist es, darzulegen, dass angesichts dieser Umstände (Höhe, Zeitraum, Zeitpunkt, bisherige Lebensführung und Ausgabeverhalten etc.) es eine außergewöhnliche Ausgabe war, welche zu der Vermögensminderung führte. Gelingt der Nachweis, dass es sich um eine anormale Vermögens“verwertung“ handelte, wird man nach den Grundsätzen des *Beweises des ersten Anscheins* davon ausgehen müssen, dass die Handlungsweise in unlauterer Absicht erfolgt ist. U.U.

27) OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 168, 170; Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 475

28) So BGH FamRZ 2003, 1546

29) Vgl. Kogel, Strategien, Rdn. 786

30) BGH, NJW 2000, 2347, 2348

kann noch eine Abstufung dahingehend erfolgen, ob nur Teile der Verfügung unter die Vorschrift des § 1375 BGB fallen. Im Rahmen einer *abgestuften Darlegungs- und Beweislast* ist dem Ausgleichsverpflichteten zuzumuten, durch nähere Angaben über die allein zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse diesen Anscheinsbeweis zu erschüttern. Erst wenn er dies tut, kann der Anspruchsberechtigte substantiiert unter Beweisantritt sich mit diesem Vorbringen auseinandersetzen und es widerlegen.³¹ Nunmehr obliegt *ihm* wieder die *volle* Darlegungs- und Beweislast³².

Teilweise hat die Rechtsprechung versucht, nicht nur die Grundsätze des prima-facie-Beweises heranzuziehen. Vielmehr wurde bei *zeitnaher Aufnahme* einer größeren Verbindlichkeit kurz vor dem Stichtag sogar eine *Umkehr* der *Beweislast* angenommen, wenn der Ausgleichsschuldner sich über den Verbleib des Geldes nicht nachvollziehbar und plausibel erklärt hat³³. Eine derartige *Umkehr der Beweislast* steht aber zu dem Stichtagsprinzip und den allgemeinen Beweislastgrundsätzen im Zugewinnausgleich in Widerspruch.

Allenfalls kann man von der Umkehr der Beweislast dann ausgehen, wenn der Verpflichtete in der Auskunftsstufe keine Schulden erwähnt hat, diese aber plötzlich in der Zahlungsstufe auftauchen. Richtigerweise wird man in diesem Sonderfall dem Zugewinnausgleichspflichtigen die Beweislast auferlegen, es sei denn, er kann plausibel darlegen, weswegen er diesen Teil der Passiva in der Auskunftsstufe nicht aufgeführt hat³⁴.

III.

Vermögensminderung zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung

1) Die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB

a) Voraussetzungen;

aa) Vorteile von Verbund- und separaten Verfahren

Die Risiken für den Zugewinnausgleichsberechtigten sind aber damit aber noch lange nicht erschöpfend dargelegt. Viele Verpflichtete arbeiten nämlich auf die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB hin. Ist zum Zeitpunkt der *Rechtskraft* der Scheidung nichts mehr vorhanden, wird auch nichts mehr geschuldet unabhängig davon, was bei Rechtshängigkeit noch an Vermögen bestanden hat (zur Rechtslage nach der Reform vgl. ausblick V 3). Je länger ein Scheidungsverfahren dauert, desto höher ist dieses Risiko. Die

³¹) Vgl. allgemein und ausführlich zu den Grundsätzen des prima-facie-Beweises Zöller/Greger ZPO, 26. Aufl., Vorb. § 284 Rdn. 29 ff.

³²) Zu den Grundsätzen der sekundären Behauptungslast und der prozessualen Darlegungs- und Beweislast vgl. z.B. BGHZ 140, 158; BGHZ 109, 139, 149; BGH, NJW 2001, 64

³³) OLG Frankfurt, FamRZ 2006, 416

³⁴) Vgl. zu diesem Problemkreis Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 3. Aufl., Rdn. 50; OLG Koblenz FamRZ 1988, 1273 geht auf jeden Fall von einer Beweislastumkehr aus.

Länge des Verfahrens wird vor allem durch Folgesachen, die im *Verbund* geltend gemacht werden, bestimmt. Gerade beim Zugewinn ist diese Gefahr groß. Oftmals sind schwierige Bewertungsfragen (z.B. zum Grundstücks- oder Firmenwert) zu entscheiden. In der Regel müssen diese Fragen durch Gutachten geklärt werden. Sind diese dann u.U. auch noch zum Anfangsvermögen einzuholen, ist ein langjähriger Rechtsstreit programmiert. Obwohl die Scheidung an sich längst entscheidungsreif wäre, kann somit durch den Antrag im Verbund der Scheidungsausspruch auf Jahre verzögert werden. Auch bei kleineren Vermögenswerten kann dieses Dilemma auftreten. Sind z.B. durch einen parallel laufenden Prozess zum Getrenntlebenunterhalt Unterhaltsrückstände in erheblichem Umfang angelaufen, können diese einer Forderung aus Zugewinnausgleich entgegengehalten werden. Ist „unter dem Strich“ das Vermögen Null, wird nichts (mehr) geschuldet³⁵. Dabei braucht der Verpflichtete gar nicht einmal böswillig zu handeln. Ist z.B. die Frage der Arbeitsfähigkeit zwischen den Eheleuten berechtigterweise umstritten und kann erst nach einem langwierigen Verfahren mit Gutachten diese Frage zugunsten des Zugewinnausgleichsverpflichteten geklärt werden, wird man wohl kaum von einer Handlung in Benachteiligungsabsicht sprechen können. Werden Getrenntlebenunterhalt und nachehelicher Unterhalt dann gemeinsam verhandelt, muss der Unterhalts- und Zugewinnausgleichsverpflichtete nur darauf achten, die Einwendung des § 1378 Abs. 2 BGB bis zur letzten mündlichen Verhandlung zu erheben³⁶; ansonsten ist er mit diesem Vorbringen präkludiert.

Die Devise lautet daher:

In der Regel möglichst umgehend das Scheidungsverfahren beenden.

Es kann zwar Sachgestaltungen geben, bei denen gravierende Gesichtspunkte dafür sprechen, das Scheidungsverfahren hinauszuzögern. Diese sind jedoch -entgegen vielfach geübter Praxis- die Ausnahme. Solche erheblichen Gründe sind insbesondere:

- Die Ehefrau ist über den Ehemann noch familienversichert. Nach Rechtskraft der Scheidung müsste sie sich mit erheblichem Kostenaufwand freiwillig weiter versichern. Die Mittel hierfür stehen nicht zur Verfügung.
- Ein Ehegatte möchte das Scheidungsverfahren aus versorgungsrechtlichen Gründen hinausziehen. Der Versorgungsausgleich würde erst zu einem viel späteren Zeitpunkt eingreifen (erheblicher Altersunterschied der Eheleute). Eine Witwenrente würde hingegen sofort gezahlt. Die Lebenserwartung des Ehepartners ist gering.
- Ein Unterhaltsanspruch für die Dauer des Getrenntlebens ist relativ sicher. Zweifelhaft ist, ob nach der Ehescheidung ein solcher Unterhaltsanspruch ausgeurteilt würde insbesondere, wenn eine nachteilige vertragliche Regelung getroffen wurde.

35) Vgl. hierzu Fn 1. Das OLG Hamm hat trotz des Verbotes der Doppelverwertung angenommen, dass eine derartige Forderung in die Zugewinnausgleichsbilanz aufzunehmen sei. Anderer Auffassung insoweit Schmitz, FPR 2007, 197; wohl auch Jakobs NJW 2007, 2887

36) Vgl. hierzu Haußleiter/Schulz Kap. 1, Rdn. 335

- Der Ehegatte möchte die Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB noch für sich in Anspruch nehmen. Selbst wenn der Zugewinn im Verbund abgetrennt wird, entfaltet nach herrschender Meinung die Schutzvorschrift nach Rechtskraft der Scheidung ihre Wirkungen analog³⁷. Insbesondere bei einem Einfamilienhaus kann auf diesem Wege die drohende Teilungsversteigerung verhindert werden³⁸.

bb) Strategische Überlegungen im Hinblick auf die geplante Gesetzesnovelle

Nach der geplanten Gesetzesnovelle wird § 1378 Abs. 2 BGB in seiner jetzigen Form abgeschafft. Damit soll den in der Praxis erkannten Manipulationsmöglichkeiten des Schuldners Einhalt geboten werden. Wesentlich ist auch schon für jetzige Zugewinnverfahren, dass –sollte das neue Recht tatsächlich in Kraft treten- die **dann** gültige Rechtslage auf **alle** Zugewinnverfahren Anwendung findet, die noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind.³⁹ Auf den Abschluss des Scheidungsverfahrens kommt es demnach nicht an. Die Beendigung der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung ist entscheidend. Droht also nach derzeitiger Rechtssituation ein Verlust des Zugewinns wegen § 1378 Abs. 2 BGB darf der Zugewinnausgleichsgläubiger keinesfalls den Prozess beenden oder die Forderung für erledigt erklären. Er muss vielmehr versuchen, die Sache nicht abzuschließen, um die Vorzüge des neuen Rechts zu erlangen. Ggf. muss sogar ein Rechtsmittel eingereicht werden, um die Rechtskraft zu vermeiden. Ob ein solcher Titel realisierbar ist, steht natürlich auf einem anderen Blatt.

b) Die kostenrechtliche Situation bei separaten Verfahren

Kostenrechtlich stellt die gesonderte Geltendmachung von Folgesachen nach der jetzigen Rechtsprechung des BGH⁴⁰ selbst in PKH-Fällen kein Problem dar. Unterhalt und Zugewinn *müssen* danach *nicht* als Folgesache anhängig gemacht werden. Der Antragsteller hat vielmehr insoweit *Wahlfreiheit*. Zutreffend hat der BGH⁴¹ dies mit der Überlegung begründet, dass schon aus dem Gesichtspunkt der Kostenerstattung eine separate Geltendmachung nicht mutwillig sein kann. Andere Gerichte⁴² hatten gerade an diesem (letztlich nur fiskalischen Argument) die Bewilligung von PKH scheitern lassen.

Ohnehin gilt: Die Verfolgung von Rechtsansprüchen im Verbund führt zu *gravierenden Nachteilen*. Diese liegen insbesondere in Folgendem:

- Verlustgefahr gem. § 1378 Abs. 2 BGB durch lange andauernden Rechtsstreit.
- Verlust der *Kostenerstattung* (§ 91 ZPO einerseits gegen § 93a ZPO andererseits).

37) Vgl. OLG Hamm FamRB 2006,293; OLG Köln FamRZ 2001, 176; OLG Celle FamRZ 2004, 627 mit zahlr. Nachw. und ablehnender Anm. Jahnke, FamRZ 2004, 627; ebenso Palandt/Brudermüller, § 1365 BGB, Rdn. 3;

38) BGH FamRB 2007, 259 f.

³⁹) Gem. § 15 Abs. 2 zu Art. 229 EGBGB gilt die alte Rechtslage nur in Bezug auf das Anfangsvermögen, wenn bis zum Inkrafttreten des Gesetzes das **Zugewinnverfahren** rechtshängig war.

40) Vgl. BGH, FamRZ 2005, 786, 788 mit Anm. Viefhues, FamRZ 2005, 881

41) S. BGH a.a.O.

42) Vgl. hierzu die Nachw. bei Kogel, Strategien, Rdn. 678 ff.

- Vor allem aber: Verlust des oftmals erheblichen *Verzinsungsanspruches*. Dieser beginnt beim Zugewinnausgleich erst mit der Beendigung des Güterstandes d.h. Rechtskraft der Scheidung bzw. Rechtskraft des Gestaltungsurteils beim vorzeitigen Zugewinnausgleich (§ 1388 BGB). Gerade bei höheren Zugewinnforderungen können erhebliche Zinsansprüche auflaufen.

Das Für und Wider der Taktik ist mit dem Mandanten zu erörtern. Geschieht dies nicht, gilt nach wie vor die These:

Zugewinn im Verbund - im Zweifel ein Anwaltsregreß!

2.) Abtrennungsmöglichkeiten gem. §§ 623 Abs. 2, 628 ZPO

a) Voraussetzungen

Ist der Betreuungsunterhalt, die elterliche Sorge oder eine Besuchsregelung im Verbund anhängig, muss von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, gem. § 623 Abs. 2 ZPO eine Abtrennung zu beantragen. Diese Vorschrift beinhaltet nach herrschender Meinung eine *Mussabtrennung*⁴³. In Fällen, in denen nur oder zusätzlich zu den obigen Folgesachen Zugewinnausgleich geltend gemacht wurde, sollte versucht werden, gem. § 628 ZPO eine Abtrennung zu erreichen. Dabei handelt es sich allerdings entgegen der Abtrennung gem. § 623 ZPO bei dieser Vorschrift um eine *Ermessensregelung*. Lehnt das Gericht die beantragte Abtrennung ab, ist dies noch nicht einmal mit einer Beschwerde anfechtbar⁴⁴. Im Fall des § 623 ZPO ist hingegen der ablehnende Beschluss rechtsmittelfähig.⁴⁵

b) Kostensituation

Im Gegensatz zur Abtrennung nach § 628 ZPO sind die nach § 623 ZPO abgetrennten Folgesachen *selbstständige* Familiensachen (§ 623 Abs. 2 Satz 4 ZPO) Daher *muss* mit diesem Antrag auf Abtrennung gleichzeitig das Begehren verbunden werden, für sämtliche abzutrennenden Verfahren *Prozesskostenhilfe* zu bewilligen. Der im Ursprungsverfahren gestellte PKH-Antrag erstreckt sich nämlich nicht automatisch auf diese selbstständige Familiensache⁴⁶ Nach Verfahrenstrennung richten sich wegen der erlangten Selbstständigkeit die Werte nach dem „selbstständigen“ Verfahren. Es ist damit nicht etwa der Wert des Verbundverfahrens zugrunde zu legen. Dies bedeutet, dass im Zusammenhang mit dem Sorgerechtsverfahren *nicht* der im Verbundverfahren übliche Wert von 900,- € gilt (vgl. § 12 Abs. 2 S. 3 GKG). Vielmehr beläuft er sich nach Abtrennung nunmehr gem. § 30 Abs. 2 KostO auf 3000,- €. Da eine echte Verfahrenstrennung vorliegt, entstehen *alle* Rechtsanwaltsgebühren aus den Werten der getrennten Verfahren noch einmal⁴⁷.

43) So z.B. OLG Düsseldorf FamRZ 2000, 842; vgl. zum Meinungsstand des Weiteren Zöllner/Philipp, § 623 ZPO, Rdn. 32 ff. m.w.N.

44) Vgl. BGH FamRZ 2005, 191

45) Vgl. z.B. OLG Köln FamRZ 2002, 1570 m.w.N.; Zöllner/Philipp § 623 Rdn. 32 i

46) Vgl. OLG Naumburg FamRB 2002, 44.

47) Vgl. OLG München FamRZ 2000, 168.

Insbesondere beim nachehelichen Unterhalt lässt sich hierdurch eine erhebliche Erweiterung der Anwaltsgebühren erreichen, selbst wenn schon angefallene Gebühren berücksichtigt werden müssen! Wie dies geschieht- ob im Wege der *Quote* oder *Differenz*- kann problematisch sein. Das OLG Köln⁴⁸ hat sich in einer Entscheidung für die aus Anwaltsicht günstigere Abrechnung nach der Differenzmethode entschieden.⁴⁹

3.) Verfahrensweise bei weiterhin bestehendem Verbund

Die Verfahrensdauer eines Scheidungsverfahrens wird in der Praxis vor allem von der Anzahl der Folgesachen im Verbund beeinflusst. Bereits oben⁵⁰ wurde darauf verwiesen, daß insbesondere ein Zugewinn im Verbund zu erheblichen Zeitverzögerungen und Risiken führen kann; deswegen sollte er tunlichst vermieden werden. Ist nun der Zugewinn im Verbund aber doch einmal geltend gemacht worden, kann die Konstellation der §§ 1375, 1378 Abs. 2 BGB in zwei praxisrelevanten Varianten auftauchen.

a) Die Unterhalts- und Versorgungsausgleichsberechtigte ist die Zugewinnausgleichsverpflichtete. Zwischen *Rechtshängigkeit* und *Rechtskraft* der Scheidung gibt sie den Vermögensbestand, der ihr Endvermögen zum Stichtag (Rechtshängigkeit) gebildet hat, aus. Für die Begleichung der Zugewinnschuld ist keine Masse mehr vorhanden (so die Entscheidung des OLG Hamm⁵¹).

Die Eckdaten, die dem Urteil zugrunde lagen, sollen noch einmal kurz und vereinfacht verdeutlicht werden:

- Zugewinnausgleichsverpflichtung der Ehefrau zum Stichtag: 55000 €. Bei Rechtskraft war kein Vermögen mehr vorhanden.
- Nachehelicher Unterhaltsanspruch der Ehefrau (rechnerisch) 370 €.
- Versorgungsausgleichanspruch der Ehefrau 770 €.
- Voraussichtlicher Zeitraum bis zum Rentenbezug der Ehefrau : 7 Jahre. Der Ehemann war bei Rechtskraft des Urteils bereits Rentner.

b) Die Zugewinnausgleichsberechtigte ist zugleich Unterhalts- und Versorgungsausgleichsberechtigte. Der Zugewinnausgleichsverpflichtete verhält sich illoyal.

Zu Fall a)

Die Sachverhaltsgestaltung ist für die Praxis eher atypisch. Derjenige, der Unterhalt und Versorgungsausgleich geltend macht, ist in den überwiegenden Fällen zugleich Zugewinnausgleichsberechtigter (also Fall b)). Das OLG Hamm⁵² geht in seiner Entscheidung auf das Zusammenspiel zwischen § 1375 BGB und § 1378 Abs. 2 BGB überhaupt nicht ein. Über die Gründe kann nur spekuliert werden. Möglicherweise gingen alle Beteiligten davon aus, diese Rechtsfrage sei geklärt. In

⁴⁸) Vgl. FamRB 2007, 76 = FamRZ 2007, 647 .mit Anm. Kogel FamRZ 2007, 647 ff.

⁴⁹) Vgl. zu Berechnungsbeispielen Kogel FamRZ 207, 647 ff.

⁵⁰) S. Seite 9

⁵¹) OLG Hamm, FamRZ 2007, 1889

⁵²) a.a.O.

Wahrheit ist sie es aber gerade *nicht*. Möglicherweise wollte der Zugewinnausgleichsberechtigte nicht auf einen Titel verwiesen werden, der aus seiner Sicht in nächster Zeit nicht erfolversprechend realisiert werden konnte. Vielleicht hat das OLG auch den Ausweg über eine Kompensation für Unterhalt und Versorgungsausgleich vorgezeichnet und für den Anspruchsteller galt das Motto: „Der Spatz in der Hand

Das OLG Hamm versucht nunmehr augenscheinlich, einem vermeintlich unabweisbaren Gerechtigkeitsempfinden zu genügen. Es kapitalisiert die Unterhaltsbeträge für die Zukunft und rechnet sie bis zum Rentenalter der *Ehefrau* hoch. Ab dann tritt eine Kürzung der Rente des Ehemanns im Hinblick auf den Versorgungsausgleich ein. Der kapitalisierte Betrag des Unterhalts (ca. 30.000 €) erreichte aber nicht die Zugewinnausgleichsforderung. Deswegen nimmt das OLG sogar Eingriffe beim Versorgungsausgleich vor. Unter Zugrundelegung eines Zinssatzes von 4% wird eine Summe errechnet, die der Ehemann spart, wenn er bis zu seinem voraussichtlichen Lebensende Teile des Versorgungsausgleiches nicht an seine Ehefrau übertragen muss. Der Versorgungsausgleich wurde um ca. 100 € reduziert; im entschiedenen Fall ergab dies einen Vermögenswert von etwa 25.000 €. Der Betrag wird demnach „passend gerechnet“, bis die entgangene Forderung aus dem Zugewinnausgleich kompensiert wird.

Über diese Begründung kann man trefflich streiten. Das Gericht ist der Ansicht, dass der Unterhalt gem. § 1579 Ziff. 4 BGB wegen der Verletzung von Vermögensinteressen des Verpflichteten verwirkt sei. Diese Auffassung erscheint sehr weitgehend. Nach bisheriger Rechtsansicht⁵³ war Voraussetzung, dass der Bedürftige durch sein Verhalten die Einkünfte des *Ehegatten* mindert. Eine Gefährdung wurde schon als ausreichend angesehen. Als Grund für die Sanktion wurde angesehen, dass der Unterhaltsberechtigter unter Verletzung des Gegenseitigkeits- und Loyalitätsprinzips durch sein Verhalten die Einkünfte beeinträchtigt, aus denen er Unterhalt begehrt (salopp: Die Kuh, die man melkt)⁵⁴. Demzufolge weisen die bisher entschiedenen Fälle gänzlich andere Sachverhalte auf. Sie betrafen insbesondere eine geschäftliche Schädigung, z.B. durch Mitwirkung an der Aufkündigung der Geschäftsbeziehung⁵⁵ oder durch eine leichtfertige Strafanzeige wegen Steuerhinterziehung⁵⁶. Vorliegend geht es jedoch um einen ganz anderen Fall: Der **Verpflichtete** schmälert vor allem **sein eigenes Vermögen** (er schadet **also sich selber!**). Dadurch erst verhindert er eine Ausgleichsverpflichtung gegenüber dem anderen aus Zugewinn.

Allenfalls über § 1579 BGB Ziff. 6 oder 7 BGB könnte man daher zu diesem Ergebnis gelangen. Hierbei gilt jedoch immer noch Folgendes zu beachten: Der Zugewinn ist in Wahrheit eine Gütertrennung. Jeder kann jeweils über das eigene Vermögen frei verfügen. Nur die Grenzen der §§ 1365, 1369 sind zu beachten. Wenn der Ehepartner Vermögen ausgibt, schadet er sich selber. Insbesondere wegen der Wertung des § 1579 Ziff. 2 BGB, der sogar ein Verbrechen oder ein vorsätzliches schwerwiegendes Vergehen

53) Palandt/Brudermüller, § 1579 BGB, Rdn. 20 mit zahlr. Nachw.

54) Vgl. OLG Celle FamRZ 1994, 1324; OLG Hamm 2004, 1786

55) OLG Zweibrücken FamRZ 1989, 63; OLG Köln FamRZ 1995, 1580; OLG Karlsruhe FamRZ 1998, 746

56) OLG Köln NJWE-FER 1999, 107 (in diesem Fall allerdings verneint wegen einer unsubstantiierten Anzeige)

voraussetzt, scheint die Eigenschädigung zur Begründung der Kürzung eines Unterhaltsanspruches sehr zweifelhaft zu sein.

Ähnliches gilt bei § 1587 c BGB. Der Zweck der Vorschrift besteht darin, in Konkretisierung des Rechtsgedankens aus § 242 den Ausgleichsanspruch ganz oder teilweise auszuschließen, sofern dessen uneingeschränkte Durchführung dem Grundgedanken des Versorgungsausgleichs in *unerträglicher Weise* widersprechen würde⁵⁷. Die Interventionsschwelle des § 1587 c BGB ist also ähnlich hoch wie beim Zugewinnausgleich (§ 1381 BGB)⁵⁸. Sie ist damit sogar noch höher anzusetzen, als bei derjenigen, die für das eheliche Unterhaltsverfahren (§ 1579 BGB) maßgebend ist. § 1587 c BGB hat Ausnahmecharakter. Gerade die Rechtsprechung des BGH zu § 1381 BGB hat ja dazu geführt, dass die Norm als „mehrfach gezähmter Tiger“ in der Literatur betitelt wurde.⁵⁹ Ist schon zweifelhaft, ob das Verhalten die Schwelle des § 1579 BGB erreicht, regen sich erst recht Zweifel bei einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs.

Vom Grundverständnis der völlig unterschiedlichen Vermögenswerte ist daher bereits die wechselseitige Verrechnung problematisch. Der Zugewinnausgleichsberechtigte sollte sich aber vor allem u.a. über folgende praktischen Konsequenzen im Klaren sein:

(1) Unterhaltsansprüche sind -wie die Unterhaltsrechtsreform besonders deutlich gemacht hat- nicht auf ewig ausgelegt. Die Situation kann sich sehr schnell ändern (Zusammenleben mit einem anderen Partner, Wiederheirat, Erbschaft mit der Folge, dass Vermögenseinkünfte *angerechnet* werden etc). Der Unterhaltsanspruch als solcher würde dann ohnehin in sich zusammenfallen. Die vom OLG Hamm vorgenommene Verrechnung ist damit keine sichere Kompensation, die sich wirtschaftlich letztendlich immer amortisiert. Fällt der Unterhalt weg, hat der Unterhaltsverpflichtete eben *keinen* Gegenwert für den Verlust des Zugewinnausgleichs erhalten. Ob sich ein derartiger „Scheck auf die Zukunft“ lohnt, ist also immer eine Frage des Einzelfalls und der Prognose.

(2) Der Ehemann war bereits Rentner. Damit genoss er gem. SGB VI 101 III das sog. Rentnerprivileg bei Durchführung des Versorgungsausgleiches.⁶⁰ Wenn er sich hingegen zum Zeitpunkt der Ehescheidung noch in einem Anstellungsverhältnis befunden hätte, käme er bei (absehbarer) späterer Pensionierung nur in den Genuss der vollen Rente, falls die Voraussetzungen des § 5 VAHRG zu diesem Zeitpunkt gegeben sind. Dies setzt eine Unterhaltsverpflichtung voraus. Mit dem Ausschluss des Unterhaltes verliert er aber diese Möglichkeit. Liegt diese Konstellation vor, tritt damit gerade keine Kompensation über den Unterhalt ein.

(3) Zu b)

Dies ist der weitaus häufigste Fall. Eine Kompensation über Unterhalt und Zugewinn lässt sich

57) Vgl. BVG NJW 1993, 1059; FamRZ 2003, 1173; Palandt/Brudermüller § 1587 c Rdn. 6 mit weiteren Nachweisen

58) Vgl. hierzu BGH FamRZ 1980, 768, 769; 1992, 787; Schröder, FamRZ 1997, 1 ff.; kritisch auch Jäger, FPR 2005, 352

59) Schwab in Brühler Schriften zum 11.DFGT, Bd. 9 S. 47; Schröder FamRZ 1997, 6

60) Vgl hierzu Palandt/Brudermüller § 1587 b Rdn. 18

hierbei gerade *nicht* erreichen. Für den Berechtigten stellt sich jetzt nur noch die Frage: Gilt § 1375 BGB selbst in Fällen des § 1378 Abs. 2 BGB⁶¹? Auf diese Problematik geht das OLG Hamm bedauerlicherweise mit keinem Satz ein. Über die Gründe kann nur spekuliert werden (siehe oben zu Fallgestaltung a).

Die Meinungen gerade zu diesem Problemkreis sind nach wie vor geteilt⁶². Nach der überwiegenden Literaturansicht⁶³ ist wie folgt vorzugehen:

Ein Zugewinnausgleichsanspruch scheidet aus. Bei Rechtskraft ist kein Vermögen mehr vorhanden. Aus welchen Motiven oder durch welche Verhaltensweisen der Vermögensverlust verursacht wurde, ist gleichgültig. Einer Beweisaufnahme zu diesem Punkt bedarf es nicht (mehr). § 1378 Abs. 2 BGB schafft eine endgültige Zäsur unabhängig von den Umständen, die zu dieser Lage geführt haben. Der Gesetzgeber hat den sonstigen Gläubigern den Vorzug vor dem Zugewinnausgleichsberechtigten gegeben. Dies ist das entscheidende Motiv für die Norm. Sogar in den Fällen, in denen eine Sicherheitsleistung freiwillig oder aufgrund einer durchgeführten Vollstreckungsmaßnahme (Arrest) gegeben ist, soll dieses Ergebnis gelten⁶⁴. Wegen der Akzessorietät müsse bei Fortfall des Vermögens die Sicherheit freigegeben werden. Schwab⁶⁵ kritisiert diese h.M. treffend mit der Bemerkung:

„ Zynisch könnte man sagen: Solange der künftig Ausgleichsberechtigte nur eine bloße Aussicht auf einen Ausgleichsanspruch hat, die nach § 1378 Abs. 2 beliebig vereitelt werden kann, ist es das Recht des voraussichtlich Ausgleichspflichtigen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. “

Dabei beruft sich diese Literaturansicht immer wieder auf eine Entscheidung des BGH⁶⁶ aus dem Jahre 1988. Liest man aber diese Entscheidung, ergibt sich eindeutig, dass der BGH die Rechtsfrage gerade (noch) *nicht* entschieden hat. Auf das Verhältnis der illoyalen Vermögensverschiebung zum Vermögensverfall kam es in dem Urteil gar nicht an! Wörtlich heißt es: „Für eine solche Fallgestaltung bietet der vorliegende Fall keine Anhaltspunkte.“ (Gemeint war eine Benachteiligungsabsicht). Höchstrichterlich ist diese Rechtsfrage demnach *nicht* geklärt.

Allgemein wird das Ergebnis ohnehin als völlig unbefriedigend angesehen. Die herrschende Meinung⁶⁷ verweist auf die Möglichkeit, gegenüber einem Dritten gem. § 1390 BGB Ersatz zu verlangen. Diese Vorschrift wird jedoch in der Praxis so gut wie nie angewandt. Zu Recht. Sie setzt zunächst voraus, dass dem Dritten schenkweise Beträge zugewandt werden. Das Risiko des Wegfalls der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB kommt hinzu, sofern der Dritte nicht bösgläubig war. Dritte sind u.U. aber auch gar nicht mehr ausfindig zu machen. Vielfach ist es i.ü. wirtschaftlich sinnlos, sie zu verklagen. Kurzum: Diese

61) Ausführlich zu diesem Problemkreis Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 329 ff.; Büte, Zugewinnausgleich Rdn. 222 mit zahlr. Nachw.; Kogel, Strategien, Rdn. 749 ff.

62) Vgl. hierzu die Übersicht bei Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Auflage VII Rdn. 179 ff.

63) Vgl. z.B. Haußleiter/Schulz, a.a.O.

64) Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1, Rdn. 547; Büte, Zugewinnausgleich, Rdn. 225; ebenso BGH FamRZ 1988, 925 f.

65) Handbuch VII Rdn. 180

66) NJW 1988, 2369

67) Vgl. Haußleiter/Schulz, Kap. 1. 448

Lösungsmöglichkeit ist ebenso theoretisch wie unpraktikabel.

Zum Teil⁶⁸ wird versucht, das als ungerecht anerkannte Ergebnis zu vermeiden, indem bei § 1378 Abs. 2 BGB nicht auf den *Zeitpunkt* der *Rechtskraft* der Scheidung, sondern ähnlich wie bei § 1384 BGB auf den *Stichtag* abgestellt wird. Der BGH⁶⁹ hat diese Interpretation jedoch bereits ausdrücklich abgelehnt. Der Wortlaut des § 1378 BGB (*Beendigung* des Güterstandes) unterscheidet sich deutlich von der Formulierung des § 1384 BGB (*Rechtshängigkeit* des Scheidungsantrages). Diese Begründung erscheint zutreffend. Den Vertretern der Gegenmeinung ist zwar zuzugeben, daß damit ein größtmöglicher Schutz des Berechtigten erreicht würde. Es wäre aber wenig überzeugend, die *jetzige* Rechtslage bereits so zu interpretieren. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bestimmt das Endvermögen als Rechengröße. Wieso soll dann noch einmal in § 1378 Abs. 2 BGB eine Beschränkung genau auf denselben Stichtag geregelt worden sein?

Überlegenswert wäre, § 1375 BGB direkt oder analog anzuwenden⁷⁰. § 1375 BGB sieht unter gewissen Voraussetzungen vor, dass Zuwendungen fiktiv als noch bestehend behandelt werden. Wird *bis* zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens eine Verfügung vorgenommen, die unter diese Norm fällt, wird das Vermögen als noch bestehend erachtet. An dieser Fiktion zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit ändert sich nichts durch die Rechtskraft der Scheidung. Es wird eben etwas als bestehend weiterhin fortgeschrieben, was nicht mehr da ist. Zwanglos lässt sich die Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB daher dahingehend auslegen, dass bis zur Rechtshängigkeit entstandene Forderungen weiterhin als fiktiv existent dem Vermögensbestand zugerechnet werden. Schwieriger wird die Situation, falls die Verfügungen *zwischen* Rechtshängigkeit und Rechtskraft getroffen wurden. Die Vorschrift gilt in diesen Fällen nicht unmittelbar. Der Gesetzgeber hat in den drei Fällen des § 1375 Abs. 2 BGB aber eine für den Zugewinnausgleichberechtigten besonders schutzwürdige Situation angenommen. Es kann danach keinen Unterschied machen, ob derartige Handlungen unmittelbar vor oder nach dem Stichtag erfolgt sind. Nicht dem Berechtigten, sondern dem **Verpflichteten** ist das Fortschaffen von Vermögen als unlauter zuzurechnen. Insoweit ist § 1375 Abs. 2 BGB analog anzuwenden.

Hält man diese Ansicht für zu weitgehend, könnte man auf jeden Fall wie folgt argumentieren⁷¹: Bei § 1378 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine Einwendung, die der Ausgleichsverpflichtete spätestens bis zur letzten mündlichen Verhandlung geltend machen muss⁷². Tut er dies nicht, ist er mit seinem Vorbringen präkludiert. Einer solchen Einwendung kann aber mittels einer Gegeneinrede gem. § 242 BGB begegnet

68) Vgl. OLG Köln, FamRZ 1988, 174 f.; Schwab, FamRZ 1984, 526;

69) NJW 1988, 2369; Schwab, Handbuch VI I Rdn 181 hält trotz der gegenteilig ergangenen Entscheidung des BGH an seiner Lösung fest. Er führt vor allem praktische Erwägungen und den Schutz des Ausgleichsberechtigten an.

70) So z.B. die Empfehlungen des 5. DFGT, FamRZ 1983, 1201; 14. DFGT, FamRZ 2002, 298; 15. DFGT, FamRZ 2003, 1907; ebenso Kogel MDR 1998, 86 ff.; skeptisch wegen der problematischen Konsequenzen zur Beweislast für den Ausgleichsberechtigten Schwab, Handbuch VII Rdn 182 a.

⁷¹) In diesem Sinne zwar auch Schwab, Handbuch VII Rdn. 185. Gleichzeitig äußert er aber wegen der Ungewissheit bei der Anwendung einer Generalklausel Bedenken.

72) Vgl. Winkelmann FUR 1998, 18

werden. Dies ist z.B. für den Fall der Verjährung von Zugewinnausgleichsansprüchen anerkannt⁷³. Weswegen soll diese Überlegung nicht auch auf den Vermögensverlust, der in unlauterer Weise verursacht wurde, übertragen werden? Die Begründung, § 1378 Abs. 2 BGB wolle vor allen Dingen Gläubigerinteressen schützen, erweist sich in der Praxis vielfach lediglich als ein Scheinargument⁷⁴. Ehegatten, die den anderen Teil benachteiligen wollen, versuchen nur, eigenes Vermögen beiseite zu schaffen, ohne dass unmittelbar Drittgläubiger beteiligt werden. Oftmals ist der andere Ehepartner der einzige, dem noch ein Forderungsrecht zusteht.

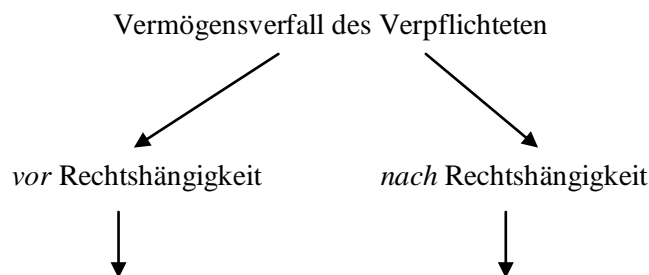
Darüberhinaus ist es wenig überzeugend, zu argumentieren, die Regelung solle den ausgleichspflichtigen Ehegatten vor einer Kreditaufnahme schützen, um den Zugewinnausgleich zu bezahlen.⁷⁵ Ist derjenige, der arglistig handelt, schutzbedürftig?⁷⁶ Die Frage stellen, heißt sie zu verneinen.

Mit dieser Lösung wird vermieden, dass der Zugewinnausgleichsverpflichtete sich durch die bloße Erhebung der Einrede endgültig aus der Zugewinnausgleichsverpflichtung „verabschiedet“. Diese Lösung bietet zumindest den Vorteil, dass der Zugewinnausgleichsberechtigte durch ständig neue eingeleitete Vollstreckungsmaßnahmen in der Folgezeit doch noch zu seinem Recht gelangt. Die Erfahrung lehrt, dass Schuldner nicht auf Jahre oder Jahrzehnte ihre Obstruktionshaltung durchhalten können oder wollen. Vollstreckungsmaßnahmen eines beharrlichen Gläubigers führen letztendlich in vielen Fällen zum Ziel.

Dieser Gesichtspunkt hätte in der Entscheidung des OLG Hamm zunächst vor einer problematischen Verrechnung mit sonstigen Ansprüchen geprüft werden können und müssen. Jedenfalls hätte sich damit die Möglichkeit geboten, diese Rechtsfrage durch eine zugelassene Revision endlich höchstrichterlich klären zu lassen. Die Chance, eine ebenso dogmatisch wenig überzeugend begründete wie im Ergebnis unbefriedigende herrschende Meinung auf den Prüfstand zu stellen, wurde – leider wieder einmal- vertan.

IV. Zusammenfassung der derzeitigen Rechtslage

Zusammenfassend ergibt sich daher folgendes Anspruchsschema:

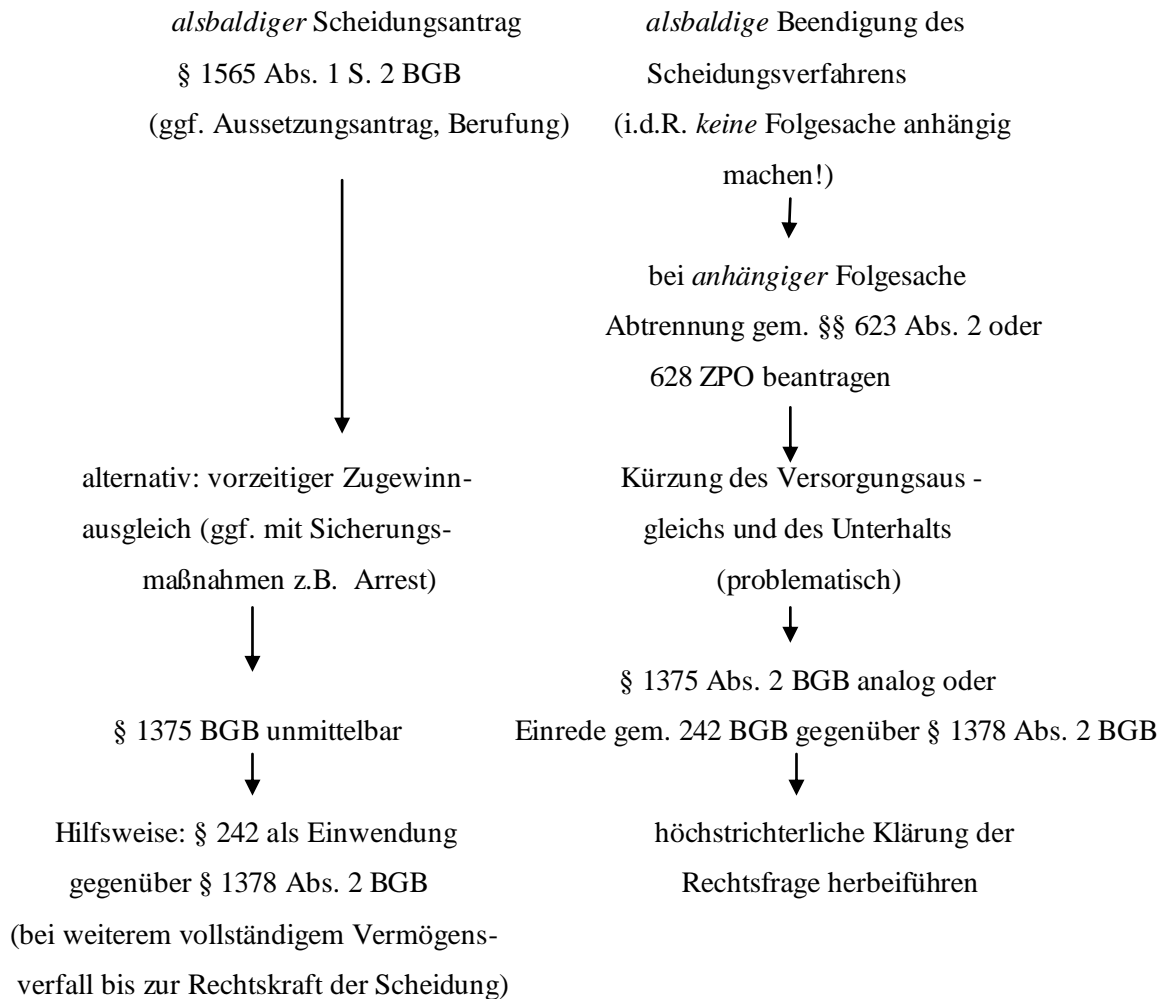


⁷³) Vgl. z. B. Bergschneider FamRZ 2003, 873 in seiner Anm. zu OLG Düsseldorf FamRZ 2003, 872. Zu weiteren Fällen der Arglist vgl. die Nachweise bei Haußleiter/Schulz Rdn. 366

⁷⁴) Sehr kritisch insoweit auch Haußleiter/Schulz Kap. 1. 337, ohne allerdings die entsprechenden materiell-rechtlichen Konsequenzen zu ziehen.

⁷⁵) Vgl. z. B. Münchener Kommentar /Koch 1378 Rdn. 8

⁷⁶) Ebenso Haußleiter/Schulz Kap 1 Rdn. 337



IV. Ausblick

1) Allgemeines:

In der Praxis wurde die jetzige Rechtslage immer schon als unbefriedigend empfunden. Verfahren, die mit einer „Nulllösung“ für den Berechtigten enden, sind keine Seltenheit. Teilweise scheint die Judikatur⁷⁷ resigniert zu haben. Teilweise werden in Rechtsprechung und Literatur verschiedene Lösungsversuche aufgezeigt. Ein Einschreiten des Gesetzgebers wurde zu Recht mehrfach angemahnt⁷⁸.

Völlings /Fülbier⁷⁹ haben angeregt, einen Antrag beim Familiengericht zuzulassen, der es den

⁷⁷) Die Entscheidung des OLG Hamm FamRZ 2007, 1889 prüft erst gar nicht mehr ein mögliches Zusammenspiel zwischen § 1375 und § 1378 Abs. 2 BGB. Die Entscheidung OLG Hamm FamRZ 2007, 1243 stellt trotz der Problematik des Doppelverwertungsverbot Unterhaltsrückstände in die Zugewinnbilanz ein und untersucht ebenso wenig, ob dies mit dem Benachteiligungsverbot gem. § 1375 Abs. 2 Zif 3 BGB in Einklang zu bringen ist.

⁷⁸) Vgl. FN 70

⁷⁹) FUR 2003, 14

Ehegatten ermöglicht, den Bewertungsstichtag für die Berechnung des Zugewinnausgleiches auf den Zeitpunkt der *Trennung* vorzuverlegen. Dieser Ansatz erscheint zu weitgehend. Abgesehen davon, dass manche Trennung mit einer Versöhnung endet, könnte ein Ehegatte bereits durch die bloße Trennung eine Aufhebung des Güterstandes erreichen. Dem Verpflichteten würde hierdurch erneut ein Mittel an die Hand gegeben, einen voraussehbar anwachsenden Zugewinn mit einfachen Mitteln zu unterlaufen. Der Gesetzgeber scheint nunmehr –endlich- entschlossen zu sein, sich des Problems anzunehmen. Nach einer Pressemitteilung des BMJ vom 5.11.07. soll das Recht des Zugewinnausgleichs in mehreren Bereichen nunmehr geändert werden. Der Familienrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins hat mittlerweile eine Stellungnahme⁸⁰ zum Gesetz abgegeben. In großen Teilen wird die Gesetzesinitiative begrüßt. Zu Recht werden jedoch einige kritische Anmerkungen gemacht. Sie beziehen sich jedoch im Wesentlichen auf die Einführung eines negativen Anfangs- und Endvermögen.

2) Änderung des § 1378 Abs. 2 BGB

Für die Höhe der Ausgleichsforderung soll abschließend die *Zustellung* des Scheidungsantrages maßgeblich sein. Diese Änderung soll auf alle *Zugewinnverfahren* Anwendung finden, die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht abschließend entschieden sind.⁸¹ Die u.a. von Schwab⁸² vertretene Rechtsansicht würde damit jedenfalls de lege ferenda im Ergebnis eingeführt. Ob diese Initiative so umgesetzt oder letztlich im Gesetzgebungsverfahren doch nur auf Fälle der illoyalen Vermögensminderung eingegrenzt wird, bleibt abzuwarten. Letzteres wäre jedenfalls eine Minimalregelung, auf die die Praxis schon seit langem wartet. Favorisiert man diese Minimallösung stellt sich indes erneut die Problematik der Darlegungs- und Beweislast.

Zu überlegen wäre in der Tat aus Sicht des Verfassers, eine Einschränkung bei unverschuldetem Vermögensverfall vorzusehen. Die Zugewinnausgleichsforderung wird zwar auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit berechnet. Fällig wird die Forderung jedoch erst mit Beendigung des Güterstandes, d.h. regelmäßig mit Rechtskraft der Scheidung (§ 1378 Abs. 3, S. 1 BGB). Die Frage ist, ob in jedem Fall der Verpflichtete das Risiko des Vermögensverlustes tragen muss. Soll er tatsächlich, wenn die Forderung erst später entsteht, selbst dann auf Zahlung in Anspruch genommen werden können, obwohl das Vermögen nicht mehr existent ist und diese Situation dem Verpflichteten nicht vorwerfbar ist? Zwei Lösungsschienen bieten sich an:

Man könnte daran denken, dem *Berechtigten* einen Anspruch (nur) dann zu gewähren, wenn er nachweist, daß der Verpflichtete eine illoyale Vermögensverfügung i.S. d. § 1375 BGB begangen hat. Damit würde man ihm jedoch die Darlegungs- und Beweislast auferlegen. Der Anspruchsteller kann oftmals aber

80) Abzurufen unter www.anwaltverein.de, Stellungnahme Nr. 5/08.

81)

) Vgl. zur taktischen Vorgehensweise bei anhängigen Verfahren oben II 1 a) bb).

82) Vgl die Nachweise in FN 67, 68

gar nicht diesen strengen Anforderungen genügen. Nicht in seinem Vermögensbereich, sondern in der Sphäre des *Anspruchsgegners* spielen sich die Vorgänge ab. Die Situation liegt ähnlich wie die bereits oben⁸³ geschilderte Problematik zur Beweislast. In der Regel kann nur der *Anspruchsgegner* selber die Zusammenhänge, die immerhin zu *seinem* Vermögensverfall geführt haben, substantiiert erklären und nachweisen. **Er** muss daher anhand dieser von *ihm* darzulegenden Umstände den *unverschuldeten Vermögensverfall* beweisen. Gelingt *ihm* der Nachweis, daß *keine* illoyale Handlung vorliegt, erscheint es vertretbar, das Risiko des Verlustes zwischen den Eheleuten zu verteilen und den andern Partner ausnahmsweise „leer“ ausgehen zu lassen. Der Verpflichtete selber verfügt in diesem Fall ja auch nicht mehr über Vermögen und ist hieran schuldlos.

3) Änderung der Regeln über den vorzeitigen Zugewinnausgleich

Desweiteren soll der vorläufige Rechtsschutz verbessert werden. Die Möglichkeit, einen vorzeitigen Zugewinnausgleich zu verlangen, soll vereinfacht werden. Die vom Gesetzgeber geplante Lösungsmöglichkeit ist zweigleisig ausgestaltet.

Wie bisher kann bei dreijährigem Getrenntleben **jeder** Ehegatte weiterhin eine Gestaltungsklage gem. § 1385 BGB erheben. Mit Rechtskraft der Gestaltungsklage ist der Zugewinnausgleich beendet.

Darüber hinaus wird dem **ausgleichsberechtigten** Ehepartner eine Leistungsklage eingeräumt, wenn

- die Eheleute seit drei Jahren getrennt leben oder
- illoyale Verhaltensweisen dem anderen vorzuwerfen sind. Hierzu zählen:
- §§ 1365, 1375 BGB (hierbei soll sogar die **Gefahr** einer solchen Maßnahme ausreichend sein!)⁸⁴
- Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen bzw. ,
- beharrliche Verweigerung der Unterrichtung.

Diese Norm ist jetzt also in eine *Leistungsklage* (**ohne** zuvorige Gestaltungsklage!) umgewandelt worden. Damit kann nach den Gesetzgebungsmaterialien unstreitig nunmehr in Zukunft durch einen Arrest vorgegangen werden.

Ist einerseits dieser Ansatz aus Praktikersicht uneingeschränkt zu begrüßen müssen andererseits vor allem zwei Punkte überarbeitet werden. Die Neuregelung führt ansonsten zu einer **Schlechterstellung** gegenüber der bisherigen Rechtslage.

Zunächst: Die *Gestaltungsklage* soll für *beide* Eheleute lediglich bei einer dreijährigen Trennung möglich sein. Die Leistungsklage soll demgegenüber nur dem *Ausgleichsberechtigten* zustehen. Die Frage wer nun wem gegenüber ausgleichspflichtig ist, kann in schwierigen Zugewinnfällen mit diffizilen

⁸³) S. 6/7

⁸⁴) Im Gegensatz zum bisherigen Recht muss demnach nicht erst eine Verfügung abgewartet werden, „das Kind also nicht bereits in den Brunnen gefallen sein“.

Vermögensbewertungen zu Immobilien, Unternehmensbeteiligungen etc. aber durchaus zweifelhaft sein. Vielfach stehen sich in der prozessualen Auseinandersetzung Klage und Widerklage gegenüber. Für den vorzeitigen Zugewinnausgleich soll allerdings die Darlegung der Ausgleichsberechtigung **Schlüssigkeitsvoraussetzung** sein. Wie will aber z.B. ein Ehepartner, der wegen eines Verstoßes gegen Ziffer 4) auf vorzeitigen Zugewinnausgleich klagen will, seine Ausgleichsberechtigung darlegen, wenn der andere bislang bezüglich seiner Vermögenssituation „mauert“ und keinerlei Angaben macht?

Nach bisherigem Recht war der vorzeitige Zugewinnausgleich als Gestaltungsklage zumindest dann möglich, wenn ein Ehepartner (**egal welcher!**) seinen wirtschaftlichen Verpflichtungen nicht nachkam (Abs. 1) oder eine Verweigerung über die Unterrichtung zum Vermögen vorlag (Ziffer 3). In den Fällen des § 1386 Abs. 2 BGB (Verstoß gegen §§ 1365, 1375 BGB) geht die herrschende Meinung zwar bislang davon aus, dass ein solcher Anspruch nur dem Ausgleichsberechtigten zustehe. Dies schließt sie aus der in der Tat verfänglichen Formulierung „und eine erhebliche Gefährdung der **zukünftigen Ausgleichsforderung** zu besorgen ist“. Zu Recht wurde in der Kommentarliteratur⁸⁵ diese Interpretation schon immer kritisiert. Der Ehegatte, der voraussichtlich Schuldner einer Ausgleichsforderung sein werde, sei ebenso daran interessiert, dass der andere Partner seinen Zugewinn nicht weiterhin schmälere. Dadurch würde seine Ausgleichsschuld entsprechend erhöht.

Folgerichtig wird in der Stellungnahme des Familienrechtsausschusses folgendes Beispiel gebildet: Ein Ehegatte hat einen Zugewinn von 50.000,00 € erzielt. Der andere Ehegatte hat bei einem Anfangsvermögen von Null bei der Trennung ein Vermögen von 20.000,00 €. Wenig später sind es nur noch 10.000,00 €. Schließlich ist nichts mehr da.

Soll tatsächlich der ausgleichspflichtige Ehegatte wirklich warten müssen, bis der Zugewinnausgleich von ursprünglich 30.000,00 €: 2 = 15.000,00 € auf 25.000,00 € angestiegen ist?

Ausgangspunkt der Sanktion bei der illoyalen Vermögensminderung ist der Umstand, dass ein Ehepartner versucht, in unlauterer Weise den Zugewinnausgleich zu beeinflussen. Sowohl auf Aktiv- wie auf der Passivseite kann dies der Fall sein. Die Unlauterkeit bezieht sich auf seine **Verhaltensweise**, nicht aber darauf, ob eine Partei nun gerade Gläubiger oder Schuldner einer Zugewinnforderung ist. Die bisher schon möglichen Vorgehensweisen dürfen keinesfalls eingeschränkt werden. Im Gegenteil: Sie müssen **erweitert** werden. Die Tatsache, dass es ein Partner an der Loyalität bezüglich der Vermögensauseinandersetzung fehlen lässt, muss entscheidend sein.

Insoweit bedarf der Entwurf der Erweiterung. Eine Gestaltungsklage darf nicht nur bei dreijähriger Trennung möglich sei. Sie muss vielmehr in **allen** 4 Fällen bei entsprechender Verhaltensweise für **jeden** Ehegatten eingereicht werden können.

85) Vgl. Münchener Kommentar/Koch §§ 1385, 1386 BGB, Rdn. 21 ff.; Staudinger/Thiele 12. Aufl. § 1386 BGB, Rdn. 14 ff.

