



ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL
Rechtsanwälte

Augustastr. 89 · 52070 Aachen · Telefon 0241/505031 · Telefax 0241/505033 · Gerichtsfach 046
Internet: www.dr-kogel.de · Email: kanzlei@dr-kogel.de

Veröffentlicht FamRZ 2010, 2036 ff.

**Negativer Zugewinn –
Einführung der „Sippenhaft“ im gesetzlichen Güterstand?**

Braeuer, FamRZ 2010, 1614 hat die Frage gestellt, ob es nach neuem Güterrecht einen negativen Zugewinnausgleich geben könne. Der Verfasser befasst sich mit diesem Problemkreis und mit Folgerungen für die Praxis.

I.

Einleitung

Die unmissverständliche Vorgabe der Gesetzesbegründung lautet: „Der Entwurf geht nicht so weit, auch die Erwirtschaftung von Verlusten während der Ehe als „negativen Zugewinn“ in den Zugewinnausgleich einzubeziehen“. ¹ Ganz überwiegend wird in der Literatur daher als selbstverständlich davon ausgegangen, dass es einen solchen negativen Zugewinn nicht geben könne. ² Die Kommentatoren beschränken sich allerdings im Wesentlichen darauf, die in der Gesetzesbegründung wiedergebende Formulierung zu zitieren. Allenfalls wird noch darauf hingewiesen, dass ansonsten die Gläubiger des Ausgleichsberechtigten in unannehmbarer Weise bevorzugt würden. I.Ü. war der Gesetzgeber der Auffassung, dass im Hinblick auf die nur schwach ausgeprägte gesetzliche Handhabe gegen das wirtschaftliche Verhalten des anderen Ehegatten eine solche Lösung nicht angemessen sei. ³

Die Gefahr, dass durch die jetzige gesetzliche Regelung ein negativer Zugewinn entstehen könne, wurde aber bereits bei der Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins zu dem Gesetzesentwurf gesehen. Auf Seite 8 wurde folgender Beispielfall gebildet:

¹ Vgl. hierzu BT-Drucks. 16/10798 S. 14

² Vgl. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., VII Rdn. 179; Krause, ZFE 2009, 57; derselbe, Zugewinnausgleich in der Praxis, Rdn. 229; Gutdeutsch, FPR 2009, 279; Münchener Kommentar/Koch, 5. Aufl., § 1373 BGB, Rdn. 7; Herr, FF 2009, 13; Brudermüller, FamRZ 2009, 1187; Bütte, FF 2010, 285.

³ So S. 14 der Begründung.

Der Ehemann besaß ein Anfangsvermögen von 0 €. Während der Ehe verschuldete er sich mit insgesamt 60.000 €. Die Ehefrau verfügte über Anfangsvermögen von 80.000 €. Ihr Endvermögen beträgt 100.000 €.

■ Lösung nach altem Recht:

Nach altem Recht war eine Ausgleichsverpflichtung in Höhe von $100.000 \text{ €} - 80.000 \text{ €} = 20.000 \text{ €}$ vorzunehmen. Das negative Endvermögen des Ehemanns war ohne Bedeutung (§ 1375 Abs. 1 S. 2 a.F. BGB). Nach altem Recht war die Rechtslage völlig unstrittig⁴. Einhellig wurde die Möglichkeit eines negativen Zugewinns abgelehnt.

■ Lösung nach neuem Recht:

Nach neuem Recht hängt es davon ab, ob nunmehr auch negativer Zugewinn möglich ist. Der DAV bejahte dies aufgrund der unklaren Wortformulierung. Die Lösung lautete seiner Ansicht nach daher:

„Zugewinn“ des Ehemanns -60.000 € Der Zugewinn der Ehefrau beträgt weiterhin 20.000 € Die Differenz von $(-60.000 \text{ €} + 20.000 \text{ €}) = -40.000 \text{ €}$ wäre aufzuteilen. Die Ehefrau müsste an ihren Ehemann 40.000 € auszahlen. Es greift auch nicht etwa § 1378 Abs. 2 BGB (Kappungsgrenze) ein. Der Ehefrau verbliebe ja ein Betrag von $100.000 \text{ €} - 40.000 \text{ €} = 60.000 \text{ €}$ Selbst nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzgebers, wonach dem Ausgleichspflichtigen quasi als Regulativ zumindest 50% seines Endvermögens belassen bleiben musste (§ 1378 Abs. 2 BGB in der Entwurfsfassung), war dieses Ergebnis gerechtfertigt. Die von Braeuer geäußerte Rechtsfolge ist demnach nicht gänzlich neu. Sie wurde z.B. auch von *Grziwotz*⁵ sowie vom *Verfasser*⁶ aufgezeigt.

II. Stellungnahme

1. Der negative Zugewinn

Die gesetzgeberische Eile, mit der die Güterrechtsreform zeitgleich mit dem Versorgungsausgleichsgesetz sowie dem FamFG zum 01.09.2009 verabschiedet wurde, hat dem Gesetz nicht gutgetan. Die in letzter Minute eingefügte Auskunftspflichtung zum Trennungszeitpunkt mit der entsprechenden Sanktion bei Vermögensdifferenzen zwischen Trennung und Rechtshängigkeit (§ 1375 Abs. 2 BGB) sowie die völlig ungeklärten Fragen zur Übergangsregelung sind schon vielfach beklagt worden⁷. Nunmehr rächt sich zusätzlich die babylonische juristische Sprachverwirrung, die der Gesetzgeber geschaffen hat. Um eine

⁴ Vgl. z.B. *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1, Rdn. 14; BGH FamRZ 1984, 31

⁵ NotBZ 2009, 343 ff.

⁶ Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdn. 193 ff.

⁷ Vgl. statt vieler z.B. *Schwab* FamRZ 2009, 1445 ff.; *Büte*, FF 2010, 280; *Brudermüller* NJW 2010, 406 (für die Fälle der Übergangsregelung); *Bergschneider* FamRZ 2009, 1716 (für die Fälle der Trennung).

Gerechtigkeitsperfektion zu erreichen wurde ein negatives Anfangs- und Endvermögen für möglich gehalten. Ob man Schulden umgangssprachlich aber überhaupt als „Vermögen“ bezeichnen kann, dürfte mit Fug und Recht bezweifelt werden. Auch dürfte in Frage stehen, ob ernsthaft von einem „**Zugewinn**“ gesprochen werden kann, wenn statt 100.000 € zu Beginn der Ehe nunmehr immer noch 50.000 € als Verbindlichkeit vorhanden sind. Wirtschaftlich war und ist der Betreffende überschuldet, wahrscheinlich sogar insolvent. Er verfügt eben über kein Vermögen im Sinne eines positiven Wertes, der verfügbar wäre. Wenn man nunmehr jedoch alle Positionen mit einem Minus versehen kann, bildet selbst die sprachliche Fassung des § 1373 BGB kein unüberwindbares Hemmnis mehr. Zugewinn ist der Betrag, „um den das Endvermögen das Anfangsvermögen *übersteigt*“. Durch die Einführung eines negativen Anfangs- und Endvermögens lässt sich die gesetzliche Formulierung durchaus jetzt auch so interpretieren, dass eine Überschreitung im negativen Sinne erfolgen kann. Übersteigen die Schulden das Vermögen, liegt eine Überschuldung vor. Nachdem bereits im Vorfeld Kritik aufgekommen war, hätte der Gesetzgeber gut daran getan, durch einen Zusatz klarzustellen, dass es einen negativen Zugewinn nicht geben soll.

Wahrscheinlich wurde dieses Problem aber überhaupt nicht als juristisches Drohszenario erkannt. Zwei juristische „Bremsklötze“ waren (und sind) nämlich nach wie vor bei der Zugewinnausgleichsverpflichtung eingebaut.

- Zum einen besteht die Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 BGB. Sind zwar beide Eheleute zu Beginn und am Ende verschuldet und hat der eine noch mehr Schulden abgebaut als der andere, schuldet er trotzdem keineswegs Zugewinn. An (positiven) Werten ist immer noch nichts vorhanden. Nur solches gilt es zu verteilen.
- Zum anderen sollte noch einmal die Entwicklungsgeschichte des § 1378 Abs. 2 BGB beleuchtet werden. Ursprünglich sollte dem Zugewinnausgleichs**pfl**ichtigen mindestens die Hälfte des Vermögens verbleiben, selbst wenn sich ein höherer Zugewinnausgleichsbetrag ergab. Ausgenommen war hiervon nur der Fall der illoyalen Vermögensverschiebung.

Beispielfall:

Die Ehefrau hat keinen Zugewinn erwirtschaftet. Anfangs- und Endvermögen betragen 0 €. Der Ehemann hat ein negatives Anfangsvermögen von 40.000 € sowie ein Endvermögen von 40.000 €.

Sein Zugewinn beträgt nach Abbau der Schulden sowie Hinzuerwerb von Vermögen, insgesamt mithin 80.000 €. Die Ausgleichsverpflichtung auf 40.000 € wurde jedoch durch die ursprüngliche Fassung verhindert. Ihm mussten mindestens 20.000 € verbleiben (§ 1378 Abs. 3 BGB in der Entwurfsfassung).

In letzter Minute ist durch den Rechtsausschuss diese Vorschrift „gekippt“ worden. Nunmehr muss der

Ehepartner den vollen Betrag abgeben; er muss sich aber in der Regel nicht verschulden⁸. Damit eröffnet die jetzige Fassung im Gegensatz zu der ursprünglichen Version in weitaus mehr Fällen die Möglichkeit, negativen Zugewinn auszugleichen.

*Braeuer*⁹ hat nun zutreffend auf die Formulierung des § 1377 Abs. 3 BGB hingewiesen. Danach wird vermutet, dass der Zugewinn bis zum Beweis des Gegenteils dem Endvermögen entspricht. Da das Endvermögen negativ sein kann, muss -logisch korrekt- auch eigentlich ein negativer Zugewinn möglich sein. Der Gesetzgeber hat diese Konsequenz offenkundig gar nicht gesehen. Dieses Argument wird- soweit ersichtlich- auch erstmalig vorgebracht.

2. Die Anrechnungsvorschrift des § 1380 BGB

Als weitere Konsequenz würde sich ergeben, dass die Anrechnungsvorschrift des § 1380 BGB obsolet geworden wäre. Folgender Beispielfall mag dies verdeutlichen¹⁰:

Beispielfall:

*Die Eheleute verfügen über kein Anfangsvermögen. Der Ehemann schenkt seiner Ehefrau einen Betrag in Höhe von 40.000 €. Danach wird das Scheidungsverfahren rechtshängig. Der Ehemann verfügt über ein Vermögen in Höhe von 200.000 €. Seine Ehefrau hat nur noch ein Vermögen in Höhe von 10.000 €. Wie ist die Zugewinnausgleichsberechnung durchzuführen?*¹¹

a) Rechtslage bis 01.09.2009

Geht man zunächst von der „normalen“ Zugewinnausgleichsberechnung **-ohne** § 1380 BGB!- aus, hätte die Ehefrau einen Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von $200.000 \text{ €} - 10.000 \text{ €} = 190.000 \text{ €}$
 $= 95.000 \text{ €}$

Greift man zusätzlich auf § 1380 BGB zurück, ist wie folgt vorzugehen:

1.) Schritt

Der Ehemann verfügt über einen Zugewinn von $240.000 \text{ €} (200.000 \text{ €} + 40.000 \text{ €})$.

2.) Schritt

Der Zugewinn der Ehefrau beträgt $10.000 \text{ €} - 40.000 \text{ €}$ Er wäre also negativ und ist mit 0 € anzusetzen

⁸

In den Fällen, in denen *nach* Rechtshängigkeit ein Vermögensverlust eintritt, müssen allerdings auch Schulden aufgenommen werden, um den Zugewinnausgleichsanspruch zu befriedigen, vgl. i.e. *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., VII Rdn. 196.

⁹ Vgl. FamRZ 2010, 1614.

¹⁰ Vgl. hierzu i.e. *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdn. 974 ff. Dabei wird anhand von Fallbeispielen dargelegt, dass nach der bisherigen Gesetzeslage § 1380 BGB nur dann von Bedeutung ist, falls der Wert der Zuwendung nicht mehr zum Stichtag im Endvermögen des Ausgleichsberechtigten vorhanden ist.

¹¹ Das Problem der Indexierung sei hiervon ausgeklammert, vgl. hierzu *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1, Rdn. 389 ff. ; *Palandt/Brudermüller*, § 1380 BGB, Rdn. 19; OLG Frankfurt, FamRZ 2006, 1543

(§ 1375 Abs. 1 S. 2 a.F. BGB).

3.) *Schritt*

Die fiktive Ausgleichsforderung bei dieser Situation betrüge $240.000 \text{ €} : 2 = 120.000 \text{ €}$

4.) *Schritt*

Von diesem Betrag sind die zugewendeten 40.000 € abzuziehen. Nunmehr ergibt sich ein Zugewinnausgleich von 80.000 € . Die Differenz von $95.000 \text{ €} - 80.000 \text{ €} = 15.000 \text{ €}$ ist die Hälfte des Betrages, der als negativer Zugewinn bei der Ehefrau entstanden ist. Im Ergebnis führt diese Anrechnung dazu, dass dieser Vermögensverlust bei beiden Ehepartnern gleich verteilt wird. Damit wird dem Prinzip Rechnung getragen, dass ein gleicher Vermögenszuwachs oder -verlust im Zugewinn *beider* Eheleute abgerechnet werden soll.

b) Die Rechtslage ab 01.09.2009

Legt man § 1380 BGB zugrunde, ergeben sich Unterschiede, wenn man annimmt, dass es einen negativen Zugewinn geben kann. Die Lösung sieht dann wie folgt aus:

1.) *Schritt*

Der Zugewinn des Ehemanns bleibt bei 240.000 €

2.) *Schritt*

Bei Annahme eines negativen Zugewinns, beträgt der Zugewinn der Ehefrau 10.000 € abzüglich der überlassenen 40.000 € mithin -30.000 €

3.) *Schritt*

Die Differenz der beiden Beträge beläuft sich auf 270.000 €

4.) *Schritt*

Der Ausgleichsanspruch beläuft sich auf 135.000 € . Hierauf werden die gezahlten 40.000 € angerechnet. Es verbleibt bei dem Betrag von 95.000 €

Das Ergebnis ist also dasselbe wie ohne Anwendung des § 1380 BGB. Dies ist folgerichtig. Durch die Novelle wird kein rechnerischer „Bremsklotz“ eingeführt, indem die Kappungsgrenze bei 0 € angesetzt wird. Vermögensverschiebungen werden im Verhältnis 1:1 umgesetzt.

Der Gesetzgeber hat das Problem -wieder einmal- nicht gesehen. Aus seiner Sicht war ein negativer Zugewinn undenkbar. Auf die Problematik wird an keiner Stelle der Begründung eingegangen. Ergebnisse könnten damit über § 1380 BGB nicht mehr korrigiert werden. Diese Vorschrift hätte sich überholt. Sie könnte ersatzlos abgeschafft werden.

3. Ausblick

Wie ist nunmehr zu verfahren?

Das latent vorhandene Thema ist erst jetzt angestoßen worden. Es bleibt abzuwarten, wie die Judikatur sich aus diesem juristischen Schlingennetz lösen wird. Entscheidungen zu dem Problemkreis gibt es - noch- nicht. Die Möglichkeit, dass Gerichte einen negativen Zugewinn annehmen, ist gegeben. Die Wahrscheinlichkeit, dass dies tatsächlich so umgesetzt wird, erscheint jedoch eher gering. Auch wenn dies wegen der mangelnden Verbindlichkeit kein durchschlagendes Argument ist, wird man in erster Linie darauf hinweisen, dass nach den Materialien der Gesetzgeber keinen Ausgleich von negativem Vermögen schaffen wollte. Es sollte weiterhin nur eine **Zugewinn-** und keine **Verlustgemeinschaft** geben.¹² Vor allen Dingen würde damit an einem Grundpfeiler des ehelichen Güterstandes gerüttelt. Alleine durch die Heirat darf es -weder mittelbar noch unmittelbar- zu einer wirtschaftlichen Schuldübernahme des Ehepartners, kommen. Eine „Sippenhaft“ war und ist dem Zugewinnausgleichsrecht völlig fremd. Letztendlich würde der negative Zugewinn aber hierauf hinauslaufen. Misslich wäre dies vor allem deswegen, weil der Gesetzgeber mit Ausnahme der §§ 1365, 1369 BGB grundsätzlich von der Verfügungsfreiheit eines jeden Ehegatten ausgeht. Eine Einwirkungsmöglichkeit eines Partners auf das Schuldengebaren des anderen ist damit nur schwer möglich

Am ehesten dürfte dem Problem mit einer *teleologischen Reduktion* des § 1377 Abs. 3 BGB zu begegnen sein. Im Wesentlichen soll mit dieser Norm zum Zwecke der Beweiserleichterung festgehalten werden, dass im Zweifel der Zugewinn dem Endvermögen entspricht. Dabei soll derjenige, der sich auf Anfangsvermögen beruft, hierfür darlegungs- und beweispflichtig bleiben. Da der Gesetzgeber in der Begründung *expressis verbis* einen negativen Zugewinn ausschließen wollte, würde man die Vorschrift konterkarieren, indem nunmehr aus der -beigebliebenen- Formulierung gerade eine solche Rechtsfolge herauslesen würde. § 1377 Abs. 3 BGB sollte man deswegen dahingehend restriktiv auslegen, dass nur dann der Zugewinn dem Endvermögen entspricht, wenn er positiv ist.

Alternativ käme in Betracht, „unliebsame“ Ergebnisse, die mithilfe des negativen Zugewinns ermittelt wurden, über § 1381 BGB zu revidieren. Hier stellt sich aber die grundlegende Problematik, dass der BGH¹³ die Norm in ständiger Rechtsprechung bislang sehr restriktiv auslegt. § 1381 BGB kommt seiner Meinung nach nur in Betracht, falls die Gewährung eines Ausgleichsanspruches „*dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen*“ würde. Damit wird die Messlatte

¹² So spricht *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., VII Rdn. 179 auch davon dass es keinen „Zuverlust „geben könne.

¹³ Vgl. z.B. BGH FamRZ 1980, 769; 1992, 787; kritisch z.B. *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., VII Rdn. 238, *derselbe*, Brühler Schriften zum 11. DFGT Bd. 9 S. 40; *Schröder*, FamRZ 1997, 1 ff; *Jaeger* FPR 2005, 352; *Haußleiter/Schulz* 4. Aufl.,

noch höher gelegt als bei § 1579 BGB. Bloße unbillige Ergebnisse reichten nie aus. Diese Judikatur müsste in Frage gestellt werden.¹⁴

Ein „Restrisiko“ verbleibt. Es wäre wünschenswert, wenn durch die jetzt angestoßene Diskussion möglichst bald eine Klärung herbeigeführt würde. Solange dies nicht der Fall ist, muss aus dem Gesichtspunkt des sichersten Weges auch dieser Gedanke unabhängig von der Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 BGB bei der Berechnung bedacht werden. Für die Anwendung des § 1380 BGB sollte der Verfahrensbevollmächtigte des *Ausgleichspflichtigen* nach wie vor eine Kontrollrechnung durchführen. Er sollte nicht darauf vertrauen, dass diese Norm durch die Reform obsolet geworden ist. Die Debatte zum Zugewinnausgleich bleibt spannend.

Kap. 1 Rdn. 408.

¹⁴ Vgl. für die Übergangsfälle oder Fälle der nachträglichen Verschuldung z.B. *Schwab*, FamRZ 2009, 1445; *Büte*, FF. 2010, 288; *Kogel*, FF 2009, 390.