



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

Veröffentl. FF 03, 249 ff.
Anmerkung zur BGH-Entscheidung XII ZR 300/01

Zur Berücksichtigung laufenden Einkommens, das man Stichtag in Form von Bar- oder Bankguthaben vorhanden ist, beim Endvermögen.

Beide Entscheidungen befassen sich mit der Frage, ob und ggf. wie Vermögensbeträge sowohl beim Unterhalt als auch beim Zugewinnausgleich berücksichtigt werden können. Diese alltäglich auftauchende Problematik wird in der Praxis völlig unterschätzt.

1.) Kontoguthaben resultieren oftmals aus Einkommen des Unterhaltsschuldners. Damit ergibt sich folgendes Problem: Der Unterhalt wird mit einer prozentualen Quote (in der Regel 3/7) errechnet. Nimmt der Gläubiger schon über diese Quote am Einkommen teil, partizipiert er zusätzlich an dem Vermögenswert über den Zugewinn, wenn dieser am Stichtag noch auf dem Konto vorhanden ist. Besonders gravierend wird das Problem, wenn Sonderzahlungen (z.B. Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld, Tantiemen), die bei der Unterhaltsberechnung anteilig auf das Jahreseinkommen umgelegt wurden, noch auf dem Konto sind. Mit der Entscheidung BGH, FamRZ 03, 432, 433 = FF 03, 65 f. (Entscheidung v. 11.12.2002 XII ZR 27/00) hat der BGH die These aufgestellt, ein güterrechtlicher Ausgleich könne dort nicht stattfinden, wo eine Vermögensposition bereits unterhaltsrechtlich berücksichtigt worden sei. Diesen Grundsatz schränkt er jetzt bei Kontoguthaben, die aus Lohnzahlungen oder selbstständigen Einkünften resultieren, ein. Auf das vom Gesetzgeber aus Praktikabilitätsgründen bewusst starr entwickelte Stichtagsprinzip wird zurückgegriffen. Zum Endvermögen zählen danach alle objektifizierbaren Werte, egal woher sie stammen. Im Ergebnis ist die Entscheidung zu begrüßen. Ansonsten müssten selbst bei relativ geringen Kontobeträgen noch umfangreiche Recherchen zur Herkunft der Beträge durchgeführt werden -ein für die Praxis unpraktikabler Weg. Umgekehrt hat diese Rechtsprechung natürlich folgende Konsequenz: Liegt der Stichtag unmittelbar nach der Unterhaltszahlung und hat sich beim Unterhaltsberechtigten insoweit ein Plus-, beim Unterhaltspflichtigen ein Minussaldo auf dem Konto ergeben, so sind die Beträge ebenfalls in die Zugewinnausgleichsbilanz einzustellen. Diese Argumentation kann sich also auch zu Lasten des Unterhaltsberechtigten auswirken. Genau diese Rechtsfolge entspricht dem Zufallsprinzip des Stichtages. Rückschließend kann man aus § 1381 BGB entnehmen, dass solche (kleinen) Ungerechtigkeiten vom Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommen wurden.

Gegen das Ergebnis kann man nicht einwenden, von dem Konto müssten kurze Zeit später die Unterhaltsbeträge gezahlt werden. Zwar müssen Verbindlichkeiten noch nicht fällig sein. Die Unterhaltspflichtung ist jedoch ein Dauerschuldverhältnis, bei welchem in jedem Monat der einzelne Unterhalt neu entsteht. Wenn bis zum Stichtag der jeweilige Unterhaltsanspruch noch nicht entstanden ist, kann er auch nicht als zukünftige Verbindlichkeit eingesetzt werden.



2.) Insgesamt wird mit dieser Argumentation die ständige Rechtsprechung bestätigt, wonach auch zwischen Eheleuten alle schuldrechtlichen Einzelansprüche bestehen können. Der Zugewinnausgleich ist nicht etwa eine gesetzliche Sonderregelung (vgl. BGH, FamRZ 87, 1239, Urteil v. 30.09.1987, IV b 94/86). Gerade deswegen muss immer überprüft werden, ob sich ein Streit über die Höhe der vor dem Stichtag entstandenen Ansprüche überhaupt lohnt. Mancher Prozess, der diese Rechtsfolgen über den Zugewinn nicht beachtet, ist überflüssig (vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 3. Aufl., Rz. 178 ff.).

Interessant ist die vom BGH in diesem Zusammenhang als Argument herangezogene Begründung, wonach in der Rechtsprechung anerkannt sei, dass auch Unterhaltsrückstände in die Zugewinnausgleichsbilanz einfließen. In der Tat wird diese Ansicht verbreitet vertreten (so OLG Hamm, FamRZ 92, 679, Urteil vom 10.10.1991 –2 UF 5/90-; OLG Celle, FamRZ 91, 944, Urteil v. 13.12.1990 –12 UF 139/90). Sie konterkariert allerdings den Zweck des Unterhaltsanspruches. Normalerweise würde der Unterhaltsberechtigte bis zum Stichtag den Betrag verbrauchen. Der Unterhalt dient ja der laufenden Lebenshaltung. Der Unterhaltsverpflichtete müsste die Beträge aus laufendem Einkommen und nicht aus Vermögen zahlen. Nur das laufende Einkommen ist für die Berechnung des Unterhaltes in der Regel maßgeblich. Zumindest müsste bei größeren Unterhaltsrückständen daran gedacht werden, unter dem Gesichtspunkt des § 1381 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen (vgl. hierzu Kogel, MDR 97, 1000 ff.). Ansonsten ergibt sich folgendes groteske Ergebnis: Hat z.B. der Unterhaltsberechtigte durch zwei Instanzen mühsam Unterhalt erstritten, der bis zum Stichtag noch nicht bezahlt wurde, so wird dieser Unterhalt bei zusätzlich noch vorhandenem Vermögen über den Zugewinnausgleich neutralisiert: Der Unterhalt ist beim Berechtigten Aktiva, beim Verpflichteten Passiva.

Auf jeden Fall sollte man in Fällen, in denen der Unterhaltsschuldner sich seiner Verpflichtung entzieht, überlegen, gem. § 1386 I BGB einen vorzeitigen Zugewinnausgleich in die Wege zu leiten. Durch die Vorverlegung des Stichtages können Unterhaltsrückstände, die ansonsten in die Bilanz einzustellen sind, nur bis zur Einreichung des vorzeitigen Zugewinnausgleichsantrages auflaufen (vgl. § 1387 BGB).

3.) Wie sieht die Situation nun aber bei Abfindungen aus? Mit der Entscheidung FamRZ 82, 148 (IX ZR 94/80, Urteil v. 29.10.1981) hat der BGH grundsätzlich die Ansicht vertreten, dass selbst eine Abfindung, die als Verdienstausfallsentschädigung gezahlt wird, in den Zugewinnausgleich einzustellen ist. Damit kann aber genau der Effekt eintreten, der in der Entscheidung FF 03, 65 f. als nicht hinnehmbar angesehen wird: Einkommen wird sowohl beim Unterhalt als auch beim Zugewinnausgleich berücksichtigt. Der Verpflichtete führt letztendlich bis auf einen Betrag von 1/14 den gesamten Vermögenswert an den Unterhaltsberechtigten ab.

In der Entscheidung FF 03, 65 f. hat der BGH eine Lösung über eine konkludente Zugewinnausgleichsvereinbarung der Parteien gesucht. Mit Abschluss der Unterhaltsregelung zu Beginn des Scheidungsverfahrens hätten die Parteien zugleich auf Zugewinnausgleichsansprüche genau wegen dieses Vermögenswertes verzichtet. Tragfähig ist die Begründung allemal nicht. Wie wäre denn die Entscheidung begründet worden, wenn die Parteien sich nicht rechtswirksam zu Protokoll des Gerichts, sondern außergerichtlich über den Unterhalt in privatschriftlicher Urkunde geeinigt hätten? Da die Vereinbarung angeblich zugewinnausgleichsrechtliche Bedeutung haben sollte, war sie beurkun-



dungspflichtig (§ 1378 III 2 BGB). Parteien, die nur über den Unterhalt eine Regelung treffen wollen, sind sicherlich überrascht zu hören, sie hätten damit den Zugewinn ausgeschlossen oder alternativ die Unterhaltsvereinbarung sei unwirksam, da damit ja der Zugewinn hätte ausgeglichen werden sollen.

Wie die Problematik von Abfindungen zu lösen ist, erscheint in Rechtsprechung und Literatur nach wie vor ungeklärt. Kalthoener/Büttner/Niepmann, (Rechtsprechung zur Höhe des Unterhaltsrechts, 8. Aufl, S. 794), ordnen derartige Abfindungen dem Einkommen zu. Wenn sie Lohnersatzfunktion haben, seien sie unterhaltspflichtiges Einkommen. Der Betrag müsse zur Aufstockung des Arbeitslosengeldes oder der Arbeitslosenhilfe bis zum vollen bisherigen Nettogehalt eingesetzt werden. Ggf. sei der Betrag über einen Zeitraum von einigen Jahren zu verteilen. Damit seien diese Abfindungen dem Zugewinnausgleich entzogen. Wieso dies der Fall sein soll, wird nicht weiter begründet. Das OLG Frankfurt hat in einer Entscheidung, (FamRZ 00, 611 –6 UF 134/98-, Urteil vom 24.06.1999), wie folgt entschieden: Zwar stelle die ausgezahlte Abfindung einen Vermögenswert dar. Eine Berücksichtigung zum Stichtag sei notwendig. Sofern der Betrag aber beim Unterhalt eingerechnet sei, komme eine Zahlungsverweigerung gem. § 1381 BGB in Betracht. Sinngemäß könne bei jeder Teilzahlung § 1380 BGB herangezogen werden.

Wie aus der Entscheidung BGH, FamRZ 01, 278 (Urteil v. 15.11.2000 –XII ZR 197/98), zu entnehmen ist, wird der BGH in derartigen Fällen im Ergebnis ähnlich entscheiden. Ohne eine nähere Begründung zu geben, stellt er in einem obiter dictum folgende These auf:

„Wäre die Abfindung zielgerichtet als Ersatz für 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.“

Fazit: Bei Abfindungen ist zu analysieren, ob sie Lohnersatzfunktion haben und ob sie bereits beim Unterhalt berücksichtigt worden sind. Ist dies der Fall, muss eine Doppelberücksichtigung verhindert werden (so auch Weinreich, FUR 03, 387 f.). Wenn die Abfindung hingegen unterhaltsrechtlich nicht berücksichtigt wird, sei es, weil der Berechtigte keinen Unterhaltsanspruch hat oder weil dies keine Ersatzleistung ist, ist sie beim Zugewinn auszugleichen.

Die Rechtsprechung bewirkt für die Anwaltstätigkeit ein erhebliches Regresspotential. Bereits eine Vereinbarung über den Unterhalt kann nach der Rechtsprechung des BGH einen Zugewinnausgleichsverzicht darstellen. Problematisch ist dies vor allem, wenn der Unterhaltsberechtigte nur zeitlich beschränkt nahehelichen Unterhalt verlangen kann (er heiratet erneut; er erzielt durch Erbschaft ausreichende Eigeneinkünfte.). Wenn die Unterhaltsschiene gewählt wurde, sind Zugewinnausgleichsansprüche möglicherweise wegen Verjährung nicht (mehr) durchsetzbar. Wurde der Zugewinnausgleich gerade wegen der Regelung über den Unterhalt abgelehnt, ist der Gang über § 323 ZPO kaum möglich, da diese Vorschrift wiederkehrende Leistungen voraussetzt. Mit dem Mandanten muss in derartigen Fällen also vorher besprochen werden, ob eine Regelung unterhalts- oder zugewinnausgleichsrechtlich erfolgen soll.



4.) Nach wie vor nicht befriedigend geklärt sind die Fälle, in denen eine Darlehensverbindlichkeit sowohl bei der Unterhaltsberechnung als auch bei der Zugewinnausgleichsbilanz eine Rolle spielt.

Beispiel:

Der Ehemann B schuldet seiner Ehefrau aufgrund eines Urteils Trennungs- und später Scheidungsunterhalt in Höhe von 1.000,00 EUR. Beim Ehemann ist berücksichtigt worden, dass er ehebedingte gesamtschuldnerische Verbindlichkeiten in Höhe von monatlich 500,00 EUR bezahlt. Die Verbindlichkeit valutierte zum Stichtag der Rechtshängigkeit mit 10.000,00 EUR. Der Ehemann verfügt über weiteres Vermögen von 30.000,00 EUR, die Ehefrau über solches von 10.000,00 EUR. Zieht man die Verbindlichkeit beim Vermögen des Ehemanns ab, wäre der Zugewinnausgleich der Ehefrau wie folgt:

Endvermögen Ehemann 30.000,00 EUR – 10.000,00 EUR = 20.000,00 EUR abzüglich
Endvermögen Ehefrau 10.000,00 EUR, Differenz : 2 = 5.000,00 EUR.

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

In der jetzigen Entscheidung verweist der BGH auf sein früheres Urteil BGH, NJW RR 86, 1325 = IV b ZR 2/85, Urteil vom 23.04.1986. Dort hatte er festgestellt, dass die Berücksichtigung ehelicher Schulden bei der Verringerung des Unterhaltes ohne Einfluss auf den Vermögensausgleich gem. § 1368 BGB sei. Die zum Stichtag bestehenden Verbindlichkeiten seien bei der Berechnung des Endvermögens voll zu berücksichtigen. Ein derartiges Ergebnis befriedigt nicht. Diese Rechtsprechung läuft darauf hinaus, dass die Ehefrau bis auf einen Restbetrag von 1/14 den gesamten Kredit finanziert. Kann der Ehemann nämlich zum einen im Rahmen des Unterhalts die monatliche Rate abziehen, wird die Ehefrau noch zusätzlich dadurch „bestraft“, dass aufgrund des Stichtagsprinzips die Forderung in vollem Umfang beim Endvermögen des Ehemanns berücksichtigt wird. Jedenfalls bei Schuldbeträgen in größerem Umfang (also nicht etwa nur ein Monatsgehalt) steht die Entscheidung in eindeutigen Widerspruch zu der obigen These, wonach eine Position, die unterhaltsrechtlich bereits berücksichtigt sei, zugewinnausgleichsrechtlich nicht noch einmal herangezogen werden könne. Was für Aktiva gilt, muss in umgekehrter Form auch für Passiva gelten. Wie man einem derartigen Ergebnis entgegenwirken kann, ist offen. Möglicherweise muss auch hier der Weg über § 1381 BGB ggf. analog gegangen werden (vgl. Kogel, MDR 97, 1000 ff.).

Den sichereren Weg geht in dem obigen Beispielfall der Anwalt allerdings dann, wenn er Wert darauf legt, dass die Darlehensverbindlichkeit bei der Ehefrau ebenfalls zu ½ als Passiva eingestellt wird. Dies kann er entweder dadurch erreichen, dass der Unterhalt ohne die Darlehensverpflichtung berech-



net wird und die Ehefrau dann im Innenverhältnis an den Ehemann den hälftigen Betrag ausgleicht. Alternativ wäre daran zu denken, bei der Unterhaltsberechnung von vorneherein darauf hinzuweisen, dass damit keine anderweitige Regelung im Sinne von § 426 I 2 BGB verbunden ist, mit anderen Worten, dass der Ehemann sich den hälftigen Regressanspruch vorbehält. Ist dies nämlich der Fall, muss beim Zugewinnausgleich die Forderung zu je $\frac{1}{2}$ auf beiden Seiten eingesetzt werden. So grotesk dies klingt: Folgt man der obigen Rechtsprechung des BGH, schadet sich im obigen Beispielfall die Ehefrau selber, indem sie die Verbindlichkeit ausschließlich beim Ehemann berücksichtigt, sofern dieser über sonstiges Vermögen verfügt. Sie verliert hierdurch nämlich zusätzlich den Zugewinnausgleichsanspruch! Der vermeintliche Vorteil (Nichtbelastung der Ehefrau) verkehrt sich zugewinnausgleichsrechtlich genau in das Gegenteil.

5.) Interessant sind die Ausführungen der Entscheidung schließlich zur Frage der Erheblichkeit des Vortrages zu einer behaupteten Darlehensforderung. Schlüssig ist dieser Vortrag schon dann, wenn die Prozesspartei Tatsachen behauptet, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht oder die geltend gemachte Verbindlichkeit als entstanden erscheinen zu lassen. Es bedarf bei einem Darlehen damit noch nicht einmal näherer Angaben zum Zeitpunkt und Ablauf der Auszahlung. Mangels Schlüssigkeit kann solcher Vortrag nicht zurückgewiesen werden. Immerhin muss die Prozesspartei sich 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 Glauben schenkt. Erst recht gilt dies, wenn Darlehen in Höhe von 250.000,00 DM unter Verwandten in bar gegeben worden sein sollen. Wenn hier nicht präzise Angaben unterbreitet werden, wird nach Durchführung der Beweisaufnahme –dann allerdings mit weitaus höheren Kosten- der Vortrag als nicht bewiesen erachtet werden.