



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 MDR 2008, 297 ff.

## Die geplanten Änderungen des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts

### Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts<sup>1</sup>

*Der Verfasser zeigt die beabsichtigten Änderungen zum Zugewinnausgleichsrecht auf. Anhand von Beispielsfällen vergleicht er die bisherige Regelung mit der geplanten und nimmt teilweise kritisch Stellung.*

Nach jahrelangen Diskussionen in Rechtsprechung und Literatur zur Anwendung verschiedener Vorschriften aus dem Zugewinnausgleichsrecht (insbesondere §§ 1374, 1378 Abs. 2, 1384 und 1386 BGB) liegt nunmehr ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Abänderung des Zugewinnausgleichsrechtes vor.<sup>2</sup> Nach dem Stand zum 01.11.2007 sollen im Bereich des Zugewinnausgleichsrechts vor allem folgende Vorschriften geändert werden<sup>3</sup>:

- I.) Berücksichtigung eines *negativen* Anfangsvermögens in § 1374 BGB.
- II.) Stärkung der *Auskunftsrechte* durch Anspruch auf Belegvorlage und Auskunftsanspruch zum Anfangsvermögen (§ 1379 BGB);
- III) Verbesserung des *vorläufigen Rechtsschutzes* gegen unredliche Vermögensverschiebungen.
- IV.) Vorverlegung des Berechnungszeitpunktes für den Zugewinnausgleich (§§ 1378, 1384 BGB).

Im Einzelnen:

---

<sup>1</sup>) Der Text und die Gesetzesbegründung sind abgedruckt unter der Homepage des BMJ.

<sup>2</sup>) Zusätzlich soll mit diesem Gesetzesentwurf die Hausratsteilungsverordnung abgeschafft werden. Die entsprechenden Normen sollen in das BGB integriert werden. Ferner soll § 1813 BGB an die Erfordernisse des modernen Zahlungsverkehrs angepasst werden. Der Beitrag geht nur auf die geplanten Änderungen zum Zugewinn ein.

<sup>3</sup>) Größere Änderungen und politische Widerstände sind nicht zu erwarten, ebenso Finger, FamRB 2008, 18

# I.

## Berücksichtigung negativen Anfangsvermögens

1.) § 1374 BGB soll wie folgt gefasst werden:

*„Anfangsvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Eintritt des Güterstandes gehört. Verbindlichkeiten sind über die Höhe des Vermögens hinaus abzuziehen.“*

2.) Bisheriger Gesetzeslage entspricht es, dass das Anfangsvermögen niemals negativ sein kann (vgl. 1374 Abs. 1 S. 2 BGB). Bei Eheschließung vorhandene Schulden bleiben bei der Ermittlung des Zugewinnausgleichs unberücksichtigt. Der Ehegatte, der sein Vermögen im Laufe der Ehe um den Betrag mehrt, welcher der Schuldentilgung des Partners entspricht, übernimmt deshalb über den Zugewinnausgleich praktisch die Hälfte der Verbindlichkeiten. Als noch ungerechter wird das Ergebnis empfunden, wenn der eine Ehegatte die Verbindlichkeiten des anderen getilgt und zusätzlich eigenes Vermögen erworben hat. Hier bleibt nicht nur der Betrag zur Schuldentilgung unberücksichtigt. Der Ehegatte muss sogar das eigene Vermögen bei Beendigung des Güterstandes teilen, sofern nicht die Härteklausele des § 1381 BGB greift<sup>4</sup>. In der Regel scheidet dies aber aus. Nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung kommt die Anwendung der Vorschrift lediglich dann in Betracht, wenn die Gewährung des Ausgleichsanspruches „dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde“. Es wird ein Verschulden des Ausgleichsberechtigten verlangt; die bloße Unbilligkeit des Ergebnisses reicht nicht aus<sup>5</sup>

### Beispielfall 1:

Herr Höfgen hatte vor Eheschließung sein ganzes Vermögen in ein Ladengeschäft investiert. Zusätzlich war er Verbindlichkeiten von 100.000,00 € eingegangen. Während der Ehezeit tilgt er seine Schulden und erzielt ein Endvermögen von 100.000,00 €. Frau Höfgen hatte zu Beginn der Ehe keine Verbindlichkeiten und kein Vermögen. Ihr Endvermögen beträgt 100.000,00 €

Nach geltendem Recht beträgt der Zugewinnausgleichsanspruch 0 €. Das Anfangsvermögen von Herrn Höfgen wird mit 0 € angesetzt (§ 1374 Abs. 1 S. 2 BGB), das Endvermögen mit 100.000,00 €. In gleicher Weise ist dies bei Frau Höfgen zu berücksichtigen. Es ergibt sich kein Differenzbetrag.

*Wirtschaftlich* hingegen sähe die Situation wie folgt aus:

Anfangsvermögen Herr Höfgen	- 100.000,00 €
Frau Höfgen	0,00 €
Endvermögen Herr Höfgen	100.000,00 €
Frau Höfgen	100.000,00 €
Zugewinn Herr Höfgen (Verringerung der Schulden + Vermögensbildung)	200.000,00 €
Frau Höfgen	<u>100.000,00 €</u>
Ausgleichsanspruch demzufolge	50.000,00 €

<sup>4</sup>) Zu der bislang äußerst einschränkenden Rechtsprechung des BGH, vgl. z.B. BGH FamRZ 1980, 769; FamRZ 1992, 787; kritisch hierzu Schröder FamRZ 1997, 1 ff.; Jaeger FPR 2005, 352.

<sup>5</sup>) Vgl hierzu im einzelnen Kogel Strategien beim Zugewinnausgleich, NJW-Praxis, 2. Auflage, Rdn. 722 ff..

Die zukünftige gesetzliche Regelung schließt sich dieser wirtschaftlichen Beurteilung an. Sie hat die Konsequenz, dass die Ausgleichsforderung des berechtigten Ehegatten in bestimmten Fällen *erhöht* wird.

In gleicher Weise kann die Regelung aber auch zu *Einschränkungen* des Zugewinnausgleichs herangezogen werden.

### Beispielfall 2

Herr Höfgen hatte bei Eheschließung 100.000,00 € Schulden. Er vermindert sie in der Ehezeit auf 50.000,00 € Frau Höfgen hat während der Ehe (Anfangsvermögen 0 €) einen Zugewinn von 100.000,00 € erzielt.

Nach **geltendem** Recht ist der Zugewinnausgleichsanspruch wie folgt zu entscheiden:

Anfangsvermögen auf beiden Seiten	0,00 €
Endvermögen Frau Höfgen	100.000,00 €
Herr Höfgen besitzt nach wie vor wegen § 1375 Abs. 1 S. 2 BGB	0,00 €
Ausgleichsanspruch 100.000,00 € : 2 =	50.000,00 €
Frau Höfgen an ihren Ehemann.	

Bei negativem Anfangs- und Endvermögen sieht jedoch nach der geplanten gesetzlichen Regelung die Situation wie folgt aus:

Herr Höfgen Anfangsvermögen	– 100.000,00 €
Frau Höfgen	0,00 €
Endvermögen Herr Höfgen	– 50.000,00 €
Frau Höfgen	100.000,00 €
Zugewinn Herr Höfgen daher	50.000,00 €
Frau Höfgen	100.000,00 €
Ausgleichsanspruch des Herrn Höfgen (100.000,00 – 50.000,00 €) : 2	25.000,00 €

3) Aus **strategischer** Sicht ist die Übergangsregelung von Bedeutung. Gem. Art. 4, § 15 Abs. 2 gilt § 1374 BGB in der Neufassung nur dann, wenn das Verfahren *nach* Inkrafttreten des Gesetzes *anhängig* gemacht wurde. Der Ehegatte, der sich durch das negative Anfangsvermögen einen Vorteil verspricht, sollte also mit der Einleitung des Verfahrens zuwarten. Umgekehrt gilt natürlich: Bei drohendem Nachteil durch die Neuregelung sollte das güterrechtliche Verfahren noch unter der jetzigen Gesetzeslage ausgenutzt werden.

4.) Um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, wird eine Kappungsgrenze eingeführt. Dies ergibt sich aus der Neufassung des § 1378 Abs. 2 BGB.

*„Die Höhe der Ausgleichsforderung wird durch den hälftigen Wert des Vermögens des Ausgleichspflichtigen begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes vorhanden ist. Die sich nach Satz 1 ergebende Begrenzung der Ausgleichsforderung erhöht sich in den Fällen des § 1375 Abs. 2 BGB um die Hälfte des dem Endvermögen zuzurechnenden Betrages.“*

Eine Abwandlung des Beispielsfalles verdeutlicht diesen Normzweck.

### Beispielsfall 3

Herr Höfgen hatte vor Eheschließung sein ganzes Vermögen in ein Ladengeschäft investiert und war zusätzlich 100.000,00 € Verbindlichkeiten eingegangen. Während der Ehezeit tilgte Herr Höfgen seine Schulden. Er erzielt ein Endvermögen von 100.000,00 €. Frau Höfgen verfügt über kein Vermögen zu Beginn und zum Ende der Ehe.

Nach geltendem Recht wäre jedenfalls wegen § 1374 Abs. 1 S. 2 BGB das Anfangsvermögen beider Eheleute 0,00 €. Der Zuwachs bei Herrn Höfgen wäre 100.000,00 €. Ihn träfe eine Ausgleichsverpflichtung von 50.000,00 €.

Würde man die jetzige gesetzliche Regelung isoliert betrachten (ohne § 1378 BGB in der Neufassung), sähe die Situation wie folgt aus:

Anfangsvermögen Herr Höfgen	- 100.000,00 €
Frau Höfgen	0,00 €
Endvermögen Herr Höfgen	100.000,00 €
Frau Höfgen	0,00 €
Herr Höfgen hätte	<u>200.000,00 €</u>
als Zugewinn erwirtschaftet (Verlust der Schulden + Erzielung eines Vermögens).	
Die Ausgleichsverpflichtung betrüge	100.000,00 €

Durch die Neufassung des § 1378 Abs. 2 BGB wird erreicht, dass der ausgleichspflichtige Ehegatte zumindest die Hälfte seines Vermögens behalten darf. Er muss nicht einen größeren Anteil oder sogar sein ganzes Vermögen an den anderen Ehegatten abführen.

5.) Von dieser Regelung wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn eine *illoyale Vermögensminderung* vorliegt. In diesem Fall wird der Betrag der illoyalen Vermögensminderung dem Endvermögen hinzugerechnet. Der auszugleichende Höchstbetrag ist dann die Hälfte des verbleibenden **und** des hinzugerechneten Betrages geteilt durch  $\frac{1}{2}$ . Die Ergänzung stellt sicher, dass die Grundregel des hälftigen Ausgleichs nicht zu einem Schutz illoyaler Vermögensminderungen führen kann. Der entsprechend manipulativ Handelnde ist gerade nicht schutzwürdig. Im Endergebnis wird er damit so behandelt, als habe er sein Endvermögen nicht vermindert.

## II. Belegvorlage

1.) § 1379 BGB wird wie folgt geändert:

*„Nach der Beendigung des Güterstandes ist jeder Ehegatte verpflichtet, dem anderen Ehegatten über den Bestand seines Anfangs- und Endvermögens Auskunft zu erteilen; auf Verlangen sind Belege vorzulegen.“ (Abs. 1 Satz 1)*

In Abs. 2 werden die Wörter *„oder die der Ehe“* durch die Wörter *„die der Ehe, die vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft oder den vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns“* ersetzt.

2.) Diese Änderung führt zu erheblichen Konsequenzen gegenüber der bisherigen Rechtssituation. Bislang wurde immer wieder beklagt, dass im Zugewinnausgleich eine Belegpflicht gesetzlich nicht vorgesehen ist.<sup>6</sup> Der Unterschied zum Unterhaltsrecht (§ 1605 Abs. 1 S. 2 BGB) war nicht nachvollziehbar.<sup>7</sup> Mit der beabsichtigten Regelung kann der Berechtigte endlich die Angaben des Auskunftspflichtigen besser überprüfen - und nicht nur glauben.

b) Nach geltendem Recht besteht ein Auskunftsanspruch nur für das *End-* nicht aber für das Anfangsvermögen.<sup>8</sup> Da nunmehr das Anfangsvermögen sogar negativ sein kann, hat der zugewinnausgleichsberechtigte Ehepartner aber ein Interesse daran zu wissen, ob der andere Partner ein negatives Anfangsvermögen besaß. Dies kann ja zu einer Erhöhung der Ausgleichsforderung oder Minderung der Ausgleichsverpflichtung führen (s. Beispielsfälle 2 & 3). Deswegen wird die Auskunft auf das Anfangsvermögen erstreckt.

Ob sich diese Regelung in der Praxis bewähren wird, muss bezweifelt werden. Mag der Ehepartner in der Lage sein, zum Endvermögen Belege zu besorgen, so wird die Belegvorlage beim Anfangsvermögen schwierig. Die Erfahrung zeigt, dass viele Eheleute gerade für den Beginn der Ehe Anfangsvermögen zwar vortragen. Oftmals verfügen sie aber nicht mehr über hinreichende Belege, um dies zu beweisen. Dauert die Ehe länger als zehn Jahre, kann wegen der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen durch Kreditinstitute kein Beleg mehr herbeigeschafft werden. Der Ehegatte, der zum Zeitpunkt der Eheschließung verschuldet war, wird sich im Zweifel damit herausreden können, dass ein Nachweis zu seinem (negativen) Anfangsvermögen nicht mehr möglich ist. Die Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB (im Zweifel ist das Endvermögen dem Zugewinn gleichzusetzen), wurde durch die geplante Gesetzesregelung *nicht* angetastet. Wenn der verpflichtete Ehegatte „mauert“, wird die gesetzliche Neuregelung also oftmals keinen praktischen Nutzen erbringen. Dem *Ausgleichsberechtigten* wird es nämlich nur äußerst schwer möglich sein, ein negatives Anfangsvermögen nachzuweisen.

Ferner zeichnet sich das Problem ab, daß ein scheidungsunwilliger Partner durch den Auskunftsanspruch zum Anfangsvermögen das gesamte Verfahren zusätzlich verzögert, indem er gerade dieses Recht extensiv ggf. sogar noch im Vollstreckungsverfahren verfolgt.

---

<sup>6</sup> ) Vgl. z.B. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Auflage, Kap. 1, Rdn.476 mit zahlr. Nachweisen; Empfehlung des 14. DFGT (AK 5), FamRZ 2002, 298.

<sup>7</sup> ) Zum Umfang der Auskunfts- und Belegpflicht im Unterhalt vgl. z.B. OLG Köln FamRZ 2002, 236. Die Grundsätze dieser Entscheidung können in Zukunft auch auf den Zugewinn übertragen werden.

<sup>8</sup> ) Vgl. hierzu Hartung MDR 19998, 508; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich Rdn. 193.

### III. Verbesserung des Rechtsschutzes gegen illoyale Vermögensverfügungen

1) Das Recht des *vorzeitigen Zugewinnausgleichs* wird ebenfalls geändert. Die Neufassung des Gesetzestextes soll wie folgt lauten:

*Der ausgleichsberechtigte Ehegatte kann vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns verlangen, wenn*

*(1) die Ehegatten seit mindestens drei Jahren getrennt leben,*

*(2) Handlungen der in den §§ 1365 oder 1375 Abs. 2 BGB bezeichneten Art zu **befürchten** sind und dadurch eine erhebliche Gefährdung der Erfüllung der Ausgleichsforderung zu besorgen ist,*

*(3) der andere Ehegatte längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat und*

*(4) der andere Ehegatte sich ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert, ihn über den Bestand seines Vermögens zu unterrichten.*

2) Die Vorgehensweise ist zweigleisig ausgestaltet:

Bei dreijährigem Getrenntleben kann *jeder* Ehegatte weiterhin eine **Gestaltungsklage**<sup>9</sup> gem. § 1385 BGB erheben. Mit Rechtskraft der Gestaltungsklage wäre der Zugewinnausgleich beendet.

Darüber hinaus kann jeder Ehepartner bei dreijähriger Trennung oder als Ausgleichsberechtigter gem. § 1386 BGB unter den dort erwähnten Voraussetzungen (z.B.: Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen, Verstoß gegen §§ 1365, 1375 BGB, beharrliche Weigerung über die Unterrichtung zum Vermögen) zunächst eine Auskunftsklage erheben. Sodann geht er in die Zahlungsklage über. Er muss also *keine* Gestaltungsklage mehr erheben.

Mit anderen Worten: Bei einem dreijährigen Getrenntleben kann der Ausgleichsberechtigte zwei Möglichkeiten wahrnehmen. Er kann

⊗ sich durch eine *Gestaltungsklage* von der Zugewinnsgemeinschaft lösen *oder*  
⊗ seinen *Anspruch* auf Ausgleich des Zugewinns *direkt einklagen*.

3) Die Voraussetzungen des § 1386 BGB waren bislang eng ausgestaltet. So musste z.B. erst abgewartet werden, bis der andere Ehepartner vermögensmindernde Verfügungen *getätigt* hatte. Erfahrungsgemäß war dann „das Kind jedoch bereits in den Brunnen gefallen“. Wegen der weiteren Gefahr des § 1378 Abs. 2 BGB in der bisherigen Fassung kamen Maßnahmen häufig zu spät.

§ 1386 BGB ist deswegen in folgenden Punkten erweitert worden:

⊗ Die Norm ist in eine *Leistungsklage* (ohne zuvorige Gestaltungsklage!) umgewandelt worden. Damit kann nach den Gesetzgebungsmaterialien unstreitig nunmehr durch Arrest vorgegangen werden. Die in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstrittene Frage<sup>10</sup>, ob Sicherungsmittel überhaupt möglich sind, würde sich hierdurch erledigen.

---

<sup>9</sup>) Vgl zur jetzigen Rechtslage Kogel, Strategien bei Zugewinnausgleich, Rdn. 165 ff.

<sup>10</sup>) Vgl. OLG Düsseldorf v. 18.6.1993 -3 UF 192/92, FamRZ 1994, 114; OLG Celle v. 8.9.1993 -21 UF 118/93-, FamRZ 1996, 1429; OLG Hamm v. 22.4.96 -5 WF 89/96-, FamRZ 1997, 181; OLG Hamburg v. 09.10.2001 -2 UF 61/01-, FF 2002, 175; OLG München v. 30.05.2006 -12 UF 1118/06-, FamRZ 2007, 1101; OLG Karlsruhe v. 9.3.1994 -5 UF 187/93-, FamRZ 1995, 822; v. 17.10.1996 -2 UF 140/06, NJW 1997, 1017; v. 29.08.2006 -5 UF 173/06-, FamRZ 2007, 408 (zustimmend *Kleinle* FamRZ 2007, 1259, der zu Recht darauf hinweist, dass mehrere Spruchkörper im selben OLG-Bezirk doch eigentlich zu einer gemeinsamen Meinungsbildung kommen müssten, zumal ansonsten das Risiko eines Antragsstellers unübersehbar werde); vgl. insges. zum Streitstand auch *Kogel* FamRB 2004, 131 ff.

- ⌘ § 1389 BGB soll ersatzlos aufgehoben werden. Die allgemeinen Sicherungsmittel reichen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aus.
- ⌘ Zusätzlich sind die Voraussetzungen maßvoll erweitert worden.

Vermögensmindernde Verfügungen des ausgleichspflichtigen Ehepartners müssen zukünftig nicht mehr erst abgewartet werden. Es reicht aus, wenn die Vornahme einer Handlung im Sinne von §§ 1365, 1375 BGB zu **befürchten** ist. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. In der Begründung des Gesetzesentwurfes werden folgende Beispielsfälle erwähnt:

- ⌘ Der Ehemann hat sein Vermögen in Aktien angelegt. Mit der Trennung beginnt er diese zu veräußern. Das Geld transferiert er auf sein Girokonto. Einen wirtschaftlichen Grund gibt es dafür nicht. Die Ehefrau befürchtet zu Recht, dass hierdurch der Ehemann die Vermögenswerte leichter verschwinden lassen will.
- ⌘ In einfachen Vermögensverhältnissen lebend, bucht der Ehemann für sich und seine Freundin eine Luxuskreuzfahrt. Die Ehefrau befürchtet, dass hierdurch das kleine ersparte Vermögen aufgebraucht wird.

Im Hinblick auf die geänderte Rechtslage zu § 1378 BGB kann in derartigen Fällen kein Verbrauch nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erfolgen.

#### IV. Neufassung des §1384 BGB

1.) Wesentlichste Änderung ist die Neufassung des § 1384 BGB, fälschlicherweise in den Begründungen als „Vorverlegung des Zugewinns“ benannt<sup>11</sup>. Die Regelung soll jetzt wie folgt lauten:

*„Wird die Ehe geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstandes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages.“*

2.) Im Gegensatz zur jetzigen Fassung des § 1378 Abs. 2 BGB bedeutet dies, dass selbst Verfügungen, die *nach* dem Stichtag getroffen werden, **nicht** mehr zu einem Fortfall des Ausgleichsanspruches führen können. Nach allgemeiner Meinung ist die derzeitige gesetzliche Regelung völlig unbefriedigend<sup>12</sup>. Die geltende Fassung des § 1378 Abs. 2 BGB bietet dem ausgleichsberechtigten Ehegatten keinen sicheren Schutz vor Manipulationen des Partners. Zwar kommt es für die Berechnung des Zugewinnausgleichs auf die *Rechtshängigkeit* des Scheidungsantrages an (§ 1384 BGB). Die Höhe der Ausgleichsforderung wird aber durch den Wert des Vermögens begrenzt, welches zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich *Rechtskraft* der Scheidung, noch vorhanden ist.

---

<sup>11</sup> ) Für die Berechnung des Zugewinns ist bereits jetzt die Rechtshängigkeit maßgebend, § 1384 BGB. Die unterschiedlichen Ergebnisse ergeben sich in Wahrheit aus einer Änderung des § 1378 Abs. 2 BGB.

<sup>12</sup>) vgl. alleine die ständig sich wiederholenden Empfehlungen des DFGT, z.B. 5 DFGT FamRZ 1983, 1199, 1201.; ähnlich: 14. DFGT FamRZ 2002, 298; 15. DFGT FamRZ 2003, 1907.

#### Beispielfall 4

Herr Becker verfügte zum Stichtag über Endvermögen in Höhe von 50.000,00 €. Seine Frau besaß kein Vermögen. Anfangsvermögen bestand auf beiden Seiten nicht. Bis zur Rechtskraft der Scheidung ist dieser Betrag ausgegeben, weil

- a) die Firma von Herrn Becker in eine wirtschaftliche Schieflage geraten ist und er vergeblich versucht hat, mit einem Kredit diese zu sanieren (lauteres Motiv),
- b) er das Geld seiner Freundin geschenkt hat, die es dann sofort wieder ausgab (unlauteres Motiv).

Bei der Alternative a) ergibt sich bereits aus der Gesetzeslage, dass ein Zugewinnausgleich nicht gegeben ist (§ 1378 Abs. 2 BGB). Die Verschuldung muss nur bis zur letzten mündlichen Verhandlung eingewendet werden<sup>13</sup>.

Nach herrschender Meinung<sup>14</sup> wird aber sogar die Alternative b) entsprechend behandelt. Wegen des Normzwecks (Gläubigerschutz) komme es überhaupt nicht auf die Motive an, die zum Verlust des Vermögens geführt hätten. Selbst illoyale Handlungsweisen sollen ausreichend sein. Demzufolge ist es nach dieser Ansicht völlig sinnlos zu überprüfen, ob illoyale Vermögensverfügungen vorliegen. Diesbezügliche Beweisaufnahmen sind unerheblich. Das Ergebnis lautet immer: Zugewinnausgleichsverpflichtung = 0,00 €. Der BGH hat diese Frage bislang nicht entschieden und sie in einer Entscheidung<sup>15</sup> ausdrücklich offen gelassen. Höchstrichterlich ist das Problem also gerade nicht geklärt.

Demgegenüber wurde in der Literatur immer wieder versucht, z.B. durch analoge Anwendung des § 1375 BGB<sup>16</sup> oder durch Vorverlegung des Stichtags<sup>17</sup> das Ergebnis zu korrigieren. Nach der geplanten Gesetzesänderung ist allerdings jetzt Folgendes eindeutig: Selbst manipulative Verfügungen nach dem Stichtag können *nicht* zu einem Erlöschen der Forderung führen.

3) Zu überlegen wäre aber aus Sicht des Verfassers, eine Einschränkung bei **unverschuldetem** Vermögensverfall vorzusehen.

Ausgangspunkt für die Kritik an der jetzigen Gesetzeslage war doch der Umstand, dass dem Ausgleichspflichtigen bislang die Möglichkeit eröffnet wurde, manipulativ und sogar illoyal eine drohende Zugewinnverpflichtung zu unterlaufen. Der Kern der bisherigen Regelung des § 1378 Abs. 2 wurde demgegenüber nicht in Frage gestellt. Die Zugewinnausgleichsforderung wurde bislang schon auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit berechnet. Dies wird auch in Zukunft der Fall sein. Die Fälligkeit wird aber selbst nach der geplanten Gesetzesänderung nicht berührt. Nach wie vor wird der Zugewinnanspruch erst mit Beendigung des Güterstandes, d.h. regelmäßig mit Rechtskraft der Scheidung (§ 1378 Abs. 3, S. 1 BGB) fällig. 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 und ihm diese Situation nicht vorwerfbar ist? Zwei andere Lösungsschienen, die sich von der Darlegungs- und Beweislast unterscheiden 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 diesen strengen Anforderungen gar nicht genügen. Nicht in seinem Vermögensbereich, sondern in der Sphäre des *Anspruchsgegners* spielen sich die Vorgänge ab. In der Regel kann nur der *Anspruchsgegner* selber die Zusammenhänge, die immerhin zu **seinem** Vermögensverfall geführt

<sup>13</sup>) Vgl. Winkelmann FUR 1998, 14, 18.

<sup>14</sup>) Vgl. die Nachweise bei Haußleiter/Schulz Kap. 1 Rdn. 332 ff.;

<sup>15</sup>) BGH v. 18.5.1988 -IV b ZR 6/88-, MDR 1988, 941=FamRZ 1988, 925.

<sup>16</sup>) Vgl. 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.

<sup>17</sup>) Vgl. OLG Köln FamRZ 1988, 174 f.; Schwab FamRZ 1984, 526;

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 anderen Partner ausnahmsweise „leer“ ausgehen zu lassen. Der Verpflichtete selber verfügt in diesem Fall ja selber über kein Vermögen mehr; hieran ist er schuldlos.

4) Die Neufassung zu § 1384 BGB gilt selbst in den Fällen, in denen noch anhängige Verfahren *nicht abschließend* entschieden sind. Diese Rechtsfolge ergibt sich aus Art. 4 des beabsichtigten Gesetzes. Der illoyal Handelnde ist nicht schutzwürdig. Daher kann es sich empfehlen, bei entsprechenden Sachgestaltungen das Verfahren möglichst lange hinauszuziehen, um die Vorteile der zukünftigen Gesetzeslage in Anspruch nehmen zu können. Die wirtschaftliche Durchsetzbarkeit des Titels steht auf einem anderen Blatt. Sie ist aber regelmäßig dann gewährleistet, wenn parallel und rechtzeitig geeignete *Sicherungsmaßnahmen* ergriffen wurden. Nach bisherigem Recht schützt selbst eine durch Arrest erlangte Sicherheit nicht vor den negativen Rechtsfolgen des § 1378 Abs. 2 BGB, sofern nur bis zur Rechtskraft der Scheidung eine Überschuldung eintritt. Die sei ein Folge der Akzessorietät<sup>18</sup>.

## V. Konsequenzen

Die Gesetzesinitiative ist in weiten Bereichen zu begrüßen. Neben den verbesserten Chancen zur Durchsetzung eines Anspruchs erhöht sie allerdings aus Anwaltssicht den Pflichtenkreis nicht unerheblich:

Da nunmehr der Berechtigte frühzeitig handeln kann und sogar bereits die bloße *Gefährdung* des Zugewinnausgleichs ausreichend ist, *muss* noch viel eher darüber nachgedacht werden, ob die zukünftige Ausgleichsforderung nicht alsbald abgesichert werden kann. Schon nach der bisherigen Rechtslage war es so, dass bei konkreten Anhaltspunkten der Verfahrensbevollmächtigte die -zwar nach der Rechtsprechung eingeschränkten- Möglichkeiten auf jeden Fall wahrnehmen musste, um die Interessen des Mandanten abzusichern.<sup>19</sup> Oblag dem Berechtigten früher der *Nachweis*, dass eine Vermögensbenachteiligung im Sinne der §§ 1365, 1375 BGB vorlag, so braucht er jetzt nur noch die *Befürchtung* darzulegen, dass dies der Fall ist. Es ist damit eine wesentliche Erleichterung bezüglich der Voraussetzungen an einen vorzeitigen Zugewinnausgleich geschaffen worden. Zudem eröffnet die Möglichkeit des Arrestes eine Absicherung<sup>20</sup>. Der Verfahrensbevollmächtigte kann sich im Übrigen letztlich nicht mehr mit dem Argument der Verantwortung entziehen, dass bei Ende der Ehezeit „unter dem Strich“ kein Vermögen mehr vorhanden war. Dies wäre möglich, wenn parallel zu der erlangten Sicherheit von der Gegenseite Schulden aufgebaut wurden und damit zum Zeitpunkt der Rechtskraft Vermögenslosigkeit bestand.<sup>21</sup> § 1378 Abs. 2 BGB soll ja gerade abgeschafft werden. Dieses Hilfsargument zur Verteidigung gegen einen Regressanspruch wäre damit nicht mehr gegeben.

---

<sup>18</sup> ) Vgl. Haußleiter Schulz, Kap.1, Rdn. 547.

<sup>19</sup>) Vgl. hierzu OLG Hamm v. 27.11.1991 -33 U 6/90-, FamRZ 1992, 430; v. 17.5.2002 -33 U 7/02-, FamRZ 2003, 758.

<sup>20</sup> ) Vgl. zur bisherigen Rechtssituation Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich Rdn.697 ff

<sup>21</sup> ) Vgl. zu dieser Konsequenz Haußleiter /Schulz Rdn. 547.