

# Zugewinnngemeinschaft – Ein Erfolgsmodell auf dem Prüfstand\*

**Dr. Isabell Götz**

Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht, München,

Vorsitzende Deutscher Familiengerichtstag, Brühl

## 1. Einleitung

Seit 1957 ist die Zugewinnngemeinschaft unser gesetzlicher Güterstand. Sie beruht primär auf dem Gedanken, dass bei einer arbeitsteiligen Ehe der Ehegatte, der selbst nicht berufstätig ist, dem anderen jedoch die volle Teilhabe am Berufsleben ermöglicht, an dem erwirtschafteten Gewinn beteiligt werden soll. Schon aus diesem Gedanken folgt ohne weiteres der Schluss, dass ohne den Zugewinnausgleichsanspruch eine solche Teilhabe nicht erfolgen würde, erworbenes Vermögen also nur dem jeweiligen Erwerber gehört. Auch bei beiderseitiger Erwerbstätigkeit soll der weniger „ertragreiche“ Ehegatte am höheren Ertrag des anderen beteiligt werden. So oder so wird dieser Teilhabegedanke grundsätzlich erst am Ende der Gemeinschaft und nicht bereits während der bestehenden Ehe verwirklicht.

Über die Zugewinnngemeinschaft wurde immer diskutiert, wobei die Diskussion jüngst nach einer Umfrage zum ehelichen Güterstand wieder aufgeflammt ist: Die Befunde aus der Studie „Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebensverlauf“ offenbarten ein hohes Maß an Unkenntnis über elementare rechtliche Aspekte einer Ehe und zwar völlig unabhängig vom Geschlecht.<sup>1</sup> Nach dem Regelungsinhalt der Zugewinnngemeinschaft befragt, wurde überwiegend angenommen, dass alles, was während der Ehe erworben wird, beiden Partnern gemeinsam gehört. Wir wissen, dass dies mitnichten der Fall ist, jeder ist Eigentümer seines Vermögens, die Vermögensmassen bleiben getrennt und jeder verwaltet sein Vermögen, von der Sperre des § 1365 BGB einmal abgesehen, grundsätzlich allein (§ 1363 Abs. 2 BGB). Die Zugewinnngemeinschaft wurde daher auch schon als Etikettenschwindel bezeichnet.<sup>2</sup> Die Ausgestaltung des gesetzlichen Güterstands gehe am Selbstverständnis und der gelebten Praxis der meisten Ehen vorbei. An diese Tatsache knüpft die Kritik der Benachteiligung nichterwerbstätiger Ehegatten durch fehlende Vermögensteilhabe schon in der Ehe beim Güterstand der Zugewinnngemeinschaft an. Das dingliche Gefälle widerspreche der Gleichwertigkeit der Ehebeiträge.<sup>3</sup>

Mein Thema „Die Zugewinnngemeinschaft – Ein Erfolgsmodell auf dem Prüfstand“ impliziert zweierlei: Aus dem Wortlaut des Titels – „Erfolgsmodell“ – folgt bereits die Vermutung, dass der gesetzliche Güterstand jedenfalls kein völlig ungeeignetes Modell zur Teilhabe an dem in einer Ehe erwirtschafteten Vermögen ist. Der „Prüfstand“ fordert dazu auf, die Zugewinnngemeinschaft in ihren praktischen Auswirkungen, ihrer Handhabbarkeit und ihrer Ergebnisgerechtigkeit zu untersuchen. Das Wort „Modell“ führte bei mir zur Assoziation mit einem

Fahrzeug und um in diesem Bild zu bleiben: Ich mache heute also eine *Inspektion*.

## 2. Grundstruktur und Ausgangsfall:

Zur Grundstruktur beschränke ich mich auf kurze Hinweise: Zur Ermittlung des Zugewinns beider Ehegatten werden an Hand von insgesamt vier Bilanzen die beiderseitigen Vermögenswerte zu Beginn und am Ende der Ehe gegenübergestellt, jeweils Aktiva minus Passiva. Der Überschuss des Endvermögens im Sinn von § 1375 BGB über das Anfangsvermögen im Sinn von § 1374 BGB stellt gemäß § 1373 BGB den Zugewinn eines Ehegatten dar. § 1378 Abs. 1 BGB gewährt sodann dem Ehegatten mit dem niedrigeren Zugewinn einen schuldrechtlichen Anspruch gegen denjenigen mit dem höheren Zugewinn in Höhe der Hälfte des Überschusses. Der Anspruch wird begrenzt durch das Vermögen, das zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags tatsächlich noch vorhanden ist (§§ 1378 Abs. 2 S. 1, 1384 BGB).

### Ausgangsfall:

Bei Heirat hat F ein Sparbuch mit 5.000 und BAföG-Schulden in Höhe von 1.000, M hat ein KFZ im Wert von 7.000 und Darlehensschulden aus dessen Finanzierung in Höhe von 5.000. Am Ende der Ehe hat F Kapital im Wert von 50.000 und keine Schulden, M hat 100.000 Barvermögen, ein Fahrzeug im Wert von 40.000 und Schulden in Höhe von 20.000.

|           | F     | M     |
|-----------|-------|-------|
| AV aktiv  | 5.000 | 7.000 |
| AV passiv | 1.000 | 5.000 |
|           | ----- | ----- |
|           | 4.000 | 2.000 |

Zahlen sind bereits indiziert.

|           |        |         |
|-----------|--------|---------|
| EV aktiv  | 50.000 | 140.000 |
| EV passiv | 0      | 20.000  |
|           | -----  | -----   |
|           | 50.000 | 120.000 |
| Zugewinn  | 46.000 | 118.000 |

Ausgleichsanspruch F:  $(118.000 - 46.000) : 2 = 36.000$

\* Vortrag auf der Fachtagung „Am Ende geht's ums Geld. Auseinandersetzung und Teilhabe. Geschlechtergerechtigkeit im Familienrecht“ am 28. September 2013, im Rahmen des 40. Bundeskongresses des djb in Leipzig.

1 Vgl. dazu Wippermann in Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder, Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft? Beiträge zu Grundfragen des Rechts, Band 11, 2013, S. 23, 32 f.

2 Lipp FamRZ 1996, 1117, 1119.

3 Röthel in Saenger/Bayer/Koch/Körber, Gründen und Stiftungen, Festschrift zum 70. Geburtstag des Jenaer Gründungsdekans und Stiftungsrechtlers Olaf Werner 2009, S. 486, 492.

**Vorteil:**

Die Grundstruktur ist einfach. Der erste Anschein spricht für eine angemessene Teilhabe, wenn es gilt, die vermögensrechtlichen Verhältnisse auseinanderzusetzen bzw. auszugleichen. Zwar haben nach der bereits erwähnten Studie „Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebensverlauf“ viele Ehegatten vor einer streitigen Auseinandersetzung keine Kenntnis vom Regelungsinhalt der Zugewinnungsgemeinschaft, haben sie den Streit um den Zugewinn erst vor Gericht getragen, verfügen sie – anwaltlich beraten – über diese Kenntnis. Mit der dargestellten Grundstruktur bietet der Zugewinnausgleich nun ein nachvollziehbares Modell.

**Häufiger Nachteil in der Praxis:**

Das System erfordert Detailinformationen über zahlreiche Einzelpositionen. Die Notwendigkeit vier Bilanzen aufzustellen, gibt den Aufbau des Antrags eigentlich zwanglos vor, Checklisten erleichtern zudem die Erfassung wesentlicher Punkte<sup>4</sup> und bei entsprechend systematischer Erwidern lassen sich auch bei umfangreichen Verfahren streitige und unstreitige Positionen rasch klären.

Häufig werden jedoch relativ ungeordnet Gegenstände und Forderungen angegeben. Allein das Wort „Anlagenkonvolut“ vermag dem Praktiker insoweit einen Schauer über den Rücken zu jagen. Dieses Problem ist allerdings nicht dem Zugewinnausgleich anzulasten und stellt sich auch in anderen Verfahren.

**Vorteil:**

Der Richter muss mit seiner Berechnung zwangsläufig in dem System dieser vier Bilanzen bleiben. So entsteht eine gute und hilfreiche Arbeitsgrundlage für die mündliche Verhandlung.

Die Erläuterung einer Unterhaltsberechnung im gerichtlichen Termin mit verschiedenen Einkunftsarten und dem anteiligen Abzug des Erwerbsbonus, Wohnwert, Pkw-Nutzungsvorteil und anderen vor-, gleich- oder nachrangigen Unterhaltsverpflichtungen, ist deutlich komplizierter. Und für den Versorgungsausgleich gilt trotz Reform leider oft nichts anderes.

**Vorteil auch:**

Häufig gelangen Ehegatten schon außergerichtlich zu einer individuellen Abfindungsvereinbarung, nur knapp acht Prozent aller im Jahr 2010 entschiedenen Familiensachen betrafen das Ehegüterrecht.<sup>5</sup> Allein die Existenz des Anspruchs sorgt daher vermutlich für eine gewisse „Waffengleichheit“ und verleiht dem weniger vermögenden Ehegatten eine entsprechende Verhandlungsmacht.<sup>6</sup> Dabei lässt sich an Hand der vier Bilanzen das Risiko bei einzelnen streitigen Positionen gut abschätzen. Die Aussicht auf ein unter Umständen mehrjähriges Zugewinnausgleichsverfahren mit hohem finanziellen Aufwand für Sachverständigengutachten verlockt auch nicht wirklich.

**3. Bewertung**

Die zahlreichen Positionen, die im Einzelfall in die Bilanzen einzustellen sind, bedürfen der Bewertung. Diese Bewertung ist bei einem Ehepaar, von denen einer oder die beide abhängig beschäftigt sind und die aus dem Einkommen Rücklagen

bilden und einzelne Vermögenswerte erwerben, wie etwa das Familienheim, in der Regel nicht kompliziert.

**Vorteil:**

Steht das Familienheim (oder ein anderer Vermögensgegenstand) im hälftigen Miteigentum, kann dessen Wert im Rahmen des Zugewinnausgleichs in vielen Fällen dahinstehen, weil er sich dort im Ergebnis nicht auswirkt.

**Variante:**

F und M streiten – bei ansonsten gleichen Zahlen wie im Ausgangsfall – darüber, ob das im hälftigen Miteigentum stehende eheliche Anwesen einen Wert von 400.000 oder 500.000 hat.

**Alternative 1: 400.000**

Endvermögen F beträgt 250.000 und der Zugewinn 246.000  
Endvermögen M beträgt 320.000 und der Zugewinn 318.000  
Ausgleichsanspruch F:  $(318.000 - 246.000) : 2 = 36.000$

**Alternative 2: 500.000**

Endvermögen F beträgt 300.000 und der Zugewinn 296.000  
Endvermögen M beträgt 370.000 und der Zugewinn 368.000  
Ausgleichsanspruch F:  $(368.000 - 296.000) : 2 = 36.000$

**Nachteil:**

Bei Bewertung von Sachgesamtheiten ergeben sich häufig Schwierigkeiten.<sup>7</sup> Das Gleiche gilt für Positionen, die nur unter Einbeziehung weiterer Kriterien bewertet werden können, wie etwa eine Bürgschaft, deren Wert zum Stichtag zu schätzen ist. Dabei ist das Risiko einer möglichen Inanspruchnahme aus der Bürgschaft unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls in die Schätzung einzubeziehen. Maßgebend sind insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners.<sup>8</sup> Oft wird insoweit verzweifelt der Satz zitiert, „Prognosen sind schwierig, besonders, wenn sie die Zukunft betreffen“, mag er jetzt von Karl *Valentin*, Franz *Kafka*, Mark *Twain* oder *Churchill* stammen.

Beim Anfangsvermögen stellt sich oft das Problem, dass der Wert eines schon längst nicht mehr existenten Gegenstands streitig ist und geklärt werden muss. Dieser ist nach § 1376 Abs. 1 BGB mit dem Wert in Ansatz zu bringen, den er bei Eintritt in den Güterstand, in der Regel also bei Heirat, hatte. Ohne – wiederum gegebenenfalls vorweg im Weg einer Beweisaufnahme geklärte – Anknüpfungstatsachen hilft auch ein Gutachten nicht wirklich weiter.

Ohne vertieft darauf einzugehen, soll an dieser Stelle außerdem die Schwiegerelternschenkung erwähnt werden, die der BGH seit 2010 nicht mehr als unbenannte Zuwendung, sondern als echte Schenkung an das Schwiegerkind bewertet.<sup>9</sup> Damit ist die

4 Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rdnr. 127.

5 Statistisches Bundesamt Fachserie 10 Reihe 2.2 von 2010, dort Tabelle 2.

6 Wellenhofer in Röthel/Heiderhoff, Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat, 2012, S. 47, 62.

7 Vgl. zur Bewertung von Sachgesamtheiten z.B. Schröder, Bewertungen im Zugewinnausgleich, 5. Aufl., Rdnr. 91 ff.

8 Schröder, [Fn. 7], Rdnr. 167; zur Bewertung ungewisser Rechte Braeuer, Der Zugewinnausgleich, 2011, Rdnr. 65 ff.

Schenkung beim Kind und beim Schwiegerkind als privilegierter Erwerb in das Anfangsvermögen einzustellen und – soweit noch vorhanden – auch in das Endvermögen. Zusätzlich ist aber der Rückforderungsanspruch der Schwiegereltern gegen das Schwiegerkind als Passivposten zu bilanzieren und hier stellt sich nun ebenfalls die Frage, wie dieser bewertet wird. Der BGH setzt den Wert im Anfangs- und Endvermögen grundsätzlich in gleicher Höhe an und behandelt ihn als unsichere Forderung, die mit ihrem Schätzwert in die Zugewinnbilanz einzustellen ist.<sup>10</sup> Die sich in der Praxis daraus ergebenden Schwierigkeiten sind erheblich, was allerdings wiederum nicht dem Zugewinnausgleich angelastet werden kann, sondern seine Ursache in der geänderten BGH-Rechtsprechung hat.

#### 4. Klärung der Eigentumslage

##### Vorteil:

Die dargestellte Systematik erübrigt in vielen Fällen, jedenfalls bei einem Grundzuschnitt wie dem des Ausgangsfalls, die Klärung der Frage, wer Eigentümer eines bestimmten Vermögenswerts ist, was in der Praxis allerdings immer wieder übersehen wird.

##### Variante:

F und M streiten – bei ansonsten gleichen Zahlen wie im Ausgangsfall – darüber, wem eine im ehelichen Anwesen hinter der Bettwäsche versteckte Schatulle mit Goldmünzen im Wert von 40.000 gehört.

##### Alternative 1: Sie gehört M.

Endvermögen F bleibt 50.000 und Zugewinn 46.000  
 Endvermögen M erhöht sich auf 160.000 und Zugewinn steigt auf 158.000  
 Ausgleichsanspruch F:  $(158.000 - 46.000) : 2 = 56.000$   
 Ergebnis: F hat 106.000 (50.000 + 56.000), M hat 104.000 (160.000 – 56.000)

##### Alternative 2: Sie gehört F.

Endvermögen F erhöht sich auf 90.000, Zugewinn steigt auf 86.000  
 Endvermögen M bleibt 120.000, Zugewinn M bleibt 118.000  
 Ausgleichsanspruch F:  $(118.000 - 86.000) : 2 = 16.000$   
 Ergebnis: F hat 106.000 (90.000 + 16.000), M hat 104.000 (120.000 – 16.000)

##### Alternative 3: Das Gold gehört beiden jeweils zur Hälfte:

Endvermögen F erhöht sich auf 70.000, Zugewinn steigt auf 66.000  
 Endvermögen M erhöht sich auf 140.000, Zugewinn steigt auf 138.000  
 Ausgleichsanspruch F:  $(138.000 - 66.000) : 2 = 36.000$   
 Ergebnis: F hat 106.000 (70.000 + 36.000), M hat 104.000 (140.000 – 36.000)

Die Eigentumslage spielt daher – bei einer Ausgangssituation wie im Grundfall – im Ergebnis im Rahmen des Zugewinnausgleichs keine Rolle.

#### 5. Fehlen der Mitberechtigung

##### Nachteil:

Trotz des Begriffs der „Zugewinnngemeinschaft“ besteht tatsächlich Gütertrennung, d.h. es gibt keine Teilhabe am Vermögenszuwachs des Partners in der Ehe und grundsätzlich kein Mitentscheidungsrecht in Bezug auf Verwendung von Einkommen und Vermögen. Zwar muss jeder Ehegatte als Konsequenz der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft sein Vermögen in der Regel so verwalten, dass er in der Lage bleibt, außer mit seinen Einkünften auch mit seinem Vermögen zum Familienunterhalt beizutragen. Verletzt er diese Pflicht, kann es zum vorzeitigen Zugewinnausgleich oder zu einer Billigkeitskorrektur bei beendetem Güterstand kommen (§§ 1385 Nr. 3, 1381 BGB).<sup>11</sup> Nur in zwei Fällen ordnet das Gesetz absolute Verfügungsverbote an, nämlich wenn faktisch über das ganze oder fast das ganze Vermögen<sup>12</sup> verfügt oder der Familie durch Verfügungen über Haushaltsgegenstände die wirtschaftliche Grundlage entzogen wird. Außerhalb dieser Schwellen bestehen hingegen keine Beschränkungen der Verfügungsbefugnis.

Auch nach dem Tod eines Ehegatten besteht im Übrigen nur ein Anspruch auf einen erhöhten Erbteil, der Überlebende ist aber nicht Vermögensinhaber (§ 1931 Abs. 3, 1371 BGB).

##### Variante:

Anfangs- und Endvermögen der F wie gehabt.  
 M hat ein Aktivendvermögen von 200.000, verkauft sein altes Fahrzeug geschickt um 45.000 und kauft sich – gegen den Willen der Frau, aber zu einer Zeit, als sich die Ehe noch nicht in der Krise befindet – davon einen neuen Porsche 911 Turbo S um 180.000, den er kurz vor der Trennung sturzbetrunken zu Schrott fährt.  
 Zugewinn F: 46.000  
 Endvermögen M:  $200.000 + 45.000$  (Autoverkauf) –  $20.000$  (Schulden) –  $180.000$  (Kaufpreis Porsche) = 45.000  
 Zugewinn: M 43.000  
 Ausgleichsanspruch M:  $(46.000 - 43.000) : 2 = 1.500$

Ohne Porschekauf:  
 Endvermögen M:  $225.000$  ( $200.000 + 45.000 - 20.000$ ), Zugewinn: 223.000  
 Ausgleichsanspruch F:  $(223.000 - 46.000) : 2 = 88.500$

##### Immer nur Nachteil?

Ein Argument, das gegen die Zugewinnngemeinschaft angeführt wird, ist – bei der Einverdienerehe – die Bevorzugung der Gläu-

9 BGH FamRZ 2010, 958 (auch zur Bewertung) und 1626.  
 10 Zum Verstoß gegen das Stichtagsprinzip durch diese Rechtsprechung Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 7 Rdnr. 25; dazu auch Jüdt FuR 2013, 431; zum Abschlag beim Rückforderungsanspruch wegen teilweiser Zweckerreichung Wever FamRZ 2013, 1 und 514; Kogel FamRZ 2013, 512; Schulz FF 2010, 273.  
 11 Muscheler, Familienrecht, 3. Aufl., Rdnr. 338.  
 12 Über 80 – 90% je nach Vermögen, vgl. OLG Köln FamRZ 2012, 1568; vgl. auch BGH NJW 2013, 1156 zur Berücksichtigung eines dinglichen Wohnungsrechts (§ 1033 BGB) als verbliebenes Vermögen.

biger des Erwerbstätigen, soweit nicht § 1357 BGB eingreift. Der fehlende Zugriff der Gläubiger auf das Vermögen des anderen Ehegatten kann für diesen jedoch auch vorteilhaft sein, d.h. auch die vermögende Frau behält ihr Vermögen für sich, denn außerhalb des § 1357 BGB besteht keine Mithaftung für Schulden. Wenn dagegen eingewandt wird, die Praxis verlange zum Teil Bürgschaften,<sup>13</sup> so liegt es nicht an der Systematik des Zugewinnausgleichs, wenn der andere Ehegatte sich darauf einlässt.

#### Variante:

Wie im Ausgangsfall, aber M hat am Ende der Ehe 300.000 Schulden.

Endvermögen F: 50.000, Zugewinn 46.000

Endvermögen M: – 160.000, Zugewinn 0<sup>14</sup>

Ausgleichsanspruch M:  $46.000 : 2 = 23.000$

Der Frau bleiben immerhin 23.000.

Die Erweiterung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und der Schutz des ökonomisch schwächeren Ehegatten vor zugewinnschädigenden Verfügungen des anderen Teils wird unter Autonomiegesichtspunkten zu Recht in die Diskussion eingeführt. Andererseits kann sich das System des Zugewinnausgleichs auch zugunsten der Frau auswirken, wenn sie es ist, die über gute Einkünfte und Vermögen verfügt. Anwältinnen und Anwälte berichten zunehmend häufiger von einem anderen Typ von Mandantinnen, denen der Schutz des eigenen Vermögens vor dem Zugriff des Partners oder seiner Gläubiger durchaus ein Anliegen ist.<sup>15</sup>

## 6. Stichtagsprinzip

Das Modell des Zugewinnausgleichs ist holzschnittartig, streng bezogen auf bestimmte Stichtage. Dabei sind Zufälligkeiten bei Wertzuwachsen, aber auch Wertverlusten unvermeidbar.

#### Vorteil:

Daten und Zeitpunkte sind klar und damit grundsätzlich auch, welches Vermögen mit welchem Wert in die vier Bilanzen einzustellen ist. Nach der Neuregelung in § 1384 BGB beeinflussen Vermögensänderungen nach Zustellung des Scheidungsantrags die Höhe des Ausgleichsanspruchs nicht (mehr), wodurch die Rechtsposition des Ausgleichsberechtigten gestärkt werden soll.

#### Nachteil:

Natürlich kann es zum gezielten Einsatz dieser Stichtage kommen, etwa durch einen verfrüht gestellten Scheidungsantrag. Dieser bleibt trotz verfrühter Antragstellung maßgeblich und wird von der Rechtsprechung nur in Extremfällen korrigiert.<sup>16</sup>

Mit umgekehrtem Vorzeichen entsteht das Problem bei einem unverschuldeten Wertverfall nach der Trennung.

#### Beispiel:

M und F haben kein Anfangsvermögen. Das Endvermögen der F beträgt ebenfalls 0, das Endvermögen von M besteht aus einer Fondsbeteiligung in Höhe von 300.000, so dass F einen Ausgleichsanspruch von 150.000 hat. Bei Rechtskraft der Scheidung hat der Fond nur noch einen Wert von 100.000.

Für diese Fälle hat der BGH<sup>17</sup> klargestellt, dass § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB nicht an die Stelle des § 1384 BGB tritt, sondern eine Korrektur über § 1381 BGB zu erfolgen hat, auch wenn dieser grundsätzlich nicht zum Ausgleich systemimmanenter Nachteile dient. Da die Anspruchshöhe demnach nach Billigkeit zu bemessen ist, lässt sich – im Gegensatz zum vorhandenen Vermögen an einem bestimmten Stichtag – im Vorhinein kein bestimmter Betrag bestimmen, der zum Ausgleich kommen wird.

## 7. Privilegierter Erwerb

Der Teilhabegedanke im Rahmen des Zugewinnausgleichs wird vor allem durch die Überlegung gerechtfertigt, dass der Ehegatte, der durch seine Familienarbeit dem anderen eine uneingeschränkte Erwerbstätigkeit ermöglicht, an dem dadurch erzielten Gewinn beteiligt werden muss. In diesem Zusammenhang wird die Frage diskutiert, ob eine Teilhabe unter Berücksichtigung dieses Zwecks auch bei einem Vermögenserwerb berechtigt ist, der mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft nichts zu tun hat.

#### Vorteil:

§ 1374 Abs. 2 BGB schränkt die Teilhabe bei Vermögen ein, das nach Eintritt des Güterstands von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben wird, indem dieses Vermögen dem Anfangsvermögen zugerechnet wird. Damit ist eine Beteiligung am Ausgangswert dieses (privilegierten) Vermögenserwerbs ausgeschlossen.

#### Nachteil:

Der gesetzliche Ausschluss betrifft nur Vermögen, das durch die genannten Vorgänge erworben wird und auch nur dann, wenn es den Umständen nach nicht zu den Einkünften zu rechnen ist. Damit sind die nicht untypischen Streitigkeiten in der Praxis vorgegeben, dass etwa bei regelmäßigem Zufluss einer bestimmten Geldsumme die Behauptung zu klären ist, diese Gelder seien (natürlich) ausschließlich zur Vermögensbildung und nicht zum alltäglichen Verbrauch geschenkt worden.

Hinzu kommt, dass es auch anderen als den im Gesetz genannten Vermögenserwerb gibt, der mit einer ehebedingten Wertschöpfung nichts zu tun hat, wie etwa ein Lottogewinn, Schmerzensgeld oder eine Unfallabfindung. Die Rechtsprechung<sup>18</sup> hat bislang eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 1374 Abs. 2 BGB mit dem Argument abgelehnt, dass diese Vorschrift

13 Vgl. Diskussionsbericht von Sanders in Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder, [Fn. 2], S. 99, 102.

14 Nach herrschender Meinung bleibt es trotz der Möglichkeit eines negativen Anfangs- und Endvermögens dabei, dass der Zugewinn schlechtestenfalls 0 beträgt, vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 72. Aufl., § 1373 Rdnr. 4 m.w.N.

15 Vgl. Diskussionsbericht von Sanders in Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder, [Fn. 2], S. 99, 104: neu gewachsenes Selbstbewusstsein von Frauen.

16 OLG Karlsruhe FamRZ 1980, 1119: vorbehaltlose Versöhnung und Ruhen des Scheidungsverfahrens für vier Jahre; anders im Revisionsverfahren BGH FamRZ 1983, 350, aber nur, weil der Antragsteller den Scheidungsantrag einseitig hätte zurücknehmen können und nur er durch die verfrühter Antragstellung benachteiligt war.

17 FamRZ 2012, 1479.

18 BGH FamRZ 1977, 124; FamRZ 1981, 755; FamRZ 1995, 1562.

eine abschließende Aufzählung und damit eine starre Regelung im Interesse der Praktikabilität enthalte, die sich einer Analogie verschließe. Ein derartiger Wille des Gesetzgebers kann der Gesetzesbegründung allerdings nicht entnommen werden,<sup>19</sup> so dass die Literatur inzwischen fast einheitlich gegen die Einbeziehung auch eines derartigen in § 1374 Abs. 2 BGB nicht aufgeführten „eheneutralen“ Erwerbs votiert.<sup>20</sup> Mit dieser Streitfrage befasst sich demnächst der BGH, bei dem am 16. Oktober 2013 über die Einbeziehung eines Lottogewinns in den Zugewinnausgleich verhandelt wird.<sup>21</sup> Vielleicht hat sie sich danach ja erledigt.

Auch Wertsteigerungen des Anfangsvermögens oder eines privilegierten Vermögenserwerbs sind vom Ausgleich nicht ausgenommen. Die vom Gesetzgeber hierfür angeführte Begründung der Ehe als Schicksalsgemeinschaft ist im Zug fortschreitender Individualisierung zweifellos überholt.<sup>22</sup> Aus diesem Grund wird die Einbeziehung eines derartigen Wertzuwachses in die Berechnung des Ausgleichsanspruchs häufig als ungerecht empfunden, obwohl die Entscheidung formal zutreffend ist.<sup>23</sup>

### Einbeziehung tatsächlich immer ein Nachteil?

#### Variante:

Zahlen wieder grundsätzlich wie im Ausgangsfall, aber F erbt kurz nach der Heirat eine Immobilie im Wert von 150.000, die im Endvermögen mit einem Wert von 230.000 anzusetzen ist. Während der Ehe hat M der F einen Betrag von 50.000 zur Verfügung gestellt, die sie in die Renovierung der von der Familie bewohnten Immobilie investiert hat. Das Endvermögen des M ist entsprechend niedriger.

|                  | F       | M      |
|------------------|---------|--------|
| AV aktiv         | 155.000 | 7.000  |
| AV passiv        | 1.000   | 5.000  |
|                  | -----   | -----  |
|                  | 154.000 | 2.000  |
| Zahlen indiziert |         |        |
| EV aktiv         | 280.000 | 90.000 |
| EV passiv        | 0       | 20.000 |
|                  | -----   | -----  |
|                  | 280.000 | 70.000 |
| Zugewinn         | 126.000 | 68.000 |

Ausgleich:  $(126.000 - 68.000) : 2 = 29.000$

Geschenke unter Ehegatten unterfallen nicht § 1374 Abs. 2 BGB.<sup>24</sup> Erfolgen Zuwendungen aus echter Freigiebigkeit sind sie nach § 1380 BGB auszugleichen, der aber wiederum voraussetzt, dass der Beschenkte der Ausgleichsberechtigte ist. Handelt es sich bei den Zuwendungen nicht um freigiebige Schenkungen im eigentlichen Sinn, mit denen der Empfänger nach eigenem Gutdünken verfahren mag, sondern erfolgt die Zuwendung um der Ehe und der ehelichen Lebensgemeinschaft willen – im Beispiel etwa um die Familienwohnung zu renovieren –, dann unterfällt diese Zuwendung nicht § 1380 BGB, vielmehr erfolgt bei Scheitern der Ehe eine schuldrechtliche Rückabwicklung nach §§ 242, 313 BGB.

Wir nähern uns damit dem weiten Bereich des Nebengüterrechts, das allerdings primär den ökonomisch schwächeren Partner vor den sonst allzu großen Nachteilen einer Gütertrennung schützen soll.<sup>25</sup>

Bei der Zugewinngemeinschaft geht die Rechtsprechung bislang von einem Vorrang des Zugewinnausgleichs aus und beschränkt die Rückabwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auf extreme Ausnahmefälle, in denen der Zugewinnausgleich den im Einzelfall bestehenden Interessenkonflikt nicht zu erfassen vermag und das Ergebnis der güterrechtlichen Abwicklung schlechthin unangemessen und für den Zuwendenden unzumutbar und untragbar unbillig ist.<sup>26</sup> Diese Hürde ist im Beispielfall nach den bisherigen Kriterien nicht erreicht, da M mehr als 50 Prozent des zugewendeten Betrags zurückerhält, so dass es beim Zugewinnausgleich sein Bewenden hätte.

## 8. Illoyale Verfügungen

### Vorteil:

Die Missachtung illoyaler Vermögensverfügungen im Sinn von § 1575 Abs. 2 BGB sichert die Möglichkeit der gleichen Teilhabe an dem in der Ehe erwirtschafteten Vermögen. Die mit der Reform 2009 eingeführte Neuregelung in § 1378 Abs. 2 S. 2 BGB ergänzt § 1375 Abs. 2 BGB, der anordnet, den Betrag einer illoyalen Vermögensminderung dem Endvermögen hinzuzurechnen und damit als dort noch vorhanden zu fingieren, um die Grundregel des hälftigen Ausgleichs sicherzustellen. Deshalb lockert § 1378 Abs. 2 S. 2 BGB die Beschränkung des Ausgleichsanspruchs durch § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB, indem der Ausgleichsanspruch sich über das tatsächlich noch vorhandene Vermögen hinaus um den dem Endvermögen nach § 1375 Abs. 2 BGB hinzuzurechnenden Betrag erhöht. Der illoyale Ausgleichspflichtige muss daher nicht nur sein ganzes noch vorhandenes Vermögen zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs einsetzen, sondern sich gegebenenfalls auch verschulden, um diesen Anspruch zu befriedigen.<sup>27</sup>

Mit der Reform erleichtert wurde zudem der vorzeitige Zugewinnausgleich, insbesondere durch die Möglichkeit eines sofortigen Leistungsantrags und die Sicherung der künftigen Ausgleichsforderung durch Arrest.

### Nachteil:

Durch die Trennung der Vermögen der Ehegatten und die weitgehend uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über das eigene Vermögen können Informationen über den Vermögensbestand

19 Brudermüller NJW 2010, 401, 402 f. und FF 2012, 280, 286.  
 20 Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinngemeinschaft: Wandel der Rollenleitbilder und fortschreitende Individualisierung im Güterrecht, 2010, S. 30/31.  
 21 XII ZB 277/12; Pressemitteilung abgedruckt in FF 2013, 270.  
 22 Meder, [Fn. 20], S. 41.  
 23 Rakete-Dombek FPR 2009, 270, 272.  
 24 BGH FamRZ 2010, 2057, auch dann nicht, wenn sie im Weg der vorweggenommenen Erbfolge erfolgen.  
 25 Herr NJW 2012, 1847.  
 26 BGH FamRZ 1991, 1169; FamRZ 1997, 933; kritisch Hahne FF 2012, 268, 272.  
 27 Haußleiter/Schulz, [Fn. 10], Kap. 7 Rdnr. 228.

des jeweils anderen weitgehend fehlen und deshalb auch illoyale Vermögensminderungen nur schwer oder unter Umständen gar nicht aufgedeckt werden.

## 9. Auskunft

### Vorteil:

Durch den mit der Reform 2009 eingeführten Anspruch auf Auskunft auch zum Anfangsvermögen und zum Vermögen im Trennungszeitpunkt kann der fehlenden Kenntnis über das Vermögen des Partners grundsätzlich abgeholfen werden. An die Auskunft zum Trennungsvermögen koppelt § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB eine Beweislastumkehr. Der BGH bejaht ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Auskunft über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt im Übrigen schon dann, wenn damit nur diese Beweislastumkehr angestrebt wird.<sup>28</sup> Während das mit der Reform auch eingeführte negative Anfangsvermögen die Praxis bislang kaum beschäftigt, ist die Auskunft über das Vermögen im Trennungszeitpunkt Gegenstand vieler Verfahren.

### Nachteil:

Der Trennungszeitpunkt ist nicht selten streitig, vollzieht sich die Trennung oft sukzessive und kann nicht immer an einen fixen Zeitpunkt gebunden werden bzw. wird dieser von beiden Ehegatten zumindest unterschiedlich wahrgenommen. Um widersprechende Teilentscheidungen zum Trennungszeitpunkt zu vermeiden, kann eine Zwischenfeststellung zum Trennungszeitpunkt erfolgen, bevor im Rahmen eines Stufenantrags zum Zugewinnausgleich ein Ehegatte zur Vermögensauskunft auf den Trennungszeitpunkt verpflichtet wird.<sup>29</sup>

Der Anspruch auf Auskunft über das bei Trennung vorhandene Vermögen zielt auf die Verhinderung illoyaler Vermögensverfügungen. Dass er nicht unbedingt wirkt, weil auch eine Trennung vorbereitet werden kann, weiß jeder Praktiker nur zu gut.

Anders als nach altem Recht beschränkt sich die güterrechtliche Auskunftspflicht über das Anfangs- und Endvermögen seit der Reform nicht auf die zum Stichtag tatsächlich vorhandenen Vermögensmassen, sondern erstreckt sich auf alle Umstände, die für deren Berechnung wesentlich sind (§ 1379 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB). Bezogen auf das Endvermögen, wird daher Auskunft auch hinsichtlich der in § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB genannten Vorgänge geschuldet.<sup>30</sup> Der Auskunftsanspruch aus § 1379 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB kann allerdings nicht ohne Ausführungen zu einem konkreten Verdacht geltend gemacht werden.<sup>31</sup> Die geänderte Anspruchsgrundlage führt daher nicht zu einer Senkung der Anforderungen bei der Geltendmachung des Anspruchs. Vielmehr muss der Ehegatte, der Auskunft über Vermögen des anderen begehrt, das unlauter beiseite geschafft und deshalb nach § 1375 Abs. 2 BGB dem Endvermögen hinzuzurechnen ist, nach wie vor konkrete Anhaltspunkte für seinen Verdacht vorbringen, die für ihn gerade wegen der Vermögensstrennung häufig schwierig sind. In der Sache besteht insoweit also keine Änderung gegenüber der früheren Rechtslage.<sup>32</sup>

## 10. Wahlfreiheit

### Vorteil:

Es besteht Wahlfreiheit beim Güterstand, das heißt die Zugewinnsgemeinschaft kann abbedungen werden.<sup>33</sup>

### Nachteil:

Wie aber ist es um die Alternativen bestellt? Lässt man in diesem Kontext die deutsch-französische Wahl-Zugewinnsgemeinschaft außer Acht, kommt die Gütergemeinschaft nach §§ 1415 ff. BGB in Betracht, die jedoch viel zu kompliziert ist. Und bei der Gütertrennung geht der Haushaltsführende ganz leer aus. Zwar kann eine echte Teilhabe immer und unabhängig vom Güterstand dadurch realisiert werden, dass bereits während der Ehe Vermögen übertragen wird. Steuerrechtlich privilegiert ist aber wiederum nur die Zugewinnsgemeinschaft, während Vermögensübertragungen unter Ehegatten im Übrigen schenkungssteuerpflichtig sind.<sup>34</sup> Die jüngste Steuerrechtsprechung unterwirft sogar Kompensationen in familienrechtlich geprägten Verträgen in ganz erheblichem Umfang der Schenkungssteuer, was wiederum im Gegensatz zum Zivilrecht steht, das für ehevertragliche Verzicht häufig eine Kompensation verlangt, damit diese wirksam vereinbart werden können.<sup>35</sup>

## 11. Ergebnis

Die Zugewinnsgemeinschaft ist grundsätzlich ein geeignetes und in der Praxis gut handhabbares Modell für eine Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, auch wenn zweifellos ein Unterschied zwischen bloßen Ansprüchen auf Verwirklichung von Teilhabe und realer Teilhabe besteht. Daher liegt es auf der Hand, dass eine dingliche Teilhabe schon während der Ehe, realisiert durch autonome Entscheidungen der auch insoweit solidarischen Ehegatten zu einem optimalen Ergebnis führen würde.

Dass § 1365 BGB die Ehewohnung nicht schützt, § 1369 BGB hingegen die Waschmaschine schon, wäre allerdings einer Korrektur wert,<sup>36</sup> sieht doch auch der deutsch-französische Wahlgüterstand die Unwirksamkeit von Verfügungen über das Familienheim vor. Der gesetzgeberische Aufwand wäre gering, der Zugewinn in der – unabhängig von der praktischen Relevanz rein optischen – „Außenwirkung“ des Gesetzes aber erheblich.

Was den eheneutralen Erwerb betrifft, sollten wir uns nach dem 16. Oktober 2013 noch einmal unterhalten. Sowohl dessen Einbeziehung, soweit sie nicht von § 1374 Abs. 2 BGB ausgeschlossen wird, als auch die generelle Einbeziehung von Wertzuwächsen des eheneutralen Erwerbs stößt zu Recht auf erhebliche Akzeptanzprobleme in der Praxis.

28 BGH FamRZ 2013, 103.

29 OLG Celle NJW-Spezial 2013, 550.

30 BGH FamRZ 2012, 1785.

31 BGH a.a.O. Rz. 38: einschränkende Auslegung der Norm.

32 Koch LMK 2013, 342085.

33 Zur Umkehr der Ausgleichsrichtung aufgrund Vereinbarung BGH NJW 2013, 549; OLG Nürnberg FamFR 2012, 227.

34 Vgl. dazu Schlünder FuR 2009, 61.

35 Münch FPR 2012, 302.

36 Brudermüller FF 2012, 280, 287.