

Strategien beim Zugewinnausgleich

Kogel

7., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77790-5
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

lie. Beim Neubauwert handelt es sich um den Betrag, der notwendig wäre, um bei einer völligen Zerstörung des Hauses das Gebäude in demselben Zustand wieder aufzubauen. Mit dem Verkehrswert hat dies nichts zu tun. Dieser richtet sich vor allem nach der Lage und kann bei identischem Kostenaufwand gänzlich unterschiedlich ausfallen.

Der Ehegatte, von dem Auskunft verlangt wird, hat **kein Zurückbehaltungsrecht** gem. § 273 BGB wegen des ihm selbst zustehenden Auskunftsanspruchs.⁵¹⁰ Dies gilt sogar dann, wenn ein auf eine illoyale Vermögensminderung gestützter Auskunftsanspruch geltend gemacht wird.⁵¹¹ Er kann also die Auskunft nicht verweigern, bis der andere Partner seinerseits Auskunft erteilt hat. Das Verfahren würde ansonsten unnötig verzögert. Die gegenteilige Ansicht würde dazu führen, dass stets der Ehegatte zuerst Auskunft erteilen müsste, der einen Zugewinnausgleich geltend machen will. 445

Nach der Rechtslage bis zum 31.8.2009 wurde nur eine Auskunft zum **Endvermögen** geschuldet. Eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung betreffend das **Anfangsvermögen** bestand **nicht**. Durch die Gesetzesnovelle kann ein negatives Anfangs- und Endvermögen die Zugewinnberechnung beeinflussen. Deswegen ist ab 1.9.2009 eine Verpflichtung eingeführt worden, auch zum Anfangsvermögen vorzutragen. Im Hinblick auf die **Übergangsregelung** wird man allerdings differenzieren müssen: In § 229 Art. 20 Abs. 2 EGBGB wird für die **Zugewinnverfahren** (nicht **Scheidungsverfahren!**), welche bei Inkrafttreten der Gesetzesnovellierung **anhängig** waren, noch das **alte** Recht angewendet. Ist damit lediglich bei **nach** Inkrafttreten der Novelle eingereichten Anträgen das negative Anfangsvermögen von Bedeutung, kann auch nur in diesen Verfahren eine diesbezügliche Auskunft geschuldet sein.⁵¹² 446

Ob sich die Auskunftsverpflichtung zum **Anfangsvermögen** in der Praxis bewähren wird, erscheint mehr als fraglich.⁵¹³ Die Belegpflicht zum Anfangsvermögen wird zu erheblichen praktischen Problemen führen. Liegt die Eheschließung und damit das Anfangsvermögen mehr als 10 Jahre zurück, wird wegen der gesetzlichen Aufbewahrungsfristen oftmals gar nicht mehr die Möglichkeit gegeben sein, Belege über einen damaligen Kontostand noch zu beschaffen. Bei der Bewertung von Firmen werden Bilanzen, die sogar noch drei bis fünf Jahre vor dem Stichtag liegen müssen,⁵¹⁴ nicht mehr zu besorgen sein. Die Gefahr besteht, dass ein scheidungsunwilliger Partner, der den Zugewinn in den Verbund aufnimmt, durch entsprechende Auskunfts- und Zwangsvollstreckungsanträge das Verfahren ungebührlich verzögert. 447

Das Anfangsvermögen wird im Zweifel weiterhin mit 0 EUR angesetzt (§ 1377 Abs. 3 BGB). Der Zugewinn, der verlangt wurde, kann damit in sich zusammenfallen, sofern erst später Anfangsvermögen eingewendet wird. Insbesondere beim Zugewinnausgleich, der **nicht** im Verbund geltend gemacht wurde, kann dies erhebliche nachteilige Konsequenzen haben. Dem muss dadurch begegnet werden, dass der Ausgleichsberechtigte den Schuldner von vorneherein auffordert, entsprechende Angaben zu machen. Nach altem Recht konnte er ihn nur **bitten**, dies zu tun. Bei verspäteter Auskunftserteilung hatte er die Möglichkeit, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären und zu beantragen, dass die Kosten in entsprechender Anwendung des § 93d ZPO oder in sinnvoller Umkehr von § 93 ZPO dem Gegner auferlegt wurden. Da ihm aber nach neuem 448

⁵¹⁰ Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2002, 1270; Schulz/Hauß/Häcker § 1379 Rn. 29; Büte Zugewinnausgleich Rn. 234; Schwab/Ernst/Volker § 15 Rn. 355; Klein/Büte Familienvermögensrecht Kap. 2 Rn. 1792; aA OLG Stuttgart FamRZ 1982, 282 (283).

⁵¹¹ Vgl. OLG Düsseldorf OLG-Report 2007, 595.

⁵¹² So auch BGH FamRB 2018, 44. Die Entscheidung lehnt auch einen ergänzenden Auskunftsanspruch gem. § 242 BGB ab.

⁵¹³ Vgl. bereits → Rn. 148.

⁵¹⁴ Vgl. zB OLG Naumburg FamRZ 2001, 1303; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 763; OLG Hamm FamRZ 1983, 812.

Recht von vornherein ein solcher Auskunftsanspruch zusteht, wird er diesen Ausweg nunmehr nur noch dann wählen können, falls die Auskunftserteilung zum Anfangsvermögen falsch oder unvollständig war, nicht aber wenn er selber es verabsäumt hat, diesen Anspruch von Anfang an zu verfolgen.

- 449 Sehr umstritten in Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung war die Frage, ob es sich bei der Auskunftserteilung um eine Handlung handelt, die der Schuldner nur **höchstpersönlich** vornehmen kann. Mit anderen Worten: Muss das Bestandsverzeichnis von ihm **selber** unterschrieben werden?⁵¹⁵ Der BGH⁵¹⁶ hat sich der bis zu seinem Urteil wohl schon herrschenden Meinung angeschlossen und eine solche Verpflichtung **verneint**. Zwar ist auch er der Ansicht, dass es sich insoweit nicht um eine bloße Willens- sondern **Wissenserklärung** handele. § 260 BGB enthalte aber **kein** ausdrückliches Schriftform-erfordernis iSv § 126 BGB. Die Information müsse nur **vom Schuldner selber** stammen. Um sie zu erteilen, könne er auch Hilfspersonen (zB einen Rechtsanwalt, Steuerberater) hinzuziehen. Gebe ein Anwalt für den Schuldner die Erklärung ab, dürfe er jedoch nicht als Vertreter, sondern lediglich als **Bote** handeln. Es muss nur gewährleistet sein, dass die Erklärung vom **Schuldner** selber stammt. Sofern dies zweifelhaft sei, könne vom Schuldner verlangt werden, dass er noch einmal die durch seinen Boten übermittelte Erklärung als **eigene** manifestiere. Er trage nämlich die Beweislast für die Erfüllung.
- 450 Selbst wenn für die Praxis diese Streitfrage durch diese höchstrichterliche Entscheidung geklärt sein dürfte, sollte man als **Anwalt** gegenüber dem **eigenen Mandanten** auf dieser persönlich unterzeichneten Erklärung bestehen. Der eigenen Partei wird hierdurch deutlich, dass nur **sie alleine** über die höchstpersönlichen Vorgänge eine Auskunft erteilen kann. Letztendlich unterliegt es **ihrer** Verantwortung – und gerade nicht der des Verfahrensbevollmächtigten! – ob die Auskunft richtig und vollständig abgegeben wird. Insbesondere für die Frage der späteren **Versicherung an Eides Statt** wird hierdurch die Möglichkeit genommen, sich darauf zu berufen, der Anwalt habe in verschiedenen Schriftsätzen irrtümlich etwas Falsches dargestellt. Dies kann erfahrungsgemäß immer zu Problemen führen, sofern die eigene Partei – bewusst oder unbewusst – unrichtige Angaben gemacht hat und dies im Nachhinein zur eigenen Entschuldigung dem Rechtsvertreter anzulasten versucht. Damit wird auch im Verhältnis zum Gegner von vornherein der unselige Streit vermieden, ob es sich nun tatsächlich um eine Erklärung des Schuldners selber handelt oder nicht.
- 451 Da der Anspruch **stichtagsbezogen** ist, besteht grundsätzlich **keine** Verpflichtung, über **Zeiträume** Auskunft zu erteilen. Dies ist auch gut so. Oftmals bereitet es bereits erhebliche Schwierigkeiten, genau auf einen Stichtag bezogen ein Bestandsverzeichnis korrekt zu erstellen. Müssten gar kürzere oder sogar längere Zeiträume beauskunftet werden, würde der Rechtsstreit ins Uferlose ausarten.⁵¹⁷ Grundsätzlich geht die Rechtsprechung daher davon aus, dass der Zeitpunkt des § 1379 BGB eine strikte Abgrenzung darstellt.
- 452 Entgegen dem Stichtagsprinzip hat allerdings das OLG Frankfurt⁵¹⁸ folgende Ansicht vertreten: War in zeitlicher Nähe zum Stichtag (ca. 2 Monate) ein größerer Geldbetrag vorhanden (hier: 5.000 EUR), der in der Bilanz des Endvermögens nicht mehr vorhanden

⁵¹⁵ Ablehnend OLG Naumburg, FamRZ 2007, 1814; KG FamRZ 1997, 503; OLG Hamm FamRB 2005, 35; bejahend OLG Hamm FamRZ 2001, 763.

⁵¹⁶ Vgl. BGH FamRZ 2008, 600.

⁵¹⁷ BGH FamRZ 2005, 689 mAnm Kogel FF 2005, 151; BGH FamRZ 1982, 27; ferner OLG Karlsruhe FamRB 2003, 2.

⁵¹⁸ FamRZ 2006, 416; zustimmend Reinken FF 2008, 22. Die **vor** Inkrafttreten der Güterrechtsnovelle ergangene Entscheidung unterläuft die Beweislastverteilung der §§ 1375, 1379 BGB. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Normen ist nämlich, dass ein Trennungstermin **taggenau** – und nicht nur wie bei dem Begriff „zeitnah“, damit also „in etwa“ – angegeben wird; ausführlich hierzu → Rn. 473.

ist, muss der **Pflichtige** sich zum Verbleib **nachvollziehbar** erklären. Geschieht dies nicht, wird der Betrag wegen der Obliegenheit zu substantiiertem Bestreiten dem Endvermögen zugerechnet. Diese Ansicht ist abzulehnen. Sie steht mit dem Prinzip des Stichtages nicht in Einklang. Vermögensverfügungen vor dem Stichtag sollen nur in den vom Gesetz ausdrücklich geregelten Fällen beachtet werden. Kann eine illoyale Vermögensverschiebung nicht nachgewiesen werden, ist nur der zum Stichtag noch vorhandene Betrag maßgeblich. Zudem würde mit einer derartigen Rechtsprechung eine erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen. Wann liegt denn ein „zeitnahe“ Verbrauch vor? Wann kann von einem „größeren“ Betrag gesprochen werden?⁵¹⁹ In solchen Fällen wird man schon in der Auskunftsstufe darauf zu achten haben, dass die Notwendigkeit der Kreditaufnahme und der Verbleib des Geldes nachvollziehbar dargelegt werden müssen.⁵²⁰ Falls dies nicht erfolgt, gibt das Gesetz lediglich die Möglichkeit, über die Zurechnungen nach § 1375 BGB den Vermögenswert zu berücksichtigen.

Für einen schlüssigen Vortrag zur Verschwendung fordert der BGH⁵²¹ eine Darlegung, dass der in Rede stehende Betrag nicht im Rahmen einer ordnungsgemäßen Lebensführung verbraucht worden sein kann. Aus diesem Grunde müssen die konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnisse geprüft werden. Die Relation zu der ausgegebenen Summe darf nicht stimmen.

In der Literatur wird – soweit ersichtlich – die Frage einer Auskunftsverpflichtung bei einer **modifizierten Zugewinnsgemeinschaft** kaum erörtert.⁵²² Das verwundert. Die Problematik tritt recht häufig auf. Sie liegt immer ähnlich: Die Beteiligten haben vereinbart, dass bestimmte Vermögensgegenstände bei der Zugewinnausgleichsberechnung „außen vor“ bleiben. Unter Umständen wird ja sogar im Vertrag vereinbart, dass Surrogate keiner Ausgleichspflicht unterliegen. Vielfach wird vorgesehen, dass Betriebsvermögen – teilweise sogar gewillkürtes – von der Zugewinnausgleichspflicht ausgeschlossen bleiben soll.⁵²³ Steuerrechtlich ist die Zuordnung eines gemischt genutzten Wirtschaftsgutes zum gewillkürten Betriebsvermögen möglich, sofern das Wirtschaftsgut mindestens 10 % betrieblich genutzt wird. Derartige Klauseln stellen eine höchst problematische Vertragsgestaltung dar.⁵²⁴ Sie eröffnen Manipulationsmöglichkeiten Tür und Tor, indem durch Aufnahme in das Betriebsvermögen eigentlich private Vermögenswerte dem Ausgleich entzogen werden können. Vielfach wird sich der von der finanzgerichtlichen Rechtsprechung geforderte betriebliche Nutzungsanteil von zumindest 10 % rechtfertigen lassen. Auf diese Weise können zum Beispiel erhebliche Guthabensbeträge auf Konten plötzlich als „Betriebsvermögen“ deklariert werden. Ist in einem derartigen Fall der Ehegatte verpflichtet, auch über solche Vermögensgegenstände, welche dem Zugewinn nicht unterliegen, Auskunft zu erteilen?⁵²⁵ Man könnte meinen, dass es nicht in seinem Belieben liegen kann, zu entscheiden, ob und inwieweit Vermögenswerte einbezogen werden müssen und dürfen. Das wäre eine ähnliche Argumentation wie bei der Problematik, ob der Ehepartner entscheiden kann, über welche Schenkungen der letzten zehn Jahre er sich erklären muss.⁵²⁶ Übersehen wird dabei aber, dass es sich in Wahrheit bezüglich dieser Vermögenswerte um eine **Gütertrennung** handelt. Bei einer Gütertrennung besteht indes

⁵¹⁹ 5.000 € sind dies sicher nicht.

⁵²⁰ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 168 (170).

⁵²¹ Vgl. BGH FamRZ 2015, 1272.

⁵²² MüKoBGB/Koch § 1379 Rn. 5 verneint einen Auskunftsanspruch unter dem Gesichtspunkt einer teleologischen Reduktion.

⁵²³ Dies war in der Entscheidung OLG Frankfurt FamRB 2020, 172 vereinbart.

⁵²⁴ So bereits Mayer DStR 1993, 993.

⁵²⁵ OLG Frankfurt FamRB 2020, 172 verneint eine Auskunftsverpflichtung.

⁵²⁶ Vgl. zu der ähnlichen Problematik beim Pflichtteilsrecht die Nachweise bei Grüneberg/Weidlich BGB § 2314 Rn. 9 mwN.

zweifelsfrei keine Verpflichtung, Auskunft zu erteilen.⁵²⁷ Der **Pflichtige** sollte also klarstellend darauf hinweisen, dass seine Auskunft sich nur auf diejenigen Gegenstände erstreckt, welche nach dem Notarvertrag dem Zugewinnausgleich unterliegen. Allerdings muss er sich sicher sein, dass insoweit seine Angaben eindeutig und richtig sind. Die Gegenseite wird und sollte nämlich als Reaktion zumindest verlangen, dass die Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Auskunft an Eides statt versichert wird. Spätestens hier „rächen“ sich dann eventuelle Fehlbeurteilungen und Ungenauigkeiten bei der Eingruppierung von Vermögensgegenständen, vor allem von Surrogaten. Schwierig wird es vor allem, wenn zwischen dem Trennungszeitpunkt und dem Stichtag der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens Vermögenswerte in betriebliches Vermögen umgewandelt werden. Der Gedanke einer **Benachteiligungsabsicht** liegt dann nicht fern. Wenn der Betreffende aufgefordert wird, sich auch zur Frage illoyaler Vermögensverfügungen vor dem Stichtag zu äußern, will der Grund für die Einbringung wohl überlegt sein. Sofern er keinen plausiblen Grund angeben kann, wäre ein Verneinen einer solchen Verfügung eine inhaltlich falsche Erklärung.

Für den Ausgleichsberechtigten gilt: Bei kriselnder Ehe muss er darauf bedacht sein, möglichst frühzeitig den Ehescheidungsantrag zu stellen. Ansonsten bleibt dem anderen Ehepartner ja noch viel Zeit, um die Aktiv- und Passivseite bis zum Stichtag – durchaus legal! – entsprechend zu „schönen“.

- 453a Selbst wenn einzelne Gegenstände nach der vertraglichen Regelung vom Endvermögen ausgeschlossen sind, besteht eine (**vollständige**) Auskunftspflicht in folgendem Fall: Die Beteiligten haben vereinbart, dass der Zugewinn nicht zu zahlen ist, sofern der andere Partner nunmehr unter Einbeziehung der eigentlich ausgeschlossenen Gegenstände seinerseits ausgleichspflichtig wäre (sog. „Umkippen des Ausgleichsanspruchs“).⁵²⁸ In diesem Sonderfall muss eine Bewertung **aller** Vermögensgegenstände erfolgen.

b) Auskunftsverpflichtung zu Handlungen gem. § 1375 BGB

- 454 Zur alten Rechtslage hatte der BGH⁵²⁹ grundsätzlich entschieden, dass sich die Auskunftspflicht nur auf das Endvermögen beziehen kann. Unter Abwägung der schon damals sehr umstrittenen Rechtsfrage hatte er vor allem darauf hingewiesen, dass den Ehegatten ansonsten eine sehr schwer eingrenzbare Auskunftspflicht treffe. Er müsste eigenes früheres, ihn zum Teil sogar belastendes Tun von sich aus offenbaren und zwar ohne Beschränkung auf „größere“ Zuwendungen oder eindeutige Fälle von Verschwendung. Bei Pflicht- und Anstandsschenkungen könne es ja nicht der Beurteilung des Auskunftsberechtigten überlassen bleiben, ob eine solche Schenkung vorliegt oder nicht.
- 455 Nach der **Gesetzesnovelle** wurde zunächst teilweise die Auffassung vertreten, die Auskunfts- und Belegansprüche erstreckten sich auf **alle** Daten, die für die Berechnung des Endvermögens maßgeblich seien. Damit seien sogar die **illoyalen** Vermögensverfügungen umfasst.⁵³⁰ Unaufgefordert müsse der Pflichtige solche Verfügungen in seiner Auskunft darlegen. Diese Schlussfolgerung ergebe sich aus der sprachlichen Neufassung des § 1379

⁵²⁷ Vgl. BGH FamRZ 1983, 157 für den Fall, dass der Zugewinn ausgeschlossen wurde; zu weiteren Fällen vgl. Grüneberg/Siede BGB § 1379 Rn. 5.

⁵²⁸ Vgl. hierzu die Entscheidung BGH NJW 2013, 2753 sowie → Rn. 25.

⁵²⁹ Vgl. FamRZ 1982, 27.

⁵³⁰ Vgl. zB OLG Brandenburg FamRZ 2012, 1714; Bergschneider FamRZ 2009, 1717; Brauer FamRZ 2010, 774; ders. Zugewinnausgleich Rn. 612; BeckOK BGB/Scheller/Sprenk BGB § 1379 Rn. 10; aA Rakete-Dombek FPR 2009, 271; Büte Zugewinnausgleich Rn. 275 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner Ansicht in NJW 2009, 2779.

Abs. 1 BGB.⁵³¹ Mit *Jaeger*⁵³² ist aber darauf hinzuweisen, dass die Gesetzesmaterialien keinen Anhalt für diese Ansicht ergeben. Wäre mit der sprachlichen Umformulierung eine so gewichtige Rechtsänderung beabsichtigt gewesen, wäre eine Begründung oder zumindest Erwähnung zu erwarten gewesen. Bei der zu § 1375 BGB relevanten Auskunft geht es i. ü. nicht um einen Gesamtbestand an Objekten, sondern um **Tathandlungen**, welche auf das Vermögen eingewirkt haben. Der „soweit“-Satz schränkt denn auch mehr den Auskunftsanspruch ein und erweitert ihn nicht etwa.

Gegen die Literaturansicht spricht ohnehin nach wie vor das Bedenken, welches der BGH bereits in der damaligen Entscheidung geäußert hatte: Die Gefahr uferloser Streitigkeiten bis hin zu Strafanzeigen droht. Müsste der Auskunftsverpflichtete **jedwede** Schenkung innerhalb der 10-Jahresgrenze darlegen, wäre er überfordert. Mit Sicherheit würde er – zumeist unabsichtlich – die eine oder andere Zuwendung vergessen mit der Folge, dass seine Auskunft und ggf. eidesstattliche Versicherung falsch wären. § 1379 BGB ist daher **keine** Anspruchsgrundlage für ein Auskunftsverlangen zu Vermögensminderungen. Insoweit muss nach wie vor auf § 242 BGB zurückgegriffen werden (→ Rn. 458 ff.). Immerhin haben die Eheleute ja zusammengelebt. Bei zugewinnausgleichsrechtlich relevanten Zuwendungen an Dritte läge es eigentlich nahe, dass dem anderen Ehegatten zB eine Schenkung aufgefallen ist. Will man nicht die Auskunftsstufe praxisfremd mit einer Unzahl von theoretisch relevanten Zuwendungen befrachten, muss vielmehr der andere Partner konkrete Umstände vortragen, die dann ggf. zu beauskunften sind. Mit der teilweise vertretenen Ansicht, wonach unaufgefordert jede unentgeltliche Zuwendung beauskunftet werden müsse, würde der Zugewinn bereits in der Auskunftsstufe „totgeritten“.⁵³³

In seiner Entscheidung aus dem Jahre 2012⁵³⁴ vertritt der BGH indes die Ansicht, dass § 1379 BGB in der Neufassung auch die Auskunftspflicht in Bezug auf illoyale Vermögensänderungen iSv § 1375 Abs. 2 S. 1 BGB erfasse. Allerdings müsse der **Auskunfts-berechtigte** – wie bisher auch schon nach § 242 BGB – **konkrete Tatsachen** darlegen, die ein illoyales Handeln nahelegen. Dies gelte jedenfalls dann, wenn und soweit er Auskunft für die Zeit vor der Trennung begehre. Im Ergebnis ist daher die Rechtslage nach altem und neuem Recht gleich: Nur die Anspruchsgrundlage ist jetzt nach Ansicht des BGH § 1379 BGB und nicht mehr § 242 BGB.

c) Erweiterung der Auskunftspflicht nach § 242 bei illoyaler Vermögensminderung

Ausnahmen vom strengen Stichtagsprinzip wurden jedoch schon nach der **bisherigen** Rechtsprechung und Rechtslage unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB in den Fällen gemacht, in denen

- der Auskunftsbeneficiäre den Schuldner über Bestehen und Umfang seines Rechts **im Unklaren lässt** und daher auf die Auskunft **angewiesen** ist sowie
- **konkrete Anhaltspunkte** für ein Handeln nach § 1375 Abs. 2 BGB vorgetragen werden.⁵³⁵

⁵³¹ Vgl. hierzu die Nachweise bei Jaeger FPR 2012, 93. Er weist darauf hin, dass es selbst unter den Befürwortern dieser Ansicht noch Auslegungsdifferenzen gibt.

⁵³² FPR 2012, 91; Kogel FF 2012, 346.

⁵³³ Vgl. hierzu Kogel FF 2012, 346. Braeuer Zugewinnausgleich Rn. 618 vertritt – praxisfremd – die Ansicht, dass alle Pflicht- und Anstandsschenkungen aufzuführen seien. Insbesondere stehe es dem Auskunftsschuldner nicht zu, die Einordnung selbst und abschließend zu treffen.

⁵³⁴ FamRZ 2012, 1785 ff.

⁵³⁵ In der Entscheidung des OLG Frankfurt FamRZ 2006, 416 war diese Voraussetzung gerade nicht nachweisbar.

459 An einen derartigen Vortrag waren jedoch wiederum keine übertriebenen Anforderungen zu stellen. So war zB bei einem **nach** Trennung aber **vor** dem Stichtag veräußerten **Aktiendepot** oder bei einer aufgelösten **Lebensversicherung** eine ergänzende Auskunft vorzunehmen.⁵³⁶ Gleiches galt, wenn innerhalb eines Jahres vor dem Stichtag 135.000 EUR „verschwunden“ sein sollten.⁵³⁷ Sogar ein Fehlbetrag von 36.000 EUR zwischen den Zeitpunkten Trennung und Scheidungsantrag sollte selbst bei guten Einkommensverhältnissen ausreichend sein.⁵³⁸ Hierbei kam es immer auf die finanziellen Verhältnisse der Parteien und ihren bisherigen Lebenszuschnitt an. Über Beträge, die Jahre vor dem Stichtag oder sogar noch während des Zusammenlebens abgehoben wurden, war keine Auskunft zu erteilen.⁵³⁹ Es musste eine **einzelfallbezogene Beurteilung** vorgenommen werden. Zu beachten ist, dass der Schuldner in diesen Fällen **nicht** generell auskunftspflichtig über diese **Zeiträume** war, sondern immer nur bezogen auf den **genau bezeichneten** und zu bezeichnenden Vermögenswert (zB **dieses** Aktiendepot oder **diese** Lebensversicherung). Diese Verpflichtung bestand selbst dann, wenn der Auskunftsberechtigte seinerseits Vermögenswerte verschwiegen hatte.⁵⁴⁰

Folgt man den Grundsätzen der Entscheidung des BGH⁵⁴¹ zu diesem Problemkreis, dürfte die Anspruchsgrundlage zwar nicht mehr § 242 BGB sein. Der BGH löst die Fälle vielmehr über die Auskunftsstufe. Dabei verlangt er aber, dass **konkrete** Anhaltspunkte für ein mögliches illoyales Verhalten dargelegt werden, so dass insoweit auf die frühere Judikatur zurückgegriffen werden kann.⁵⁴²

460 Durch die gesetzliche Neuregelung zu § 1375 Abs. 2 hat sich dieses Problem zur ergänzenden Auskunftserteilung – allerdings nur teilweise – entschärft.⁵⁴³ Nunmehr muss der **andere** Teil die mangelnde illoyale Verhaltensweise beweisen. In seinem Interesse liegt es daher, entsprechende Aufklärung zu erteilen. Diese Rechtsprechung zur Auskunftspflicht gem. § 242 BGB wird aber man aber nach wie vor zB in den Fällen anwenden können, bei denen sich ein **genauer Trennungszeitpunkt** nicht ermitteln lässt,⁵⁴⁴ so dass auch ein entsprechender Auskunftsanspruch faktisch nicht durchsetzbar ist. Gleiches gilt für die Fälle, in denen die Vermögensverschiebung zeitnah **vor** dem – uU schon geplanten – Trennungszeitpunkt erfolgt ist. § 1379 Abs. 2 BGB ist in diesem Fall gerade nicht einschlägig.⁵⁴⁵

461 Der Auskunftsanspruch sollte sich vor allem auf folgende Punkte richten:⁵⁴⁶

- **Welches** ist der zu konkretisierende Geldbetrag/Vermögensgegenstand?
- Zu welchem bestimmten **Zeitpunkt** wurde hierüber verfügt?
- Welche Verwendung hat dieser Vermögensgegenstand **nach** diesem Zeitpunkt gefunden?
- An **welche Person** oder Institution wurde der Vermögenswert übertragen?
- Welche **Gegenleistung** hat der Ehegatte hierfür erhalten?
- Welche **Gründe** waren für die Disposition maßgebend?

⁵³⁶ BGH FamRZ 1982, 27 (28); OLG Köln FamRB 2004, 346; OLG Köln FamRZ 1999, 1071; Hanseatisches OLG Bremen MDR 1998, 289.

⁵³⁷ Vgl. KG FamRZ 1998, 1514.

⁵³⁸ Vgl. OLG Bremen FamRZ 1999, 94.

⁵³⁹ Vgl. OLG Köln OLG-Report 2007, 145.

⁵⁴⁰ Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 830.

⁵⁴¹ FamRZ 2012, 1785 ff.

⁵⁴² Weitergehende Auskunftsansprüche werden allerdings vom BGH abgelehnt, vgl. zB BGH FF 2018, 112 mablAnm Völlings FF 2018, 116.

⁵⁴³ Bruder Müller NJW 2010, 401 ist ebenfalls der Ansicht, dass sich durch die Gesetzesnovelle die Rechtsprechung zu § 242 BGB nicht erledigt hat; aA Koch FamRZ 2013, 831.

⁵⁴⁴ → Rn. 473.

⁵⁴⁵ So jetzt auch Brauer Zugewinnausgleich Rn. 695.

⁵⁴⁶ Vgl. hierzu Reinken FF 2013, 37.

Damit zeigt sich, wie wichtig es ggf. ist, den Schuldner unmittelbar nach der Trennung aufzufordern, den Berechtigten über den **Bestand** des Vermögens zu unterrichten oder von dem Recht des § 1379 Abs. 2 BGB Gebrauch zu machen. Falls der Ehepartner von der Vermögenssituation des anderen nichts weiß, kann er nur durch einen Vergleich der **beiden Zeitpunkte** abschätzen, ob Vermögensmanipulationen vorgenommen wurden. **462**

d) Die Hinzuziehung des Auskunftsberechtigten⁵⁴⁷

• Rechtslage bis 31.8.2009 **463**

Bereits nach altem Recht bestand für den Anspruchsberechtigten die Möglichkeit zu verlangen, dass er bei der Erstellung des Verzeichnisses hinzugezogen wurde. In der Praxis wurde hiervon nur äußerst selten Gebrauch gemacht. Dies verwundert, weil vor allem der Partner, der das Verfahren verzögern wollte, dies hiermit relativ einfach erreichen konnte.

Sowohl über den **Ort**, den **Zeitpunkt** und die **Umstände** konnte nämlich lange gestritten werden, insbesondere ob die angebotenen Alternativen für den jeweils Berechtigten zumutbar waren. **464**

Beispiele:

- Musste er die (neue) Wohnung des Verpflichteten aufsuchen? Konnte der Verpflichtete, der diese neuen Lebensumstände nicht offenbaren wollte, auf einem Treffen an „neutralem“ Ort bestehen?
- Wie war in Fällen zu entscheiden, bei denen zuvor Maßnahmen nach dem Gewaltschutzgesetz getroffen hatten? Konnte der Berechtigte darauf bestehen, deswegen eine Begleitperson mitzubringen?
- Musste beim Wertermittlungsanspruch der Berechtigte ggf. zu einem weiteren Treffen den Steuerberater des Verpflichteten noch einmal aufsuchen, sofern Angaben zum Firmenwert gemacht werden mussten?
- Konnte der Zeitpunkt nur zu den „üblichen“ Arbeitszeiten“ oder ggf. nur an Wochenenden verlangt werden?
- Welche Personen durften anwesend sein? Begleitpersonen oder sogar die (jeweiligen, neuen) Lebensabschnittsgefährten der Eheleute? Dem Verpflichteten konnte sicherlich nicht die Anwesenheit eines neuen Partners des Ehegatten in **seiner** Wohnung verwehrt werden. War dies aber zumutbar, vor allem, wenn diese Person der vermeintliche Trennungsgrund gewesen war...?

Kurzum: Die hier nur beispielhaft aufgezeigten familienrechtlichen Störszenarien machen die Brisanz eines solchen Anspruches deutlich.

Soweit die Literatur sich überhaupt mit diesem Problemkreis befasste, wurde lediglich darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Anspruch um ein reines **Kontroll-** und **kein Mitwirkungsrecht** handele.⁵⁴⁸ Insbesondere habe der Berechtigte **keine Befugnis**, den **Inhalt** des Verzeichnisses zu **beeinflussen**. Einigkeit bestand i. ü. mit den wenigen Entscheidungen in der Rechtsprechung, dass bei einem rechtzeitig gestellten Verlangen der Anspruch **nicht** erfüllt sei, selbst wenn danach der Verpflichtete das vollständige Verzeichnis übersandt, zuvor den Berechtigten aber nicht hinzugezogen hatte.⁵⁴⁹ Gerechtfertigt wurde diese Ansicht damit, dass der Auskunftsanspruch nach altem Recht eine Belegpflicht gerade nicht vorsah. Dem Auskunftsberechtigten müsse noch nachträglich die Möglichkeit eingeräumt werden, das Bestandsverzeichnis zu kontrollieren.⁵⁵⁰ **465**

• Rechtslage ab 1.9.2009

Mit der Novelle hat der Gesetzgeber die **Belegpflicht** – und dies zu **allen** Zeitpunkten (Anfangs- und Endvermögen sowie Trennungzeitpunkt) – eingeführt. Mangels einer **466**

⁵⁴⁷ Vgl. zu diesem Problemkreis Kogel FamRB 2011, 316.

⁵⁴⁸ Vgl. BeckOK BGB/Mayer § 1379 Rn. 36.

⁵⁴⁹ Vgl. BGHZ 107, 239; BeckOK BGB/Mayer § 1379 Rn. 36.

⁵⁵⁰ So KG FamRZ 1998, 1514; OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 1105.

entsprechenden Übergangsregelung gilt die Belegpflicht selbst für die Zugewinnverfahren, die noch nach altem Recht begonnen wurden.⁵⁵¹ Die Belege sind nach Art und Anzahl der Unterlagen so konkret zu bezeichnen, dass der Umfang der Verurteilung für das Vollstreckungsverfahren klar und eindeutig ist. Die genaue Bestimmung kann insbesondere nicht dem Vollstreckungsverfahren vorbehalten bleiben.⁵⁵² Sofern diese Anforderungen nicht beachtet werden, ist der Titel wertlos!

- 467 Wird vom Beleganspruch Gebrauch gemacht, entfällt aber die innere Rechtfertigung für den Anspruch auf Hinzuziehung.⁵⁵³ Mehr als diese Kontrolle sollte dem Berechtigten nie gewährt werden. Nach wie vor besteht kein Anspruch darauf, Einfluss auf den **Inhalt** des Verzeichnisses zu nehmen. Der Gesetzgeber hat nichtsdestotrotz diesen Anspruch auf Hinzuziehung im Gesetz belassen. Wahrscheinlich hat er bei seinem Bemühen, die mehrfachen Forderungen des DFGT auf Einführung einer Belegpflicht in die Tat umzusetzen, die Ratio dieser vormaligen Vorschrift nicht beachtet. In der Gesetzesbegründung findet sich denn auch wieder einmal keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber überhaupt das Problem erkannt hätte. Der Auskunftsanspruch im Zugewinn sollte nur – ebenso wie der entsprechende Anspruch im Unterhalt (vgl. § 1605 BGB) – mit einer Belegpflicht ausgestattet werden. Selbst beim Unterhaltsanspruch ist eine Hinzuziehung aber nicht vorgesehen. Mit anderen Worten: Macht der Berechtigte von seinem Beleganspruch Gebrauch, **verwirkt** er seinen Hinzuziehungsanspruch.⁵⁵⁴
- 468 Umgekehrt gilt: Macht er keinen Beleganspruch geltend, um die Hinzuziehung aus den oben geschilderten Gründen zu ermöglichen, kann der **Verpflichtete** dies dadurch von vornherein abblocken, indem er das Bestandsverzeichnis mit Belegen versieht. Auf mehr als diese Belege hat der Berechtigte keinen Anspruch. Verlangt er trotzdem die Hinzuziehung ist sein Verhalten rechtsmissbräuchlich.⁵⁵⁵
- 469 Diese Überlegungen führen in obigem Beispielsfall (→ Rn. 437) zu folgendem **Zwischenergebnis**:
Frau Giffey kann auf einer in einem einzigen Bestandsverzeichnis zusammengefassten Auskunft bestehen. Ergänzend muss Herr Giffey bezüglich des Aktien- und Lebensversicherungsverkaufs Auskunft erteilen. Belege muss er nach **neuem Recht** ebenfalls vorlegen. Die Auskunft ist insgesamt auf den Stichtag 9.4.2015 neu zu erstellen. Wenn der Rechtsstreit nach **neuem Recht** anhängig gemacht wurde, **sollte** nicht nur das Anfangsvermögen beauskunftet werden sollen; dies **muss** vielmehr jetzt geschehen. Ein solcher Anspruch wäre auch geltend zu machen, schon um späteren kostenrechtlichen Nachteilen zu entgehen.

e) Auskunftsanspruch zum Zeitpunkt der Trennung, § 1379 Abs. 2 BGB

- 470 Völlig überraschend wurde durch den Rechtsausschuss eine Auskunftsverpflichtung über das **Vermögen** nunmehr auch zum **Trennungszeitpunkt** eingeführt. Jeder Ehegatte kann dies ab dem 1.9.2009 verlangen, wobei das Recht bereits mit der **Trennung** selber geltend gemacht werden kann (§ 1379 Abs. 2 BGB). Erst recht kann dieser Anspruch im

⁵⁵¹ Vgl. zB OLG Stuttgart FamRZ 2010, 1734.

⁵⁵² Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1049; OLG Brandenburg FamRZ 2004, 820; Cirullies Vollstreckung in Familiensachen Rn. 12.

⁵⁵³ In diesem Sinne auch Braeuer Zugewinnausgleich Rn. 641, der den Gesichtspunkt der Schikane anführt.

⁵⁵⁴ Auch nach altem Recht war eine Verwirkung dieses Anspruches bereits denkbar, vgl. hierzu BeckOK BGB/Mayer Rn. 36.

⁵⁵⁵ Vgl. hierzu iE Kogel FamRB 2011, 316 als Besprechung der Entscheidung OLG Hamm FamRZ 2011, 1732, bei der diese Problematik nicht erkannt wird. AA OLG Düsseldorf FamRB 2022, 6.