

C.H. Beck Familienrecht

# Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung

von  
Dr. Werner Schulz, Jörn Hauß

6. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 66360 4

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

- § 1383 gibt in Ausnahmefällen dem Gläubiger das Recht, statt Geld bestimmte **Vermögensgegenstände** zu verlangen;
- § 1384 bestimmt für die Berechnung des Zugewinns und für die **Höhe der Ausgleichsforderung** als Stichtag die **Rechtshängigkeit der Scheidung**.

## B. Einzelheiten der Ausgleichsforderung

### I. Art und Höhe des Ausgleichs (§ 1378 I BGB)

Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die **687**  
 **Hälfte des Überschusses** dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu (§ 1378 I  
BGB). Die Ausgleichsforderung ist auf **Geld** gerichtet. Eine dingliche Beteiligung am  
Vermögen des anderen Ehegatten gibt es – im Gegensatz zur erbrechtlichen Lösung  
(§ 1371 I BGB) – beim güterrechtlichen Zugewinnausgleich nicht. Der Erwerb des Zu-  
gewinns ist gemäß § 5 II ErbStG steuerfrei (→ Rn. 1995).

Zur Ermittlung der konkreten Höhe der Ausgleichsforderung sind **drei Rechen- 688**  
**schritte** durchzuführen (→ Rn. 7):

(1) Berechnung des Zugewinns eines jeden Ehegatten durch Abzug seines Anfangsver- 689  
mögens von seinem Endvermögen (§ 1373 BGB).

(2) Berechnung des Zugewinnüberschusses durch Abzug des geringeren vom größeren 690  
Zugewinn (§ 1378 I BGB).

(3) Die Hälfte des Zugewinnüberschusses ergibt die Ausgleichsforderung (§ 1378 I 691  
BGB).

Zur Schlüssigkeit eines Antrags auf Zugewinnausgleich gehört der Aufbau eines sol- 692  
chen Berechnungsschemas. Der Antrag lautet:

#### Antrag

Der Antragsgegner wird verpflichtet, an die Antragstellerin einen Zugewinnausgleich  
in Höhe von ... EUR zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Ba-  
siszinssatz ab ...<sup>685</sup> zu bezahlen.

### II. Höhe der Ausgleichsforderung (§ 1378 II 1BGB)

#### 1. Voller Ausgleich in Höhe des vorhandenen Vermögens

Als Folge der Einführung des negativen Anfangsvermögens musste der Gesetzgeber 693  
auch regeln, in welcher Höhe das Endvermögen zur Erfüllung der Ausgleichsforderung  
einzusetzen ist.

**Beispiel:** M hatte bei Heirat Verbindlichkeiten von 200.000 EUR. Es gelingt ihm, seine  
Schulden abzubauen und zusätzlich ein Endvermögen von 100.000 EUR zu erwerben.  
F hat keinen Zugewinn erzielt. In welcher Höhe muss M seinen Zugewinn ausglei-  
chen?

<sup>685</sup> Im Scheidungsverband: ab Rechtskraft der Scheidung. Nach rechtskräftiger Scheidung: ab Verzug oder  
ab Rechtshängigkeit des Antrags.

694 M hat einerseits einen wirtschaftlichen Zugewinn von 300.000 EUR erzielt, andererseits hat er nur ein tatsächliches Vermögen von 100.000 EUR. Nach der ursprünglichen Fassung des Regierungsentwurfs war die Ausgleichsforderung auf den „*hälftigen Wert*“ des tatsächlich vorhandenen Endvermögens begrenzt.<sup>686</sup> Auf Empfehlung des Rechtsausschusses hat der Bundestag jedoch beschlossen, die im Gesetzentwurf vorgesehene Begrenzung der Ausgleichsforderung auf die Hälfte des vorhandenen Vermögens wieder zu streichen.<sup>687</sup> Die bisherige Regelung des § 1378 II BGB wurde unverändert übernommen. Nach der jetzigen gesetzlichen Regelung muss M im Beispielsfall sein **gesamtes Endvermögen** von 100.000 EUR an Ehefrau F abgeben. Auch wenn § 1378 II 1 BGB in der bisherigen Fassung fortbesteht, eine entscheidende Änderung ergibt sich jedoch im Fall der Scheidung durch die **Vorverlegung des Stichtags** für die Höhe der Ausgleichsforderung gemäß § 1384 BGB (→ Rn. 85 f).

## 2. Erhöhung der Ausgleichsgrenze bei illoyalen Vermögensminderungen (§ 1378 II 2 BGB)

695 Die Begrenzung der Ausgleichsforderung auf das tatsächlich vorhandene Vermögen (§ 1378 II 1 BGB) gilt nicht, wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte sein Vermögen durch illoyale Handlungen (§ 1375 II 1 BGB) vermindert hat.

**Beispiel:** Bei Trennung der Eheleute hat M, der kein Anfangsvermögen hatte, ein Vermögen von 100.000 EUR, das er in der Folgezeit weitgehend verschwendet. Bei Zustellung des Scheidungsantrags hat M nur noch ein Endvermögen von 20.000 EUR. M erreicht auch in der Folgezeit kein höheres Vermögen. F hat keinen Zugewinn erzielt.

696 Nach früherem Recht konnte das verschwendete Geld zwar nach § 1375 II Nr. 2 BGB dem Endvermögen des M zugerechnet werden, aber § 1378 II BGB begrenzte die Ausgleichsforderung auf das noch vorhandene Vermögen von 20.000 EUR. Nach der neuen Vorschrift des § 1378 II 2 BGB wird die unlautere Vermögensminderung von 80.000 EUR zum noch vorhandenen Vermögen von 20.000 EUR am Stichtag der Rechtshängigkeit der Scheidung (§ 1384 BGB) hinzugerechnet. Der unlauter verbrauchte Betrag wie vorhandenes Vermögen berücksichtigt. Das **ausgleichspflichtige Endvermögen von M beträgt somit 100.000 EUR**. Der illoyal handelnde Ehepartner verdient keinen Schutz. Auch wenn M nur noch 20.000 EUR hat, kann F Zugewinnausgleich in Höhe von 50.000 EUR verlangen. In diesem Fall muss M sich notfalls verschulden, um die Ausgleichsforderung erfüllen zu können.

697 Hat ein Ehemann bei Rechtshängigkeit der Scheidung Schulden von 80.000 EUR, hat er aber in der Trennungszeit seiner neuen Freundin 20.000 EUR geschenkt, so wird diese illoyale Vermögensminderung gemäß § 1378 II 2 BGB von seinen Verbindlichkeiten abgezogen, so dass am Stichtag ein Endvermögen von – 60.000 EUR anzusetzen ist. Der unlauter handelnde Ehemann wird so behandelt, als hätte er die unentgeltliche Zuwendung (§ 1375 II 1 Nr. 1 BGB) nicht getroffen.<sup>688</sup>

<sup>686</sup> BT-Drucks. 16/13 027 Artikel 1 Nr. 7, S. 1.

<sup>687</sup> BT-Drucks. 16/13 027 S. 7.

<sup>688</sup> Schwab FamRZ 2009, 1961, 1963.

### 3. Neuer Stichtag für die Höhe der Ausgleichsforderung

Nach früherer Rechtslage entstand der Anspruch auf Zugewinnausgleich stets nur in Höhe des Vermögens, das bei Beendigung des Güterstandes – bei Rechtskraft der Scheidung – noch vorhanden war. Hatte der ausgleichspflichtige Ehegatte bei Zustellung des Scheidungsantrags noch erhebliches Vermögen, hat er im Laufe des Scheidungsverfahrens jedoch sein Vermögen vollständig verbraucht, ging der ausgleichsberechtigte Ehegatte leer aus (§ 1378 II BGB a. F.). Die gesetzliche Folge der Regelung des früheren § 1378 II BGB wurde allseits als unbefriedigend bewertet, da sie dem ausgleichsberechtigten Ehegatten keinen Schutz vor Manipulationen bot. Selbst durch illoyale Vermögensminderungen zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung konnte der ausgleichspflichtige Ehegatte den Anspruch des Ehepartners kürzen. **698**

Die jetzige Bestimmung des § 1378 II 1 BGB entspricht zwar wörtlich dem früheren § 1378 II BGB: „Die Höhe der Ausgleichsforderung wird durch den Wert des Vermögens begrenzt, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes vorhanden ist.“ Beendet ist die Zugewinnngemeinschaft – nach wie vor – mit Rechtskraft der Scheidung oder Aufhebung durch Ehevertrag. Eine ganz entscheidende Änderung der gesetzlichen Regelung ergibt sich jedoch in Verbindung mit der **Neuregelung des § 1384 BGB**. Nach der früher geltenden Bestimmung wurde **nur** der **Berechnungszeitpunkt** des Zugewinns im Scheidungsfall auf die Zustellung des Scheidungsantrags vorverlegt. Durch die Reform des Zugewinnausgleichs<sup>689</sup> wurde § 1384 BGB entscheidend erweitert: „**Wird die Ehe geschieden**, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die **Höhe der Ausgleichsforderung** an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt der **Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags**.“ **699**

**Beispielfall:**<sup>690</sup> Der Antragsgegner verfügte bei Rechtshängigkeit der Scheidung über ein Endvermögen von 45.000 EUR. Der Antragsgegner hat dargelegt, er habe während des laufenden Scheidungsverfahrens durch den Börsencrash im September 2009 **unverschuldet** nahezu sein gesamtes Vermögen verloren. Er vertritt die Ansicht, die Ausgleichsforderung der Antragstellerin sei durch sein zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstands vorhandenes Vermögen begrenzt. **700**

Im Beispielfall entstand nach der früheren Rechtslage der Ausgleichsanspruch nicht. Nach nunmehriger gesetzlicher Regelung des § 1384 BGB gilt **im Fall der Scheidung** der Stichtag „Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags“ nicht nur für die Berechnung des Zugewinns, sondern nunmehr auch für die **Höhe der Ausgleichsforderung**. Vermögen, das bei **Zustellung des Scheidungsantrags** vorhanden ist, wird **stets zur Hälfte ausgeglichen**. Vermögensminderungen nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags können die Höhe des Anspruchs **nicht mehr beeinflussen**.<sup>691</sup> Oder wie Schwab<sup>692</sup> es anschaulich ausgedrückt hat: „*Und wenn zwischen Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses die Welt unterginge – an der errechneten Zugewinnausgleichsforderung ändert sich nichts mehr.*“ **701**

<sup>689</sup> BGBl I S. 1696 Art. 1 Nr. 9.

<sup>690</sup> Nach BGH FamRZ 2012, 1479 m. Anm. Hoppenz.

<sup>691</sup> So BT-Drucks. 16/10 798 S. 27 (zu Nr. 9).

<sup>692</sup> Schwab FamRZ 2009, 1445, 1446.

- 702 Die gesetzliche Regelung wird im Schrifttum für den Fall als unbillig kritisiert, dass der redliche Ehepartner unverschuldet (z. B. durch einen Börsencrash) sein Vermögen ganz oder teilweise verliert.<sup>693</sup> Dagegen ist einzuwenden, dass die strenge Stichtagsregelung, die auf den klaren Wortlaut des § 1384 BGB abstellt, sachlich ausgewogen ist, da der ausgleichspflichtige Ehegatte, wenn er zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung einen hohen Gewinn erzielt, den Vermögenszuwachs auch nicht teilen muss.
- 703 Der BGH hat diese Streitfrage nunmehr entschieden.<sup>694</sup>
- 704 „Durch die Neuregelung des § 1384 BGB ist der Stichtag für die Begrenzung der Zugewinnausgleichsforderung auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags vorverlegt worden. Eine **einschränkende Auslegung** des § 1384 BGB dahin, dass bei einem vom Ausgleichspflichtigen **nicht zu verantwortenden Vermögensverlust** die Begrenzung des § 1378 II S. 1 BGB an die Stelle derjenigen des § 1384 BGB tritt, kommt nicht in Betracht.“ Das neue Recht gilt jedoch nicht, wenn die Ehe schon vor dem 1.9.2009 rechtskräftig geschieden wurde.<sup>695</sup>
- 705 Der BGH hält somit auch bei einem unverschuldeten Vermögensverlust nach dem Stichtag am strengen, starren Stichtagsprinzip fest. Allerdings hat der BGH<sup>696</sup> in einem solchen Fall ein **Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1381 BGB** dem Grunde nach bejaht (s. hierzu → Rn. 531, 564).

### III. Entstehung der Ausgleichsforderung (§ 1378 III 1 BGB)

- 706 Die Ausgleichsforderung **entsteht** nach § 1378 III 1 BGB **mit der Beendigung des Güterstandes**. Beendet ist die Zugewinnsgemeinschaft nicht schon, wenn der Scheidungsantrag mit Zustellung rechtshängig geworden ist, sondern erst wenn die **Scheidung rechtskräftig** wird (§ 1564 S. 2 BGB). Von diesem Zeitpunkt an ist der Anspruch übertragbar, wirtschaftlich verwertbar und vererblich. § 1384 BGB hat nur als Stichtag für die Berechnung und Höhe des Zugewinns Bedeutung. Der Zeitpunkt der Entstehung der Ausgleichsforderung wird dadurch nicht berührt. Stirbt der ausgleichsberechtigte Ehegatte während des Scheidungsverfahrens, gehen seine Erben bezüglich des Zugewinnausgleichs leer aus.<sup>697</sup> Wird der Güterstand durch **Ehevertrag** beendet, entsteht die Ausgleichsforderung mit Vertragsabschluss. Die Ausgleichsforderung wird zugleich mit ihrem Entstehen **fällig** (§ 271 I BGB).<sup>698</sup> Im Fall der Scheidung tritt die Fälligkeit daher mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses ein (§ 1378 II 1 BGB).
- 707 Die Zugewinnausgleichsforderung ist erst mit Beendigung des Güterstandes **übertragbar**. Eine vor Rechtskraft der Scheidung getroffene Abtretungsvereinbarung ist auch dann nichtig, wenn sie unter der aufschiebenden Bedingung erfolgt, dass der Scheidungsbeschluss Rechtskraft erlangt.<sup>699</sup>

<sup>693</sup> Bruder Müller FamRZ 2009, 1185, 1188; Büte NJW 2009, 2776, 2778; Kogel MDR 2008, 297, 300; Born NJW 2008, 2289, 2291; zu möglichen Lösungen s. Schwab FamRZ 2009, 1445, 1446.

<sup>694</sup> BGH FamRZ 2012, 1479 (Leitsatz).

<sup>695</sup> BGH FamRZ 2014, 1610.

<sup>696</sup> BGH FamRZ 2012, 1479 Rn. 32.

<sup>697</sup> BGH FamRZ 1995, 597, 598.

<sup>698</sup> OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 1032; Palandt/Bruder Müller § 1378 Rn. 3; MüKo/Koch § 1378 Rn. 14; JH/Jaeger § 1378 Rn. 9.

<sup>699</sup> BGH FamRZ 2008, 1435.

Werden Steuerschulden oder Steuererstattungen erst nach rechtskräftigem Abschluss des Zugewinnausgleichs bekannt, können sie nicht mehr berücksichtigt werden.<sup>700</sup> Wurde der Zugewinnausgleich durch gerichtlichen oder notariellen Vergleich geregelt, kommt eine Abänderung nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht.<sup>701</sup> **708**

Gegen einen im Scheidungsverbund geltend gemachten Anspruch auf Zugewinnausgleich kann der ausgleichspflichtige Ehegatte (hilfsweise) **aufrechnen**, auch wenn die Ausgleichsforderung noch nicht entstanden ist. § 1378 III 1 BGB steht nach seinem Sinn und Zweck der Aufrechnung schon vor Beendigung des Güterstandes nicht entgegen. Die gesetzliche Regelung, dass der Anspruch erst mit Rechtskraft der Scheidung entsteht, sollte nur verhindern, dass außenstehende Dritte auf diesen Vermögensanspruch zugreifen können. Sie könnten sonst nämlich mittelbar Einfluss auf die Entwicklung des Scheidungsverfahrens, vor allem auf das Ende der Ehe, nehmen.<sup>702</sup> **709**

Wird der Zugewinnausgleich erst nach Abschluss des Scheidungsverfahrens geltend gemacht, kann ein **ausgleichsberechtigter** Ehegatte unstreitig mit dem noch nicht titulierten Anspruch **aufrechnen** (§ 387 BGB). Der Ausgleichsanspruch war mit Beendigung des Güterstands entstanden und auch bereits fällig.<sup>703</sup> **710**

## IV. Verzinsung

Für die Verzinsung kommt es darauf an, wie der Güterstand beendet wurde. Bei einer **Beendigung durch Scheidung** gelten folgende Regeln: **711**

- Wird die Ausgleichsforderung als **Folgesache** im Verbund beantragt, können **Prozesszinsen** nach § 291 BGB ab **Rechtskraft** des Scheidungsbeschlusses verlangt werden.<sup>704</sup> Die Zinsen können bereits zusammen mit dem Zahlungsantrag geltend gemacht werden. Die **Höhe der Zinsen** beträgt nach §§ 288 I 2, 291 I 2 BGB fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.<sup>705</sup> **712**

- Bei hohen Ausgleichsforderungen empfiehlt es sich wegen der ungünstigen Folgen für die Zinsen zumeist, den Zugewinnausgleich **nicht im Scheidungsverbund** geltend zu machen. Muss nämlich eine langwierige Beweisaufnahme durchgeführt werden, verzögert sich der den Güterstand beendende Scheidungsbeschluss und damit zwangsläufig auch der Beginn der Verzinsung.<sup>706</sup> Der Anspruch auf Zugewinnausgleich sollte erst – dann aber sobald wie möglich – nach rechtskräftigem Abschluss des Scheidungsverfahrens beim Familiengericht geltend zu machen, da Zinsen erst ab Rechtshängigkeit dieses Verfahrens geschuldet werden. Die Entscheidung über die Kosten erfolgt in diesem Fall nach § 92 I 1 ZPO. Ein Antrag auf Verfahrenskostenhilfe für ein Verfahren auf Zugewinnausgleich außerhalb des Scheidungsverbunds ist grundsätzlich nicht mutwillig i. S. v. § 114 ZPO.<sup>707</sup> **713**

<sup>700</sup> BGH FamRZ 1983, 882.

<sup>701</sup> AG Euskirchen FamRZ 1986, 1092.

<sup>702</sup> Kogel FamRZ 2007, 1710; MüKo/Koch § 1378 Rn. 19; a. A. Hartmann FamRZ 2007, 869; Palandt/Brudermüller § 1378 Rn. 6; Staudinger/Thiele § 1378 Rn. 21; Soergel/Lange § 1378 Rn. 13.

<sup>703</sup> BGH FamRZ 2002, 318, 319; 2000, 355, 356; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 1032, 1033.

<sup>704</sup> BGH FamRZ 1986, 37, 40; OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 1032; Palandt/Brudermüller § 1378 Rn. 3.

<sup>705</sup> Zur jeweiligen Höhe des Basiszinssatzes in der Vergangenheit vgl. die Aufstellung bei Palandt/Grüneberg Anhang zu § 288 BGB.

<sup>706</sup> Vgl. Kogel, Strategien, Rn. 914; FF 2013, 384.

<sup>707</sup> BGH FamRZ 2005, 786; 2005, 788; Palandt/Brudermüller § 1378 Rn. 15.

- 714 • Wird der Zugewinnausgleich **nicht im Scheidungsverbund** beantragt, ist der Ausgleichsanspruch zwar mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses entstanden (§ 1378 III 1 BGB) und auch sofort fällig (§ 271 I BGB), die Voraussetzungen für den Eintritt einer Verzinsung sind damit aber noch nicht gegeben. **Prozesszinsen** können deshalb, wenn die Ausgleichsforderung erst nach rechtskräftigem Abschluss des Scheidungsverfahrens beim Familiengericht geltend gemacht wird, nicht schon ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung, sondern erst ab Rechtshängigkeit des nunmehrigen Verfahrens auf Ausgleich des Zugewinns verlangt werden (§ 291 BGB).
- 715 **Verzugszinsen** fallen durch eine Mahnung der fälligen Forderung (§§ 286 I 1, 288 I BGB) in der Regel nicht an. Der Schuldner hat eine Verzögerung der Zahlung nämlich nicht zu vertreten (§ 286 IV BGB), wenn die Ausgleichsforderung nicht mit ausreichender Sicherheit bestimmt werden kann.<sup>708</sup>
- 716 • Wird der Ausgleichsanspruch vor Rechtskraft der Scheidung **außergerichtlich** geltend gemacht, werden keine Zinsen geschuldet, weil die Fälligkeit fehlt. Wird der Scheidungsbeschluss rechtskräftig, muss die Zahlungsaufforderung wiederholt werden. Vor Eintritt der Fälligkeit ergangene Mahnungen und Zahlungsaufforderungen sind wirkungslos.<sup>709</sup>
- 717 • Endet der Güterstand durch notariellen Ehevertrag oder durch vorzeitige Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft, ist nach dem Vertragsabschluss bzw. nach Rechtskraft der Entscheidung, die den Güterstand aufhebt (§ 1388 BGB), an den ausgleichspflichtigen Ehegatten eine verzugsauslösende Zahlungsaufforderung zu richten.

## V. Vereinbarungen über den Ausgleich des Zugewinns

### 1. Vereinbarungen vor und während des Scheidungsverfahrens

**Beispiel:** Die Eheleute F und M, jeweils anwaltlich vertreten, einigen sich vor Einleitung des Scheidungsverfahrens, dass beim Zugewinnausgleich das dem M gehörende Grundstück im Endvermögen mit einem Wert von 300.000 EUR angesetzt werden soll. In der mündlichen Verhandlung beantragt die Rechtsanwältin von F, ein Gutachten einzuholen zum Beweis, dass der Wert des Grundstücks 500.000 EUR betrage. Sind die Beteiligten an ihre Vereinbarung gebunden?

- 718 Vereinbarungen der Eheleute vor Beendigung des Güterstandes sind grundsätzlich nichtig (§§ 1378 III 3, 125 BGB). Eine Ausnahme von diesem Verbot macht das Gesetz in § 1378 III 2. Eheleute können schon während eines Scheidungsverfahrens eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich treffen, die dann allerdings der **notariellen Beurkundung** oder einer **Protokollierung durch das Familiengericht** (§ 127a BGB) bedarf.
- 719 Diese Formvorschrift soll den sozial schwächeren Partner vor unüberlegten Vereinbarungen schützen.<sup>710</sup> Die Beteiligten können sich daher über die Bewertung bestimmter Gegenstände des Anfangs- und Endvermögens nicht formlos einigen.<sup>711</sup> Unwirksam sind

<sup>708</sup> OLG Celle FamRZ 1981, 1066, 1070; MüKo/Koch § 1378 Rn. 14; Johannsen/Henrich/Jaeger § 1378 Rn. 10; Schwab/Schwab VII Rn. 259; NK-BGB/Heiß § 1378 Rn. 16; Kogel, Strategien, Rn. 1337; FF 2013, 384, 386.

<sup>709</sup> Palandt/Grüneberg § 286 Rn. 16; Kogel FF 2013, 384, 386.

<sup>710</sup> BGH FamRZ 2009, 1435, 1436; 1983, 157, 159, 160.

<sup>711</sup> AG Viechtach FamRZ 1991, 570.

auch schriftliche Vereinbarungen der Eheleute, einzelne Sachen vom Zugewinnausgleich auszunehmen oder die Ausgleichsforderung in Raten bezahlen zu können.<sup>712</sup> Ebenso ist die Abtretung der künftigen Ausgleichsforderung – auch unter der aufschiebenden Bedingung der Rechtskraft der Scheidung – gemäß § 1378 III 3 BGB nichtig.<sup>713</sup> Vereinbarungen über den Zugewinnausgleich können gemäß § 1378 III 2 Hs. 2 BGB nur „in einem Verfahren in Ehesachen“ (§ 121 FamFG) wirksam gerichtlich protokolliert werden. Wird in einem Unterhaltsverfahren auch der Zugewinnausgleich vertraglich mitgeregelt, ist die Vereinbarung nichtig (§§ 125, 139 BGB).<sup>714</sup>

Bei Grundstücken, Unternehmen, Kanzleien und Praxen ist eine übereinstimmende Beurteilung der Eheleute meist nicht möglich. Die Anwälte sollten ihre Mandanten dann alsbald bewegen, gemeinsam einen Sachverständigen zu beauftragen (→ Rn. 175). Zugleich sollten sie **notariell** vereinbaren, dass das Gutachten für beide Parteien verbindlich ist. In diesem Fall liegt ein **Schiedsgutachtensvertrag** vor, auf den §§ 317 bis 319 BGB analog anzuwenden sind. Die Beteiligten sind an die Begutachtung nur dann nicht gebunden, wenn das Ergebnis „offenbar unrichtig“ ist.<sup>715</sup>

In der Praxis wird häufig **vor Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens** im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung auch der Zugewinnausgleich geregelt. Der BGH hält eine **Vereinbarung** gemäß § 1378 III 2 BGB „kurz vor der beabsichtigten Scheidung“ für zulässig – aber nur wenn sie notariell beurkundet wird.<sup>716</sup> Eine Vereinbarung über den Zugewinnausgleich, die die Rechtsanwälte der Beteiligten vor Anhängigkeit der Scheidung schließen, ist **nichtig** (§ 125 BGB) und auch nicht heilbar. In diesem Fall muss die Regelung über den Zugewinnausgleich – wie in der Praxis üblich – nochmals vor dem Familiengericht vereinbart und protokolliert werden (§§ 1378 III 2, 127a BGB).

Ist die Scheidung rechtskräftig geworden, oder haben die Ehegatten die Zugewinngemeinschaft durch einen notariellen Vertrag (§ 1408 I BGB) aufgehoben, können sie über einen finanziellen Ausgleich formlos verfügen.

## 2. Inhaltskontrolle eines Ehevertrags

Nach § 1408 I BGB können die Ehegatten den Zugewinnausgleich durch Ehevertrag (§ 1410 BGB) regeln, insbesondere den gesetzlichen Güterstand auch vor und nach Eingehung der Ehe aufheben oder modifizieren.<sup>717</sup> Nur 5% aller Ehepartner haben vertragliche Regelungen getroffen. Die grundsätzliche Freiheit der Eheleute, ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen zu regeln, darf jedoch nicht dazu führen, dass Verträge unter dem Druck des stärkeren Ehepartners abgeschlossen werden, die diesen einseitig begünstigen. Ein Ehevertrag darf nicht durch die Dominanz des einen und die strukturelle Unterlegenheit des anderen Ehegatten – so das Bundesverfassungsgericht<sup>718</sup> – in einer Weise geprägt sein, dass der andere Ehegatte sein Freiheitsrecht nicht mehr ausüben kann. „Die Vertragsfreiheit rechtfertigt nicht eine ein-

<sup>712</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 273; OLG Hamburg FamRZ 1985, 290; Palandt/Brudermüller § 1378 Rn. 17.

<sup>713</sup> BGH FamRZ 2008, 1435, 1436.

<sup>714</sup> Kogel FamRZ 1121, 1122.

<sup>715</sup> BGH FamRZ 1983, 882; Palandt/Grüneberg § 317 Rn. 3ff; Born FPR 2009, 305.

<sup>716</sup> BGH FamRZ 1983, 157, 159.

<sup>717</sup> Vgl. Bergschneider, Verträge in Familiensachen, S. 161, 179.

<sup>718</sup> BVerfG FamRZ 2001, 343, 346 m. Anm. Schwab; 2001, 985.

seitige eheliche Lastenverteilung.<sup>719</sup> In einer richtungweisenden Entscheidung vom 11.2.2004 zur Wirksamkeit von Eheverträgen hat der BGH darauf abgestellt, ob die Vereinbarungen **evident einseitig und unzumutbar** sind.<sup>720</sup> Dies ist umso eher anzunehmen, je mehr der Ehevertrag in den **Kernbereich** des Scheidungsfolgenrechts eingreift. Der BGH hat dazu folgende **Rangabstufung** vorgenommen:

- An erster Rangstelle innerhalb dieses Kernbereichs steht der Unterhalt wegen Kinderbetreuung, an den der Alters- und Krankheitsunterhalt sowie der Versorgungsausgleich anschließen.
- Es folgen in der Rangwertung der Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und der Krankenvorsorge- und Altersvorsorgeunterhalt.
- Die letzte Stelle belegen der Aufstockungs- und der Ausbildungsunterhalt.

**724 Nicht zum geschützten Kernbereich** gehört nach BGH der **Zugewinnausgleich**.<sup>721</sup>

**725** Zur richterlichen Inhaltskontrolle eines Ehevertrags hat der BGH<sup>722</sup> ausgeführt: In einem ersten Schritt ist eine Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 BGB in Form einer Bestandskontrolle durchzuführen. Dabei ist eine Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse der Ehegatten zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorzunehmen. Sittenwidrigkeit eines Ehevertrag kommt nur dann in Betracht, wenn Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass diese Nachteile durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt seien.

**726** Hält ein Ehevertrag der Wirksamkeitskontrolle stand, hat in einem zweiten Schritt die Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB einzusetzen. Hierbei ist zu prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei (unzulässige Rechtsausübung). Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht.<sup>723</sup>

**727** Da der Zugewinnausgleich vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst wird, zeigt er sich – so der BGH<sup>724</sup> – „vertraglicher Gestaltung in weitem Umfang offen. Die Berufung auf eine wirksam vereinbarte Gütertrennung wird sich deshalb nur unter engsten Voraussetzungen als rechtsmissbräuchlich erweisen – so etwa dann, wenn die Ehegatten bei

<sup>719</sup> BVerfG FamRZ 2001, 343, 346.

<sup>720</sup> BGH FamRZ 2004, 601, 605, 607 m. Anm. Borth.

<sup>721</sup> BGH FamRZ 2004, 601, 605, 608; 2005, 691, 692; 2005, 1444, 1448; 2005, 1449; 2007, 974; 2007, 1310, 1311; 2008, 386, 388.

<sup>722</sup> BGH FamRZ 2013, 195 Rn. 17 m. Anm. Bergschneider; 2004, 601, 606.

<sup>723</sup> BGH 2013, 195 Rn. 35; 2011, 1377 Rn. 16; 2008, 386 Rn. 36; 2004, 601, 606.

<sup>724</sup> BGH FamRZ 2004, 601, 608; ebenso 2005, 691, 692; 2005, 1444, 1448; 2005, 1449; 2007, 974; 2007, 1310, 1311; 2008, 386, 388.