

Neue Zeitschrift für Familienrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Dr. Barbara Ackermann-Sprenger, Rechtsanwältin, Stuttgart – Prof. Dr. h.c. Jutta Allmendinger, Ph.D., Präsidentin des Wissenschaftszentrums Berlin für Sozialforschung – Prof. Dr. Christoph Althammer, Universität Regensburg – Hartmut Gubling, Richter am BGH, Karlsruhe – Beate Kiene-mund, Ministerialdirektorin a.D., Berlin – Brigitte Meyer-Wehage, Direktorin des AG Brake – Dr. Johannes Norpoth, Richter am OLG Hamm – Dr. Lore Maria Peschel-Gutzeit, Rechtsanwältin, Senatorin a.D., Berlin – Ingeborg Rakete-Dombek, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin – Dr. Dr. Joseph Salzgeber, Diplom-Psychologe, München – Norbert Schneider, Rechtsanwalt, Neunkirchen – Dr. Barbara Schramm, Rechtsanwältin, München – Ruth Schröder, Ministerialdirektorin im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin – Gerd Uecker, Rechtsanwalt, Hamburg – Jutta Wagner, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin – Prof. Dr. Marina Wellenhofer, Universität Frankfurt a. M.

Schriftleitung: Hans-Otto Burschel, Direktor des Amtsgerichts Bad Salzungen a. D.
Kleiststraße 28, 36277 Schenklengsfeld

NZFam

16 2019

Seite 701–748

6. Jahrgang

3. September 2019

Aufsätze

Dr. Walter Kogel*

Zehn Jahre Reform des Zugewinnausgleichs

Eine leider eher ernüchternde Bilanz

Am 1. September 2009 schlug die Stunde der Reform des Zugewinnausgleichsrechts. Nach den bisherigen Erfahrungen in der Praxis gibt der Autor einen kritischen Überblick zu den Änderungen. Darüber hinaus unterbreitet er Vorschläge für eine aus seiner Sicht notwendige Neufassung einzelner Regelungen.

I. Einleitung

Zeitgleich mit dem FamFG und dem Versorgungsausgleichsgesetz trat die Güterrechtsnovelle zum 1.9.2009 in Kraft. Vorab: Der beabsichtigte „große Wurf“ im Familienrecht ist mit diesem Gesetz wohl kaum gelungen.¹ Schon bald zeigte sich, dass z. B. einige Regelungen, welche durch den Rechtsausschuss unter großem Zeitdruck noch eingefügt wurden, mit arg „heißer Nadel“ gestrickt worden waren. Insbesondere die Vorschrift des § 1379 BGB i. V. m. der Beweislastumkehr des § 1375 II BGB hat sich als wahres „Kuckucksei“ des Reformgesetzes herausgeschält.² Umso bedauerlicher ist es, dass sich der Gesetzgeber trotz der erkennbaren Defizite bis heute nicht zu einer Änderung veranlasst sah.

Bei den zahlenmäßig durchaus überschaubaren Vorschriften sollte man nach folgenden Fallgruppen unterscheiden und zwar:

Regeln,

- die voraussehbar in der Praxis so gut wie keine Bedeutung erlangt haben § 1390 BGB (Haftung Dritter) (sic. II) bzw. mehr haben werden (Übergangsvorschriften)),
- die bedeutsam sind, in der Praxis aber immer noch nicht hinreichend beachtet werden ((§§ 1385, 1386 (vorzeitiger Zugewinnausgleich) und 1586 a BGB (Wohnungszuweisung) (sic. III)),

- die als durchaus gelungen angesehen werden können ((§ 1379 (Beleganspruch), §§ 1378, 1384 BGB (Stichtagsregelung) (sic. IV)) und
- die entweder zumindest überprüfenswert sind oder sich als gänzlich missraten herausgestellt haben ((§ 1374 Abs. 2 BGB (negatives Anfangsvermögen) bzw. §§ 1375 Abs. 2, 1379 Abs. 2 BGB (Auskunft zum Trennungszeitpunkt) (sic. V)).

II. Praxisirrelevante Änderungen

1. § 1390 BGB

Zu den Vorschriften, welche weitestgehend bedeutungslos sind, gehört vor allem § 1390 BGB. Das Vorgehen gegen einen Dritten, der Schenkungen erhält, wurde modifiziert. Soweit ersichtlich, ist zu dieser Norm überhaupt erst eine einzige obergerichtliche Entscheidung ergangen.³ Dies bestätigt die Prognose des „Mauerblümchendaseins“ einer Vorschrift, welche vom Regelungsinhalt gänzlich missraten ist. So setzt sie zunächst grundsätzlich Unentgeltlichkeit der Zuwendung voraus.⁴ Darüber hinaus muss die Absicht bestehen, den ausgleichsberechtigten Ehegatten zu benachteiligen, vgl. § 1390 I BGB. Auch geht sie von einer gesamtschuldnerischen Haftung des Dritten und des Ehegatten aus, obwohl

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht in Aachen

1 Vgl. hierzu bereits die kritischen Stellungnahmen von Braeuer FamRZ 2010, 773 ff; Kogel NZFam 2018, 1119 ff.

2 Dem Vernehmen nach hat das BMJ vergeblich versucht, diese Gesetzesänderung zu verhindern (so Braeuer FamRZ 2010, 778). In dem nach der Gesetzesnovelle in Kraft getretenen Güterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft (§ 1519 BGB) ist ein solcher Auskunftsanspruch zum Trennungszeitpunkt nicht vorgesehen.

3 Vgl. OLG Brandenburg NZFam 2019, 127 mAnm Braeuer.

4 Alternativ wird in § 1390 II BGB die kollusive Zusammenarbeit mit dem zuwendenden Ehegatten eingestuft.

der eine auf Zahlung und der andere nur aus Bereicherungsrecht haften soll. Schließlich schafft sie eine **volle gesamtschuldnerische Haftung** bereits in den Fällen, in denen an den Dritten auch nur 1 EUR mehr übertragen wird, als der Zugewinnausgleichsanspruch beträgt.⁵

Beispielfall:

Der Ehemann hat auf seine Freundin das Festgeldkonto in Höhe von 200.000 EUR, welches gleichzeitig seinen Zugewinn darstellte, in Höhe von 100.100 EUR schenkweise übertragen. Die Ehefrau verfügte über keinen Zugewinn.

Die Lösung nach dem Gesetzeswortlaut ist eigentlich eindeutig: Der Ehemann schuldet 100.000 EUR. Auch die Freundin haftet auf diesen Betrag. Ihr wurden eben nicht nur 100.000 EUR, sondern 100.100 EUR übertragen. Wieso soll die Freundin aber auf den gesamten Betrag mithaften, wenn ihr -vorwerfbar- doch nur 100 EUR überlassen wurden?⁶ Damit wird über das Ziel einer Mithaftung weit hinausgeschossen.

All diese Fälle lassen sich durch anfechtungsrechtliche Vorschriften oder die Regeln des § 826 BGB viel praxisnäher in den Griff bekommen. Eine derartige Lösung über die hingänglich bekannten allgemeinen Regeln bietet zusätzlich den Vorteil, dass Zurückbehaltungsrechte oder Aufrechnungsrechte von vornherein ausscheiden (§ 393 BGB).

Die Vorschrift sollte zumindest gänzlich überarbeitet werden.

2. Die Übergangsregeln

Mit den Übergangsregeln ist der Gesetzgeber leider sehr sorglos umgegangen. Für ihn schien es kaum regelungsbedürftige Varianten zu geben.

- Bei der Behandlung von **Zugewinnverfahren** mit negativem Anfangsvermögen, die bis zum 1.9.2009 noch nicht anhängig waren, hat der Gesetzgeber sich dafür entschieden, dass auf Verfahren zum **Zugewinn** (nicht etwa Scheidung!), die bereits anhängig waren, noch die alte Regelung zu § 1374 BGB gelten solle. Bei diesen Auseinandersetzungen ist damit negatives Anfangsvermögen nicht denkbar. Dieses Anfangsvermögen ist weiterhin mit 0 EUR anzusetzen. Unbillige Ergebnisse dürften sich wohl allenfalls unter dem Gesichtspunkt der groben Unbilligkeit (§ 1381 BGB) korrigieren lassen. Entschieden wurde diese Konstellation scheinbar bislang aber nicht. Für die Verfahren zum **Zugewinn**, welche erst **nach** dem 1.9.2009 als Folgesache anhängig wurden, gilt neues Recht, vgl. Art. 229 § 20 EGBGB. Wie die in der Literatur diskutierte Problematik entschieden werden muss, wenn die Ehegatten zu unterschiedlichen Zeiten (teils vor, teils nach der Reform) den vermeintlichen jeweiligen Zugewinnanspruch rechtsfähig machen, wurde in der Rechtsprechung bislang nicht entschieden.⁷
- Gänzlich übersehen wurde indes die viel näher liegende Problematik zu den §§ 1378, 1384 BGB, die dann entsteht, wenn zwar der **Scheidungsausspruch** vor dem 1.9. 2009 rechtskräftig wurde, der Zugewinn als selbständige Sache aber überhaupt erst nach Inkrafttreten der Novelle anhängig gemacht wurde.⁸ Da grundsätzlich alle Normen der Novelle auch auf Altfälle anwendbar sein sollten, konnte eine Diskrepanz entstehen, sofern nach Rechtsfähigkeit, aber bis zur Rechtskraft der Ehescheidung ein Vermögensverlust eintrat. Nach altem Recht galt § 1378 II BGB a.F.: Es wurde nichts geschuldet, obwohl bei Rechtsfähigkeit rechnerisch eine Forderung bestanden

hatte. Konnte nach der Novelle sich hieran etwas ändern, weil es nunmehr wegen der Neufassung der §§ 1378, 1384 BGB doch nur noch auf die Rechtshängigkeit ankommt?⁹ Anders ausgedrückt: Konnte der Gesetzgeber im Nachhinein in einen abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreifen? Der Güterstand war ja durch die Rechtskraft der Scheidung beendet; die Höhe einer Forderung war damit definiert. Diese Frage war höchst streitig. Sie ist durch den *BGH* erst im Jahre 2014 entschieden worden.¹⁰ Es entspricht einer verfassungskonformen Auslegung der Norm, einen rückwirkenden legislativen Eingriff in einen abgeschlossenen Sachverhalt und eine entstandene Forderung zu untersagen.¹¹ In Fortführung einer Entscheidung des *BVerfG*¹² weist der *BGH* vor allem auf die verfassungsrechtlich problematische Konsequenz einer echten Rückwirkung hin, die nach der Gegenmeinung auftritt. Diese Lösung vertritt der *BGH*¹³ sogar für den Fall, dass der Vermögensverlust illoyal i. S. v. §§ 1375, 1378 II BGB aF herbeigeführt wurde. Auch insoweit gilt: Bestand nach altem Recht zum Zeitpunkt der **Beendigung** des Güterstandes (sprich: Rechtskraft des Scheidungsurteils) kein Zugewinnausgleichsanspruch, so kann mangels einer gesetzlichen Übergangsregelung selbst durch die Güterrechtsnovelle keine Änderung dieser Rechtslage herbeigeführt worden sein. Angesichts der Bankenkrise, die justament zum Zeitpunkt der Novelle grassierte und die die Volatilität mancher Vermögenswerte offenlegte, wurde die Problematik besonders virulent.

Zehn Jahre nach Inkrafttreten der Novelle wird sich das Problem praktisch demnächst „totlaufen“. Zu wünschen wäre, dass der Gesetzgeber bei solch naheliegenden Sachverhalten den Übergangsregeln unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten doch größere Aufmerksamkeit widmen würde. Solche legislativen Peinlichkeiten gilt es zu vermeiden.

III. Vorschriften, die in der Praxis trotz ihrer Bedeutung immer noch nicht umgesetzt wurden.

1. Der vorzeitige Zugewinnausgleich, insbesondere bei dreijähriger Trennung

a) Die Regeln über den vorzeitigen Zugewinnausgleich wurden gänzlich überarbeitet. Leider scheint in der anwaltlichen Praxis immer noch nicht angekommen zu sein, welche immensen Möglichkeiten der Einflussnahme auf das Zugewinnverfahren hierdurch eröffnet werden.

5 Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB, 7. Aufl., Kap. VII Rn. 309; Mü-KoBGB/Koch § 1390 Rn. 12.

6 So zu Recht Schwab/Ernst, ScheidungsrechR-HdB, 7. Aufl., Kap. VII Rn. 309; Mü-KoBGB/Koch § 1390 Rn. 12; a.A. Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung Rn. 929, die entgegen dem eindeutigen Wortlaut eine Haftung nur in Höhe des Ausfallrisikos (hier: 100 EUR) einräumen wollen.

7 Vgl. hierzu Rakete/Dombek FPR 2009, 270: beide Rechtslagen finden Anwendung; dagegen zu Recht Büte FF 2010, 282; Götsche FamRB 2010, 224: nur altes Recht kann Anwendung finden. Ausführlich hierzu Kogel Zugewinnausgleich Rn. 149 ff.

8 Vgl. hierzu die Zusammenfassung bei Kogel Zugewinnausgleich Rn. 156 ff.

9 So in der Tat z. B. Schwamb FamRB 2009, 394; Büte FF 2010, 280; Götsche FamRB 2010, 224.

10 BGH FamRZ 2014, 1610 mAnn Koch = NZFam 2014, 859 bespr. v. Kemper; BGH FamRZ 2017, 1039 mAnn Braeuer = NJW 2017, 2686.

11 So auch OLG Bamberg FamRZ 2013, 1129 = BeckRS 2013, 12093; KG FamRZ 2012, 1642 = BeckRS 2012, 21662; OLG Karlsruhe FamRZ 2014, 940 = BeckRS 2014, 5838; Hauß FamRB 2009, 394. Vgl. hierzu i. Ü. OLG Jena MDR 2009, 516 = BeckRS 2009, 8469 für den ähnlich gelagerten Fall des § 31 GmbH-Gesetz.

12 Vgl. BVerfG NJW 2010, 3629 Rn. 56 mwN.

13 Vgl. BGH FamRZ 2015, 121 mAnm Kogel = NJW 2015, 56.

Im Gegensatz zur früheren Rechtslage reicht nach der Novelle schon die Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 1365 bzw. § 1375 BGB aus. Der Ausgleichsberechtigte muss also nicht mehr abwarten, bis der Verstoß tatsächlich stattgefunden hat und „das juristische Kind in den Brunnen gefallen“ ist. Reicht heutzutage schon die berechtigte Vermutung für eine derartige illoyale Vermögensverfügung aus, sollten die Beteiligten vor allen Dingen die sozialen Medien auf entsprechende Erklärungen überprüfen. In Zeiten, in denen das Internet augenscheinlich eine große Präsentationsbühne gerade für getrenntlebende und frischverliebte Eheleute ist, sind diese Vorschriften von besonderer Bedeutung. Das Selbstdarstellungsbedürfnis mancher Partner, welches vielfach an eine Profilneurose erinnert, führt immer wieder dazu, dass private Dinge bedenkenlos in die Öffentlichkeit hinausposaunt werden. Bei Facebook, Twitter, Whatts-App etc. werden oftmals Beiträge gepostet, von denen sich der Betreffende scheinbar gar nicht bewusst ist, dass diese Elaborate die Voraussetzungen für einen vorzeitigen Zugewinnausgleich schaffen können. So kann es sein, dass mit einem – unzulässigen – Versteigerungsantrag gedroht wird. (Beabsichtigte) Schenkungen an Leben(abschnitts)gefährten werden publiziert. Sind solche Verhaltensweisen aktenkundig oder anzunehmen, muss zugleich immer flankierend in Betracht gezogen werden, dass der Zugewinnausgleichsanspruch im Arrestwege abgesichert werden kann. Zwar war schon nach altem Recht zuletzt weitgehend anerkannt, dass eine Absicherung durch Arrest denkbar sei.¹⁴ Nunmehr ist dies zweifelsohne möglich, zumal die Vorschrift des § 1389 BGB a.F. (Sicherheitsleistung) durch den Gesetzgeber abgeschafft wurde. Diese gänzlich unpraktikable und nie genutzte Norm war von den Verfechtern der Gegenmeinung ja immer als Argument dafür herangezogen worden, dass der Gesetzgeber über die vermeintliche Spezialregelung eine andere Lösung im Auge hatte als die allgemeine Absicherung nach der ZPO.

Über eines muss man sich aus Anwaltsicht allerdings im Klaren sein: Konnte sich früher der Rechtsvertreter darauf berufen, dass doch erst ein tatsächlicher Verstoß vorliegen müsse, um den vorzeitigen Zugewinnausgleich einzuleiten, wird jetzt eine viel frühere Reaktion verlangt. Berichtet der Mandant z. B. darüber, sein Partner habe angedroht „die Lebensversicherung platt zu machen“, „das Haus in die Versteigerung zu treiben“, „Geld im Spielcasino zu verdoppeln“ oder „Schulden ohne Ende zu machen“ etc., so muss sofort die Möglichkeit eines beherzten Zugreifens in Erwägung gezogen werden, vorausgesetzt solche Äußerungen stellen nicht nur bloße leere Drohgebärden oder Plättitüden dar. Das Haftungsrisiko ist also gestiegen.

b) Unverständlich bleibt, dass die Hauptmöglichkeit eines vorzeitigen Zugewinnausgleiches in Form der dreijährigen Trennung nach wie vor in der Praxis nicht ausgeschöpft wird.¹⁵ Sofern Eheverfahren länger dauern, beruht dies erfahrungsgemäß darauf, dass sich die Vermögensauseinandersetzung über den gesetzlichen Güterstand hinzieht. In der Regel werden ja zur Werthaltigkeit von Vermögenswerten Gutachten eingeholt; Zeugen zum behaupteten Anfangsvermögen werden befragt, etc. Falls der Zugewinn als Folgesache im Rahmen des Verfahrens eingeführt wird, ist dies oftmals der Grund für die (über)lange Dauer des Scheidungsverfahrens. Derjenige, der anspruchsberchtigt ist, muss sich über folgendes im Klaren sein: Mit dieser Vorgehensweise (Zugewinn im Verbund) vollführt er einen „juristischen Tanz auf der Rasierklinge“. Natürlich kann er ein Interesse daran haben, das Verfahren möglichst lange hinaus zu ziehen. Zum Beispiel kann der Getrenntlebenunterhalt sicher sein, während der nacheheliche Unterhalt befristet wurde oder aufgrund einer ehevertraglichen Vereinbarung wirksam ausgeschlossen ist.

Auch kann der Versuch, die Teilungsversteigerung zu verhindern¹⁶ oder das Szenario einer Witwenrente, welche lukrativer zu sein scheint als der Versorgungsausgleich, Motiv für eine derartige Folgesache sein.¹⁷ Demgegenüber ist aber immer abzuwagen die Gefahr, dass der Zugewinnausgleich erst viel später ausgeurteilt wird. Sofern der Zugewinn als Folgesache mit der Ehescheidung zusammen entschieden wird, entsteht dann erst die Forderung (vgl. § 1378 III 2 BGB). Frühestens ab dann können Zinsen verlangt werden. Bei älteren Eheleuten kann ein „worst-case“ Szenario wie folgt eintreten: Der Zugewinnverpflichtete verstirbt vor Rechtskraft der Scheidung. Damit entsteht der Ausgleichsanspruch erst gar nicht. In diesem Fall ist der andere Partner wegen § 1933 BGB regelmäßig nicht mehr erbberechtigt. Weiterhin bleibt es also bei der These: In der Regel ist die Geltendmachung eines Zugewinnausgleichs in Form eines Folgeantrages ein erheblicher taktischer anwaltlicher Fehler mit entsprechenden haftungsrechtlichen Konsequenzen.¹⁸

Falls man aber nun diesen taktischen Fehler einmal begangen hat, eröffnen die §§ 1385 Nr. 1, 1386 BGB eine Lösungsmöglichkeit. Nach diesen Vorschriften ist bei dreijähriger Trennung auf jeden Fall ein vorzeitiger Zugewinnausgleich durchsetzbar. Eine weitere Voraussetzung (insbesondere ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis oder ähnliches) gibt es nicht. Auf diese Weise lässt sich der Verbund mit dem Zugewinn zumindest nach dreijähriger Trennung wieder auflösen. Die Gegenseite muss nur zuvor mit Fristsetzung entsprechend aufgefordert werden, dem vorzeitigen Zugewinn in notarieller Urkunde oder zu Protokoll des Gerichts zuzustimmen.¹⁹ Tut sie dies nicht, ist der Weg für einen separaten vorzeitigen Zugewinnausgleichsantrag geebnet. Die Praxis zeigt: Überwiegend werden solche Anfragen gar nicht beachtet; allenfalls werden sie mit dem – falschen – Hinweis kommentiert, dass wegen des laufenden Scheidungsverfahrens und einer angeblichen doppelten Rechtshängigkeit der vorzeitige Zugewinn unzulässig sei.²⁰ Dabei handelt es sich in diesen Fällen bei dem vorzeitigen Zugewinn doch um einen Gestaltungsantrag. Er verfolgt ein ganz anderes Ziel, als der Zahlungsantrag im Verbund. Es handelt sich gerade nicht um eine Folgesache, sondern um ein selbständiges Verfahren mit einem eigenen Aktenzeichen.²¹ Der Stichtag der Ehesache bleibt.²²

Die Konsequenz ist: Die Folgesache Zugewinn ist abzutrennen. Sie wird ja nicht mehr „für den Fall der Scheidung“ verfolgt. Wird nunmehr die Scheidung ausgesprochen, wird der Güterstand beendet. Ab diesem Zeitpunkt ist die Forderung fällig und nach entsprechender Mahnung auch zu verzinsen. Genau hierin liegt die große Gefahr, falls dieser Weg nicht beschritten wird. Gerade dann, wenn Verfahren länger

14 Vgl. ausführlich zur früheren Rechtslage den Überblick bei Kogel Zugewinnausgleich Rn. 1463 ff. mit Rechtsprechungsnachweisen.

15 Vgl. hierzu ausführlich Büte FuR 2012, 516; Büte FuR 2018, 114; Büte FuR 2018, 172; Herr FamRB 2018, 368; Kogel FF 2018, 146 ff.

16 Vgl. zu diesem mittlerweile höchststreitigen Problem OLG Hamburg FamRZ 2017, 1829 = NZFam 2018, 32 mAnn Erbarth; Wever FamRZ 2019, 504; Engels Rpflger 2017, 727; Mast FamRB 2018, 5; Götsche FuR 2018, 513; Kogel FamRZ 2017, 1830; Kogel FamRB 2018, 202.

17 Zur möglichen Motivlage vgl. ausführlich bereits Kogel NZFam 2018, 335.

18 Ausführlich zu dieser Problematik Kogel Zugewinnausgleich Rn. 1424 ff. Kritisch Rossmann, Taktik Rn. 3410. Er meint, diese These müsse relativiert werden.

19 Geschieht dies nicht und anerkennt der Antragsgegner trägt der Antragsteller die Kosten. Vgl. zu dieser Problematik OLG Karlsruhe FamRZ 2012, 1967 = BeckRS 2012, 7202.

20 Vgl. hierzu ausführlich Herr FamRB 2018, 368 ff.

21 Vgl. OLG Celle FamRZ 2012, 1941 = NJOZ 2012, 1914.

22 OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 466 = BeckRS 2004, 9472; Kohlenberg NZFam 2018, 359; Sachs/Völlings FamRB 2015, 226.

dauern, spielen i. d. R. erhebliche Vermögenswerte eine Rolle. Wird die Fälligkeit um Jahre hinausgeschoben ohne die Möglichkeit eines vorzeitigen Zugewinnausgleiches überhaupt zu erwägen und ggf. dem Mandanten zu empfehlen, steht der Regressanspruch im Raum.

Beispielfall²³

Die Eheleute trennen sich im Jahre 1994. Der Ehemann betreibt eine röntgenologische Praxis. Nach einjähriger Trennung reicht die Ehefrau den Scheidungsantrag ein. Sie macht im Verbund eine Forderung von 2,5 Millionen EUR geltend. Der Wert ergibt sich aus dem von ihr behaupteten Wert der Praxis. Der Ehemann ist der Auffassung, die Praxis habe lediglich einen Wert von 1 Million EUR. Das Scheidungsverfahren läuft 13 (!) Jahre. Eine Abtrennung erfolgt nicht. Das Gericht hat mehrere Gutachten eingeholt.

Sicherlich kann man schon darüber trefflich streiten, ob es überhaupt sinnvoll war, in diesem Fall den Zugewinn in den Verbund mit aufzunehmen. Sofern die Ehefrau nicht über die hieraus sich ergebenden Nachteile aufgeklärt wurde und keine Notwendigkeit für ein Verbundverfahren gegeben war (z. B. durch einen hohen Getrenntlebenunterhalt), ist der Anwaltsregress programmiert. Zumindest muss aber drei Jahre nach der Trennung der vorzeitige Zugewinnausgleich erwogen werden, um den Güterstand zu beenden und diese Folgesache abtrennen zu lassen. Selbst ein Teilbeschluss konnte über den unstreitigen Teil des Zugewinns (1 Million EUR) im Verbund nicht ergehen.²⁴ Die restriktive Judikatur unterstellt ansonsten zu Recht hierbei die Gefahr widersprechender Entscheidungen. Der Zinsschaden (Verlust der Zinsen, die bei einem vorzeitigen Zugewinn erzielt worden wären), ist bei diesem Fall immens. Während der gesamten Zeit wurde nicht einmal der unstreitige Teil von 1 Million EUR verzinst. Die gesetzlichen Zinsen haben in der Vergangenheit starken Schwankungen unterlegen. Sie betragen teilweise bis zu 9 %.²⁵ Bei einem durchschnittlichen Zinssatz von damals nur 7 % ergibt sich unter Berücksichtigung des „unstreitigen“ Betrages ein sicherer Zinsverlust von 70.000 EUR pro Jahr. Legt man den Vortrag der Ehefrau zu Grunde, ergibt sich sogar ein jährlicher Schaden von 2,5 Millionen EUR × 7 % = 175.000 EUR. In einem derartigen Fall dürfte sich die Frage einer ausreichenden Haftpflichtversicherung stellen.

Selbst der Zugewinnausgleichspflichtige, der die Tortur des Verbundverfahrens nicht länger mitmachen will, kann sich gemäß § 1386 BGB hieraus lösen. Auch er muss nur die dreijährige Trennungsfrist vortragen. Nach ganz überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur²⁶, der sich nunmehr auch der BGH²⁷ angeschlossen hat, bedarf es für einen solchen Antrag keines weiteren Rechtsschutzbedürfnisses. Der Zugewinn wird auf diese Weise aufgelöst. Die Scheidung muss ausgesprochen werden. Ganz anders als bei § 140 II Nr. 5 FamFG hängt es nicht vom Ermessen des Gerichts ab, ob das Verfahren überlang dauert und eine unzumutbare Härte vorliegt. Eine solche Entscheidung wäre noch nicht einmal anfechtbar, vgl. § 140 VI FamFG. Der Nachteil für den Verpflichteten besteht allerdings darin, dass seine Zugewinnverbindlichkeit verzinst wird.

Vorschlag: Da man auf diese Weise den Verbund aufbrechen kann, sollte der Gesetzgeber überlegen, ob er nicht in § 140 III FamFG eine Regelung aufnimmt, bei welcher nach einer dreijährigen Trennung auf entsprechenden Antrag das Gericht den Zugewinn abtrennen muss. Ist dies die einzige Folgesache, kann die Scheidung ausgesprochen werden. Auf diese Weise könnte das Verfahren über den vorzeitigen Zugewinnausgleich mit einer kostenträchtigen separaten Fami-

liensache vermieden werden. Über diese ist ja auf jeden das Ziel der Auflösung des Verbundes erreichbar.

2. Die Regeln über die Wohnungszuweisung und die Aufteilung der Haushaltsgegenstände, §§ 1568 a/b BGB

Vielfach unbeachtet wurde mit der Güterrechtsnovelle auch eine Neufassung der Wohnungszuweisung nach Scheidung der Ehe und der Aufteilung der Haushaltsgegenstände (früher: Hausratsgegenstände) vorgenommen.²⁸

a) § 1568 a BGB

Eine ähnliche Vorschrift war bereits in §§ 5,6 Hausratsverordnung enthalten. Schon damals spielte sie in der Praxis aber kaum eine Rolle. Nunmehr ist allerdings den Ehegatten die Möglichkeit eröffnet worden, hinsichtlich der Ehewohnung durch das Gericht eine Regelung herbeizuführen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Eheleute Eigentümer einer Wohnung oder eines Hauses sind, kann jetzt sogar ein Mietvertrag begründet werden, vgl. § 1568 a V BGB. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Eheleute Alleineigentümer sind (§ 1568 a I BGB) oder ob Eigentum mit einem Dritten besteht (§ 1568 a II BGB). Die Eingriffsmöglichkeiten sind unterschiedlich stark ausgeprägt. Bei Miteigentum nur der Eheleute kann die Überlassung schon im Rahmen einer Prüfung nach *Billigkeit* vorgenommen werden. Ein Eingriff in das Eigentum eines Dritten ist lediglich dann möglich, sofern es *notwendig* ist, eine *unbillige Härte* zu vermeiden.

Gerade bei Miteigentum der Eheleute wird vielfach nicht erkannt, dass durch die Begründung eines Mietverhältnisses die Auseinandersetzung der Immobilie erheblich erschwert werden kann.²⁹ Sofern der im Haus lebende Ehegatte dort lediglich aufgrund seiner ehemaligen Eigentümerstellung lebt, kann er im Rahmen einer Teilungsversteigerung bei einem Zuschlag an einen Dritten mit dem Zuschlagsbeschluss geräumt werden, vgl. § 93 ZVG. Ist indes ein Mietvertrag vereinbart, besteht diese Möglichkeit nicht. Nunmehr genießt er **Mieterschutz**. Eine Ersteigerer muss eine Räumungsklage gegen diesen Ehegatten führen. Erfahrungsgemäß scheuen sich Drittinteressenten aber, einen solchen Weg zu gehen. Es handelt sich in der Regel um Selbstnutzer. Vielfach steht bereits eine Finanzierung für den Erwerb. Zeitnah und ohne Räumungsprozess wollen sie das Objekt beziehen. Gerichtliche Verfahren, die gegebenenfalls noch zwei Instanzen durchlaufen und bei denen im ungünstigsten Fall sogar Räumungsschutzanträge gem. § 765 a ZPO drohen, scheuen sie.

Allerdings stellt sich die Frage: Darf ein Gericht tatsächlich einen derartigen zeitlich unbefristeten Mietvertrag begründen?³⁰ Zumindest dann, wenn der andere Ehepartner auf diese Nachteile hinweist, wird ein Gericht überdenken müssen, ob der Mietvertrag nicht den Anspruch jedes der Partner, zeitnah und problemlos das Eigentum auseinandersetzen

23 S. bereits die Besprechung in NZFam 2018, 339; ein Fall aus der Praxis leider.

24 Vgl. zu dieser Problematik OLG Celle FamRZ 2012, 1941 = NJOZ 2012, 1914; OLG Naumburg FamRZ 2010, 393 = BeckRS 2010, 29092; OLG Köln FamRZ 1989, 296.

25 So in den Jahren 2000-2002 und 2008.

26 Vgl. OLG München NJW 2012, 1373; OLG Dresden FamRZ 2017, 1563 = BeckRS 2017, 127273; Gomille NJW 2012, 1545; NK/Fischer BGB § 1386 Rn. 8; Johannsen/Henrich BGB § 1386 Rn. 4; a. A. Schöfer-Liebl FamRZ 2011, 1628; Schöfer-Liebl FamRZ 2012, 87.

27 BGH FamRB 2019, 211.

28 Die Hausratsverordnung von 1944 stammte noch aus der NS Zeit und war von den Kriegsverhältnissen geprägt.

29 Vgl. hierzu und zu den Abwehrmöglichkeiten die Zusammenfassung bei Kogel, Strategien bei der Teilungsversteigerung Rn. 484 ff.

30 Skeptisch bereits bei einer Zuweisung OLG Saarbrücken FamRZ 2013, 1982 = BeckRS 2013, 9148.

zu können,³¹ tangiert wird. Der andere Ehepartner muss bereits im Ausgangsprozess tunlichst darauf hinweisen, dass jedenfalls ein unbefristeter Mietvertrag seine Eigentumsrechte im Sinne von Art. 14 GG infrage stellt.³² Er muss darauf drängen, dass der Mietvertrag allenfalls bis zur Zuschlagserteilung zu befristen ist.³³

b) § 1568 b BGB

Dem Gericht wird die Möglichkeit eröffnet, Haushaltsgegenstände, welche im gemeinsamen Eigentum stehen, nach Bilanzierung zu verteilen. Nach Abs. II wird davon ausgegangen, dass Sachen, welche während der Ehe für den gemeinsamen Haushalt angeschafft wurden, im Miteigentum stehen. Dies ist auch naheliegend und wurde in ähnlicher Form nach altem Recht so gehandhabt. Die Rechtsprechung berief sich damals auf das sogenannte „Geschäft für den, den es angeht“.³⁴ Selbst wenn nur einer der beiden Ehegatten beim Erwerb eines Haushaltsgegenstandes nach außen alleine auftrat, kaufte er dies bei intakter Ehe doch im Zweifel für die Gemeinschaft. Dem Verkäufer war es egal, an wen übereignet wurde; für ihn stand der Verkaufserlös im Vordergrund.

Gegenstände, welche jemand tatsächlich alleine erworben hat oder die er mit in die Ehe eingebracht hat, sind hingegen über den Zugewinnausgleich zu regeln.³⁵ Sie gehören also entweder zum Anfangs- und/oder Endvermögen.

Vielfach ist folgende Rechtssituation unbekannt: Ein Hausratsgegenstand, den ein Ehegatte vor dem 1.9.2009 alleine erworben hat, und der nunmehr ersetzt wird, zählt im Zweifel über eine Ersatzbeschaffung immer noch zu seinem alleinigen Eigentum. Zwar ist § 1370 BGB (sog. Ersatzbeschaffung) aufgehoben worden. Für die alten Gegenstände ist aber wohl aus verfassungsrechtlichen Gründen die alte Rechtslage im Rahmen der Übergangsregelung für anwendbar erklärt worden.³⁶ Soll damit aber die Praxis mit dieser „Altlast“ noch etwa Jahrzehntelang leben müssen? Ein klarstellendes Wort des Gesetzgebers wäre hilfreich, bevor erneut die Rechtskonstruktion des Geschäfts, für den, den es angeht, bemüht werden muss.

Bei einer Neuregelung wäre vielleicht auch zu überdenken, in welcher Form die Ausgleichszahlung gemäß § 1568 b III BGB zu erfolgen hat.³⁷ Ist hierbei der aktuelle Verkehrswert maßgebend?³⁸ In Zeiten eines immerwährenden Konsums führt dies oftmals dazu, dass gar keine nennenswerten Zahlungen mehr geschuldet werden. Gegenstände verlieren schlagartig ihren Wert, sobald sie ein einziges Mal genutzt wurden. Oder sollte möglicherweise darauf abgestellt werden, wie lange der Gegenstand noch zu nutzen ist und damit dem Ehegatten, dem er zugewiesen wird, dienen kann?³⁹ Bei dieser Betrachtung würde man den Gegenstand wertmäßig quasi linear abschreiben.

IV. Vorschriften, die überdacht bzw. überarbeitet werden müssen

1. Das negative Anfangsvermögen

Auf verschiedenen Familiengerichtstagen⁴⁰ war immer wieder die Forderung laut geworden, ein negatives Anfangsvermögen einzuführen. Angeblich komme es zu gänzlich unbilligen Ergebnissen, sofern das Anfangsvermögen nur minimal mit 0 Euro angesetzt werde. Nach langem Zuwartern ist der Gesetzgeber in der Novelle dieser Forderung nachgekommen. Hat diese Neuregelung aber die erhofften positiven Auswirkungen? Der Verfasser meint: Nein. Zumindest überwiegen die Nachteile.⁴¹

Das Durchschnittsalter von Personen, welche die Ehe eingehen, ist in den letzten Jahren signifikant gestiegen.⁴² Dies führt dazu, dass in vielen Fällen Ehepartner bereits im Beruf stehen. Sie beginnen die Ehe mit einem positiven Vermögen. Das Problem der Überschuldung bei Eheschließung, die dann während der Ehe zu einem Zugewinn führt, ist doch eher selten anzutreffen. Sofern eine größere Verschuldung vorliegt, bleibt das dem anderen Ehepartner nicht verborgen. Regelmäßig wird in diesen Fällen eine Gütertrennung vereinbart. Erfahrungsgemäß lassen sich die Beteiligten dabei von der – gänzlich unrichtigen – Vorstellung einer ansonsten bestehenden vermeintlichen „Sippenhaft“ leiten. Darüber hinaus ist eine solche Überschuldung zu Beginn der Ehe nach Jahr und Tag kaum noch nachweisbar. Zumeist sind die Aufbewahrungsfristen bei Banken bereits abgelaufen.⁴³ Kurzum: Wenn eine Überschuldung zu Beginn der Ehe schon sehr selten ist, wird dies im Ernstfall „Scheidung“ kaum noch nachweisbar sein. Allenfalls die Insolvenz, die kurz nach der Eheschließung eingeleitet wurde, ist eine mögliche Variante. Gerade bei der Insolvenz ist aber äußerst strittig, in welchem Umfang die Verbindlichkeiten beim Anfangsvermögen zu berücksichtigen sind und ob dieser Fall gleich zu behandeln ist wie die Einbringung von Schulden in die Beziehung und deren Tilgung.⁴⁴

Ehescheidungen mit einem negativen Anfangsvermögen sind also eher Orchideenfälle. Die Reform hat auf jeden Fall folgenden ganz erheblichen praktischen Nachteil mit sich gebracht: Nunmehr muss in jedem Fall auch zum Anfangsvermögen eine Auskunft mit Belegen erteilt werden. Viele Ehegatten tun sich schon schwer, eine Auskunft zum Endvermögen mit entsprechenden Belegen vorzulegen. Beim Anfangsvermögen wird dies geradezu unmöglich. Die Folge ist: An diesem Punkt kann die Auskunftsstufe mit dem Beleganspruch das Verfahren endlos ausdehnen. Zwangsläufig führt dies zu einer Verzögerung des Ehescheidungsausspruchs. Zudem ist die Frage der Beweislast ungeklärt. Nach einer Meinung sollen die Grundsätze der sekundären Darlegungs- und Beweislast gelten.⁴⁵ Zu Recht wird überwiegend wird aber angenommen, dass derjenige, der sich auf negati-

31 Vgl. insoweit §§ 749, 753 BGB.

32 So MAH FamR § 16, Rn. 143.

33 In diesem Sinne Uecker FPR 2013, 368; Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung Rn. 1228; Münch, Scheidungsmobilie Rn. 945.

34 Vgl. hierzu BGH FamRZ 1991, 923 = NJW 1991, 2283; Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung Rn. 534.

35 Vgl. BGH FamRZ 1984, 144 = NJW 1984, 484.

36 Vgl. Art. 229 § 20 EGBGB.

37 Vgl. hierzu den Überblick bei Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung Rn. 534 ff.

38 In diesem Sinne OLG Stuttgart FamRZ 1993, 1461 = BeckRS 1993, 3739; Schwab/Ernst, ScheidungsR-HdB, 6. Aufl., VII Rn. 83; vgl. hierzu auch Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung Rn. 534 ff. und 1309 ff.

39 So die wohl überwiegende Meinung vgl. Palandt/Brudermüller BGB § 1376 Rn. 75; MüKoBGB/Koch § 1376 Rn. 11; weitere Nachweise bei Schulz/Hauß Vermögensauseinandersetzung Rn. 534 ff.

40 Vgl. z.B. 15. DFGT FamRZ 2003, 1908.

41 Ausführlich hierzu Kogel Zugewinnausgleich Rn. 179 ff.; vgl. auch die Bedenken des Familienrechtsausschusses in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf www.anwaltverein.de. Stellungnahme 5/08; grundsätzlich positiv zu einer solchen Änderung hingegen Koch FamRZ 2008, 1124 ff.

42 Nach den Angaben von Statista lag das durchschnittliche Heiratsalter für Männer im Jahre 1991 bei ca. 28 Jahren, im Jahre 2017 hingegen bei 34 Jahren, Tendenz steigend.

43 Nach destatis beträgt die durchschnittliche Ehedauer bei Scheidungen derzeit 14 Jahre und 8 Monate.

44 Vgl. hierzu einerseits OLG Stuttgart NJW 2014, 2885; Janlewing, Insolvenzrecht Rn. 37; Kogel FamRZ 2015, 715; sowie andererseits MüKoBGB/Koch § 1376 Rn. 18; OLG Naumburg FamRZ 2015, 748 = BeckRS 2105, 8465 mit zustimmender Anmerkung von Koch FamRZ 2016, 1021 f.

45 So Krause, Zugewinnausgleich, Rn. 30 ff.; Krause ZFE 2009, 284.

ves Anfangsvermögen beruft, hierfür darlegungs- und beweispflichtig sei.⁴⁶

Der Hang des Gesetzgebers, perfektionistisch jeden singulären Orchideenfall im Vorhinein zu regeln, hat den großen Nachteil der massiven Verzögerung vieler Verfahren mit sich gebracht. Aus Sicht des *Verfassers* ist die Kosten-Nutzen-Analyse des negativen Anfangsvermögens schlichtweg nicht überzeugend. Sollte im Einzelfall eine derartige Konstellation einmal vorkommen, kann immer noch versucht werden, über § 1381 BGB eine entsprechende Anpassung zu erreichen. Der Gesetzgeber müsste sich nur dazu entschließen, diese Variante als Beispiel einer möglichen unzumutbaren Härte aufzunehmen.

2. Die Auskunft zum Trennungszeitpunkt

Ohne dass dies vorab überhaupt jemals besprochen worden wäre, wurde durch den Rechtsausschuss unerwartet die Vorschrift des § 1379 II BGB in Verbindung mit § 1375 II BGB aufgenommen. Dies hat sich als wahres „Kuckucksei“ der Güterrechtsnovelle herausgestellt. Unstreitig ist: Der Anspruchsteller muss **taggenau** das Trennungsdatum angeben.⁴⁷ Genau dies ist das große Problem, über welches sich die Beteiligten lange und ausgiebig gegebenenfalls mit Beweisaufnahme streiten. Eine ordentliche Ehe geht unordentlich zu Ende.⁴⁸ Dies ist ein schleichender Vorgang, der vielfach nicht mit einem großen „Knall“ endet.⁴⁹ Taggenau den Trennungstag anzugeben, gelingt in den seltensten Fällen. Sobald einer der Beteiligten merkt, welche Rechtsfolgen hiervon abhängen, wird die Frage des Trennungsdatums problematisiert. Sind nämlich Vermögensverschiebungen bis zum Endvermögensstichtag gegeben, wirkt sich dies im Zweifel negativ aus. In der Regel gelingt dann auch nicht der Nachweis, dass es sich nicht um eine illoyale Vermögensverfügung gehandelt hat. Zahlreiche Beispiele in der neueren Rechtsprechung, in denen sich die Verfahren über mehrere Jahre hinzogen, verdeutlichen, dass dringend Abhilfe nötig ist.⁵⁰ So haben *Völlings/Füllbier*⁵¹ zum Beispiel folgendes vorgeschlagen: Stichtag für den Trennungszeitpunkt soll das Zerwürfnis der Eheleute sein. Ab dann soll die Möglichkeit eines prozessualen Antrages geschaffen werden, der von jedem Beteiligten an das Gericht formuliert werden kann.

Alternativ⁵² war erwogen worden, dem Antragsteller die Möglichkeit einzuräumen, während der Zeit der Trennung den Stichtag einseitig zu bestimmen. Dem deutschen Recht wäre eine solche Trennungserklärung nicht fremd. Hierauf hat bereits *Braeuer*⁵³ hingewiesen. In dem früheren § 15 IV Lebenspartnerschaftsgesetz wurde eine beurkundungsbedürftige Trennungserklärung für einen Aufhebungsanspruch vorgeschrieben.

Herr⁵⁴ hat folgenden Vorschlag unterbreitet:

Ist der Trennungstag streitig, soll sich die Verpflichtung zur Auskunftserteilung auf den früheren (Variante: späteren) der beiden von den Eheleuten genannten Stichtage beziehen. Wird zu diesem Trennungstag keine taggenaue Angabe gemacht, soll der Monatsletzte maßgebend sein, der dem genannten Zeitraum, in welchem die Trennung stattgefunden haben soll, vorausgeht. Wird der Trennungstag weder taggenau noch mit einem Zeitraum angegeben, gilt die Angabe des anderen Ehegatten zum Trennungszeitpunkt“.

IV. Gelungene Vorschriften

1. Beleganspruch

Mit der Güterrechtsreform hat der Gesetzgeber zu Recht einen Beleganspruch eingeführt. Bis dahin war dies nur im

Rahmen des Unterhaltes gemäß § 1605 BGB vorgesehen. Töbt der vermögensrechtliche Rosenkrieg, führt ein Beleganspruch dazu, dass zumindest eine Überprüfung der Angaben durchsetzbar ist. Selbst nach Einführung dieses Beleganspruches kommt es erfahrungsgemäß immer wieder vor, dass -bewusst oder unbewusst – eben nicht stichtagsbezogene oder gar falsche Angaben gemacht werden. Dies lässt sich überhaupt nur mit einem Beleg, der unter Umständen auch noch hergestellt werden muss,⁵⁵ nachvollziehen.

Über eins muss man sich hier im Klaren sein: Der Beleganspruch zu den verschiedenen Zeitpunkten (Anfangsvermögen, Trennungszeitpunkt, Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages) hat zu einer erheblichen Ausweitung und Verzögerung von Verfahren geführt. Eigentlich kann ein Beleganspruch erst dann verlangt werden, nachdem die Auskunft erteilt wurde. Die vielfach anzurenden Anträge wos nach Auskunft erteilt werden müssen „mit entsprechendem Belegen“, sind nicht vollstreckbar.⁵⁶ Ein solcher Titel ist nichts wert. Detailliert muss jeder Beleg benannt werden, der herausverlangt wird. Das bedeutet einen erheblichen Zeitverlust bis zur Spezifizierung des Zahlungsantrages.

2. Die Stichtagsregelung gem. §§ 1378, 1384 BGB.

Bei aller bisheriger Kritik: Diese Vorschrift dürfte als das gelungene Herzstück der Gesetzesnovelle angesehen werden.⁵⁷ Bis zum 31.8.2009 war für die Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruches die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages maßgebend. Die Zugewinnausgleichsforderung wurde und wird aber erst fällig, wenn der Güterstand beendet wird (§ 1378 III 2 BGB). Dies kann Monate, teilweise Jahre später sein. Sofern sich bis dahin das Vermögen des Verpflichteten verminderte, wurde nach altem Recht nur noch das geschuldet, was vorhanden war. Die herrschende Meinung war der Ansicht, dass bei einer Einrede gemäß § 1378 II a.F. BGB diese Rechtsfolge sogar dann eintrat, wenn der Verpflichtete arglistig handelte, also z. B. das Geld zwischen den Stichtagen in Benachteiligungsabsicht ausgab.⁵⁸ Nach der Reform wurde im Rahmen eines Falles der Übergangsregelung diese Ansicht vom *BGH*⁵⁹ bestätigt.

46 Vgl. *Klein* FuR 2009, 654f.; ähnlich *Brudermüller* NJW 2010, 404; ebenso *Hoppenz* FamRZ 2008, 1891; *Johannsen/Henrich* BGB § 1374 Rn. 18; *Klein/Bomhardt/Hauer*, Familienvermögensrecht Kap. 2, Rn. 1727; OLG Hamburg NZFam 2015, 220 mAnm *Braeuer*.

47 So zu Recht im Hinblick auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut *Klein*, Reform, § 5, Rn. 250; *Braeuer* FamRZ 2010, 778.

48 So treffend *Braeuer* FamRZ 2010, 778.

49 KG FamRZ 2019, 524 = NZFam 2109, 90 bespr. v. N. Schneider spricht im Leitsatz von einem „spektakulären Akt“.

50 OLG Köln FF 2018, 323 mAnm *Kogel* (6 Jahre seit der Trennung) = BeckRS 2018, 18021; KG FamRZ 2019, 524 mAnm *Kogel* (4 Jahre und bereits zweite Entscheidung der Beschwerdeinstanz); *Mast* FF 2019, 165; (die erste Entscheidung des Senats zu demselben Fall ist in FF 2017, 327 = BeckRS 2016 124959 veröffentlicht); BGH NZFam 2019, 170 mAnm *Kuckenburg* (Trennung 2004, die Auskunft ist immer noch nicht erteilt!)

51 *FuR* 2003, 9, 13.

52 In diesem Sinne *Bergschneider* FamRZ 2009, 1716.

53 Zugewinnausgleich, 2. Aufl., Rn. 662 im Anschluss an *Rakete-Dombek* FPR 2009, 270.

54 Das familienrechtliche Mandat, Rn. 9, § 63.

55 Str. vgl. *Braeuer* FamRZ 2010, 776f.; a. A. wohl die h. M. z. B. *Erman-Budzikiewicz* BGB § 1379 Rn. 14; *Siede* FamRZ 2019, 1049 m. w. N.; offengelassen in der Entscheidung OLG Köln FamRZ 2019, 1046 = NZFam 2019, 274 bespr. v. *Simon*.

56 Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2004, 820 = BeckRS 2004, 06708; *Cirullies* Vollstreckung in Familiensachen Rn. 12; *Braeuer* FamRZ 2010, 777; sowie zum Umfang der Auskunft OLG Brandenburg FamRZ 2019, 1049 = BeckRS 2018, 32285.

57 Von den Problemen bei der Übergangsregelung sei einmal abgesehen.

58 Vgl. den Überblick zur alten Rechtslage bei *Kogel* Zugewinnausgleich Rn. 1545 ff.

59 Vgl. *BGH* FamRZ 2015, 121 mAnm *Kogel* = NJW 2015, 56

Damit entstand eine fatale Konstellation: Der Zugewinnausgleichsberechtigte konnte die „besten Karten“ bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs haben. Bei Arglist des anderen konnte dies immer noch unterlaufen werden. Selbst durch Arrest erlangte Sicherheiten konnten wegen der Akzessorietät verloren gehen. Die einzige Chance, dies zu vermeiden, bestand darin, den Güterstand frühzeitig zu beenden. Durch die Neufassung des § 1384 BGB wird derartigen Praktiken nunmehr ein Riegel vorgeschoben. Für die **Berechnung und die Höhe** kommt es abschließend (nur noch) auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit an. Der weitere Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung ist demgegenüber unbedeutend.

Umso bedauerlicher ist es, dass nahezu gleichzeitig mit der Novelle die Frage auftauchte, ob der auf diese neue Weise berechnete Zugewinnausgleich im Hinblick auf §§ 242, 1381 BGB nicht doch noch abgeändert werden könne.⁶⁰ Seinen Grund hatte dies wohl darin, dass justament mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Güterrechtsnovelle die Bankenkrise einsetzte. Aktien, Wertpapiere und alle volatilen Vermögenswerte, die zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit noch einen hohen Wert hatten, waren plötzlich wertlos. Selbst der BGH⁶¹ hat es theoretisch für möglich gehalten, dass insoweit eine Abänderung des gesetzlich eindeutigen Ergebnisses noch in Betracht kommen könnte. Entschieden wurde dies bislang höchstrichterlich aber nicht.

Diesen Tendenzen ist entschieden entgegenzutreten. Damit wird die wohlüberlegte Entscheidung des Gesetzgebers, womit es eben nur auf den Stichtag der Rechtshängigkeit ankommen kann, konterkariert. Der Zugewinnausgleich ist holzschnittartig aufgebaut. Ganz bewusst hat der Gesetzgeber Ungerechtigkeiten in Kauf genommen. Es kann nicht sein, dass über die Schiene der allgemeinen Billigkeitsvorschriften das vom Gesetzgeber nun einmal so gewollte Ergebnis unterlaufen wird. Ein letztes: Diejenigen, die ein solches Ergebnis als unbillig ansehen und eine Minderung des Zugewinnausgleiches anstreben, sollten doch einmal folgende Frage beantworten: Ist es „gerecht“, nur auf den Stichtag abzustellen, wenn im Nachhinein der Vermögenswert erheblich angewachsen ist, weil z. B. die Aktien gestiegen sind oder der (angeblich) marode Geschäftsbetrieb wieder aufgeblüht ist? Bislang ist niemand insoweit auf die Idee gekommen, praktisch eine Art „Nachschlag“ oder „Bonus“ auf den Zugewinnanspruch zu gewähren.

V. Fazit und Ausblick

1. Gerade Novellen im Familienrecht wollen die Rechtsverfolgung angeblich leichter und schneller ermöglichen. Leider muss bei der Reform des Güterrechts festgestellt werden: Dieses Ziel wurde allenfalls bedingt erreicht. Dabei waren doch vor allem die Probleme um die Auskunftsansprüche von vornherein absehbar. Beim Auskunftsanspruch zum Trennungszeitpunkt, besteht dringend Handlungsbedarf, insoweit einen leicht und genau bestimmmbaren Termin festzulegen.

2. Bis zum Jahre 2020 sollen mehrere Billionen EUR an Vermögen vererbt werden.⁶² Grundbesitzübertragungen zu Lebzeiten mit Nießbrauchsklauseln werden immer häufiger. Hierdurch sollen steuerlich die Freigrenzen im Rahmen der gesetzlichen Fristen ausgeschöpft werden. Gerade in diesem Bereich wirkt die mehrfach geänderte höchstrichterliche Jurisdikatur verstörend.⁶³

- Die ursprüngliche Rechtsprechung des *BGH*⁶⁴ löst die Fälle durchaus praxisnah. Das Nießbrauchsrecht wurde beim Anfangs- und Endvermögen „außen vor“ gelassen. Nur die Wertsteigerung der Immobilie als solche unterlag dem Zugewinn.
- Ab dem Jahre 2007 erfolgte eine Kehrtwendung.⁶⁵ Nunmehr vertrat der *BGH* die Auffassung, die bisherige Rechtsprechung vergleiche in unzulässiger Weise nur zwei **Zeitpunkte** miteinander. Es müsse aber der kontinuierliche Wertverlust des Nießbrauchs über Jahre ermittelt werden. Der Begriff des sogenannten „gleitenden Vermögenserwerbes“ wurde kreiert. Seither mussten Wertberechnungen zum Nießbrauch regelmäßig unter Einschaltung eines „sachverständig beratenen Taträchters“ ermittelt werden.⁶⁶
- Mit der letzten Entscheidung aus dem Jahre 2015 erfolgte erneut eine Kehrtwendung.⁶⁷ Im Anschluss an einen Aufsatz von *Gutdeutsch*⁶⁸ meinte der *BGH*, die Rechtsprechung vom gleitenden Vermögenserwerb könne aufgegeben werden. Angeblich ergäben sich keine unterschiedlichen Ergebnisse. Diese Auffassung ist bei näherer Betrachtung unhaltbar.⁶⁹
- Aus Sicht des Verfassers ist schon jetzt abzusehen, dass der *BGH* eine erneute Rechtsprechungsänderung vornehmen muss.⁷⁰ Zumindest eine gesetzliche Regelung und Ergänzung erscheint dringend geboten.

3. Gleichermaßen dürfte für die Probleme des Nebengüterrechtes gelten. Die Kasuistik zu dem Bereich Schwiegerelternzuwendung, der ehebezogenen Zuwendung, der Ehegatteninnengesellschaft und des familienrechtlichen Kooperationsvertrages ist schier unerschöpflich.⁷¹ Entsprechende Beschlüsse der Obergerichte scheinen vielfach auf reine Ermessensentscheidungen hinauszulaufen. Eine relativ sichere Prognose für den Ausgang eines Verfahrens wird aus Anwaltsicht mehr als schwierig. Schließlich könnte die Schriftformklausel des Art. 25 der Europäischen Güterrechtsverordnung das „Aus“ all dieser Rechtskonstruktionen einläuten. Sie beruhen ja zum großen Teil nur auf angeblich konkludenten Absprachen.⁷²

Bei einer neuerlichen Überarbeitung der Güterrechtsnovelle sollte auf diese wirklich praxisrelevanten Themenkreise besonders geachtet werden.⁷³ ■

60 Vgl. den Überblick zu alten Rechtslage bei Kogel Zugewinnausgleich Rn. 1560 ff.; Schwab FamRZ 2009, 1445; Büte NJW 2009, 2778; Kogel FF 2009, 390 ff.

61 BGH NJW 2012, 2657.

62 So FAZ Wirtschaft vom 16.6.2011.

63 Vgl. zur Rechtsentwicklung Kogel Zugewinnausgleich Rn. 1033 ff.

64 Vgl. BGH FamRZ 1990, 604.

65 Vgl. BGH FamRZ 2007, 978 = NJW 2007, 245

66 Hauß (NJW 2011, 605) schreibt in einer Anmerkung zu BGH FamRZ 2011, 183 = NJW 2011, 601 in ähnlichem Zusammenhang treffend: „Der Blick in die Glaskugel dürfte ein ähnlich gutes Ergebnis zeigen wie die Einschaltung eines Sachverständigen.“

67 Vgl. BGH FamRZ 2015, 1268 = NJW 2015, 2334.

68 FamRZ 2015, 1083; Gutdeutsch FamRB 2015, 397; Gutdeutsch FamRZ 2016, 1914; ebenso Koch FamRZ 2016, 1022.

69 Vgl. hierzu i.E. Kogel FamRZ 2016, 1129. Die Frage sei erlaubt: Waren die seither in Gerichtsverfahren immerhin durch Versicherungs-mathematiker erstellten Gutachten etwa alle falsch?

70 Vgl. hierzu Kogel FamRZ 2016, 1916.

71 Vgl. hierzu nur den Überblick bei Wever, Vermögensauseinandersetzung außerhalb des Güterrechts, Rn. 948 ff.

72 Vgl. zu diesem Problemkreis nur Döbereiner/Frank, FamRZ-Buch 44, Rn. 44.

73 Vgl. hierzu beispielhaft Herr, Kritik der konkludenten Ehegatteninnengesellschaft; Herr FamRB 2019, 116 ff.; Leszczenki, Rückforderung schwiegerelterlicher Zuwendungen jeweils mit konkreten Formulierungsvorschlägen de lege ferenda.