Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
21. bis 23. November 2013
in Karlsruhe

„Arrest jagt Zugewinn“: Vorzeitiger Zugewinnausgleich und dessen Sicherung

Dr. Walter Kogel
Rechtsanwalt, Aachen

Arrest jagt Zugewinn

-vorzeitiger Zugewinnausgleich und dessen Sicherung-

Herbsttagung der

ARGE Familienrecht

Karlsruhe
22. November 2013

Referent
Dr. W. Kogel

Rechtsanwalt &
Fachanwalt für Familienrecht

Aachen

ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL
Rechtsanwälte

Gliederung

I. Ausgangslage 3

II. Die Auskunft als Vorbereitungshandlung 4

III. Scheidungsantrag, um den Stichtag zu erreichen 5

1) Antrag gem. § 1565 Abs. 1 BGB 5

2) Antrag gem. § 1565 Abs. 2 BGB 6

IV. Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, um den Stichtag zu erreichen 7

1) Die Gesetzeslage allgemein 7
a) § 1385 Ziff. 1 BGB 7
b) § 1385 Ziff. 2 BGB i. V. m. § 1365 BGB 10
c) § 1385 Ziff. 2 mit Verweis auf § 1375 BGB 14
d) § 1385 Zif. 3 BGB 16
e) § 1385 Zif. 4 BGB 17

2) Die verfahrensrechtliche Situation beim Antrag 19

3) Änderungen der Rechtslage durch die Gesetzesnovelle ab 1.9.2009 20

4) Kritik an der Gesetzesnovelle und Problemfälle 22

5) Zusammenfassung 23

V. Arrest und einstweilige Anordnung 27

1) Rechtslage allgemein und bis 1.9.2009 27

2) Rechtslage ab 1.9.2009 27
a) Allgemeines 27
b) Der Arrestanspruch 28
c) Der Arrestgrund 29
d) Rechtsmittel 30
e) Wert 31

3) Vollzugsprobleme 31

a) Überlegungen zur Vollstreckung 31
b) Regressgefahren 32

Arrest jagt Zugewinn-
vorzeitiger Zugewinnausgleich [1] und dessen Sicherung [2]

I.

Ausgangslage:

Eine Hauptursache für die Probleme, die bei der Zugewinnermittlung entstehen, liegt in einer gesetzgeberischen Fehlentscheidung. In allen Lebensbereichen kann sich der mündige Bürger **sofort** entscheiden. Nur bei der Scheidung werden zeitliche Mindeststandards in Form der Jahresfrist gesetzt. Diese Frist soll eine Überlegungszeit sein. Gerade diese wird aber von vielen Ehepaaren als sinnlose und bevormundende Förmelei angesehen.

Der Schutzweck (Überlegungsfrist für die Eheleute) wird in der Praxis von Ehepartnern geradezu missbraucht, ihre Vermögenslage entsprechend zu „gestalten". Auf die zeitliche Diskrepanz zwischen Trennung und Vermögensbewertung hingewiesen, kommen manche Mandanten ins Grübeln. Sie erkennen, dass „noch lange nicht das letzte Wort gesprochen ist" und dass der Zeitablauf trefflich ausgenutzt werden kann.

Aufgabe des Interessenvertreters eines Zugewinnausgleichs***berechtigten*** ist es, solchen Manipulationsversuchen von vorneherein einen Riegel vorzuschieben. Dabei müssen zwei Zeitpunkte der Vermögensverschiebung unterschieden werden:

- Bis zur ***Rechtshängigkeit*** des Scheidungsantrages oder des Antrages auf vorzeitigen Zugewinnausgleiches (**Stichtag und Problem der §§ 1379, 1375 BGB**).
- Bis zur ***Rechtskraft*** der Scheidung oder des Beschlusses, welches auf vorzeitigen Zugewinnausgleich erkennt (Beendigung des Güterstandes) (Problem des **§ 1378 Abs. 2 *a.F.*** BGB und ggf. jetzt noch Problem des **§ 1381** BGB [3]).

Die Gesetzesnovelle hat zwar zu einer Entschärfung der Nachteile für den Zugewinnausgleichsberechtigten geführt. Einerseits wurde gem. § 1379 BGB die **Auskunftserteilung** zum **Trennungszeitpunkt** mit der Beweislastregelung gem. § 1375 BGB eingeführt. Andererseits wurde die endgültige Vorverlegung des Endvermögensstichtages gem. §§ 1378 Abs. 2, 1384 BGB vorgenommen. Damit ist der vorzeitige Zugewinnausgleich aber keineswegs obsolet. Er muss im Gegenteil **noch viel öfter** eingesetzt werden.

Ziel eines Zugewinnausgleichs**gläubigers** muss es fast immer sein:

- sich rechtzeitig über die Vermögenssituation des anderen Partners zu **informieren**,

---

1 Vgl. umfassend hierzu *Haußleiter-Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Auflage, Kap. 1, Rn. 589 ff.; *Büte,* Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rn. 344; *Kogel,* Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., 2013, Rn. 295 ff.

2 Vgl. *Kogel,* Strategien, Rn. 1315.

3 Vgl. hierzu s. 24.

- den Stichtag für die Zugewinnberechnung **nach vorne zu verlegen** sowie
- den Güterstand durch geeignete Maßnahmen zu beenden.

II.

Die Auskunft als Vorbereitungshandlung

Völlig überraschend wurde durch den Rechtsauschuss eine Auskunftsverpflichtung über das **Vermögen** nunmehr auch zum **Trennungszeitpunk**t eingeführt. Jeder Ehegatte kann dies ab dem 1.9.2009 verlangen, wobei das Recht bereits mit der **Trennung** selber geltend gemacht werden kann (§§ 1375 Abs. 2, 1379 Abs. 2 BGB). Hat sich bis zum Stichtag der Rechtshängigkeit das Vermögen vermindert, wird **vermutet,** dass die Minderung durch eine **illoyale Handlung** verursacht wurde. Diese gesetzliche Regelung wird in der Praxis allerdings zu kaum noch lösbaren Problemen führen. **Beispielhaft** sei jetzt schon auch aus der Erfahrung mit einer Vielzahl von Verfahren prognostiziert:

- Oftmals lässt sich ein Trennungszeitpunkt gar nicht genau ermitteln. Ein Stichtag wie bei der Heirat, der Zuwendung im Todesfall oder der Rechtshängigkeit ist i.d.R. bei der Trennung selbst aufgrund einer Beweisaufnahme nicht mehr zu eruieren. Bei Vermögenswerten mit Schwankungen (z. B. Aktien) ist aber gerade der genaue Zeitpunkt entscheidend.[4] Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es **exakt** auf den **Tag** der **Trennung** an.[5] Wenn der Zeitpunkt nicht festgestellt werden kann, ist der Auskunftsanspruch nicht durchsetzbar.[6] Zwar wird dann, wenn keine nennenswerten Vermögenswerte zu verteilen sind, oftmals Einigkeit über den genauen Trennungszeitpunkt erzielt. Sobald jedoch größere Ausgleichsbeträge im Raume stehen und die Beteiligten um die Brisanz des Stichtages der **Trennung** wissen, wird heftig um den genauen Zeitpunkt gestritten. Der ausgleichs**pflichtige** Ehepartner sollte sich tunlichst in **„Zeitwolken“** flüchten, um nicht auf einen bestimmten Tag bezogen, Auskunft erteilen zu müssen. [7]
- **Sechs** Vermögenszeitpunkte müssen in Zukunft ermittelt werden (bei **jedem** Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung, zur Trennungszeit bzw. zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages). Nimmt man die **Wertermittlungsansprüche** gem. § 1379 Abs. 1, S. 3 BGB hinzu, können sich sogar **12 (!) Auskunftsansprüche** ergeben. Berücksichtigt man, dass oftmals **Belege** im Antrag erst dann genau bezeichnet werden können, nachdem die Auskunft erteilt ist, käme eine **weitere Stufe** zu allen Zeitpunkten hinzu.

---

[4] Hierbei denke man z. B. nur an die Kurssprünge, welche die Porsche-Aktie im Herbst des Jahres 2008 anlässlich des Börsencrashs gemacht hat. In diesem Sinne auch BGH NJW 2012, 2657.
[5] So auch *Klein,* Reform, § 5 Rn. 250; *Braeuer,* FamRZ 2010, 778.
[6] So *Braeuer,* FamRZ 2010, 778; a.A. *Jaeger,* FPR 2012, 94.
[7] Vgl. hierzu *Kogel,* FF 2012, 346.

Die Verfahren werden ausufern und durch die verschiedenen Auskunftsstufen endlos dauern.[8]

- Für die anwaltliche Praxis ist der neu geschaffene Anspruch auf Auskunft zum Trennungszeitpunkt von großer Bedeutung. Es gilt, ihn für den Ausgleichsberechtigten **umgehend** geltend zu machen, um einen Abgleich der Bestandsverzeichnisse einerseits Trennung andererseits Beginn eines gerichtlichen Güterrechtsverfahrens zu ermöglichen.[9] Daher sollte der trennungswillige Ehegatte **Indizien** für eine Trennung schaffen und diese dokumentieren. Hierzu gehören vor allem: amtliche **Ummeldung, neuer Mietvertrag, Schreiben** an den Ehegatten mit konkreter Angabe zum **Trennungszeitpunkt,** Gespräche unter **Zeugen** etc. [10]

Fazit

- Ein Stichtag für den genauen Trennungszeitpunkt wird sich vielfach nicht feststellen lassen. Die Intention, den Stichtag vorzuverlegen, wird in der Praxis ins Leere laufen.
- Durch die Auskunftserweiterung werden Verfahren **endlos** dauern. Damit wird die Frage nach einer vorzeitigen Beendigung des Güterstandes **erst recht** virulent.

III.
Scheidungsantrag, um den Stichtag zu erreichen

1.) Antrag gem. § 1565 I BGB

Bestehen Befürchtungen, dass der Ausgleichspflichtige sein Vermögen vermindert, muss das vorrangige Ziel darauf gerichtet sein, einen **Scheidungsantrag *möglichst umgehend*** einzureichen.

Ob ein solcher Scheidungsantrag frühzeitig eingereicht werden kann, hängt sehr von der Arbeitsweise und Belastung des angerufenen Gerichts ab. Teilweise wird allerdings gefordert, dass bei erkennbar unschlüssigen Scheidungsanträgen das Gericht an nächst bereiter Stelle terminieren ***muss*****,** um willkürlichen Kürzungen des Versorgungsausgleichs zuvorzukommen. [11] Ohne gegen die prozessuale Wahrheitspflicht zu verstoßen, kann jedoch manches Mal mit gutem Grund argumentiert werden, ein Getrenntleben liege bereits zu einem früheren Zeitpunkt als dem des tatsächlichen Auszuges vor. Wenn über das Getrenntleben innerhalb der ehelichen Wohnung ggf. noch durch Zeugen Beweis erhoben muss, kann die Jahresfrist erreicht werden.

---

8 In diesem Sinne auch *Braeuer*, FamRZ 2010, 778.
9 Hierauf weist *Klein,* Reform § 5, Rn. 239, 260 zutreffend hin.
10 Vgl. *Klein,* Reform, § 5, Rn. 260.
11 Vgl. z.B. OLG Köln OLG-Report 2006, 357.

Ggf. kann versucht werden, durch einen **Aussetzungsantrag** Zeit zu gewinnen. Das Gericht ***muss*** zwar auf Antrag des Klägers aussetzen, mag es das Begehren für zweckmäßig halten oder nicht. *Nicht* auszusetzen ist jedoch nach der Rechtsprechung, wenn das Ersuchen **missbräuchlich** ist. [12] Dies wird z.B. in den Fällen angenommen, in denen der Ehepartner unter keinen Umständen zur Fortsetzung der Ehe bereit ist. Gleiches gilt, wenn das einseitige Scheidungsbegehren abweisungsreif ist, da der Antrag verfrüht erhoben wurde. [13]

Sollte all dies scheitern, kann als letztes Mittel versucht werden, das Verfahren in die **Beschwerde** zu bringen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH,[14] dass sogar in Fällen des missbräuchlichen, frühzeitigen Antrages der Stichtag erhalten bleibt, selbst wenn erst in zweiter Instanz die Jahresfrist erreicht wird. Die Sache *muss* zurückverwiesen werden. Der Stichtag bleibt jedoch erhalten. [15] Über eine Konsequenz muss der Anspruchssteller sich allerdings im Klaren sein: Gemäß § 97 Abs. 2 ZPO treffen **ihn** die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

2.) Antrag gem. § 1565 Abs. 2 BGB

Darüber hinaus kann in geeigneten Fallgestaltungen versucht werden, den Antrag zusätzlich auf § 1565 Abs. 2 BGB zu stützen. Zwar hat die Rechtsprechung schon sehr bald nach Einführung des Zerrüttungsprinzips die Latte für eine unzumutbare Härte hochgelegt. Schwere Beleidigungen, demütigende Beschimpfungen [16] sind in der Regel ebenso wenig ausreichend, wie die Verletzung der ehelichen Treuepflicht. [17] Positive Entscheidungen sind in den letzten Jahren aber häufiger angenommen worden. [18] Die Zumutbarkeitsschwelle wird man auch immer anders beurteilen, je nachdem, ob sich der Sachverhalt in einer **ländlichen** Gegend oder in einer **Großstadt** ereignet. In Fällen der Gewaltanwendung kann möglicherweise im Hinblick auf das GewSchG argumentiert werden, dass bei ständigen körperlichen Misshandlungen ein vorzeitiger Scheidungsantrag eingereicht werden kann. [19]

Erfahrungsgemäß sind die Beteiligten einschließlich des Gerichts froh, wenn die erhobenen Vorwürfe nicht weiter verfolgt werden, welche fatal an das Verschuldensprinzip

---

12 OLG Bamberg FamRZ 1984, 897.
13 BGH NJW 1997, 1007.
14 BGH FamRZ 1981, 127.
15 A.A. allerdings OLG Naumburg NJW-Spezial 2009, 579; *Finger,* FuR 2011, 436.
16 OLG Stuttgart FamRZ 1977, 646.
17 Vgl. die Nachweise bei *Palandt/Brudermüller,* 72. Aufl., § 1365, Rn. 10; bejahend allerdings OLG Köln, FamRZ 2003, 1565 in einer besonderen Konstellation. In diesem Fall war die Schwester der Ehefrau mit dem Ehemann im selben Haus eingezogen. Der Vorgang fand in einer kleinen Gemeinde statt.
18 Z.B. AG München FamRZ 2007, 239; OLG Schleswig FamRB 2008, 67; OLG Saarbrücken FamRZ 2005, 809 für das Zusammenleben im früheren Haushalt.
19 In diesem Sinne OLG Stuttgart FamRZ 2002, 239. Die Entscheidung geht allerdings davon aus, dass bei einem *einmaligen* Vorfall im *Affekt* kein Scheidungsantrag gerechtfertigt sei; ähnlich OLG Schleswig FamRB 2008, 67 bei mehrfachen, gravierenden, alkoholbedingten Übergriffen und Drohungen trotz Trennung: vgl. auch jüngst OLG Dresden FamRZ 2013, 627.

des alten Eherechts erinnern. Die Konsequenz ist: Das Verfahren wird nach einem stillschweigenden Konsens der Beteiligten praktisch **ruhend** gestellt. Es wird abgewartet, bis die Jahresfrist erreicht ist. Damit ist das Ziel des Zugewinnausgleichsberechtigten erreicht.

III.

Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, um den Stichtag zu erreichen

Um den Berechnungszeitpunkt vorzuverlegen, gäbe es schließlich die Möglichkeit, einen Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich einzureichen. Zusätzlich hätte dies die Konsequenz, dass der Versorgungsausgleich erhalten bliebe. Für dessen Stichtag wäre die Einreichung eines **Scheidungs**antrages maßgebend.

Die Möglichkeiten, einen solchen Antrag einzureichen, hat der Gesetzgeber nunmehr teilweise erleichtert. Ziel der Gesetzesnovelle war es, einen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, der schon ab **Trennung** der Parteien greifen soll. Die bisherige Vorschrift des § 1386 BGB mit seinen Einzelfällen ist im Wesentlichen übernommen worden. **Teilweise** wurde sie aber auch praxisnäher angepasst.

1) Die materiell-rechtliche Gesetzeslage allgemein

Das Gesetz kennt nach wie vor **fünf Fälle** eines vorzeitigen Zugewinnausgleichsanspruches.

a) § 1385 Ziff. 1 BGB (entspricht § 1385 BGB a. F.)

Nach dieser Vorschrift ist – ohne weitere Prüfung – bei **dreijähriger** Trennung ein vorzeitiger Zugewinnausgleich möglich.

aa) Allgemeine Situation

Die Fälle kommen in der Praxis zunächst bei länger dauernden Ehen oder älteren Eheleuten vor, für die aus den verschiedensten Gründen die Durchführung eines Scheidungsverfahrens erhebliche Nachteile mit sich bringen würde.

- Für die Ehefrau kann es wirtschaftlich attraktiver sein, die **Witwenrente** in Anspruch zu nehmen.
- Vielleicht sind auch Gesichtspunkte des **Erb- und Pflichtteilsrechts** dafür maßgebend, keine Scheidung durchzusetzen.
- Sind außerdem die Eheleute noch nicht geschieden, kann u. U. immer noch eine **gemeinsame Veranlagung** durchgeführt werden, sofern die steuerlichen Voraussetzungen gegeben sind.
- Möglicherweise können die Eheleute **Krankenversicherungsbeiträge** bei einer freiwilligen Weiterversicherung gar nicht aufbringen. Vor allen Dingen ist an die Fälle zu denken, in denen die Ehefrau über ihren Ehemann und die **Beihilfe** mit einer geringen

Zusatzversicherung krankenversichert ist. Falls die Ehefrau nunmehr eigenständig eine private Krankenversicherung außerhalb der Beihilfe aufbauen muss, werden vor allem bei älteren Eheleuten sehr oft Beträge erreicht, die nicht mehr finanzierbar sind.

- Möglicherweise sind rein **soziale** (Prestige-)Gründe dafür maßgebend, dass Eheleute keine Scheidung durchführen.

bb) Verfahren mit langer Verfahrensdauer

Nahezu völlig unbekannt ist die Möglichkeit des vorzeitigen Zugewinnausgleichs bei einem **umfangreichen Scheidungsverfahren** – z. B. wegen der Folgesachen – sofern die 3-Jahresfrist verstrichen ist. In diesen Fällen **muss *immer*** an einen vorzeitigen Zugewinn gedacht werden! Der Antrag auf Durchführung des vorzeitigen Zugewinnausgleichs ist selbst dann zulässig, wenn mittlerweile der Scheidungsantrag rechtshängig ist. Insbesondere fehlt ihm wegen der Regelung in § 1388 BGB **(Verzinsung ab Beendigung des Güterstandes**) **nicht** etwa das Rechtsschutzbedürfnis. [20] Es liegt vor allem **keine doppelte Rechtshängigke**it vor. Beim Zugewinn im Verbund geht es um die **Zahlungs**stufe, die ggf. im Rahmen eines Stufenverfahrens verfolgt wird. Beim vorzeitigen Zugewinn handelt es sich hingegen um einen ***Gestaltungspruch*** zur **Beendigung** des Güterstandes. Zu beachten ist, dass der frühere Stichtag des Scheidungsantrages nicht etwa durch den späteren vorzeitigen Zugewinnausgleichsantrag verändert wird.[21]

Allerdings besteht **folgendes Risiko**: Der Zugewinn wird damit aus dem Verbund gelöst. Der Güterstand wird ja nicht mehr durch die **Rechtskraft** der Scheidung beendet, sondern bereits früher. Er verzögert das Scheidungsverfahren nicht mehr. [22] Auf diese Rechtsfolge sollte der Mandant ausdrücklich hingewiesen werden. Möglicherweise sollte über das güterrechtliche Verfahren ja die gesamte Ehescheidung hinausgezögert werden, da sich die Rechtslage während des Getrenntlebens wesentlich günstiger gestaltete. Hierbei denke man nur an die Fälle des wirksamen nachehelichen Unterhaltverzichts.

Umgekehrt gilt: Verhindert lediglich das Zugewinnausgleichsverfahren den Scheidungsausspruch, sollte sogar der **Verpflichtete** überlegen, ob er seinerseits nicht den Weg des vorzeitigen Zugewinnausgleiches geht. Gem. § 1386 BGB kann auch der **Pflichtige** diesen Antrag stellen. Abzuwägen hierbei ist einerseits die vorzeitige Verzinsung, andererseits der vorzeitige Ausspruch der Scheidung, der ja aus den verschiedensten Gesichtspunkten von besonderem Interesse sein kann (Wiederheirat, Erlöschen des nachehelichen Unterhaltsanspruches etc.). Vor allem in den Fällen, in denen die

---

[20] *Kogel,* FamRZ 2011, 1628 sowie *ders.,* FamRZ 2012, 87; *Büte*, FuR 2012, 517; Klein/*Büte,* Familienvermögensrecht, Kap. 14, Rn. 46; a. A. *Braeuer*, Zugewinnausgleich Rn. 699. Er verkennt aber, dass alleine schon wegen der **Verzinsung** ab Rechtskraft des Gestaltungsbeschlusses ein Rechtsschutzinteresse gegeben ist.

[21] Vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 466.

[22] So *Haußleiter,* NJW-Spezial 2010, 580.

Zugewinnausgleichsforderung nicht hoch ist, sollte selbst der Pflichtige an diesen Weg denken.

Einschränkend wird teilweise [23] die Ansicht vertreten, dass bei einem Antrag des Ausgleichs**pflichtgen** gem. § 1386 BGB als zusätzliches Tatbestandsmerkmal ein **berechtigtes Interesse** gegeben sein müsse. Dies sei wegen einer möglichen Gefährdung der Ausgleichsansprüche des Berechtigten gem. § 1365 BGB notwendig. Weder im Gesetz noch in den Materialien findet sich aber für eine solche Einschränkung irgendein Anhaltspunkt. Außerdem wird in bestimmten Sachgestaltungen, die ausschließlich der **Berechtigte** bestimmen kann, § 1365 BGB analog angewendet. [24] Vor allem wegen der durch ein solches unbestimmtes Merkmal entstehenden Rechtsunsicherheit (**Gestaltungsantrag**!) ist diese Ansicht abzulehnen. [25]

Abschließend soll anhand von zwei Beispielfällen aufgezeigt werden, wie wesentlich der vorzeitige Zugewinnausgleich bei dreijähriger Trennung ist.

- ***Beispielsfall 1*** [26]

> *Nach zweieinhalb jähriger Trennung bittet ein noch nicht zur Scheidung entschlossener Mandant -Inhaber eines **florierenden** und aufstrebenden IT-Unternehmens- um Beratung, was im Falle der Scheidung auf ihn zukommt. Im Rahmen der Möglichkeiten einer zugewinnausgleichsrechtlichen Auseinandersetzung gibt der Mandant den Wert der Firma zum Zeitpunkt der Beratung mit 1 Million € an. Auf die Möglichkeit, ohne Scheidung mit Rechtskraft der Entscheidung über den vorzeitigen Zugewinnausgleich die Gütertrennung herbeizuführen und so die Höhe des Zugewinnausgleichs festzuschreiben (§§ 1387, 1388 BGB), wird er nicht hingewiesen. Zwei Jahre später erscheint der Mandant erneut. Nunmehr hat die Ehefrau Scheidungsantrag gestellt. Die Wert der Firma beträgt zu diesem Zeitpunkt 1,5 Millionen €.*

Der jetzige Mandant wird ggf. behaupten, dass er bei richtiger Aufklärung den Weg des vorzeigen Zugewinnausgleiches gegangen wäre.

Umgekehrt gilt natürlich: Geht es der Firma genauso schlecht wie der Ehe, wird man u.U. mit der Einreichung des Scheidungsantrages zuwarten, um so bei der Zugewinnberechnung einen niedrigeren Wert zugrunde legen zu können.

- ***Beispielsfall 2***

---

[23] *Schöfer-Liebl,* FamRZ 2011, 1628 sowie FamRZ 2012, 87.
[24] *Kogel,* Strategien, Rn. 333.
[25] Vgl. hierzu i. e. *Kogel,* FamRZ 2012, 85; ebenso OLG München FamRZ 2012, 1373; *Gomille,* NJW 2012, 1545.
[26] Nach *Büte,* Rn. 347.

Die Eheleute trennen sich im Jahre 1994. Der Ehemann betreibt eine röntgenologische Praxis. Nach einjähriger Trennung reicht die Ehefrau einen Scheidungsantrag ein. Sie macht im Verbund eine Forderung von 5 Millionen D-Mark geltend. Der Wert ergibt sich insbesondere aus dem von ihr behaupteten Wert der Praxis. Der Ehemann bestreitet den Wert der Praxis in dieser Höhe. Er ist der Auffassung, dass die Praxis lediglich einen Wert von zwei Millionen D-Mark habe. Das Scheidungsverfahren läuft 13 Jahre (!). Eine Abtrennung erfolgt nicht. Das Gericht hat mehrere Gutachten zum Wert der Praxis eingeholt.

Der Zinsschaden (Verlust der Zinsen, die bei einem vorzeitigen Zugewinnerzielt worden wären) bei diesem Fall ist immens. Er übersteigt wahrscheinlich die Haftpflichtgrenze!

Strategische Hinweise

- Die dreijährige Trennungszeit sollte auf jeden Fall als **Frist** notiert werden. Der Ausgleichs**berechtigte** kann auf diese Weise eine vorzeitige Fälligkeit des Zugewinnausgleiches erreichen. Sofern keine sonstigen, gravierenden Punkte dagegen sprechen, ist dieser Weg des vorzeitigen Zugewinnausgleichs ein **„Muss".**
- Vor allem in Mandaten mit einer größeren Zugewinnausgleichsverpflichtung sollte der Mandant **nachweisbar** darauf hingewiesen werden, dass er auf diese Weise eine frühzeitige Verzinsung erreichen kann.
- Sogar der ausgleich***pflichtige*** Mandant sollte darauf hingewiesen werden, dass er – **ohne** Einreichung des Scheidungsantrages- den Güterstand vorzeitig beenden kann.
- Für den Ausgleichs**pflichtigen** eröffnet sich durch diese Vorgehensweise die Chance, den Zugewinn aus dem Verbund zu lösen.

(b) § 1385 Ziff. 2 BGB i. V. m. § 1365 BGB (entspricht § 1386 Abs. 2, S. 1 a. F.)

aa) Die Voraussetzungen und Einzelfälle

Wann ein Ehegatte über das **Vermögen im Ganzen** verfügt, ist in einer Entscheidung des BGH im Interesse der Rechtssicherheit wie folgt klargestellt worden. [27]

- Bei einem **kleineren** Vermögen kann der Ehegatte frei verfügen, wenn ihm **15%** des Aktivvermögens verbleiben.
- Beträgt das **(verbleibende)** Aktivvermögen 50.000 **DM** oder mehr liegt kein kleineres Vermögen vor. In diesem Fall gilt ein Regelsatz von **10 %.** Ob im Hinblick auf die

[27] FamRZ 1991, 669 f.; ebenso OLG München FamRZ 2005, 272; OLG Koblenz FamRZ 2008, 1078. Demgegenüber regt *Koch,* FamRZ 2012, 118 aus Vereinfachungsgründen an, die Grenze entgegen der bisherigen Rechtsprechung **einheitlich** auf **10 %** festzusetzen.

gestiegenen Lebenshaltungskosten der vom BGH im Jahre 1991 angesetzte Betrag zu erhöhen ist, erscheint fraglich. Aus den Gründen dieser Entscheidung [28] ergibt sich, dass § 1365 BGB **nicht extensiv ausgelegt** werden darf: „Vermögenswerte von etwa 50.000 *DM* und mehr werden von der Verkehrsauffassung nicht mehr als unwesentlich angesehen." Der Gesetzgeber hat sich im Prinzip für die **Verfügungsfreiheit** jedes Ehepartners entschieden, vgl. § 1364 BGB. So hat das OLG München [29] selbst noch im Jahre 2005 das „größere Vermögen" bei einem Betrag von 500.000 DM (10% hiervon ergeben 50.000 DM oder ca. 25.000 EUR) unverändert belassen.

- Bei einem **außergewöhnlich großen** Vermögen hat der BGH offengelassen, ob die prozentuale Grenze noch tiefer anzusetzen ist. Diese Frage dürfte jedoch zu bejahen sein. Was allerdings unter einem außergewöhnlich großen Vermögen zu verstehen ist, wird in der Entscheidung nicht näher erläutert.

Eine Verfügung gem. § 1365 BGB liegt einmal vor, wenn der Vertrag auf Übertragung des gesamten Vermögens gerichtet ist. Ferner ist die Norm bei einem Rechtsgeschäft anwendbar, welches die Veräußerung eines **einzelnen** Vermögensgegenstandes beinhaltet, sofern das Objekt der Veräußerung im Wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt. Zusätzlich muss der Vertragspartner dies **wissen** oder zumindest die Verhältnisse **kennen,** aus denen sich dies ergibt. [30]

Bei dem Vermögen bleiben **persönliche** Verbindlichkeiten des Verfügenden unberücksichtigt. § 1365 BGB gilt damit sogar für den Fall, dass ein überschuldeter Ehegatte verfügt.

Beispielsfall:

Herr B. besitzt Aktien im Werte von 400.000 €. Diese sind mit einem Kredit der Bank in Höhe von 500.000 € finanziert. Die Finanzierung erfolgte zu einem Zeitpunkt, als der Aktienkurs noch wesentlich höher stand. Herr B. möchte nunmehr möglichst viele der Aktien veräußern.

Würde man auf den Gesamtvermögensstatus abstellen, könnte Herr B. ohne Zustimmung seiner Ehefrau über nichts verfügen. Sein Gesamtvermögen weist eine Unterdeckung von 100.000 € auf. Nach der BGH-Rechtsprechung müssen ihm demgegenüber lediglich mindestens Aktien im Werte von 40.000 € verbleiben (10 % von 400.000 €). (Es handelt sich um kein kleines Vermögen.)

Anders entscheidet die Rechtsprechung aber in Fällen des **Immobilien**vermögens. Hier soll bei einer Veräußerung der Wert des Grundstückes um die **dinglichen Belastungen**

[28] BGH FamRZ 1991, 670.
[29] FamRZ 2005, 272 für den Fall der Teilungsversteigerung. Ebenso Erman/*Budzikiewicz,*13. Aufl., § 1365, Rn. 8 unter Hinweis auf OLG Jena v. 4.2.2010 – 4 W 36/10.
[30] Vgl. BGH NJW 1996, 1740; OLG Koblenz FamRZ 2008, 1078.

zu vermindern sein. § 1365 BGB habe den Sinn und Zweck, die wirtschaftlichen Grundlagen des Familienlebens zu **sichern.** Dingliche Belastungen eines Vermögensgegenstandes beeinträchtigen aber die Verwertbarkeit der Immobilie auch für den Eigentümer. Ob diese Belastungen tatsächlich **valutieren** müssen, ist bislang noch nicht entschieden. Man wird dies wegen des Zwecks der Vorschrift wohl annehmen müssen.[31]

bb) Beispielsfälle aus der Praxis

➢ Sehr strittig [32] war bislang, ob bei der Übertragung eines Hausgrundstücks das vorbehaltene lebenslänglich bestellte und dinglich gesicherte Wohnrecht zu berücksichtigen ist. Es ist ja nicht veräußerbar und unterliegt nicht der Vollstreckung. Der BGH [33] hat die auch zwischen den OLGs strittige Frage in dem Sinne entschieden, dass kein Verstoß gegen § 1365 BGB vorliege, sofern das kapitalisierte Wohnrecht die 10 bzw. 15 %- Grenze nicht unterschreite und mit dem Übertragungsvertrag gleichzeitig das Wohnrecht begründet werde. Die Situation könne nicht anders beurteilt werden, wie der Fall, bei dem der Übertragende das Grundstück voll (d.h. ohne Wohnrecht) übertrage, sofern er gleichzeitig an einer **anderen** Immobilie ein Wohnrecht besitze. Dem Ehepartner verbleibt ja noch ein relevanter Vermögenswert, der im Zugewinn selbst bei einer Unveräußerbarkeit zu beachten ist. [34] Das Ergebnis steht im Einklang mit der Rechtsprechung zum Nießbrauch. Auch dieser wird im Zugewinn bewertet, selbst wenn er unveräußerlich ist. [35]

➢ Mit der insoweit bisher einhelligen Literaturansicht hat der BGH [36] mittlerweile entschieden, dass die **bloße Vollstreckungsunterwerfungserklärung** in das gesamte Vermögen **keinen** Verstoß gegen § 1365 BGB darstellt. Durch diese Erklärung werde nämlich nur eine **abstrakte** Gefährdung in Form einer prozessualen Willenserklärung abgegeben. Dies reiche für die Verbotsnorm nicht aus. Auch hier wird man nur mit einem Verfahren gem. § 826 BGB gegensteuern können – dies allerdings auch sofort **müssen!**

➢ Anders sieht die Rechtslage aber aus, wenn ein Ehepartner an seinem Grundstück eine **Grundschuld** bestellt, die den Wert des Grundstücks voll ausschöpft. [37] Bei der Frage der Belastung ist nicht etwa nur auf den Nominalbetrag der Grundschuld abzustellen. Wegen der möglichen zukünftigen Vollstreckung sind vielmehr zusätzlich die in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG fallenden **Grundschuldzinsen** zu berücksichtigen. [38]

---

[31] So *Haußleiter/Schulz,* Kap. 5,Rn. 53.
[32] Vgl. OLG Koblenz FamRZ 2008, 1078 sowie Palandt/*Brudermüller,* § 1365, Rn. 4 (bejahend); OLG Celle FamRZ 1987, 942; OLG Hamm FamRZ 1997, 675 sowie Erman/*Budzikiewicz,* § 1365, Rn. 6 mit weiteren Nachweisen (verneinend).
[33] Vgl. FamRZ 2013, 607.
[34] Vgl. *Kogel,* Strategien, Rn. 959 ff.
[35] Vgl. z.B. BGH FamRZ 2004, 527.
[36] Vgl. NJW 2008, 3363.
[37] So BGH FamRZ 2012, 116 mit Anm. *Koch,* FamRZ 2012, 118.
[38] So BGH a. a. O.

➢ Ein Fall des § 1365 BGB liegt insbesondere vor, wenn ein Ehepartner eine **Teilungsversteigerung** bezüglich eines im Miteigentum stehenden Grundstückes **beantragt.** Das Verbot entfällt nicht etwa mit der Scheidung. Es können vielmehr folgende ***vier*** **Konstellationen** auftauchen: [39]

- ✓ Die Ehe ist **noch nicht rechtskräftig geschieden**. Der Grundbesitz ist der wesentliche Vermögensbestandteil. Hier gilt auf jeden Fall § 1365 BGB.
- ✓ Die Ehe ist zum Zeitpunkt der Antragstellung **bereits rechtskräftig geschieden**. Der Zugewinnausgleich ist erledigt. Zweifelsfrei besteht *keine* Zustimmungsverpflichtung mehr nach § 1365 BGB.
- ✓ Die Ehe der Parteien ist zwar rechtskräftig geschieden. Der **Zugewinnausgleichsanspruch** ist aber als Folgesache **noch rechtshängig**. Nach der Rechtsprechung bleibt in derartigen Fällen das Zustimmungserfordernis bestehen. [40] § 1365 BGB wird **analog** angewendet.
- ✓ Dies soll aber wiederum ***nicht*** gelten, falls bis zur Rechtskraft der Scheidung der Zugewinn **nicht einmal** als **Folgesache** anhängig gemacht wurde. [41] In diesen Fällen sei der Anspruchsteller nicht schutzwürdig.

Bei der **Teilungsversteigerung** wurde nach bisher ganz herrschender Meinung, insbesondere der Obergerichte schon die **Antragstellung** als eine schädliche Verfügung angesehen mit der Konsequenz der Zustimmungspflicht. [42] Dieser Ansicht hat sich der BGH angeschlossen. [43] Derartigen Fällen kann nach der h.M. mit dem **Drittwiderspruchsantrag** gem. § 771 ZPO begegnet werden. [44] Demgegenüber vertritt das OLG Stuttgart [45] die Auffassung, nur eine Erinnerung gem. § 766 ZPO sei möglich. Für die Klage fehle das Rechtsschutzbedürfnis. Diese Meinung ist schon wegen der eingeschränkten Beweismöglichkeiten im Vollstreckungsverfahren mit der Rechtsprechung des BGH abzulehnen.

---

[39] Vgl. *Kogel,* Strategien bei der Teilungsversteigerung, Rn. 37.

[40] Vgl. OLG Celle FamRZ 2004, 625; OLG Köln FamRZ 2001, 176; OLG Hamm FamRZ 1984, 53; NK/*Gruber*, 4. Aufl., § 1365, Rn. 4; a. A. *Gomille,* NJW 2012, 15, der die Ansicht vertritt, insoweit sei der Berechtigte auf die allgemeinen Sicherungsmittel (Arrest) zu verweisen.

[41] Vgl. z. B. OLG Hamm FamRZ 1984, 53.

[42] BayObLG FamRZ 1996, 1013 ff.; *Haußleiter/Schulz,* Kap. 5, Rn. 56; *Krause,* Das Familienheim § 8, Rn. 36; *Hamme,* Die Teilungsversteigerung, 4. Aufl., Rn. 22; NK/*Gruber,* § 1365, Rn. 26; a. A. *Gottwald,* FamRZ 2006, 1075.

[43] Vgl. BGH NJW 2007, 3124 ff.; zustimmend *Zimmer/Pieper,* NJW 2007, 3104; *Kogel,* BGH-Report 2007, 926. Die gegenteilige Ansicht von *Gottwald,* FamRZ 2006, 1075 ist durch diese Entscheidung überholt. Einschränkend *Braeuer*, Zugewinnausgleich Rn. 660, der darauf hinweist, dass nach dem Gesetz zusätzlich eine erhebliche Gefährdung der Ausgleichsforderung verlangt werde. Da die Frage der späteren Erlösverteilung aber mehr als ungewiss ist, wird man von einer solchen Gefährdung ohne weiteres ausgehen müssen. In der Rechtsprechung spielt dieser Gesichtspunkt keine Rolle.

[44] Palandt/*Brudermüller,* § 1365, Rn. 8 m. w. N.; so auch *Brudermüller,* NJW 2008, 3191; *Krause,* Zugewinnausgleich Rn. 801, der unter Bezugnahme auf BGH FamRZ 1991, 547 den Gegenstandswert mit 10% des Werts des Gesamtgrundstücks annimmt.

[45] FamRZ 2007, 1830.

Das Zustimmungserfordernis wird **nicht** von Amts wegen überprüft. Eine Zurückweisung des Antrages auf Versteigerung ist aber statthaft, wenn die Voraussetzungen des § 1365 BGB nach **positiver Kenntnis** des Gerichts oder **offenkundig** oder unter den **Beteiligten unstreitig** gegeben sind.[46] Der Gegner des Versteigerungsverfahrens muss also **selber** tätig werden. Er kann nicht auf ein Einschreiten von Amts wegen hoffen.

Zusätzlich ist ein **vorzeitiger Zugewinnantrag** möglich. Die schwer nachzuweisende Benachteiligungsabsicht muss in diesen Fällen nicht dargelegt werden.

cc) Vermeidungsstrategien:

Es bestehen *2* Möglichkeiten:

- Diese Rechtsfolge kann u. U. umgangen werden, indem auf dem eigenen ½ Anteil für einen **Dritten** eine Belastung begründet wird. Betreibt **dieser** dann die Zwangsvollstreckung in Form der Pfändung des Auseinandersetzungsanspruches mit einem Antrag auf Teilungsversteigerung, wird nach ganz h.M. § 1365 BGB nicht angewendet. [47]
- Alternativ kann ein geringer Anteil **(z. B. 1%)** an einen Dritten **abgetreten** werden, der aus dieser Miteigentumsposition die Teilungsversteigerung betreibt. [48] Solchen Vorgehensweisen kann allenfalls über § 826 BGB begegnet werden, falls der Dritte (z. B. die Lebensgefährtin) und der Ehepartner kollusiv zusammen arbeiten. [49]

c) § 1385 Ziff. 2 mit Verweis auf § 1375 BGB (entspricht § 1386 Abs. 2, S. 2 BGB a. F.)

Es handelt sich also eigentlich um drei Unterfälle.

- ***Schenkung***

Relativ verschroben klingt Ziff. 1, wonach Schenkungen „außer denen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf Anstand zu nehmenden Rücksicht“ entsprechen, die Rechtsfolgen auslösen. Solche Pflichtschenkungen können sein: die Überweisungen an einen Not leidenden Verwandten oder die Ausstattung für die Kinder. Anstandsschenkungen sind kleinere Geschenke zu den üblichen Anlässen entsprechend der wirtschaftlichen und vermögensmäßigen Situation der Ehepartner. Hier kommt es auf eine Einzelfallbetrachtung an.

Zu beachten ist, dass im Gegensatz zum früheren Recht jetzt nicht erst die

---

[46] Vgl. die zahlr. Fundstellen bei *Storz/Kiderlen,* Teilungsversteigerung, 5. Aufl., B.1.4.2.; *Kogel,* Strategien bei der Teilungsversteigerung, Rn. 65.

[47] Vgl. die zahlr. Fundstellen bei *Storz/Kiderlen,* Teilungsversteigerung, B.1.4.2.; *Kogel,* Strategien bei der Teilungsversteigerung, Rn. 65.

[48] Vgl. hierzu *Kogel*, Strategien bei der Teilungsversteigerung, Rn. 51.

[49] Vgl. z. B. die Konstellation in der Entscheidung OLG Schleswig FamRZ 1995, 735.

vollendete Handlung den vorzeitigen Zugewinnausgleich auslöst. Es reicht schon aus, wenn eine solche Handlung zu ***befürchten*** ist.

- ***Verschwendung***

Der Verschwendungstatbestand hängt vom Lebensstandard und Stil ab. Allein das Leben über die üblichen Verhältnisse hinaus, reicht nicht aus. [50] Ein plötzlicher Stilwechsel nach der Trennung ist allerdings immer verdächtig.

- ✓ Eindeutig dürfte ein Beispielsfall, zitiert nach *Duderstadt* [51] sein:
  *„Begibt sich jemand mit etlichen Damen in eine mit Sekt gefüllte **Badewanne** und wird auf diese Weise die Hälfte seines Endvermögens los, kommt er schwerlich um den Verschwendungsvorwurf herum."*
- ✓ Eine aufwendige **Gebisssanierung** ist zwar strukturell das Gleiche wie purer Verbrauch (??), da kein objektiver Sachwert entgegensteht. Jedoch muss so etwas hingenommen werden, wenn es den üblichen Rahmen nicht übersteigt. [52]
- ✓ Das bei manchen Mandanten beliebte Argument, Geld sei im **Casino** verspielt worden, dürfte ebenso ein typischer Fall der Verschwendung sein. Manche Autoren stellen dies allerdings in Frage mit dem Hinweis darauf, dass ja auch Gewinne aus dem Glücksspiel in das Endvermögen fielen [53] – angesichts der „Gewinnchancen" ein recht fragwürdiges Argument.
- ✓ „Das **Verbrennen von Geld** aus Wut ist Verschwendung. [54]

- ***Benachteiligungsabsicht***

Handlungen in **Benachteiligungsabsicht** sind nur schwer nachzuweisen. Sie setzen nicht nur einen entsprechenden Willen voraus. Vielmehr muss dieser Wille das **leitende,** wenn auch nicht notwendig einzige Motiv des Handelns gewesen sein. [55] Entscheidungen zu diesem Problemkreis sind wahrscheinlich wegen der ungünstigen Beweissituation rar. Ändern könnte sich dieses Bild wohl dann, wenn die ersten Entscheidungen zu der Neufassung des § 1379 BGB mit der dort normierten **Beweislastumkehr** ergehen.

---

[50] So BGH FamRZ 2000, 948, wobei unklar bleibt, wie die „üblichen Verhältnisse" überhaupt definiert werden.
[51] Zugewinnausgleich S. 28 (1.4.1.2).
[52] So AG Säckingen FamRZ 97, 1335.
[53] Vgl. *Büte,* Rn. 47; *Haußleiter/Schulz,* Kap. 1, Rn. 93 (im Gegensatz zur Vorauflage wollen sie dies nunmehr allerdings auf „übliche" Verluste beschränken. Die Frage ist nur: Was sind „übliche" Verluste? Ähnlich *Schwab,* Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl., VII Rn. 185, der nur bei „ leichtfertigem Verspielen des Vermögens" von einer illoyalen Handlung ausgehen will. Wo liegt aber die Grenze?
[54] Vgl. OLG Rostock FamRZ 2000, 228.
[55] BGH FamRZ 2000, 948, 950; vgl. den Beispielsfall bei *Kogel,* Strategien, Rn. 866 ff.

Sehr anschaulich vom Sachverhalt und instruktiv zur Beweislage ist insoweit ein lesenswertes Urteil des OLG Düsseldorf. [56]

Allerdings ist zu beachten, dass die Zurechnung unterbleibt, falls der andere Ehepartner mit der Verschwendung oder Schenkung **einverstanden** war oder der Vorgang mindestens **zehn Jahre** vor **Beendigung** des Güterstandes eingetreten ist. In der Literatur wird bemängelt, dass diese zeitliche Beschränkung dem Zugewinnberechtigten ohne jeglichen Grund Vermögenswerte entziehe. Das Argument nach einem längeren Zeitablauf sei die Nachweisbarkeit nicht mehr gegeben, verfange nicht. Der Gesetzgeber habe in § 1379 BGB ja ein **zeitlich unbeschränktes** Auskunfts- und Belegvorlagesystem zum Anfangsvermögen und Trennungszeitpunkt geschaffen. [57]

Man muss dann aber doch **genau umgekehrt** fragen: Kann die Auskunftsverpflichtung überhaupt so lange gelten, wenn sie für die materiell-rechtliche Beurteilung gar keine Bedeutung haben kann. (**Rechtsmissbrauch**). Der Gesetzgeber hat dieses Problem offenbar nicht gesehen, weil er sich wohl nicht vorstellen konnte, dass Eheleute so lange getrennt leben können, ohne den finalen Schritt der Scheidung zu gehen. Die Praxis lehrt das Gegenteil.

d) § 1385 Ziff. 3 (entspricht § 1385 Abs. 1 BGB a.F.)

Die **Nicht**erfüllung der **wirtschaftlichen Verpflichtungen** wird man insbesondere in Fällen einer Verletzung der Unterhaltspflicht annehmen können. Das zusätzliche Tatbestandserfordernis der Nichterfüllung über eine **längere Zeit** sollte man großzügig interpretieren. [58] Leider hat der Gesetzgeber – anders als bei §§ 1365, 1375 BGB - im Zuge der Reform die Voraussetzungen nicht erleichtert. Es muss ein **tatsächlicher Verstoß** gegen die Zahlungsverpflichtung vorliegen. Die bloße Befürchtung reicht bei dieser Alternative selbst nach der Novelle **nicht** aus. Bei einer Überarbeitung der Zugewinnvorschriften sollte das Ziel, den Schutz des Ausgleichsberechtigten auszudehnen, dadurch realisiert werden, dass schon bei **drohender** Nichtzahlung oder zumindest bei Nichtzahlung von Unterhalt der vorzeitige Zugewinnausgleich möglich ist. Auf die weiteren Voraussetzungen sollte es nicht mehr ankommen. [59]

---

[56] Vgl. FF 2008, 254 mit Anm. *Reinken,* FF 2008, 257.

[57] So *Klein,* Reform, § 5 Rn. 107; MK/*Koch,* 6. Aufl., § 1375 Rn. 34. Umgekehrt lässt sich allerdings auch argumentieren, dass wegen der Zeitschranke Auskünfte überhaupt nur dann (noch) verlangt werden können, sofern sie Auswirkungen auf den Zugewinn haben könnten *Kogel,* Strategien, Rn. 433.

[58] n diesen Fällen ist auch regelmäßig davon auszugehen, dass der Zahlungspflichtige sein Verhalten in Zukunft nicht ändern wird (vgl. hierzu als ungeschriebenem Merkmal Erman/*Budzikiewicz,* § 1385, Rn. 9.)

[59] *Haußleiter/Schulz*, Kap. 1, Rn. 592; ähnlich *Klein*, Reform, § 5 Rn. 175. Einschränkend zu Unrecht *Braeuer,* Zugewinnausgleich, Rn. 669, der in diesem Zusammenhang nur den Ehegatten-, nicht aber den Kindesunterhalt berücksichtigen will. Einschränkend wohl auch *Büte,* FuR 2012, 518, wobei er neben der Dauer auf den Umfang und die Schwere der Pflichtwidrigkeit abstellen will. *Bauer,* Die Neuerungen im ehelichen Güterrecht, S. 206, sieht keine Veranlassung, die Norm zu

Angesichts der Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Unterhaltsansprüchen wird der Anwalt gerade in diesen Fällen **schnell** handeln **müssen. Rückständige Unterhaltsansprüche** sind nach h.M. auf der einen Seite Aktiva, auf der anderen Seite Passiva. Wegen der Zugewinnausgleichsberechnung sind umfangreiche Unterhaltsprozesse beim Getrenntleben nach der bisherigen Rechtsprechung wirtschaftlich sinnlos. In diesen Fällen finanziert der Unterhaltspflichtige nämlich über den Zugewinnausgleich seinen eigenen Unterhaltsanspruch, sofern Zeiträume bis zur Rechtshängigkeit betroffen sind! [60]

e) § 1385 Ziff. 4 BGB (entspricht § 1385 Abs. 3 BGB a. F.)

In der Praxis nahezu unbekannt ist die Regelung des § 1385 Zif. 4 BGB. [61] Gerade auf diese Weise kann aber ein vorzeitiger Zugewinnausgleich **provoziert** werden. [62] Eine Pflicht zur **Unterrichtung** ist im Gesetz nirgends statuiert. Diese wird man jedoch aus §§ 242, 1353 BGB entnehmen können, zumal die Folgen der Nichtunterrichtung erheblich sind. Sofern dem Ehepartner die Vermögenssituation des anderen **nicht bekannt** [63] ist, kann bei einer **beharrlichen Verweigerung** über die Unterrichtung zum Vermögensstand ein vorzeitiger Antrag eingereicht werden.

In jüngster Zeit [64] wird zunehmend die Auffassung vertreten, der Unterrichtungsanspruch bestehe nur, solange die Ehe **nicht gescheitert** sei. Gem. § 1353 Abs. 2 BGB sei eine Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft lediglich bis zu diesem Zeitpunkt gegeben. Auch der BGH [65] geht in den Urteilsgründen zu einer Entscheidung betreffend die Pflicht zur **Auskunfts**erteilung zum Trennungszeitpunkt davon aus, dass der Unterrichtungsanspruch mit dem Scheitern der Ehe entfalle. Auf die strittige Rechtslage wird jedoch nicht näher eingegangen. Dieser Gesichtspunkt war für die Entscheidung ohne Bedeutung. Häufig wird ein Scheitern der Ehe bereits mit der Trennung angenommen, jedenfalls aber mit Ablauf des Jahres ab **Trennung.** *Bergschneider* [66] weist demgegenüber

---

erweitern.

60 Vgl. im Einzelnen *Kogel,* Strategien, Rn. 701 ff. mit Darstellung der Rechtsprechung und S. 22.

61 Vgl. *Haußleiter/Schulz,* Kap. I Rn. 593 ff.; *Kogel*, FamRB 2002, 19; FA/FamR/*v.Heintschel-Heinegg,* 8. Aufl., 9. Kap., Rn. 133.

62 So auch *Münch,* Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3 Aufl., Rn. 271 ff.

63 Auch dieses Merkmal ist Anspruchsvoraussetzung! Der Ehepartner, der –jedenfalls nachweisbar– über die gesamte Vermögenssituation des Gegners informiert ist, kommt über diese Vorschrift nicht zu einem vorzeitigen Zugewinnausgleich.

64 Vgl. *Viefhues,* Fehlerquellen, 3. Aufl., Rn. 127; *Krause,* Zeitfaktor, S.206; *Haußleiter/Schulz,* Kap. 1, Rn. 468, 592; MK/*Koch,* §§ 1385, 1386, Rn. 25; OLG Karlsruhe FPR 2002, 312 für den Fall der einjährigen Trennung; OLG Köln FF 2009, 333 will sogar den Unterrichtungsanspruch nur so lange gelten lassen, wie auch die eheliche Lebensgemeinschaft besteht bzw. deren Wiederaufnahme noch ernstlich erwartet werden kann. OLG Bamberg FamRZ 2009, 1906 (mit Anm. *Götz*, FamRZ 2009, 1907) ist der Auffassung, dass jedenfalls **nach** Einreichung des Scheidungsantrages vom Scheitern der Ehe und damit Unanwendbarkeit des vorzeitigen Zugewinnausgleiches auszugehen sei; ähnlich *Brudermüller,* NJW 2010, 401; Johannsen/Henrich/*Jaeger*, 5. Aufl., § 1379 Rn. 4 sowie *Büte,* FF 2010, 291.

65 FamRZ 2012, 1788 (Rn. 44).

66 Familienvermögensrecht, Rn. 4.479; ebenso Bamberger/Roth/*Mayer,* § 1386 Rn. 12; *Klein,* Reform, § 5, Rn. 186; *Schwab,* Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl., VII Rn. 321.

zutreffend auf folgende Konsequenz hin: Im ersten Jahr der Trennung, währenddessen die Ehe bereits gescheitert ist, ein Antrag auf Scheidung aber noch nicht gestellt werden kann, könnte nach dieser Ansicht die Zugewinngemeinschaft überhaupt nicht beendet werden. Weder eine Scheidung noch ein vorzeitiger Zugewinnausgleich in der Variante des § 1385 Zif. 4 BGB wäre durchsetzbar, es sei denn man würde auch den Verstoß gegen eine **Auskunfts**pflicht mit der Rechtsfolge des vorzeitigen Zugewinnausgleichs sanktionieren. [67] Dieser Weg wäre aber dann wiederum nicht gangbar, wenn – wie häufig - der Anspruchsteller nicht den **genauen** Stich**tag** der Trennung nachweisen kann. Damit wäre es oftmals erst nach Ablauf des Jahres zwar möglich, durch einen Antrag auf Scheidung die Zugewinngemeinschaft zu beenden. Ein solcher **Scheidungszwang** dürfte zumindest bei verfassungsrechtlicher Interpretation (Art. 6 GG) nicht Sinn der §§ 1385 Zif. 4, 1353 Abs. 2 BGB sein.

Dieser Ansicht ist uneingeschränkt zuzustimmen. Zunächst wird es der Regelfall sein, dass ein Ehepartner erst bei Schwierigkeiten in der Ehe den Unterrichtungsanspruch stellt. Diese Probleme gehen mit der Trennung einher. Falls ein Ehegatte nur bei einem Zusammenleben den Unterrichtungsanspruch stellen könnte, würde diese Regelung in der Praxis ins Leere laufen. Hätte es ein Ehegatte in der Hand, sich bereits durch die Trennung (u. U. sogar bei einer anderen Beziehung) der Unterrichtungsverpflichtung zu entziehen, könnte er willkürlich die Schutzfunktion des § 1385 Zif. 4 BGB unterlaufen. I. Ü. ist doch bei verschiedenen Fallgestaltungen des § 1353 BGB anerkannt, dass Verpflichtungen sogar über die Ehe hinaus bestehen können. Man denke nur an die Rechtsprechung [68] zum Realsplitting oder zur Pflicht, der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung zuzustimmen. Der Unterrichtungsanspruch gilt demnach richtiger Weise **über die Trennung** und sogar über die **Scheidung** hinaus. Der Gesetzgeber hat dies auch in der Neufassung des § 1379 BGB mit der Auskunftsverpflichtung für den Fall der **Trennung** anerkannt.

Gerade weil eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht vorgesehen ist, ähneln sich die Reaktionen von Schuldnern – jedenfalls bislang – immer wieder:

Entweder erfolgt überhaupt keine Antwort – dies geschieht in der Mehrzahl der Fälle. Alternativ wird in Verkennung der früheren Rechtslage darauf hingewiesen, dass eine Auskunftsverpflichtung nicht bestehe. Begründet wird dies damit, dass eine Beendigung des Güterstandes im Sinne von § 1379 Abs. 1 BGB noch nicht vorliege. Gerade dieser Hinweis ist jedoch **falsch.** § 1385 Zif. 4 BGB verlangt keine Auskunft, sondern eine **Unterrichtung.**

---

[67] So in der Tat *Haußleiter/Schulz,* Kap. 1 Rn. 594; *Braeuer,* Zugewinnausgleich, Rn. 679; Schulz/Hauß/*Häcker*, 2. Aufl., § 1386 Rn. 6. Vgl. hierzu auch S. 22 unter 4 b).

[68] Vgl. die Nachweise bei Palandt/*Brudermüller,* § 1353 BGB Rn. 12.

Dies ist ein gradueller Unterschied. Der Ehepartner muss nur Angaben über die wesentlichen Bestandteile des Vermögens, deren Wert, auch deren Verbleib machen. [69]

In einer verschwindend kleinen Zahl der Fälle kommt es vor, dass der Anspruchsverpflichtete die Unterrichtung erteilt. Auch dies kann sich nur vorteilhaft auf eine spätere Zugewinnausgleichsberechnung auswirken. Grundsätzlich ist nämlich im „normalen" Scheidungsverfahren der Verpflichtete nur gehalten, **stichtagsbezogen,** also bezogen auf einen **bestimmten Tag,** eine Auskunft über das Vermögen zum Trennungszeitpunkt und zum Endvermögen zu geben. Vielfach wird der genaue **Tag** der Trennung aber strittig und nicht zu ermitteln sein. Beim Endvermögen sind am Stichtag nicht mehr vorhandene Konten nicht aufzuführen. Nur in Ausnahmefällen kann der Berechtigte Auskunft über Hinzurechnungen nach § 1375 Abs. 2 BGB fordern. [70] Es wird für den Ausgleichsberechtigten sehr schwierig sein, konkret derartige Verdachtsmomente und Handlungen im Sinne der Vorschrift nachzuweisen. Gerade dann kann es sehr hilfreich sein, die Vermögenssituation zum Zeitpunkt der Trennung und der Scheidung miteinander zu vergleichen. Diese Vorgehensweise bietet sich vor allem an, falls der Weg über die Auskunft gem. § 1379 BGB zum Trennungszeitpunkt nicht gangbar ist.

2) Die verfahrensrechtliche Situation beim Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich

Ist der Berechtigte nicht in der Lage, zumindest die Gerichtskosten des Verfahrens zu zahlen, müsste entweder ein Antrag auf Verfahrenskostenvorschuss oder Verfahrenskostenhilfe gestellt werden. Diese Anträge bergen jedoch die Gefahr in sich, dass der Schriftsatz dem Gegner vorab zur Stellungnahme übermittelt wird. Hierdurch wiederum könnte er veranlasst werden, in Kenntnis der Rechtsfolgen **nunmehr** die Unterrichtung zu erteilen. Das Verfahren würde sich u. U. vor Rechtshängigkeit des Verfahrens erledigen.

Überwiegend wurde hierzu aber nach der bis zum 1.9.2009 geltenden Rechtslage die Ansicht vertreten, selbst eine nachträgliche Unterrichtung könne den einmal geschaffenen Rechtszustand nicht beseitigen. Der vorzeitige Zugewinnausgleich sei eine „**güterstandsspezifische Sanktion bei mangelnder Unterrichtung".** [71] Als Argument kann jetzt auch auf die Neufassung des § 1385 Ziff. 4 BGB herangezogen werden. Diese sieht ausdrücklich vor, dass eine Unterrichtung **nach** Beginn des Verfahrens einen vorzeitigen Zugewinnausgleich nicht hindert. Gerade bei der VKH-Bewilligung sollte der Anwalt jedoch nicht auf diese Rechtsansicht vertrauen, sondern den **sichersten** Weg gehen. Dieser wäre eine **Vorabzustellung** gem. § 15 FamGKG. [72]

Der Antrag wird i. d. R. als **Stufenantrag** gestellt. Der erste Antrag könnte lauten:

---

69 Palandt/*Brudermüller*, § 1386 , Rn. 8.
70 BGH NJW 1982, 176 sowie *Kogel,* Strategien, Rn. 410 ff.
71 MK/*Koch,* §§ 1375, 1386, Rn. 24; AG Villingen-Schwenningen FamRZ 2004, 1788.
72 Vgl. zum Ganzen *Kogel,* FamRB 2002, 19 ff.

- ***„Es wird durch Gestaltungsbeschluss festgestellt, dass der Zugewinn vorzeitig beendet wird."***

Sodann ist im üblichen Wege (Auskunftsantrag, evtl. Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung, Zahlungsantrag) zu verfahren.

Der Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich kann **nicht** im Scheidungsverbund erhoben werden. Er ist **keine** Folgesache. [73] Ist das Scheidungsverfahren **früher** eingereicht worden als der vorzeitige Zugewinnausgleich, bleibt es bei dem nach § 1384 BGB maßgeblichen Stichtag. [74] Er wird nicht etwa durch den Stichtag des § 1387 BGB ersetzt. In einem solchen Fall lautet der Antrag (**ohne** Stufenantrag!) nur dahingehend, dass die Zugewinngemeinschaft vorzeitig beendet ist.

3) Änderungen der Rechtslage durch die Gesetzesnovelle ab 1.9.2009.

Dies soll noch einmal zusammenfassend dargestellt werden.

a) Aufgrund der Empfehlung des Rechtsausschusses wurde § 1378 Abs. 2 BGB durch einen Anhang 2 ergänzt. Dieser soll sicher stellen, dass in Fällen der illoyalen Verhaltensweise das Endvermögen um den hinterzogenen Betrag erhöht wird. Gleichzeitig wird für die **Höhe** der Ausgleichsforderung endgültig auf die ***Rechtshängigkeit*** der Scheidung abgestellt, vgl. § 1384 **n. F.** BGB. Damit nimmt der ausgleichsberechtigte Ehegatte an den Vermögensverlusten des anderen bis zur ***Rechtskraft*** der Entscheidung nicht mehr teil. [75] Nach h.M war bei der früheren Rechtslage der Berechtigte noch nicht einmal dagegen geschützt dass der Pflichtige zwischen dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft der Scheidung arglistig Vermögen verbrauchte. Sofern am Schluss nichts mehr vorhanden war, wurde auch nichts geschuldet.

b) Wegen dieser Gefahr des 1378 Abs. 2 **a. F.** war es nach damaliger Rechtslage auch dringend geboten, möglichst bald die Rechtskraft der Scheidung herbeizuführen oder zumindest durch den vorzeitigen Zugewinn den Güterstand zu beenden. Eigentlich scheint nach der Reform dieses Problem beseitigt zu sein. Allerdings besteht aus folgendem Grund weiterhin ein Bedürfnis, den Güterstand alsbald zu beenden. Es ist streitig, **bis zu welchem Zeitpunkt** bei der Zugewinnberechnung über **§ 1381** BGB (grobe Unbilligkeit) durchgeführt werden können. Teilweise wird auf die ***Rechtshängigkeit*** des **Scheidungsantrages,** teilweise auf die ***Rechtskraft*** der **Scheidung** oder eines **Gestaltungsbeschlusses** abgestellt. Teilweise wird aber auch auf den Zeitpunkt abgestellt, zu dem die **Entscheidung**

---

[73] Palandt/*Brudermüller,* § 1386, Rn. 9; OLG Düsseldorf FamRZ 2002, 1572; a. A. jetzt aber wohl *Braeuer,* Zugewinnausgleich, Rn. 692.

[74] Vgl. KG FamRZ 2005, 805; *Koch,* FamRZ 2006, 587.

[75] Vermögenszuwächse **nach** dem Stichtag wirken sich hingegen nach wie vor **nicht anspruchs-*erhöhend*** aus.

zum **Zugewinnausgleichsverfahren** erfolgen soll. [76] Nur wenn man die letzte Meinung vertritt, kann im Nachhinein vor allem bei volatilen Vermögenswerten eine spätere Korrektur erfolgen. Vertritt man die beiden ersten Ansichten, ist der **Berechtigte** auf der „sicheren Seite", sofern der Güterstand alsbald beendet wird.

c) Die Gesetzesnovelle differenziert. Sie führt sowohl einen **Gestaltungsantrag** wie einen reinen **Leistungsantrag** ein. Hierbei kommt es darauf an, ob ein Zugewinnausgleichs**berechtigter** oder **-verpflichteter** Ansprüche geltend machen will. Der Berechtigte kann nunmehr sogar zweigleisig vorgehen. In **allen** Fällen des neuen § 1385 BGB kann er unter den dortigen Voraussetzungen **sofort** Auskunft und Zahlung verlangen. **Alternativ** kann er gem. § 1386 BGB einen Gestaltungsantrag erheben und nach entsprechendem Beschluss den Zahlungsanspruch verfolgen. Damit kann nach den Gesetzgebungsmaterialien nunmehr unstreitig durch **Arres**t vorgegangen werden. Die in Rechtsprechung und Literatur bislang äußerst umstrittene Frage, [77] ob solche Sicherungsmittel überhaupt möglich sind, hat sich nach der Novelle erledigt.

Trotzdem ist nicht in jedem Fall von vornherein abzusehen, **wer** nun **wem** gegenüber Ansprüche auf Zugewinn verfolgen kann. Vor allem in Fällen, bei denen schwierige Frage zur Vermögensbewertung von Immobilien oder Geschäftsanteilen eine Rolle spielen, kann es fraglich sein, wer Zugewinnausgleichsberechtigter oder -verpflichteter ist. Unter dem Gesichtspunkt des **sichersten Weges** wird man in diesen Fällen dem Anspruchsteller immer nur anraten können, von der Möglichkeit des Gestaltungsantrages gem. § 1386 BGB Gebrauch zu machen, da u. U. ein **Zahlungs**antrag ins Leere geht. [78]

d) Die in § 1386 BGB **alter** Fassung aufgeführten Fälle wurden im Wesentlichen – nur unter einer anderen Nummerierung – übernommen. Erleichtert wird jedoch ein Einschreiten, wenn Handlungen zu **befürchten** sind, welche den Tatbestand des § 1365 oder § 1375 Abs. 2 BGB (Stichwort: illoyale Vermögensverfügungen) erfüllen.

So musste nach **altem** Recht in diesen Fällen ja erst abgewartet werden, bis der andere Ehepartner vermögensmindernde Verfügungen **getätigt** hatte, vgl. § 1386 BGB Abs. 2, Nr. 1 und 2 BGB **a. F..** Erfahrungsgemäß war dann „das Kind jedoch bereits in den Brunnen gefallen". Wegen der weiteren Gefahr des § 1378 Abs. 2 BGB **a. F.** in der bisherigen Fassung kamen Maßnahmen häufig zu spät. Nach **neuem** Recht reicht

---

[76] Vgl. hierzu *Kogel,* Strategien, Rn. 1405.

[77] Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 114; OLG Hamm FamRZ 1997, 181; OLG Hamburg FF 2002, 175; OLG München FamRZ 2007, 1101; OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 822; NJW 1997, 1017; a. A. OLG Karlsruhe FamRZ 2007, 408; zustimmend *Kleinle,* FamRZ 2007, 1259.

[78] So auch *Büte,* FuR 2008, 109; ebenso *Klein,* Familienvermögensrecht, Kap. 2, Rn. 2091; andererseits vertritt *Klein* in FuR 2011, 482 f. die Auffassung, der Leistungsantrag sei grds. vorzuziehen.

demgegenüber bereits die **Befürchtung** aus, dass eine solche Handlung begangen wird. Einzelfallbezogen ist demnach zu entscheiden, ob hinreichende Anhaltspunkte für eine illoyale Vermögensverschiebung vorliegen.

Über eines sollte man sich im Klaren sein: Wenn nunmehr der „Einstieg" in den vorzeitigen Zugewinnausgleich wesentlich erleichtert wird, indem sogar die **befürchtete** Vermögensverschiebung Eilmaßnahmen rechtfertigt, wird die **Reaktionspflicht** des Rechtsvertreters wesentlich erweitert. Daein durch Arrest erlangtes Sicherungsmittel durch die geänderte Vorschrift des § 1378 Abs. 2 BGB im Nachhinein bei illoyaler Verhaltensweise nicht mehr unterlaufen werden kann, wird ein juristisch **beherztes, *alsbaldiges* Zugreifen** erwartet. Eine gesteigerte Sorgfaltspflicht –und damit Regressgefahr! – zeichnet sich ab.

e) Darüber hinaus kann **jeder** der Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 1385 BGB in Zukunft einen vorzeitigen Zugewinnausgleich in Form eines **Gestaltungsantrages** verlangen. In der **ursprünglichen** Fassung des Gesetzes war dies noch nicht vorgesehen.

4) Kritik an der Gesetzesnovelle und Problemfälle

Auch wenn die neue Gesetzeslage in vielen Fällen eine Verbesserung erbringen wird, sind einige kritische Punkte anzumerken.

a) Bei Ziffer **3)** (Nichterfüllung der **wirtschaftlichen Verpflichtung**) hätte man sich gewünscht, dass **nicht** erst die **Vollendung** der Handlung, sondern schon der **Gefährdungs**tatbestand ausreichend ist. Ein Schuldner, der willkürlich und zu Unrecht klipp und klar erklärt, dass er seiner Ehefrau und den Kindern keinen Cent Unterhalt mehr zahlen will und wird, ist keinesfalls schutzwürdig. [79] Dies gilt vor allem, wenn mit der bisherigen überwiegenden Rechtsprechung Unterhaltsrückstände bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens als Aktiva und Passiva in der Vermögensbilanz gegenübergestellt werden dürfen und müssen. [80]

b) Die **Auskunftsverpflichtung** zum Zeitpunkt der Trennung ist sowohl in den rechtlichen Voraussetzungen als auch in den Folgen **gänzlich unklar.** Kann derjenige, der Auskunft verlangt, auch einen vorzeitigen Zugewinnausgleich verlangen? [81] Diejenigen, die dies befürworten, bemühen ein „erst-recht-Argument „ (argumentum a majore ad minus). Sie übersehen aber, dass der Gesetzgeber nach wie vor bewusst (?) zwischen Auskunft und Unterrichtung differenziert. [82] Bei der mangelnden Auskunftserteilung sieht das Gesetz diese

---

[79] A.A. grundsätzlich *Bauer,* Die Neuerungen im ehelichen Güterrecht, S. 206.

[80] Vgl. BGH MDR 2010, 1462; BGH FamRZ 2003, 1544, 1546; OLG Hamm FamRZ 1992, 679; OLG Celle FamRZ 1991, 944; a. A. zu Recht *Schmitz*, FPR 2007, 198; ähnlich *Jakob,* NJW 2007, 2887; *ders.,* FuR 2007, 454. Vgl. ausführlich zu dieser Problematik des Unterhaltrückstandes *Kogel,* Strategien, Rn. 514.

[81] So z.B. *Bergschneider,* FamRZ 2009, 1716.

[82] So auch MK/*Koch,* §§ 1385,1386 Rn. 26.

Rechtsfolge gerade nicht vor. Die Konsequenz ist, dass derjenige, der sofort die Auskunft verlangt, sich den Weg des § 1385 Ziff. 4 BGB juristisch „verbaut“, zumindest aber erschwert. Der sicherere Weg dürfte es sein, **erst die Unterrichtung** zu verlangen, um dann ggf. den Anspruch auf die Auskunft auszuweiten.

c) Es eröffnet sich nunmehr aber folgende Strategiemöglichkeit, die wohl bei der unerwarteten Änderung des § 1379 BGB n. F. nicht hinreichend beachtet wurde: Wurde die Auskunft sowohl zur Trennungszeit als auch zum Stichtag der Rechtshängigkeit abgegeben und ergibt sich hieraus ein Differenz, wird im Zweifel die Minderung als illoyales Verhalten bewertet, vgl. § 1375 Abs. 2 BGB. Damit wird aber auch trotz des schon laufenden Scheidungsverfahrens die Möglichkeit geschaffen, den vorzeitigen Zugewinn durchzusetzen. Das laufende Scheidungsverfahren hindert dies gerade **nicht**. [83] In einer Vielzahl von Fällen wird schon wegen der knapper werdenden Ressourcen eine solche Differenz auftauchen. Bei konsequenter Anwendung der gesetzlichen Möglichkeiten könnte dies zu einem explosionsartigen Anstieg der Verfahren auf vorzeitigen Zugewinn führen. Die Anwaltschaft wird dies eher nicht bedauern, wohl aber der Gesetzgeber, sofern er solche Verfahren über VKH-Gebühren finanzieren muss.

5) Zusammenfassend

a) Vorteile

Der vorzeitige Zugewinnausgleich hat für den Ausgleichsberechtigten erhebliche, nicht zu unterschätzende ***Vorteile***:

- Die Rechtskraft des Beschlusses auf vorzeitigen Zugewinnausgleich führt zur Gütertrennung und zur Entstehung des Zugewinnausgleichsanspruches. Ab diesem Zeitpunkt tritt eine Pflicht zur **Verzinsung** ein (§§ 1378 Abs. 3, 1388 BGB). Falls der Zugewinn im Eheverbund u. U. mit weiteren Folgesachen anhängig gemacht wird, kann sich das Scheidungsverfahren über Jahre hinziehen. Bis zur Rechtskraft des Verbundverfahrens wäre eine Verzinsung nicht gegeben. Die Zinsen gem. §§ 286, 288 BGB sind erheblich. Sie haben in der letzten Zeit zwischen ca. 5 und 9% geschwankt. Die Rechtslage ähnelt dem Problem, ob der Zugewinn überhaupt in den Verbund mit aufgenommen werden soll. [84] Grds. gilt hier: **Zugewinn im Verbund: i.d.R. ein Anwaltsregress.**
- Der **Verfahrenswert** des vorzeitigen Zugewinnausgleichsverfahrens ist zunächst zu schätzen und bezieht sich auf den später geltend gemachten Betrag. Es handelt sich – anders als im Scheidungsverfahren – um ein **selbständiges** Verfahren. Gerade in Fällen der VKH-Bewilligung ergeben sich durch die separate Verfolgung der Ansprüche

[83] *Kogel,* Strategien, Rn. 317.
[84] *Kogel,* Strategien, Rn. 1280 ff.

erheblich höhere Gebühren als bei einer Geltendmachung im Verbundverfahren. Oftmals bestimmt sich das Interesse (und damit der Verfahrenswert des vorzeitigen Zugewinnausgleiches) nach der Vorverlegung der Fälligkeit der Zugewinnausgleichsforderung. So hat das OLG Stuttgart [85] z. B. den Verfahrenswert dadurch ermittelt, indem es die frühere Fälligkeit mit der wahrscheinlichen Dauer des anhängigen Zugewinnausgleichsverfahrens verglichen hat. [86]

- Es besteht eine Kostenerstattungspflicht gem. **§ 91 ZPO.** Die Kostenfolge des § 93a ZPO bzw. § 150 Abs. 1 FamFG gilt **nicht.**
- Nach der bis 1.9.2009 geltenden Rechtslage war erst mit Eintritt der Gütertrennung (Rechtskraft des Gestaltungsurteils) endgültig die **Gefahr** gebannt, den Zugewinnausgleich gem. **§ 1378 Abs. 2 a.F. BGB** nachträglich zu verlieren. Andererseits hat die frühere Beendigung des Güterstandes den Vorteil, dass die Problematik des § 1381 BGB bei **volatilen Vermögenswerten** entschärft werden könnte. [87] Unabhängig davon, ob man § 1381 BGB oder § 242 BGB in derartigen Fällen überhaupt bemüht, wird jedenfalls in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass nach Beendigung des Güterstandes eintretende Vermögensverschlechterungen nicht mehr zu berücksichtigen sind. [88]
- Der vorzeitige Zugewinnausgleich eröffnet die Möglichkeit, **weitere Verfahren** anhängig zu machen. Nur bei Vorliegen eines Scheidungsverfahrens oder eines vorzeitigen Zugewinnausgleichsverfahrens kann überhaupt daran gedacht werden, eine **Eilmaßnahme** (Arrest) zu beantragen. Bislang wurde von der Möglichkeit, Ansprüche des Mandanten in dieser Form abzusichern, nur in den seltensten Fällen Gebrauch gemacht. Selbst nach der Novelle hat sich hieran nichts geändert. Im Nachhinein wird allerdings vielfach der Mandant den Vorwurf erheben, solche Maßnahmen hätten doch viel früher ergriffen werden müssen. Es kann daher nur dringend angeraten werden, bei dem **geringsten** Anhaltspunkt zugunsten eines solchen Verfahrens, dies anzuregen, um sich nicht dem Vorwurf der Schlechtberatung auszusetzen. Dieser Rat bezieht sich vor allem auf Fälle der **Beweislastumkehr,** bei denen die illoyale Verhaltensweise vermutet wird, vgl. § 1375 Abs. 2 BGB. Die Novelle **verlangt** daher geradezu ein **früheres Einsc**hreiten – aus Anwaltssicht auch aus Kostengründen ein nicht gerade unbefriedigendes Ergebnis.
- Aus Sicht des **Pflichtigen**: Will er nicht geschieden werden, werden, vermutet er aber in Zukunft Vermögens**zuwächse,** sollte er über einen vorzeitigen Zugewinnausgleich nachdenken.

---

85 FamRZ 2009, 1621.
86 In dem entschiedenen Fall waren dies 4,6 Jahre; zustimmend *Koch,* FamRZ 2010, 1210.
87 Vgl. hierzu ausführlich *Kogel,* Strategien, Rn. 1405, 1411.
88 Vgl. hierzu die Nachweise *Kogel,* Strategien, Rn. 1411.

b) Nachteile

- Wurde der Zugewinn im Verbund vor allem aus taktischen Gründen eingesetzt, um das gesamte Scheidungsverfahren zu verzögern, wird mit Rechtskraft des Gestaltungsbeschlusses diese Wirkung aufgehoben. Der Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft ist **kein Verbundverfahren**, da keine Entscheidung für den Fall der Ehescheidung begehrt wird. [89] War die Verbundsache Güterrecht **vor** der Rechtskraft des Gestaltungsbeschlusses anhängig, ist sie mit dem Beschluss erledigt. [90]
- **Umgekehrt** gilt: Da nunmehr auch der Zugewinnausgleichs**pflichtige** einen vorzeitigen Zugewinn - z. B. nach Ablauf der Dreijahresfrist - verlangen kann, ist ihm hierdurch die Möglichkeit eröffnet, den u. U. missliebigen Verbund mit der Güterrechtssache aufzulösen. [91] Das „ Für und Wider“ dieser Konsequenzen sollte mit dem jeweiligen Mandanten sorgfältig erörtert werden. Abzuwägen ist vor allem der frühere Zeitpunkt der Verzinsung einerseits mit den Vorteilen aus einem vorzeitig beendeten Scheidungsverfahren andererseits (z. B. kein nahehelicher Unterhaltsanspruch?).
- Wird bei einem laufenden Scheidungsverfahren mit Verbund der vorzeitige Zugewinnausgleich erfolgreich verlangt und die Folgesache Zugewinn daraufhin abgetrennt, werden Gerichte möglicherweise eher geneigt sein, von der **strengen Kostenregelung** Gebrauch zu machen, als dies bei einer Verfolgung der Ansprüche im Verbund der Fall ist (regelmäßig Kostenaufhebung). Bei einer zweifelhaften Zugewinnforderung läuft der Anspruchsteller demnach wohl im Zweifel ein höheres Kostenrisiko. Die Praxis wird zeigen, ob diese Befürchtung gerechtfertigt ist.
- Wurde bedingt durch den vorzeitigen Zugewinnausgleich die Ehe früher geschieden, **gilt die Sperre** des **§ 207 BGB** für die Verjährung nicht (mehr). Will der Anspruchsteller zunächst nur einen Teilbetrag verfolgen, muss er genau auf die Verjährung achten, da diese nur in Höhe des geltend gemachten Betrages gehemmt wird.
- Der BGH [92] vertritt mittlerweise die Auffassung, dass bei **jeder** Vermögensposition eine evtl. Steuerschuld als Passiva wertmindernd zu berücksichtigen sei. Es komme nämlich auf einen **fiktiven Verkaufsfall** an. Diese **sog. latente Steuer** kann aber je nach dem Zeitpunkt des Stichtages unterschiedlich ausfallen. Dies ist insbesondere bei der **Spekulationssteuer** zu beachten. Wird vor dem Scheidungsverfahren ein vorzeitiger Zugewinnausgleich beantragt, muss dieser **steuerliche Gedanke** unbedingt beachtet werden. [93]

---

[89] Vgl. OLG Celle FamRZ 2012, 1941.
[90] So *Haußleiter,* NJW-Spezial 2010, 580, 581.
[91] Vgl. hierzu aber die in der Literatur geforderte und in *Kogel,* Strategien, Rn. 320 dargestellte Einschränkung.
[92] FamRZ 2011, 1372.
[93] Vgl. zu den Rechtsfolgen *Kogel,* NJW 2011, 3337.

c) Strategische Hinweise

- Bei länger dauernden Scheidungsverfahren muss immer überprüft werden, ob nicht drei Jahre seit der Trennung verstrichen sind. In diesem Fall sollte schon wegen des **Zinsvorteils** an einen vorzeitigen Zugewinn gedacht werden.
- Bei Unkenntnis des Mandanten über die wirtschaftliche Situation des Gegners sollte in jedem ersten Anschreiben die Gegenseite zur Unterrichtung über den Bestand des Vermögens aufgefordert werden. Ggf. kann dies auch durch den Mandanten selber vorab erfolgen. **Drei** Schreiben sind jedenfalls ausreichend, um die beharrliche Weigerung zu dokumentieren.
- Durch das sofortige Auskunftsverlangen ab Trennung „verbaut" sich nach z.T. vertretener Ansicht der Berechtigte die Chance, den vorzeitigen Zugewinn zu verlangen. Zunächst sollte daher eine **Unterrichtung** gefordert werden. Nur diese eröffnet nach dem Gesetz den sicheren Weg zum vorzeitigen Zugewinnausgleich- vorausgesetzt man vertritt die Ansicht, dass auch nach einer Trennung ein Unterrichtungsanspruch gegeben ist. Der Anspruch auf Unterrichtung kann ggf. im Nachhinein auf die Auskunft erweitert werden.
- Nach **dreimaliger** ergebnisloser Aufforderung sollte **sofort** ein Antrag eingereicht werden. Die Kosten sollten, wenn möglich, eingezahlt bzw. bei VKH-Anträgen vorsorglich Vorabzustellung beantragt werden.
- In geeigneten Fällen sind umgehend zusätzliche Sicherungsmaßnahmen in Form eines **Arrestes** zu erwägen.
- In den Fällen, in denen ein Verstoß gegen § 1365 BGB begangen wurde oder zu **befürchten** ist, muss auch an eine **einstweilige Anordnung** gem. §§ 49 ff. FamFG gedacht werden. In Betracht kommt insoweit insbesondere ein Veräußerungsverbot oder ein Verbot, die Teilungsversteigerung weiter zu betreiben. [94] Mit der Eintragung des **Veräußerungsverbotes** im Grundbuch entfällt die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs. [95]
- In den Fällen, in denen zwischen den beiden erteilten Auskünften zum Zeitpunkt der Trennung und Rechtshängigkeit eine Differenz auftritt, sollte umgehend ein Antrag auf vorzeitigen Zugewinn in Erwägung gezogen werden.
- Das Risiko – und die Chance! – den Verbund durch den vorzeitigen Zugewinnausgleich aufzulösen, sollte mit dem Mandanten besprochen werden.

---

94 Vgl. BGH FamRZ 1977, 458; OLG München FamRZ 2001, 393; *Büte,* Rn. 341.
95 Vgl. *Büte,* Rn. 341.

IV.

Arrest und einstweilige Anordnung [96]

1) Rechtslage allgemein und vor allem bis zum 31.8.2009

Gerade in den Fällen, in denen Schuldner hartnäckig und böswillig handelten, war es schon nach bisherigem Recht ein unabweisbares, praktisches Bedürfnis, durch Eilmaßnahmen tätig zu werden. Nahezu unstreitig war bislang Folgendes:

Solange noch kein Ehescheidungsverfahren oder kein vorzeitiger Zugewinnausgleich eingereicht ist, kann ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung nicht ausgebracht werden. In diesen Fällen besteht noch nicht einmal eine zukünftige oder ungewisse Forderung. [97] **Umgekehrt:** Ist die Ehescheidung rechtskräftig abgeschlossen, so ist eine Forderung gem. § 1378 Abs. 3 BGB entstanden. Diese **entstandene** Geldforderung kann mit den üblichen Eilmaßnahmen der ZPO gesichert werden. Beide Gesichtspunkte gelten auch nach neuem Recht. Ohne ein Verfahren, welches auf die Beendigung des Güterstandes abzielt, sind Sicherungsmittel nicht möglich.

Problematisch waren die Zeiträume, die **dazwischen** lagen. Erfahrungsgemäß wurden gerade hier die meisten Manipulationsversuche unternommen. Da ein Arrest selbst für **zukünftige** Ansprüche ausgebracht werden kann, vertrat die herrschende Meinung zu Recht die Ansicht, schon bei **Rechtshängigkeit** des Scheidungsantrages sei ein dinglicher Arrest möglich. [98]

2) Rechtslage ab 1. 9.2009

a) Allgemeines

Nach nunmehriger Rechtslage ist die Sicherung eines Anspruches wesentlich vereinfacht worden. Der vorzeitige Zugewinn ist jetzt neben dem Gestaltungsantrag bei dreijähriger Trennung in einen Leistungsantrag (**ohne** zuvorigen Gestaltungsantrag!) umgewandelt worden. Damit kann nach den Gesetzgebungsmaterialien unstreitig nunmehr in Zukunft in diesem Verfahren durch einen Arrest vorgegangen werden. Für die Fälle einer Verfügung über das Vermögen im Ganzen (§ 1365 BGB) oder in unlauterer Weise (§ 1375 BGB) ist es nicht mehr erforderlich, dass eine solche Maßnahme getätigt wurde. Schon die

---

96 Vgl. hierzu auch *Kogel,* FamRB 2013, 365 ff.

97 A. A. wohl nur *Braeuer,* Zugewinnausgleich, Rn. 717, der im Hinblick auf den Leistungsantrag nach § 1385 BGB die Ansicht vertritt, der Anspruch müsse ggf. geschätzt werden.

98 OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 114; OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 822; NJW 1997, 1017; OLG Celle FamRZ 1996, 1429; OLG Hamm FamRZ 1997, 181; OLG Hamburg FF 2002, 175; OLG München FamRZ 2007, 1101; OLG Karlsruhe (5. Senat) FamRZ 2007, 408 vgl. insgesamt zum damaligen Streitstand *Kogel,* FamRB 2004, 131 ff..

Befürchtung, dass sich ein solcher Tatbestand ereignen kann, reicht aus. Das Problem in solchen Fällen wird sein, den entsprechenden Sachverhalt glaubhaft zu machen.

Da im Zweifel bei einer Vermögens**minderung** zwischen Trennung und Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages von einem unlauteren Verhalten auszugehen ist (§ 1375 Abs. 2 BGB), kann – und **muss!** – der andere Ehegatte daran denken, **umgehend** einen vorzeitigen Zugewinnausgleich in die Wege zu leiten (vgl. § 1385 Ziff. 2 BGB n. F.). Dies wird vielfach mit einem Arrestverfahren begleitet werden können und **müssen**.

b) Der Arrestanspruch

Viele Zugewinnausgleichsberechtigte scheuen ein Eilverfahren, weil sie der Auffassung sind, dass der Arrestanspruch nicht durchgesetzt werden könne. Richtig ist zwar: Derjenige, der Zugewinn verlangt, trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Ausgleichsforderung. Damit muss er drei Positionen im Rahmen der wechselseitigen Bilanzen nachweisen: [99]

- das ***End*vermögen** der **Gegenseite,**
- das **eigene *End*vermögen,**
- das **eigene *Anfangs*vermögen**.

Nur für das ***Anfangs*vermögen** des **Gegners** ist er nicht darlegungs- und beweispflichtig. Im Zweifel gilt insoweit nach dem Gesetz die **Nulllösung.** Es wird vermutet, dass kein Anfangsvermögen vorhanden war (§ 1377 Abs. 3 BGB). [100] Oftmals werden im Rahmen eines Güterrechtsverfahrens die Zugewinnausgleichsansprüche von den Beteiligten völlig unterschiedlich dargestellt, da die Bewertungen zu einzelnen Vermögensteilen gänzlich anders ausfallen. Im Extremfall kann dies dazu führen, dass der vermeintlich sichere Ausgleichsgläubiger plötzlich als Ausgleichsschuldner dargestellt wird. In diesen Fällen ist es naturgemäß schwierig, einen Zugewinnanspruch hinreichend glaubhaft zu machen.

Für den Arrestanspruch ist aber Folgendes zu berücksichtigen: Keineswegs muss der Anspruchsteller den Anspruch *beweisen*. Es reicht nach der Rechtsprechung aus, dass die voraussichtliche Zugewinnausgleichsforderung **hinreichend wahrscheinlich** ist. [101] Ein Vollbeweis muss gerade nicht geführt werden, ebenso wenig eine Detailprüfung. Ferner sind die unterschiedlichen Bewertungen der Beteiligten sehr oft von behauptetem Anfangs- oder privilegiertem Anfangsvermögen i.S.v. §§ 1374 Abs. 1, Abs. 2 BGB abhängig. Für die zugrundeliegenden Zuwendungen ist aber der Zugewinnausgleichsschuldner darlegungs- und beweispflichtig. Letztlich: In vielen Fällen wird dem Grund nach klar sein, in welche Richtung die juristische Reise zum Zugewinn geht. Zumindest ein Sockelbetrag zum Zugewinn ist häufig unstreitig. Dies sollte bei einem entsprechenden Arrestantrag deutlich

[99] Vgl. statt vieler *Büte,* Rn. 55; *Haußleiter/Schulz*, Kap. 1, Rn. 70, 100.
[100] Vgl. zur Beweislastverteilung auch *Kogel*, Strategien, Rn. 68 f. m.w.Nachw.
[101] Vgl. z.B. OLG Düsseldorf FamRZ 1991, 351; OLG Brandenburg FamRZ 2009, 477; *Koch*, FamRZ 2009, 1196; *Büte,* FuR 2013, 573.

herausgestellt werden, um dann wenigstens zu diesem unstreitigen Betrag eine entsprechende Sicherung erreichen zu können. [102]

c) Der Arrestgrund

Es wird immer eine Frage des Einzelfalls bleiben, wann die Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung ohne Arrestverhängung "vereitelt oder wesentlich" erschwert wird (vgl. § 917 Abs. 1 ZPO). Ob ein Arrestgrund vorliegt, bemisst sich nach dem objektiven Standpunkt eines verständigen, gewissenhaft prüfenden Menschen. [103] Da der Arrest vor unlauterem Verhalten des Schuldners schützen soll, werden vor allen Dingen folgende Handlungen ausreichend sein:

- Beiseiteschaffen von Vermögenswerten [104]
- **Verschiebung** von Vermögen ins Ausland [105]
- **Grob falsche Auskunft** und dadurch **Verschleierung** des Vermögensverhältnisse [106]
- **Verschwenderische Lebensweise**, insb. Spielleidenschaft, **Verschleuderung** von Vermögenswerten. [107] Ob hierbei allerdings die Veräußerung des **einzigen körperlichen Vermögensgegenstands**, insb. des Grundbesitzes, für sich allein einen hinreichenden Arrestgrund darstellt, ist nicht unzweifelhaft. Literatur und Rechtsprechung gingen hiervon bislang allerdings aus. [108] Das Kammergericht hat demgegenüber in einem jüngst ergangenen Beschluss [109] entschieden, dass es auch insoweit auf die Umstände des Einzelfalls ankomme. In dem betreffenden Fall besaß der Ehemann ein mit 300.000 € belastetes Haus, dessen Wert 750.000 € betrug. Im Hinblick auf die monatlich (zu) hohe Annuität beabsichtigte er, das Haus zu veräußern. Er bot es zum Verkauf an. Gleichzeitig kaufte er eine Eigentumswohnung für 350.000 €, die er mit einem Kredit zwischenfinanzierte. Aus dem Überschuss des Hausverkaufs beabsichtigte er, den Zwischenkredit abzulösen. Im Endeffekt hätte ihm also eine lastenfreie Eigentumswohnung mit einer wesentlich geringeren Annuität gehört. Zwar zahlte er Unterhalt an seine Ehefrau. Allerdings gab es erhebliche Rückstände von ca. 70.000 €. Diese waren durch unterschiedliche Bewertungen des anrechenbaren Einkommens verursacht worden. Das Kammergericht hat in diesem Fall einen Arrestanspruch verneint. Zwar liege eine Verfügung über den einzigen Vermögensgegenstand vor. Solange das Haus nicht verkauft worden sei, könne jedoch in dieses Objekt vollstreckt werden. Sofern die Eigentumswohnung bezahlt werde, diene ab dann diese Immobilie

---

102 So z.B. OLG Frankfurt, FamRZ 1996, 747: Teilforderung von 10 Mio. DM bei einem verschwiegenen Zugewinn von über 40 Mio. DM.
103 So schon RG RGZ 67, 369.
104 OLG Düsseldorf FamRZ 1994, 114.
105 OLG Köln, ZIP 1988, 969.; LG Köln WM 1988, 761; OLG Dresden FamRZ 1029.
106 OLG Frankfurt, FamRZ 1996, 747
107 Zöller/*Vollkommer*, 30. Aufl., § 917 ZPO Rn. 5.
108 Zöller/*Vollkommer*, § 917 ZPO Rn. 5 m.w.N.
109 Vgl. KG FamRB 2013, 361 mit Darstellung des Meinungsstands.

als Vollstreckungsobjekt. Falls die Grundschuld nicht mehr valutiere, allerdings auch nicht gelöscht sei, könne sogar in die Eigentümergrundschuld gepfändet werden.[110] Zusätzlich hatte der Ehemann die Ehefrau befragt, ob sie mit einer Veräußerung des Hauses einverstanden sei. Die Ehefrau hatte sich sybillinisch dahin gehend geäußert, die Zustimmung gebe sie, "sofern der Verkauf im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung liege". Der Umstand, dass der Ehemann die Ehefrau befragt hatte - also nicht hinter ihrem Rücken das Objekt einfach verkauft hatte -, war sicherlich ein Motiv, den Arrestantrag abzulehnen. Möglicherweise hätte der Senat anders entschieden, falls der Ehemann sich in erkennbar unlauterer Weise um jedwede Zahlung von Aufstockungsunterhalt "gedrückt" hätte.

Keinen Arrestgrund stellten allerdings nach herrschender Meinung folgende vielfach vorliegenden Umstände dar:

- **Unverändert schlechte Vermögenslage** des Schuldners. [111]
- **Drohende Konkurrenz** anderer Gläubiger. [112]
- Die **Vollstreckung im Ausland** als solche ist gem. § 917 Abs. 2 ZPO kein hinreichender Arrestgrund, sondern nur dann, sofern die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist. Insbesondere in Fällen, in denen Schuldner ins europäische Ausland verziehen, ist also dieser Umstand allein kein Arrestgrund.

Über eines sollte man sich allerdings im Klaren sein: Der „Einstieg“ in den vorzeitigen Zugewinnausgleich ist wesentlich erleichtert worden. Sogar die **befürchtete** Vermögensverschiebung rechtfertigt Eilmaßnahmen. Dadurch wird die **Reaktionspflicht** des Rechtsvertreters wesentlich erweitert. Dies gilt vor allem deswegen, weil im Arrestverfahren der **Voll**beweis **gerade nicht** geführt werden muss. Die **Glaubhaftmachung** des Arrestanspruches ist erforderlich – aber auch **ausreichend.** Für die Wahrheit der behaupteten Tatsache muss eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** streiten. Es reicht aus, dass **mehr für** als gegen den Anspruch spricht. [113]

d) Rechtsmittel

Sollte der Arrestantrag **ohne mündliche Verhandlung** abgelehnt werden, ist jetzt äußerst streitig, ob die sofortige Beschwerde **nach § 567 ZPO** oder die **einfache Beschwerde** nach **§ 58 FamFG** das statthafte Rechtmittel ist. [114]Je nachdem, welcher Ansicht man sich anschließt, beträgt die Beschwerdefrist zwei Wochen (§ 569 Abs. 1, S. 1

---

110 Vgl. hierzu *Stöber*, Forderungspfändung, 14. Aufl., Rn. 1929 ff.

111 BGH BGHZ 131, 105; *Baumbach/Lauterbach*, 72. Aufl., § 917 ZPO, Rn. 7.

112 BGH, BGHZ 131, 105; streitig vgl. hierzu die umfangreichen Nachw. bei *Wieczorek/Schütze*, 3. Aufl., § 917 ZPO, Rn. 16; Zöller/*Vollkommer*, § 917 ZPO, Rn. 9

113 Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2009, 447; *Koch,* FamRZ 2009, 1196; OLG Koblenz NJW-Spezial 2013, 102.

114 Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Büte,* FuR 2013, 574.

ZPO), [115] und nicht nach § 63 Abs. 1 FamFG einen Monat. [116] Unter dem Gesichtspunkt **des sichersten Weges,** sollte unbedingt die Zwei-Wochen-Frist notiert werden, zumal dies der überwiegenden Meinung entsprechen würde.

Braeuer [117] vertritt die These, dass in Einzelfällen, neben oder anstelle eines Arrestes (auch) eine **einstweilige Anordnung** in Betracht zu ziehen sei. Eine einstweilige Anordnung wird vor allem in den Fällen in Betracht kommen, bei denen dem anderen Ehepartner die Veräußerung eines Grundstücks untersagt werden soll. [118]

e) Wert

Der Wert des Arrestverfahrens ist in Anlehnung an § 42 FamGKG nach **billigem Ermessen** zu bestimmen. Er dürfte i. d. R. etwa bei einem 1/2 bis 1/3 der Hauptforderung anzusetzen sein. [119]

3) Vollzugsprobleme

a) Überlegungen zur Vollstreckung

Bereits **bevor** der Arrest beantragt wird, sollte der Antragsteller ein taktisches Konzept entwickeln, wie er den Arrest möglichst wirksam durchzusetzen gedenkt. Die Kürze der Vollziehungsfrist von einem Monat zwingt zu einer vorbereitenden Planung. Zu bedenken ist insbesondere: [120]

- Welche **Vollstreckungsmaßnahmen** sollten möglichst wirksam in **welcher Reihenfolge** ausgebracht werden? Auf welche Weise wird ein größtmöglicher **Überraschungseffekt** erreicht?
- Bevor eine Sicherungshypothek eingetragen wird, sollte ein **Grundbuchauszug** eingeholt werden. U. U. ergibt sich aus dem Grundbuch das Recht eines Dritten auf Rückauflassung für den Fall der Vollstreckung. Dann verbietet sich i. d. R. eine solche Vollstreckungsmaßnahme.
- Gegen **welche Dritte** sind welche Ansprüche im Wege der Forderungspfändung zu vollstrecken? Vor allem die **genauen Anschriften** dieser Dritten müssen vorab ermittelt werden, damit keine Zustellungsverzögerungen erfolgen.
- Welches **Gericht** ist für welche Maßnahmen **zuständig**?

---

[115] Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2009, 447; *Koch,* FamRZ 2009, 1196; OLG Koblenz NJW-Spezial 2013, 102.
[116] So OLG München FamRZ 2011, 746; OLG Karlsruhe FamRB 2010, 327.
[117] Zugewinnausgleich, Rn. 733.
[118] *Kogel,* Strategien, Rn. 381.
[119] Vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2011, 758; OLG Celle FamRZ 2011, 759.
[120] In Anlehnung an die Checkliste bei *Büte,* Rn. 379; *ders.*, FuR 2013, 575; *Kogel,* FamRB 2013, 368.

- Müssen vor allem bei der Zuständigkeit verschiedener Gericht **mehrere vollstreckbare Ausfertigungen** schon mit dem Arrestantrag angefordert werden? Dies ist vor allem erforderlich, wenn bei verschiedenen Vollstreckungsorganen ggf. noch an unterschiedlichen Vollstreckungsorten Maßnahmen geplant sind.

b) Regressgefahren

Auf **drei** praktische Probleme im Rahmen der Vollstreckung soll besonders aufmerksam gemacht werden.

- Der Arrest ist zu **vollziehen.** Es gilt die **strikte Monatssperre** gem. § 929 Abs. 2 ZPO. Wurde der Arrest auf Grund **mündlicher Verhandlung** erlassen, so läuft diese Frist nicht etwa mit Zustellung des Beschlusses, sondern bereits mit der **Bekanntgabe** der Entscheidung! Gerade bei Familiengerichten ist die Schnelligkeit der Kanzleiarbeit sehr unterschiedlich. Im eigenen Interesse sollte der Anwalt in derartigen Fällen den **Bekanntgabetermin** und die Monatsfrist **notieren.** Es muss dafür Sorge getragen werden, dass zumindest der Tenor mit Klausel umgehend ausfertigt und hieraus die Vollstreckung betrieben wird.
- Darüber hinaus reicht die Zustellung des Arrestes durch das Gericht an den Schuldner **nicht** aus. Zum Vollzug des Arrestes muss dieser durch den Gläubiger **selber** an den Schuldner **zugestellt** werden. **Alle** Vollstreckungsmaßnahmen müssen **innerhalb** des Monats durchgeführt sein. [121]
- Wird der Arrest zunächst erlassen, nach mündlicher Verhandlung aber **modifiziert** oder nur in eingeschränktem Umfange bestätigt, beginnt eine **neue** Vollzugsfrist zu laufen. [122] Dieselbe Rechtsfolge tritt ein, wenn der Arrest nur gegen **S**icherheitsleistung bestätigt wird, § 925 Abs. 2 ZPO. In Wahrheit hat das Gericht dann nämlich einen **neuen** Arrest erlassen. [123] Beide Gesichtspunkte sind auch zu beachten, falls eine Veränderung des Titels in der Rechtsmittelinstanz erfolgt.

---

121 Vgl. *Baumbach/Hartmann,* § 929 ZPO, Rn. 18.

122 Vgl. Zöller/*Vollkommer,* § 929 ZPO, Rn. 15 sowie die Nachw. bei *Baumbach/Hartmann,* § 929 ZPO, Rn. 12.

123 Vgl. OLG Frankfurt OLGZ 80, 259.