Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
26. bis 28. November 2015
in Weimar

Haftungsfallen und Beweislast im Zugewinn

Prof. Dr. Elisabeth Koch
Universität Jena

Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Koch

Haftungsfallen und Beweislast im Zugewinn DAV

I. Haftungsfallen

1. Haftungsfalle Verjährung

Ein hohes Risiko geht aus von einem Anspruchsverlust durch Zeitablauf. Von Anwaltsseite ist im Streit um den Anspruch auf Ausgleich von Zugewinn deshalb stets die Verjährung zu bedenken. Diese gibt dem ausgleichsverpflichteten Ehegatten eine peremptorische Einrede, das heißt, dass der Anspruch endgültig und dauerhaft nicht durchsetzbar ist (§ 214 BGB).

a) Voraussetzungen

Die Voraussetzungen der Verjährung ergeben sich aus den allgemeinen Regeln der §§ 195 ff. BGB – die frühere Sonderregel des § 1378 Abs. 4 gilt seit 1. Januar 2010 nicht mehr.[1]

Zeitlich unterliegt die Zugewinnausgleichsforderung der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB, die Forderung verjährt also in drei Jahren.

Die Frist beginnt nicht mehr – wie früher – von einem bestimmten Tag an[2] zu laufen, sondern immer am 1. Januar eines Jahres, nach § 199 BGB nämlich *mit dem Schluss des Jahres*, in dem

1. (objektiv) der Anspruch entstanden ist und
2. (subjektiv) der Gläubiger, das heißt der ausgleichsberechtigte Ehegatte, von den anspruchsbegründenden Tatsachen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen (§ 199 Abs. 1).

Die objektive Voraussetzung für den Verjährungsbeginn liegt mit Rechtskraft der Scheidung vor – die Zugewinnausgleichsforderung entsteht zu diesem Zeitpunkt (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB).

[1] Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts v. 24.9.2009 (BGBl. I S. 3142), in Kraft getreten am 1.1.2010.

[2] Tag der Kenntniserlangung von der Beendigung des Güterstandes.

Die subjektiv vorausgesetzte Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis von der *Person des Schuldners* ist im Fall der Zugewinnausgleichsforderung unproblematisch – der geschiedene Ehegatte ist bekannt.

Kenntnis von den *den Anspruch begründenden Umständen* heißt positives Wissen vom Ende des Güterstandes. Im Fall der Scheidung muss der ausgleichsberechtigte Ehegatte also wissen, dass die Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung nicht nur die Ehe, sondern auch den Güterstand beendet. Dieser rechtlich einfache Zusammenhang erschließt sich – so sehen es die Gerichte in ständiger Rechtsprechung – in aller Regel auch dem Laien. Dass die Scheidung auch das Ende der güterrechtlichen Gemeinsamkeit ist, drängt sich auf – jeder weiß, dass ab jetzt (eventuelle) Ansprüche geltend zu machen sind.[3]

Ein Rechtsirrtum über die – zum Entstehen der Zugewinnausgleichsforderung führende – Beendigung des Güterstandes wurde in der Vergangenheit manchmal im Falle des Rechtsmittelverzichts angenommen. Den in der mündlichen Verhandlung anwesenden Ehegatten wurde konzediert, die rechtliche Bedeutung des Verzichts auf Rechtsmittel und Anschlussrechtsmittel nicht verstanden und deshalb keine Kenntnis von dem in diesem Moment eintretenden Ende des Güterstandes erlangt zu haben.[4]

Seit 1.1.2010 steht allerdings die *grob fahrlässige Unkenntnis* der anspruchsbegründenden Umstände der positiven Kenntnis dieser Umstände gleich. Und das führt meines Erachtens dazu, dass die subjektive Voraussetzung für den Verjährungsbeginn in aller Regel zu bejahen ist, wenn der Ehegatte in der mündlichen Verhandlung, in der der Rechtsmittelverzicht erklärt wird, anwesend ist. Denn eine Partei, die sich die Erklärungen der Anwälte zum Rechtsmittelverzicht anhört, sie nicht versteht, aber nicht nachfragt, lässt die im Rechtsverkehr erforderliche Sorgfalt in hohem und groben Maße außer Acht – ihr bleiben Umstände unbekannt, weil sie nicht das tut, was jeder vernünftige Laie in der gegebenen Situation tut (vgl. § 276 Abs. 2 BGB).

Auf die Kenntnis des Ehegatten selbst kommt es jedoch ohnehin nur in den Fällen an, in denen der Anwalt nur mit der Durchführung des Scheidungsverfahrens (und eventuell anderer Folgesachen) mandatiert ist, nicht aber auch mit der Abwicklung des Zugewinnausgleichs. Ist er hier mit der Durchsetzung der Zugewinnausgleichsforderung

[3] Zu § 1378 Abs. 4: BGHZ 100, 203 (205) = NJW 1987, 1766 (1767); BGH FamRZ 2008, 675; OLG Naumburg FamRZ 2001, 831; OLG Celle FamRZ 2002, 1030.
[4] BGH FamRZ 1997, 804.

beauftragt, so hat ihm der Ehegatte nach allgM auch die Kenntnisnahme aller in diesem Zusammenhang rechtserheblichen Tatsachen übertragen.[5] Er handelt im Verfahren mithin als (rechtsgeschäftlicher) Wissensvertreter – und auf diesen ist § 166 BGB analog anzuwenden. Relevant sind also seine Kenntnisse und nicht die des von ihm anwaltlich vertretenen Ehegatten. Diesem wird das Wissen des Anwalts über die nach § 199 BGB zum Verjährungsbeginn führenden Umstände zugerechnet. Da nun aber einer Anwältin oder einem Anwalt die güterrechtliche Bedeutung des Rechtsmittelverzichts bekannt ist, fängt die Verjährung der Ausgleichsforderung mit der Verzichtserklärung an zu laufen.

b) Verzicht auf die Einrede der Verjährung

Häufig kommt es vor, dass Ehegatten längere Zeit über eine einvernehmliche Regelung des Zugewinnausgleichs verhandeln und zu befürchten ist, dass über die Zeit die Ausgleichsforderung verjährt. Um hier die Verhandlungen nicht unter zeitlichen Druck zu bringen, bietet sich ein – zeitlich befristeter – Verzicht auf die Erhebung der Einrede der Verjährung an: Der ausgleichspflichtige Ehegatte sichert rechtlich verbindlich zu, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Verjährungseinrede nicht zu erheben. Dogmatisch stellt dieser Verzicht auf das Leistungsverweigerungsrecht wegen Verjährung ein einseitig bindendes Rechtsgeschäft dar.[6] Es hindert den Ehegatten daran, innerhalb des angegebenen Zeitrahmens die Verjährungseinrede zu erheben. Einen weiteren Inhalt, insbesondere weitere Bindungen und Wirkungen enthält der Verzicht in der Regel nicht. Insbesondere hat er auf den Ablauf und den Verlauf der Verjährungsfrist keinen Einfluss. Daran, dass die Zugewinnausgleichsforderung nach drei Jahren verjährt – heute nicht mehr ab Rechtskraft der Scheidung, sondern nach Ablauf des Jahres, in dem diese eintritt –, ändert sich durch den Verzicht also nichts.

An folgendem, schließlich vom BGH entschiedenen Fall sei dieser Punkt, der sich ja konsequent und in der Sache simpel anhört, illustriert.[7]

---

[5] MüKoBGB/*Grothe*, 7. Aufl. 2015, § 199 Rn. 38.

[6] MüKoBGB/*Grothe* [Fn. 5] § 202 Rn. 15. Bis zum Inkrafttreten des SchuldrechtsmodernierungsG v. 26.11.2001 am 1.1.2002 war der Verzicht nur zulässig, wenn der Anspruch bereits verjährt war, bei vorher erklärtem Verzicht wurde die Erhebung der Einrede innerhalb der Verzichtsfrist aber allgemein als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) zurückgewiesen, BGH NJW 2009, 1598.

[7] BGH FamRZ 2014, 1355 (Versäumnisbeschluss, bestätigt am 15.4.2015, Datenbank BGH) gegen OLG Schleswig FamRZ 2013, 1973.

Die Ehe war am 11. Juli 2006 rechtskräftig geschieden worden. Die der Ehefrau zustehende Zugewinnausgleichsforderung verjährte gemäß § 1378 Abs. 4 BGB mit Ablauf des 11. Juli 2009 – der Verjährungsbeginn richtete sich in diesem Fall noch nach altem Recht (Art. 229 § 23 Abs. 1 EGBGB). Im Juni 2009, also noch vor Ablauf der Frist, hatte der Ehemann auf die Einrede der Verjährung verzichtet – zunächst bis zum 31. Dezember 2009. Anfang Dezember 2009 hat er dann den Verzicht verlängert bis zum 30. Juni 2010. An diesem Tag machte die Ehefrau ihre Forderung anhängig – also in letzter Minute, aber noch rechtzeitig, denn am 30. Juni war der Ehemann an der Erhebung der Verjährungseinrede noch gehindert.
Danach aber konnte er es tun – und das wurde in diesem Fall auch relevant. Die Ehefrau hatte nämlich das – gerade noch rechtzeitig eingeleitete – Zugewinnausgleichsverfahren nicht innerhalb von sechs Monaten weiter betrieben, nachdem im Hinblick auf wieder aufgenommene außergerichtliche Vergleichsverhandlungen am 8. Februar 2011 dessen Ruhen angeordnet worden war. Die infolge der Rechtsverfolgung zunächst eingetretene Hemmung der Verjährung hatte nach sechsmonatigem Stillstand des Verfahrens am 8. August 2011 geendet (§ 204 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Ehemann hatte also, als seine geschiedene Frau im Januar 2012 das Verfahren wieder aufnahm, die Einrede der Verjährung zu Recht erhoben.
Der einstige Verzicht auf die Verjährungseinrede hinderte ihn hieran nicht. Seine diesbezüglichen Erklärungen hatten nämlich nur den – für solche Verzichte typischen – Inhalt, die Verjährungseinrede bis zum Ablauf der eingeräumten Fristen nicht zu erheben. Nach Fristablauf aber sind die Schuldner frei, dies zu tun, es sei denn, es ist eine weitergehendere Wirkung des Verzichts – konkludent oder ausdrücklich – vereinbart, etwa dahingehend, dass die Verjährung zu einem Zeitpunkt innerhalb der Verzichtsfrist oder mit deren Ablauf noch einmal neu zu laufen beginnt. Da der Ehemann im gegebenen Fall solches weder ausdrücklich noch konkludent erklärt hatte, beschränkte sich die Reichweite seiner Verzichtserklärungen auf die angegebenen Zeiträume. Nach Ablauf des 30. Juni 2009 war er also frei und konnte die Einrede der Verjährung erheben.

Auch nicht neu in Gang gesetzt worden war die Frist hier dadurch, dass der Ehemann die Zugewinnausgleichsforderung im Januar 2010, also nach Eintritt der Verjährung anerkannt hatte – und zwar durch Überweisung von 5.000 EUR an die geschiedene Ehefrau deklariert als „Anz. Zugewinnausgleich“.

Zwar beginnt, so steht es in § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die Verjährung erneut zu laufen, wenn der Schuldner den Anspruch durch eine Abschlagszahlung oder ähnliches anerkennt. Doch lag dieser Fall hier nicht vor. Der Ehemann hatte nämlich das Anerkenntnis durch Zahlung abgegeben, als die Forderung schon verjährt war, nämlich im Januar 2010.
Diesen Fall aber – nämlich Anerkenntnis bei schon abgelaufener Verjährung – erfasst § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB nach allgM nicht. Dass die Verjährungsfrist erneut, dh noch einmal von vorne zu laufen beginnt, setzt nämlich voraus, dass sie noch nicht abgelaufen ist. Denn nur eine noch laufende Frist kann noch einmal von vorne und erneut beginnen. Ist die Verjährung aber einmal eingetreten, kann der Ablauf der Frist nicht mehr beeinflusst werden. Erneut in Gang setzen nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann die Anzahlung die Verjährungsfrist also nur, wenn sie erfolgte, als die Forderung noch nicht verjährt war.[8]

c) Hemmung der Verjährung durch Rechtsverfolgung

Nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird die Verjährung durch Erhebung der Klage auf Leistung gehemmt – im Fall des Zugewinnausgleichs tritt die Hemmung also mit Stellung des Antrags auf Zahlung ein. Fraglich ist, ob die Verjährung der Ausgleichsforderung aus § 1378 BGB auch gehemmt wird, wenn zum Ausgleich des Zugewinns nicht Zahlung, sondern die Übertragung bestimmter Gegenstände verlangt wird. Da die Zugewinnausgleichsforderung eine Geldforderung ist, ist dieser Antrag unzulässig, der falsche Gegenstand wird gefordert. Kann ein solch unzulässiger Leistungsantrag gleichwohl die Verjährung der Forderung aus § 1378 BGB hemmen?
Diese Frage hatte der BGH im Jahr 1994 bejaht.[9] Verlangt hatte eine Ehefrau zum Ausgleich des Zugewinns Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem - im Alleineigentum ihres Mannes stehenden - Grundstück. Erst nach Ablauf der Verjährungsfrist hatte sie auf einen Zahlungsantrag umgeschaltet und damit den richtigen Antrag gestellt.
Nach Ansicht des BGH hatte auch der falsche Antrag die Verjährung gehemmt – damals noch „unterbrochen“ (§ 209 Abs. 1 BGB aF). Denn die Ehefrau, so das Argument, hatte im Prozesswege unmissverständlich zu erkennen gegeben, ihren Zugewinnausgleichsanspruch durchsetzen zu wollen.

[8] So schon RGZ 78, 130.
[9] BGH FamRZ 1994, 751 (zu § 209 Abs. 1 BGB aF).

Meines Erachtens ist das nicht vertretbar. Herausgabe eines Gegenstandes und Zahlung sind zwei völlig verschiedene Streitgegenstände, die auch nicht auf eine einheitliche Anspruchsgrundlage gestützt werden können. Im Jahre 2008 hat sich der BGH denn auch von diesem Ergebnis distanziert und es – in anderem Zusammenhang – ausdrücklich dahingestellt sein lassen, ob an den damaligen Ausführungen uneingeschränkt festzuhalten sei.[10]

Wird – aus welchen Gründen auch immer – zunächst nicht die gesamte Zugewinnforderung geltend gemacht, sondern nur ein Teilbetrag, so ist zu beachten, dass die Verjährung nur in Bezug auf den geltend gemachten Teilanspruch gehemmt ist. Denn nur in diesem Umfang ist der Anspruch richterlicher, zur Rechtsgewissheit führender Entscheidung unterstellt. Von daher wird die Hemmung der Verjährung grundsätzlich durch den prozessualen Leistungsantrag begrenzt – die Grenzen der Verjährung sind mit den Grenzen der Rechtskraft der Entscheidung kongruent.

Beispiel

Ehemann hatte zunächst 19.000 EUR anhängig gemacht. In dieser Höhe war die Verjährung seiner Zugewinnausgleichsforderung – die wir er meinte, in die Millionen ging – also gehemmt. Die Hemmungswirkung dieser rechtzeitig erhobenen Teilklage erstreckte sich aber nicht auch auf die darüber hinausgehende Forderung – konkret machte er nach Eintritt der Verjährung dann zwar nicht Millionen, aber doch weitere 13.000 EUR rechtshängig.[11] Zur Durchsetzbarkeit auch dieses Betrages käme man nur, wenn man hier die von Rechtsprechung und Literatur praeter legem entwickelten Grundsätze zur verdeckten Teilklage heranziehen würde – was aber unzulässig ist. Verdeckte Teilklagen nämlich sind praktisch nur im Schadensersatzrecht anerkannt. Hier kommt es immer wieder vor, dass der Geschädigte seinen materiell-rechtlichen Anspruch in vollem Umfang geltend macht, allerdings mit einem Betrag, der sich im Verlaufe des Prozesses als völlig unzureichend erweist.

Sachlich und taktisch einzig richtig ist es natürlich, die geltend gemachte Summe unter den Vorbehalt zu stellen, dass sie den Schaden deckt. Aber auch wenn das versäumt wird, liegt es in dieser Prozesskonstellation auf der Hand, dass der Kläger den Ausgleich des Schadens als

[10] BGH FamRZ 2008, 675.
[11] BGH FamRZ 2008, 675, 676.

solchen verlangt. Deshalb vermag nach allgM hier ausnahmsweise die – auf die unzureichende Summe beschränkte – (Teil)Klage die Verjährung der gesamten Schadensersatzforderung zu hemmen. Als Streitgegenstand kann hier nämlich die vom Gericht festzustellende Entschädigung insgesamt anerkannt werden, weil die Klage ersichtlich auf diese gerichtet ist und nicht nur auf den Erhalt der genannten Summe. Von daher gilt der gesamte Schadensersatz als rechtshängig gemacht, weshalb die Verjährung auch bezüglich der erst später bezifferten Summe gehemmt ist.[12]

Anders als in solchen Schadensersatzprozessen werden in Zugewinnausgleichsverfahren aber in aller Regel mit Teilanträgen – konkludent oder ausdrücklich – (erst einmal nur) Teile des gesamten Anspruchs geltend gemacht. Von verdeckten Teilklagen kann hier in aller Regel nicht gesprochen werden. Auch der Ehemann hatte hier mit seiner Klage auf Zahlung von 19.000 EUR nicht seinen gesamten Zugewinnausgleichsanspruch geltend machen wollen, sondern nur einen Teil von diesem.

Haftungsfalle Vorzeitiger Zugewinnausgleich

Seit der Güterrechtsreform sind die Möglichkeiten, die Zugewinngemeinschaft während des Weiterbestehens der Ehe zu beenden, erweitert worden. Beide Ehegatten haben seither die Möglichkeit, die Zugewinngemeinschaft vorzeitig zu beenden – allein mit der Folge, dass Gütertrennung eintritt (§ 1388 BGB). Der ausgleichsberechtigte Ehegatte hat zusätzlich die Möglichkeit, mit der vorzeitigen Beendigung der Zugewinngemeinschaft zugleich auch den Ausgleich des Zugewinns zu verlangen (§ 1385 BGB).[13]

Die Ergreifung dieser vorzeitigen güterrechtlichen Optionen ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, vornehmlich an das rechtswidrige oder zumindest unseriöse Verhalten des anderen an – an drohende unerlaubte Vermögenstransaktionen, an die Verletzung wirtschaftlicher Pflichten, an die Weigerung, über das eigene Vermögen zu informieren (§ 1385 Nr. 2 bis 4 BGB).

[12] BGHZ 135, 178; 151, 1.

[13] Nach früherem Recht konnten (beide) nur den vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns verlangen, mit der stattgebenden Entscheidung trat dann Gütertrennung ein (§ 1388 BGB aF).

Daneben aber muss in der anwaltlichen Beratungssituation vor allem die in § 1385 Nr. 1 BGB aufgeführte Konstellation bedacht werden: Ohne jede weitere Voraussetzung steht Eheleuten das vorzeitige güterrechtliche Vorgehen nach dreijährigem Getrenntleben offen. In dieser Konstellation, die immer eintritt, wenn die Ehegatten trotz langer Trennung nicht – oder noch nicht – zur Scheidung entschlossen sind, kann es für beide wichtig sein, einen Schlussstrich unter die wirtschaftlichen Gemeinsamkeiten zu ziehen, die Zugewinngemeinschaft zu beenden und Gütertrennung herbeizuführen: Der nach Ablauf der drei Trennungsjahre ausgleichsverpflichtete Ehegatte kann den anderen damit von der weiteren Partizipation an seiner Vermögensmehrung ausschließen; der zu diesem Zeitpunkt Ausgleichsberechtigte kann den derzeit aufgelaufenen Zugewinn kassieren, muss allerdings überlegen, ob sich das für ihn lohnt, denn er ist dann ja von der weiteren Teilhabe am Vermögenszuwachs seines Partners ausgeschlossen.

a) Ausschluss des Ehepartners vom weiteren Zugewinn

Dass die vorzeitige Beendigung der Zugewinngemeinschaft wirtschaftlich auch in Fällen von Bedeutung ist, in denen die Rolle des Ehegatten im Zugewinnausgleich (Gläubiger oder Schuldner) noch nicht feststeht, sei an folgendem Beispiel illustriert.

Die Eheleute haben sich im Februar 2009 getrennt. Nach 2 ½ Jahren, also im August 2011, erbt die Ehefrau eine Immobilie im Wert von 800.000 EUR. Zur Scheidung ist sie nicht entschlossen, will aber wissen, ob, und wenn wieweit, ihr Ehemann an der Erbschaft beteiligt ist. Hier klärt der Anwalt zunächst auf, dass die Immobilie privilegiert erworben wurde und nicht in den Zugewinn fällt, dass der Ehemann aber an der Wertsteigerung beteiligt ist, die die Immobilie in der Ehezeit bis zur Scheidung erfährt. Auf die Möglichkeit, diese Partizipation – auch ohne dass die Scheidung betrieben wird – nach 6 Monaten auszuschalten, weil die Eheleute dann, das heißt im Februar 2012, drei Jahre getrennt leben, weist er nicht hin.

Drei Jahre später, im Februar 2015 beantragt der Ehemann die Scheidung. Die ererbte Immobilie hat zu diesem Zeitpunkt aufgrund der allgemeinen Preisentwicklung des Grundstücksmarkts eine Wertsteigerung von 200.000 EUR erfahren und nun einen Wert von 1 Mio. EUR. An diesem Wertzuwachs partizipiert der Ehemann, ihm kommen wirtschaftlich 100.000 EUR zugute: Ist er ausgleichsberechtigt, erhöht diese Summe seinen

Zahlungsanspruch gegen die Ehefrau; ist er ausgleichspflichtig, so mindert die Summe von 200.000 EUR die Differenz zwischen seinem Zugewinn und dem der Ehefrau mit der Folge, dass sich ihr Anspruch um 100.000 EUR verringert.
Hätte die Ehefrau nach dreijährigem Getrenntleben die Zugewinngemeinschaft beendet, wäre der Ehemann von dieser Partizipation an der Wertsteigerung des geerbten Grundstücks – weitestgehend – ausgeschlossen gewesen. Stichtag für die Berechnung des Zugewinns ist bei vorzeitiger Beendigung der Zugewinngemeinschaft nämlich die Rechtshängigkeit des auf die Beendigung gerichteten Antrags (§ 1387 BGB). Die Ehefrau hätte diesen im Februar 2012 stellen können und den Ehemann also schon 6 Monate nach Anfall der Erbschaft von deren Wertsteigerung ausschließen können.

Während Wertsteigerungen von Immobilien absehbar sind und dem Eigentümer-Ehegatten die Ergreifung vorzeitiger güterrechtlicher Maßnahmen als günstig empfohlen werden kann, ist es in andern Fällen oft schwer zu beurteilen, ob sich das vorzeitige Vorgehen lohnt. Die Vermögensentwicklungen der Ehegatten sind hier im Einzelfall nur prognostisch zu eruieren. Ist der Mandant der wirtschaftlich stärkere, absehbar ausgleichspflichtige Ehegatte und erwartet weiteren Zugewinn, so ist ihm natürlich zur Herbeiführung der Gütertrennung zu raten. Er schließt damit den anderen von der weiteren Partizipation an seinen Vermögensgewinnen aus und muss nur die bis zur Antragstellung aufgelaufene Zugewinndifferenz ausgleichen. Erwartet er keinen weiteren Vermögensgewinn, sondern im Gegenteil einen Rückgang der Geschäfte und Vermögenseinnahmen, sieht eventuell sogar die Möglichkeit, Verbindlichkeiten einzugehen, sollte er die Zugewinngemeinschaft beibehalten und die Chance ergreifen, sein Endvermögen zu reduzieren.
Für den ausgleichsberechtigten Ehegatten stellt sich die jeweils gegenteilige Verhaltensvariante als günstig dar: Erwartet er weitere Vermögensgewinne beim anderen, ist es günstig für ihn, die Zugewinngemeinschaft solange wie möglich bestehen zu lassen. Und umgekehrt: Sieht er den Ehepartner auf dem wirtschaftlichen Zenit, muss er zugreifen, um nicht vom Rückgang der Geschäfte des anderen betroffen zu sein.

b) Frühere Fälligkeit der Zugewinnausgleichsforderung

Auf Seiten des ausgleichsberechtigten Ehegatten ist zu bedenken, dass er mit der vorzeitigen Beendigung der Zugewinngemeinschaft nach dreijährigem Getrenntleben die Ausgleichsforderung fällig stellen kann – mit der Folge, dass sie ab Rechtskraft der Entscheidung über das Ende der Zugewinngemeinschaft zu verzinsen ist. Die Pflicht zur Verzinsung ergibt sich aus § 291 BGB. Danach hat der Schuldner eine gerichtlich beigetriebene Geldschuld ab Rechtshängigkeit zu verzinsen. Ist die Schuld – wie die Zugewinnausgleichsforderung – bei Rechtshängigkeit noch nicht fällig, ist sie ab Fälligkeit zu verzinsen. Für die Ausgleichsforderung können also ab vorzeitig erfolgter Beendigung des Güterstandes Zinsen verlangt werden (§ 1378 Abs. 3 S. 1 BGB).
Von Interesse ist diese Möglichkeit vor allem auch im Falle langwieriger Scheidungsverfahren. Mit dem vorzeitigen güterrechtlichen Vorgehen kann der Güterstand früher beendet und damit der Zeitpunkt, zu dem die Ausgleichsforderung entsteht und fällig wird, früher herbeigeführt werden.

Darüber, dass das Verfahren auf vorzeitigen Zugewinnausgleich neben dem Scheidungsverfahren anhängig gemacht werden kann – und zwar auch dann, wenn der Zugewinn bereits im Verbund anhängig ist, besteht allgemein Konsens. Als Folgesache in den Scheidungsverbund einbezogen werden kann das Verfahren auf vorzeitige Beendigung der Zugewinngemeinschaft allerdings nicht, es richtet sich ja nicht, wie von § 137 FamFG gefordert, auf eine Entscheidung *für den Fall der Scheidung*.

Der ausgleichsberechtigte Ehegatte kann also nach dreijähriger Trennungszeit neben dem Scheidungsverfahren ein weiteres (selbständiges) Verfahren einleiten und in diesem den (Gestaltungs-)Antrag auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft mit dem (Leistungs-)Antrag auf vorzeitigen Zugewinnausgleich kombinieren. Er erreicht dann, dass seine Ausgleichsforderung mit Rechtskraft des die Zugewinngemeinschaft vorzeitig aufhebenden Beschlusses – also noch vor Rechtskraft der Scheidung – entsteht und fällig wird (§§ 1388, 1378 Abs. 3 S. 1 BGB). Er kann ab dann die gesetzlich vorgesehenen Prozesszinsen nach § 291 BGB verlangen – und zwar gegebenenfalls lange Zeit vor der regulären Beendigung des Güterstandes durch den rechtskräftigen Scheidungsbeschluss. Zieht sich also das Scheidungsverfahren des ausgleichsberechtigten Mandanten absehbar noch länger hin, ist ihm zum vorzeitigen güterrechtlichen Vorgehen zu raten – denn damit kann er sich die Prozesszinsen sichern, die bis zur Rechtskraft der Scheidung anfallen.

Wird nun entgegen der Erwartung das Scheidungsverbundverfahren früher beendet als das neben diesem eingeleitete Verfahren über den vorzeitigen Zugewinnausgleich, so hat sich letzteres Verfahren erledigt. Die Entscheidung über den Zugewinnausgleich ist dann im Verbundverfahren gefallen, der vorzeitige Ausgleich des Zugewinns also gegenstandslos geworden.

c) Aufforderung zur Vermögensinformation (§ 1385 Nr. 4 BGB)

Will ein Ehegatte die Zugewinngemeinschaft vor dreijährigem Getrenntleben vorzeitig beenden, ohne dass er als Grund auf zu befürchtende Gesamtvermögensgeschäfte, drohende illoyale Vermögensminderungen oder schuldhafte Verletzungen wirtschaftlicher Pflichten des anderen verweisen kann, so bleibt ihm nur der Versuch, sich den in § 1385 Nr. 4 BGB genannten Anlass, die verweigerte Vermögensauskunft, zu verschaffen. Er fordert hierzu seinen Ehepartner auf, ihn über den Bestand seines Vermögens zu informieren. Reagiert dieser auf dreimaliges Auffordern nicht, so liegt nach der Rechtsprechung die beharrliche Verweigerung vor[14] – und ohne ausreichenden Grund berechtigt diese zur Ergreifung der vorzeitigen güterrechtlichen Maßnahmen.

Das dreimalige vergebliche Anfordern der Information ist vielfach zu schaffen – schon weil der andere ohne anwaltliche Beratung die in den Schreiben liegende Bedrohung nicht erkennt und eine Reaktion nicht für nötig befindet. Das Wichtige ist dabei, dass auch die richtige, das heißt die rechtlich geschuldete Auskunft gefordert wird – denn Vermögensauskünfte, zu denen man nicht verpflichtet ist, muss man nicht geben. Der Ehegatte verweigert diese also zu Recht und damit mit Grund. Falsch zur Vermögensinformation aufgefordert, bietet sein Verhalten keinen Anlass zur Ergreifung vorzeitiger güterrechtlicher Reaktion.

Von daher ist es wichtig, die richtige, die rechtlich verpflichtende Anfrage zu stellen. Und das heißt, das Auskunftsverlangen aus der in § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB statuierten Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft herzuleiten und nicht auf die güterstandsspezifische Auskunftserteilung nach § 1379 BGB abzustellen. Zur Auskunftserteilung nach § 1379 BGB ist der Ehegatte im Rahmen des § 1385 Nr. 4 BGB nämlich nicht verpflichtet. Die zur Errechnung

[14] OLG Frankfurt a.M. BeckRS 2014, 20653; FamRZ 2010, 563; offengelassen von BGH FamRZ 2015, 32 Rz. 15 mit Anm. *Koch*.

des Zugewinns relevanten Daten muss er nicht liefern, sie zu verweigern, gibt für vorzeitiges güterrechtliches Vorgehen keinen Anlass.

Die Frage, auf welche Vermögensinformationen es nach § 1385 Nr. 4 BGB ankommt, ist mit der Güterrechtsreform im Jahre 2009 strittig geworden, wird vom wohl überwiegenden Schrifttum – und jetzt auch vom BGH – aber wie hier beantwortet.[15]

Bis zur Güterrechtsreform 2009 war es völlig klar, dass sich das vorzeitige güterrechtliche Vorgehen nach § 1386 Abs. 3 BGB aF nur auf die Weigerung des Ehegatten beziehen konnte, nach § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB Vermögensauskunft zu erteilen. Denn die güterrechtliche, auf die Errechnung des Zugewinns gerichtete Auskunft aus § 1379 BGB aF war erst *nach Beendigung des Güterstands* geschuldet (§ 1379 Abs. 1 BGB aF). Der Anspruch aus § 1379 BGB entstand also erst mit Rechtskraft der den Güterstand beendenden Entscheidung und konnte deshalb für die Einleitung eines solchen Verfahrens nicht von Bedeutung sein.

Seit der Neufassung des § 1379 BGB wird nun aber Auskunft schon ab Getrenntleben geschuldet (§ 1379 Abs. 2 BGB). Deshalb stellt sich seither die Frage, ob § 1385 Nr. 4 BGB auch an die Verweigerung der nach § 1379 BGB geschuldeten Information über das Trennungsvermögen anknüpft – und damit die Möglichkeit gibt, bei Nichterteilung dieser mit Zeit- und Arbeitsaufwand verbundenen, weil detailliert aufzuschlüsselnden Auskunft vorzeitige güterrechtliche Maßnahmen zu ergreifen.

Gegen diese Ausdehnung der Informationspflichten im Rahmen des § 1385 Nr. 4 BGB spricht der Gesetzeswortlaut, der nach wie vor die Weigerung *zu unterrichten* voraussetzt und damit den Wortlaut des § 1386 Abs. 3 BGB aF beibehält. Dass der Gesetzgeber trotz Beibehaltung des Begriffs *unterrichten* die Möglichkeiten vorzeitiger güterrechtlicher Reaktion bei Auskunftsverweigerung erweitern wollte, ist nun nicht ersichtlich. In den Gesetzgebungsmaterialien jedenfalls findet sich keinerlei Hinweis darauf, dass die im Rahmen des § 1385 Nr. 4 BGB relevanten Informationspflichten ausgeweitet werden sollten. Intention der Neuregelung der §§ 1385, 1386 BGB war lediglich, den Ehegatten das Recht zu geben, bereits auf drohende nachteilige Vermögensaktionen des anderen reagieren zu

[15] BGH FamRZ 2015, 32 mit zust. Anm. *Koch* und *Cremer* FF 2015, 121; Schwab/*Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl. 2013, Teil VII Rn. 358; *Büte*, Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2012, Rn. 351; *Brudermüller* NJW 2010, 401. Anders Erman/*Budzikievicz*, BGB Handkommentar, 14. Aufl. 2014, § 1385 Rn. 11; NK-BGB/*Fischinger*, 3. Aufl. 2014, Rn. 25; *Bergschneider* FamRZ 2009, 1713; *Jaeger* FPR 2012, 91; *Braeuer*, Zugewinnausgleich, 2. Aufl. 2015, Rn. 723.

können und nicht abwarten und zusehen zu müssen, wie der andere solche Aktionen tätigt, bevor er etwas unternehmen kann. Zur Ausweitung der Möglichkeit, wegen Informationsverweigerung vorzugehen, aber findet sich bei der Neuregelung des § 1385 BGB kein Wort. Insofern bleibt es dabei, dass für den vorzeitigen Zugewinnausgleich allein die allgemeine, aus der ehelichen Lebensgemeinschaft resultierende Unterrichtungspflicht des § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB relevant ist.

Von daher ist zur Herbeiführung der Voraussetzungen des § 1385 Nr. 4 BGB der Ehegatte zur allgemeinen Vermögensinformation nach § 1353 BGB aufzufordern. Er muss hier einen groben Überblick über seinen Vermögensbestand geben, zu mehr aber ist er nach § 1353 BGB nicht verpflichtet. Der Aufforderung, das Vermögen detailliert nachzuweisen, Belege beizubringen etc. braucht der andere nicht nachzukommen. Er verweigert diese Auskünfte zu Recht – und liefert keinen Anlass zur vorzeitigen Beendigung der Zugewinngemeinschaft.

Die Aufforderung, die nach § 1379 BGB geschuldeten wirtschaftlichen Daten zu liefern, geht im Rahmen des § 1385 Nr. 4 BGB also ins Leere. Sie umfasst auch, da sich die Informationspflichten aus § 1379 BGB und aus § 1353 BGB von Zielsetzung und Umfang her grundsätzlich unterscheiden, nicht etwa als minus die Aufforderung zur weniger weitgehenden Auskunft nach § 1353 BGB.

Die grundsätzlichen Unterschiede ergeben sich daraus, dass die Auskunftspflicht des § 1379 BGB auf die Ermittlung des Zugewinns des anderen gerichtet ist – und deshalb auch nur für Ehegatten gilt, die im gesetzlichen Güterstand leben. Die aus der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft resultierende Unterrichtungspflicht dient hingegen der Verwirklichung und Aufrechterhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Sie zielt entsprechend dieser Funktion nur darauf, dem anderen einen Vermögensüberblick zu vermitteln, damit sich dieser ein ungefähres Bild von den aktuell vorhandenen wirtschaftlichen Grundlagen der Ehe machen kann – geschuldet ist hier der sog. Überblick in groben Rastern. Mit der Errechnung des Zugewinns hat dieser Überblick nichts zu tun. Die Informationspflicht aus § 1353 BGB knüpft allein an die Ehe an und besteht deshalb auch unabhängig vom Güterstand. Der Auskunftsanspruch aus § 1379 BGB hingegen ist ein güterstandspezifischer Anspruch, der nur in der Zugewinngemeinschaft besteht. Er ist auf die Ermittlung des Zugewinns gerichtet und zielt von daher auf detaillierte Angaben zum Vermögen, auf die Vorlage von Belegen oder auch Bestandsverzeichnissen (§ 260 BGB).

Der eherechtliche Informationsanspruch aus § 1353 BGB stellt also ein aliud – und nicht ein minus – zum güterstandsspezifischen Auskunftsanspruch aus § 1379 BGB dar. Deshalb beinhaltet die Aufforderung zur Lieferung der Daten nach § 1379 BGB nicht zugleich auch die Aufforderung, wenigstens die allgemeinen Daten nach § 1353 BGB zu liefern: Es sind jeweils ganz unterschiedliche Daten geschuldet.
In dem auf die vorzeitige Beendigung der Gütergemeinschaft zielenden Schreiben muss der Ehegatte also aufgefordert werden, über sein Vermögen zu unterrichten, nicht aber über dieses Auskunft zu erteilen. Der Begriff Auskunft sollte, um Missverständnisse zu vermeiden, hier überhaupt nicht gebraucht werden.

II. Beweislast

1. Anfangsvermögen

Das bei Eintritt in den Güterstand, in der Regel also: bei Eheschließung, vorhandene Anfangsvermögen iS des § 1374 Abs. 1 BGB vermag meist keiner der Ehegatten mehr anzugeben – weder der eigene damalige Vermögensbestand noch der des anderen ist ohne weiteres feststellbar. Es kommt also zu Beweisschwierigkeiten und damit wird relevant, wer für das Anfangsvermögen darlegungs- und beweispflichtig ist.

a) Nullvermutung (§ 1377 Abs. 3 BGB)

Ausgangspunkt für die Entscheidung dieser Frage ist § 1377 Abs. 3 BGB, der die sog. Nullvermutung statuiert. Soweit ein Ehegatte kein Verzeichnis über sein Anfangsvermögen erstellt hat, wird vermutet, dass sein Endvermögen seinen Zugewinn darstellt. Es wird also vermutet, dass er kein Anfangsvermögen hatte und sein gesamtes Vermögen in der Ehe erwirtschaftet und dieses deshalb als Zugewinn zu teilen hat. Dass Ehegatten ihr Vermögen beim Eintritt in den Güterstand durch Inventarisierung dokumentieren, kommt nun so gut wie nie vor.

In der Regel muss also der Ehegatte, der behauptet, bei Eintritt in den Güterstand Vermögen gehabt zu haben, die Nullvermutung widerlegen, indem er sein damaliges Vermögen – und dessen Wert – positiv nachweist. Bei Immobilien ist dies einfach, bei

Geldvermögen aber schon schwieriger, weil oft Belege fehlen, und das Vorhandensein und der Wert von Sachgütern ist schon nach einigen Ehejahren nur schwer zu eruieren.

Die Nullvermutung des § 1377 Abs. 3 BGB widerlegen muss der Ehegatte auch, wenn er sich darauf beruft, Anfangsvermögen während des Güterstandes privilegiert nach § 1374 Abs. 2 BGB erworben zu haben. Auch hier muss er die behauptete Schenkung, den Erwerb von Todes wegen, die Ausstattung schlüssig darlegen und dann beweisen.[16]

Seiner Darlegungslast genügt der Ehegatte hier, wenn er Tatsachen vorträgt, die – ihre Richtigkeit unterstellt – das Vorliegen des privilegierten Erwerbstatbestands belegen. Zweifel am Wahrheitsgehalt der schlüssigen Darlegungen sind dann in der Beweisaufnahme zu klären. Nicht vertretbar sind von daher die Anforderungen, die das OLG Celle an die Substantiierung des Vortrags der Ehefrau zu Geldschenkungen von ihren Eltern erhoben hat.[17] Die Tochter hatte – durch eidesstattliche Versicherung ihrer Eltern belegt – Angaben zum Anlass dieser Schenkungen, zu den Beträgen, zu den Tagen der Übergabe des Geldes gemacht. Das OLG hat das nicht genügen lassen und zur Substantiierung noch konkretere Angaben zu den Modalitäten der Geldübergabe gefordert, zur Verpackung des Geldes, zur genauen Uhrzeit der Übergabe, zu den Reaktionen der beschenkten Tochter (Freude/Überraschung) etc.

Mit diesen Anforderungen hat die Entscheidung jedoch die Voraussetzungen der Schlüssigkeit eines Sachvortrags verkannt. Schlüssig und substantiiert dargelegt ist nach allgemeinen prozessrechtlichen Grundsätzen ein Vortrag dann, wenn er Tatsachen beinhaltet, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen.[18]

Zur substantiierten Darlegung einer nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Zuwendung reicht es also aus, wenn deren rechtlicher Grund, deren Höhe und der Erwerbszeitpunkt dargelegt sind. Bei der im Beispielsfall in Rede stehenden Schenkung erübrigen sich von daher Angaben zur emotionalen Reaktion der beschenkten Tochter oder zum Geldumschlag – diese Umstände sind für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 516 BGB irrelevant. Dass sie zur Beseitigung von Zweifeln am Wahrheitsgehalt des Vorbringens

[16] BGH NJW-RR 2005, 1460 = FamRZ 2005, 1660 mit Anm. *Koch* in FF 2005, 320.
[17] OLG Celle FamRZ 2011, 1671 mit krit. Anm. *Büte* FamRZ 2012; krit. auch *Schmid*, FamRZ 2012, 17; *Braeuer* [Fn. 15] Rn. 409.
[18] Statt vieler BGH FamRZ 2003, 1544 mwN.

wichtig sind, steht auf einem anderen Blatt. Die Glaubwürdigkeit des Parteivorbringens ist keine Frage der Schlüssigkeit, sondern der – durch Beweiserhebung zu klärenden – Wahrheit des Vorbringens.

b) Probleme beim Schenkungsnachweis (§ 1374 Abs. 2 BGB)

In Fällen, in denen die nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierte Schenkung von den Eltern eines der Ehegatten kommt, ist vielfach strittig, ob dem Ehegatten, der sich jetzt auf die Schenkung beruft, das Geld oder die Sache wirklich allein geschenkt wurde oder ob die Eltern nicht doch die Eheleute gemeinsam beschenkt haben. Das Schenkungsgeschäft ist hier nach §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Die Darlegungs- und Beweislast für eine Schenkung nur an ihn allein trägt der Ehegatte, der sich darauf beruft, der alleinig Beschenkte gewesen zu sein und der die Zuwendung in voller Höhe als privilegiert erworbenes Anfangsvermögen für sich reklamiert. Er muss also Umstände vortragen und beweisen, die für diese Auslegung des Schenkungsgeschäfts sprechen. Anführen kann er etwa den Anlass für die Zuwendung, die ihr zugrundeliegenden Motive der Eltern und auch deren Vorstellung von der Verwendung des Geldes oder der Sache. Ein starkes Argument für die Schenkung an den Ehegatten allein ist jedenfalls der Umstand, dass die Eltern den Geschwistern des Ehegatten ähnliche Zuwendungen gemacht haben.

Ein spezielles beweisrechtliches Problem stellt sich im Falle gemischter Schenkungen. Der Ehemann hatte, so der jüngst vom BGH entschiedene Fall, GmbH-Anteile zu einem deutlich unter seinem Wert liegenden Kaufpreis erworben.[19] Im Zugewinnausgleichsstreit behauptete er bezüglich des kaufpreisüberschießenden Wertes der Gesellschaftsanteile eine Schenkung – mit der für ihn günstigen Folge, dass die Anteile nur in Höhe des für sie gezahlten Kaufpreises zu seinem Endvermögen zählten.

Beweispflichtig für den privilegierten Erwerb qua (gemischter) Schenkung war er selbst. Er hatte also anhand der in §§ 133, 157 BGB für die Vertragsauslegung vorgegebenen Kriterien – Wille der Parteien, Treu und Glauben, Verkehrssitte – nachzuweisen, dass der Erwerb der Unternehmensanteile kein reines Kaufgeschäft gewesen war, sondern teilweise ein Schenkungsgeschäft.

[19] BGH NJW 2014, 294 = FamRZ 2014, 98 mit Anm. *Koch*.

Und hier stellte sich die Frage, ob die in der Rechtsprechung und im Schrifttum als Beweiserleichterung anerkannte Vermutung, dass ein deutliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für das Vorliegen einer (gemischten) Schenkung spricht, auch einem Ehegatten zugutekommen kann, der sich darauf beruft, einen Gegenstand (zum Teil) geschenkt bekommen zu haben. Im gegebenen Fall ist das zu Recht verneint worden.
Die Beweiserleichterung in Form der Vermutung, dass bei großer Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung eine Schenkung vorliegt, ist nämlich allein zum Schutze Dritter, das heißt zum Schutz nicht am Schenkungsvertrag Beteiligter entwickelt und anerkannt worden. In bestimmten Konstellationen gibt das BGB Dritten, deren berechtigte wirtschaftliche Interessen durch die schenkweise Weggabe von Vermögen beeinträchtigt sind, Ansprüche und Rechte auf Rückholung der Schenkung. Pflichtteilsberechtigte etwa können nach § 2325 BGB Ergänzung des Pflichtteils um den Wert des vom Erblasser weggeschenkten Gegenstandes verlangen, Sozialhilfeträger haben den auf sie übergeleiteten Rückforderungsanspruch des verarmten, von ihnen unterstützten Schenkers und können vom Beschenkten gemäß § 528 BGB Herausgabe des Geschenks verlangen. Tatbestandsvoraussetzung solcher Rückforderungsansprüche ist, dass der Gegenstand weggeschenkt worden ist – die Schenkung ist eine anspruchsbegründende Tatsache. Sozialhilfeträger wie Pflichtteilsberechtigte sind also für deren Vorliegen beweispflichtig. Typischerweise aber können sie – weil als Dritte außerhalb des Zuwendungsgeschehens stehend – die subjektive Voraussetzung der Schenkung, das von § 516 BGB geforderte *Einigsein* der Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit des Vermögenstransfers, nicht beweisen. Die Vorstellungen der Erblasser und verarmten Schenker sind ihnen ebenso wenig zugänglich wie die Vorstellungen der Empfänger der Zuwendung. Und deshalb kommt die Rechtsprechung den Dritten hier mit einer – auf die allgemeine Lebenserfahrung gestützten – Vermutung zu Hilfe: Ein grobes, auffallendes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung spricht für das Vorliegen einer Schenkung.
Diese praeter legem in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte und allgemein anerkannte Beweiserleichterung kann nun von ihrem Sinn und Zweck her den Parteien des Schenkungsvertrages selbst nicht zugutekommen. Denn diese haben es in der Hand, ihre subjektiven Vorstellungen über die Entgeltlichkeit bzw. Unentgeltlichkeit des Vermögenstransfers auszudrücken und klarzustellen, dass sie schenken wollen. Ist das

versäumt worden und deshalb das Vorliegen einer Schenkung strittig, so gibt es keinen Grund und Anlass, die allgemeinen Beweisregeln zu Gunsten der sich auf die Schenkung berufenden Vertragspartei zu modifizieren – die Vertragsschließenden selbst sind nicht schutzbedürftig, sowohl Schenker wie Beschenkter wissen über die subjektive Seite des Vertrages Bescheid.
Beruft sich also ein Ehegatte im Zugewinnausgleich darauf, den (kauf)preisüberschießenden Wert eines Gegenstandes geschenkt bekommen zu haben, so muss er den Schenkungsteil des Vertrages nach allgemeinen Beweisregeln nachweisen. Dem Ehemann war das im gegebenen Fall nicht gelungen, die GmbH-Anteile waren also in voller Höhe in sein Endvermögen einzustellen.

c) Verbindlichkeiten bei positivem Anfangsvermögen

Wer sich auf positives Anfangsvermögen beruft, ist dafür darlegungs- und beweispflichtig. Nachzuweisen hat der Ehegatte hier auch, dass der vorhandene Aktivbestand nicht durch Verbindlichkeiten reduziert war. Allerdings ist das Nichtvorhandensein von Verbindlichkeiten von ihm nicht ins Blaue hinein darzulegen und zu beweisen, sondern nur dann, wenn der andere das Bestehen von solchen behauptet und er diese Behauptung als unzutreffend zurückweist. Denn nur dann sind die Verbindlichkeiten streitig und ihr Bestehen bzw. Nichtbestehen darlegungs- und beweisbedürftig geworden. In dieser Situation muss der sich auf sein Anfangsvermögen berufende Ehegatte also nachweisen, dass es die behauptete, das Aktivvermögen mindernde Schuld nicht gab.[20]

d) Negatives Anfangsvermögen

Auf negatives Anfangsvermögen beruft sich niemals der überschuldete Ehegatte selbst, sondern immer nur der Ehepartner, der den in der Schuldentilgung liegenden Gewinn als Zugewinn des anderen verbucht sehen möchte. Da dieser den Negativsaldo als ihm günstig geltend macht, hat er auch dessen Vorliegen darzulegen und zu beweisen.
Hier wirkt nun zunächst die Vermutung des § 1377 Abs. 3 BGB gegen ihn: Vermutet wird, dass das Anfangsvermögen des anderen Null ist – und nicht im Minus steht. Will ein Ehegatte also getilgte Verbindlichkeiten in die Zugewinnbilanz des anderen einstellen, muss

[20] Schwab/*Schwab* [Fn. 15] Teil VII Rn. 330; *Braeuer* [Fn. 15] Rn. 407.

er positiv darlegen und beweisen, dass sein Partner bei Beginn des Güterstandes mit solchen belastet war.

Der Nachweis, dass der andere bei Eintritt in den Güterstand überschuldet war, ist ab einer gewissen Dauer der Ehe nur schwer zu führen. Gleichwohl obliegt es dem Ehegatten, der sich auf die Verschuldung des anderen beruft, die einzelnen, zum Negativsaldo führenden Vermögenspositionen darzulegen und zu beweisen.

Setzt sich das im Saldo als negativ behauptete Anfangsvermögen aus Aktiva wie auch Passiva zusammen, so ist umstritten, ob man dem beweispflichtigen Ehegatten durch eine Splittung der Darlegungs- und Beweislast zu Hilfe kommen kann. Und zwar Splittung dahingehend, dass er nur für das Bestehen der – ihm günstigen – Verbindlichkeiten beweispflichtig ist, nicht aber auch dafür, dass diesen kein Aktivvermögen gegenübersteht. Er soll also nicht auch zu eventuellen Aktivposten Stellung nehmen und beweisen müssen, dass die Verbindlichkeiten höher als diese sind. Für die Aktivposten des Anfangsvermögens soll vielmehr der Ehegatte beweispflichtig sein, der sich als Vermögensträger gegen den Negativsaldo wehrt.[21]

Dieses Beweislastsplitting überzeugt nicht. Ein Ehegatte, der sich auf die ihm günstige Tatsache eines positiven Anfangsvermögens beruft, hat dieses zu beweisen und ist dabei auch für die Abwesenheit von den Aktivbestand reduzierenden Verbindlichkeiten beweispflichtig. Beruft sich nun ein Ehegatte auf die ihm günstige Tatsache des negativen Anfangsvermögens des anderen, muss er dieses beweisen – und dazu gehört auch der Nachweis der Abwesenheit von Aktivvermögen. Es ist nun kein rechtfertigender Aspekt dafür ersichtlich, die Beweislast für negatives Anfangsvermögen anders zu verteilen als die für positives Anfangsvermögen.

Richtig ist es von daher, an dem allgemeinen Beweisgrundsatz festzuhalten, dass, wer einen Saldo zu beweisen hat, für die den Saldo ausmachenden einzelnen Vermögenspositionen beweispflichtig ist. Sowohl das Vorhandensein wie auch das Fehlen von Vermögenswerten sind von ihm nachzuweisen.

Der den Negativstand des Anfangsvermögens des anderen behauptende Ehegatte muss also sowohl zu dessen Schulden und Verbindlichkeiten schlüssig vortragen und Beweis antreten

[21] *Hoppenz* FamRZ 2008, 1889; *Schulz/Hauß*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 6. Aufl. 2015, Rn. 72; *Münch* MittBayNot 2009, 261; *Brudermüller* NJW 2010, 401 (mit Ausnahmen).

wie auch schlüssig darlegen und beweisen, dass diese wirtschaftlich nicht durch Aktivwerte aufgewogen werden.[22]

e) Privilegiert erworbene Einkünfte

Geschenkte oder von Todes wegen erworbene Einkünfte zählen, das statuiert § 1374 Abs. 2 BGB als Ausnahme, nicht zum Anfangsvermögen. Einkünfte sind zum laufenden Verbrauch gedacht und werden ausgegeben – Geld zum Erwerb des Führerscheins, zur Finanzierung eines Urlaubs etc. Solche Schenkungen sind im Endvermögen also nicht (mehr) vorhanden. Wenn sie zum Anfangsvermögen zählten, würde dieses ständig größer, ohne dass sich auch das Endvermögen entsprechend erhöhte. Das wiederum führte zu einer durch nichts gerechtfertigten Abschmelzung des Zugewinns des mit Einkünften bedachten Ehegatten. Dass die Vermögenszuflüsse Einkünfte des Ehegatten sind und deshalb, obgleich privilegiert erworben, nicht in dessen Anfangsvermögen fallen, hat der Ehegatte zu beweisen, der sich auf die – ihm günstige – ausnahmsweise Zugehörigkeit des privilegierten Erwerbs zum Endvermögen des anderen beruft.[23]

2. Endvermögen

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein von Endvermögen obliegt grundsätzlich dem Ehegatten, der sich auf solches Vermögen bei seinem Partner beruft. Irrelevant für die Beweislast ist, ob er Ausgleichsgläubiger oder Ausgleichsschuldner ist. Wenn er ausgleichsberechtigt ist, behauptet er das Vorhandensein von Endvermögen, um die zu seinen Gunsten bestehende Differenz zwischen den Zugewinnen zu erhöhen, wenn er ausgleichsverpflichtet ist, verweist er auf das Endvermögen des anderen, um diese Differenz zu verringern.

Da der Ehegatte für das Vorhandensein von Endvermögen bei seinem Ehepartner darlegungs- und beweispflichtig ist, muss er auch widerlegen, dass von diesem behauptete Verbindlichkeiten bestehen. Hat der Ehepartner also das Bestehen einer das Endvermögen reduzierenden Verbindlichkeit schlüssig, dh unter Angabe von Tatsachen und Umständen,[24]

[22] Johannsen/Henrich/*Jaeger*, Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1374 Rn. 18; *Braeuer* [Fn. 15] Rn, 412; *Kogel* FF 2014, 475.
[23] *Braeuer* [Fn. 15] Rn. 410.
[24] OLG Köln NJW-RR 1999, 229.

dargelegt, so muss er dieses Vorbringen widerlegen – was schwierig ist und vielfach nicht gelingt.

a) Beweislastregel des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB

Seit nun schon über sechs Jahren hilft ihm hier in bestimmten Konstellationen die Beweislastregel des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB. Hat ein Ehegatte über sein Vermögen zum Trennungszeitpunkt Auskunft gegeben und ist sein Endvermögen geringer als das zur Trennung angegebene, so wird vermutet, dass die zwischenzeitlich eingetretene Minimierung illoyal erfolgt ist – mit der Konsequenz, dass das verschwundene Vermögen als noch vorhanden dem Endvermögen zugerechnet wird. Der der Illoyalität verdächtigte Ehegatte kann die Vermutung nur widerlegen, indem er darlegt und positiv nachweist, dass der in der Trennungszeit eingetretene Vermögensverlust nicht auf illoyalen Aktionen seinerseits beruht.

Eine Frage ergibt sich daraus, dass die Vermutung an die Angaben anknüpft, die der andere in seiner Auskunft zum Trennungsvermögen gemacht hat.

Gilt von daher die Vermutung auch, wenn das Trennungsvermögen nicht per Auskunft festgehalten wurde, weil seine Höhe zwischen den Ehegatten unstreitig war? Kann auch hier bei einem geringeren Endvermögen vermutet werden, dass die Verringerung auf illoyalem Verhalten beruht? Die Frage ist zu bejahen.

Nahe liegt die analoge Heranziehung des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB – die Voraussetzungen für die Analogie, Gleichheit der Interessenlage, versehentliche Gesetzeslücke, liegen jedenfalls vor.

Im Falle schlüssigen Vortrags zum illoyalen Vermögensschwund beim Ehepartner bedarf es allerdings, das hat der BGH zutreffend festgehalten, der Analogie gar nicht. Die prozessuale Obliegenheit nämlich, schlüssig vorgetragene Tatsachen substantiiert zu bestreiten, führt zur gleichen Beweislastverteilung wie in § 1375 Abs. 2 BGB angeordnete.[25] Der Ehegatte, dessen Trennungsvermögen sich verringert hat, hat nämlich die prozessuale Pflicht, das schlüssige Vorbringen des anderen zu seinen illoyalen Machenschaften substantiiert zu bestreiten. Und im Rahmen dieser Pflicht trifft ihn die Obliegenheit, sich über den Verbleib

[25] BGH FamRZ 2015, 232 mit Anm. *Braeuer* (wie schon die Vorinstanz OLG München).

des verschwundenen Vermögens zu erklären und nachzuweisen, dass der Schwund nicht auf den von dem anderen vorgetragenen illoyalen Umständen beruht.

An der Entbehrlichkeit der Analogie im Falle schlüssigen Vortrags zur Illoyalität zeigt sich übrigens, dass der Gesetzgeber im Jahre 2009 mit der Vermutungsregel des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB lediglich den allgemein anerkannten [26] prozessrechtlichen zur Beweislastumkehr führenden Obliegenheitsgedanken weitergeführt und kodifiziert hat.

b) Nachweis illoyalen Verhaltens

Im Fall der Verringerung des Trennungsvermögens hilft dem Ehegatten also eine gesetzliche Vermutung. Abgesehen von dieser Fallkonstellation sind illoyale Vermögensminderungen nach den allgemeinen Beweisregeln darzulegen und zu beweisen. Der Ehegatte also, der auf die Illoyalität des anderen verweist und die Erhöhung von dessen Endvermögen durch Hinzurechnungen für sich reklamiert, muss die Voraussetzungen hierfür substantiiert darlegen und beweisen.

Nach allgM ist hierfür notwendig, aber auch ausreichend, dass er konkrete Anhaltspunkte und Indizien für das illoyale Verhalten des anderen vorträgt. Es ist nach § 138 Abs. 2 ZPO dann dessen Sache, dieses Vorbringen substantiiert zu bestreiten und die sachgerechte Verwendung des nicht mehr vorhandenen Vermögens schlüssig darzulegen.[27]

Die pauschale Behauptung, eine bestimmte Geldsumme sei illoyal verschwunden, weil der Ehepartner dieses Geld im Rahmen einer ordnungsgemäßen Lebensführung in der fraglichen Zeit nicht habe ausgeben können, erfüllt die Anforderungen an den substantiierten Vortrag zur Illoyalität des anderen jedenfalls nicht. Eine solche Behauptung nämlich stellt lediglich eine Schlussfolgerung dar, aber keinen Tatsachenvortrag zu den in Rede stehenden Geschehnissen.[28]

[26] Statt vieler OLG Frankfurt a.M. FamRZ 2006, 416; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1858.
[27] BGH NJW-RR 1986, 1325; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1858.
[28] Anders BGH FamRZ 2015, 232 mit krit. Anm. *Braeuer*; ähnlich auch BGH FamRZ 2015, 1272 mit krit. Anm. *Koch*.