## I. Leistungsverweigerung (§ 1381 BGB)

*1. Grobe Unbilligkeit: Definition*
*a) Unerträglichkeits-Formel: Unerträglicher Widerspruch zum Gerechtigkeitsempfinden*
*b) Kritik an der restriktiven Interpretation der Formel*
*2. Grobe Unbilligkeit: Gründe*
*a) Wirtschaftliches Fehlverhalten*
*b) Persönliches Fehlverhalten*
*c) Objektive Umstände*
*- Langes Getrenntleben*
*- Disparität der Vermögensverhältnisse*
*- Herkunft des Vermögens*
*3. Vermögensentwicklung nach Stichtag des § 1384 BGB*
*4. § 1381 BGB als Anspruchsgrundlage?*
*5. Geltendmachung des Rechts*

Nach § 1381 BGB kann der zum Ausgleich des Zugewinns verpflichtete Ehegatte die Zahlung verweigern, wenn sie für ihn – aufgrund besonderer Umstände – „grob unbillig" wäre.

### 1. Grobe Unbilligkeit

*a) Unerträglichkeits-Formel*

Grobe Unbilligkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, den das Gesetz nicht näher definiert. In der Gesetzesbegründung wird zur groben Unbilligkeit ausgeführt, dass es sich um Fälle handeln muss, in denen es „dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde", wenn der ausgleichspflichtige Ehegatte – wie ausgerechnet – leisten müsste.[1]

Der BGH hat im Jahr 1966 diese Unerträglichkeits-Formel zitiert und übernommen.[2] Sie hat sich in Rechtsprechung und Schrifttum eingebürgert – und wird immer dem BGH zugeschrieben, was nicht richtig ist: Sie kommt von der Legislativen.

Bei der Unerträglichkeits-Prüfung gehen Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum nun davon aus, dass ein Ergebnis, das nach den gesetzlichen Vorgaben errechnet worden ist, als

[1] 2. Regierungsentwurf zum GleichberG BT-Drucks. II/224, S. 48.
[2] BGHZ 46, 343 (347) = NJW 1966, 2109 = FamRZ 1966, 560.

solches dem Gerechtigkeitsgefühl niemals unerträglich widersprechen kann, denn dieses Ergebnis ist ja vom Gesetz gewollt.
Sogenannte „systemimmanente Unbilligkeiten“ sind nicht zu korrigieren, sie entsprechen dem Plan des Gesetzgebers.
*Fazit dieser Annahme*
Ein unerträglicher Widerspruch zum Gerechtigkeitsgefühl kann nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen vorliegen = nicht schon dann, wenn das errechnete Ergebnis als solches unbillig ist. Es müssen vielmehr zu dem unbilligen Ergebnis noch spezielle Umstände hinzutreten, die dessen Hinnahme unerträglich ungerecht erscheinen lassen.

Aus der Prämisse, dass systemkonform errechnete Unbilligkeiten nicht zu korrigieren sind, folgt etwa – das sei als Beispiel hier angeführt –, dass sich die Teilung von Schmerzensgeld nicht via § 1381 BGB ausschalten lässt. Schmerzensgeld nämlich vermehrt das Endvermögen des verletzten Ehegatten und ist folglich nach der gesetzlichen Berechnung als Zugewinn mit dem gesunden Ehepartner zu teilen.
Dass das in der Sache Unsinn ist und nicht nur Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs widerspricht, sondern auch Sinn und Funktion des Schmerzensgeldes konterkariert, bestreitet wohl niemand.

Gleichwohl kann nach der Rechtsprechung die Teilung von Schmerzensgeld im Zugewinnausgleich nicht via § 1381 BGB vermieden werden. Denn: Es handelt sich um eine Sinnwidrigkeit und Unbilligkeit, die aus der gesetzlichen Berechnungsmethode resultiert. Diese meint man akzeptieren zu müssen – es sei denn, es kommen im konkret gegebenen Fall noch ungewöhnliche Umstände hinzu, aufgrund derer die Teilung des Schadensersatzes mit dem Ehepartner unerträglich ungerecht erscheint.

*b) Kritik an der restriktiven Interpretation der Unbilligkeitsformel*
Die restriktive Interpretation der Unbilligkeitsformel stößt schon seit langem, in letzter Zeit zunehmende, Kritik[3] – und das zu Recht. Denn die Behauptung, systemimmanente Unbilligkeiten seien im Rahmen des § 1381 BGB nicht zu beachten, entbehrt jeder Grundlage. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht auch Abhilfe geschaffen werden kann, wenn das errechnete Ergebnis per se, also für sich genommen, im konkreten Fall den Sinn des Zugewinnausgleichs konterkariert und unbillig ist. Der Gesetzestext steht jedenfalls nicht entgegen – und den Gesetzesmaterialien ist ebenfalls nicht zu entnehmen, dass der

[3] Schwab/*Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 7. Aufl. 2013, VII 238; *Battes*, Eherecht, 2018, 870, *Wellenhofer* JZ 2014, 311; *Schröder*, FamRZ 1997, 1; *Wever* in: Götz/Schnitzler, 40 Jahre Familienrechtsreform, 2017, 187.

unerträgliche Widerspruch zum Gerechtigkeitsgefühl nicht auch allein aufgrund des rechnerischen Ergebnisses gegeben sein kann.
Weil die Judikative gleichwohl nicht abrückt von der engen Interpretation, empfiehlt die Reformkommission des DFGT nun der Legislativen, tätig zu werden. Die Kommission schlägt vor, de lege ferenda § 1381 BGB wie folgt zu erweitern: „Ein Leistungsverweigerungsrecht besteht auch dann, wenn das aus dem allgemeinen Berechnungsschema resultierende Ergebnis grob unbillig ist“.[4]

**2. Grobe Unbilligkeit: Gründe**

*a) Wirtschaftliches Fehlverhalten*

§ 1381 BGB selbst erläutert das Vorliegen grober Unbilligkeit beispielhaft an der schuldhaften Verletzung von Pflichten auf wirtschaftlichem Gebiet: Der Ehegatte hat *längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben schuldhaft nicht erfüllt* (Abs. 2).
Nach allgM liegt ein solches Fehlverhalten jedenfalls vor, wenn der Ehegatte, der jetzt die Zugewinnausgleichsforderung hat, zuvor seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem jetzt zahlungspflichtigen oder der Familie nicht nachgekommen ist.
Dazu beispielhaft folgende Entscheidungen:

*OLG Düsseldorf*: Verletzung der Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern. Ehemann war barunterhaltspflichtig, zahlte nicht, Ehefrau trug Unterhaltslast allein. *OLG*: Ehegatten sind verpflichtet, sich im Innenverhältnis von der Unterhaltslast freizustellen – gestand Ehefrau das Leistungsverweigerungsrecht zu.[5]

*BGH*: Erwerbsfähigkeit des Ehemannes war krankheitsbedingte eingeschränkt – zwei Herzinfarkte, die fast 26 Jahre jüngere Ehefrau unterhielt die Familie, sich und die vier gemeinschaftlichen Kinder, praktisch allein. *BGH*: Kein Leistungsverweigerungsrecht, denn Fehlverhalten auf wirtschaftlichem Gebiet setzt schuldhaftes Verhalten voraus. An diesem aber fehlt es hier, der Ehemann kam krankheitsbedingt seiner Unterhaltspflicht nicht nach.[6]

*AG-Tempelhof-Kreuzberg*: Misswirtschaft reicht nicht aus. Dass der Ehemann Gelder zum Bau des Familienhauses nicht sachgerecht eingesetzt hatte, gab der Ehefrau nicht das Recht, die Begleichung der ihm zustehenden Zugewinnausgleichsforderung zu verweigern.[7]

[4] Vorschlag zu § 1381 Abs. 1 S. 3 BGB, Reformkommission des DFGT, FamRZ 2021, 255.
[5] OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 821.
[6] BGH FamRZ 1992, 787 = BGH NJW-RR 1992, 900.
[7] AG Tempelhof-Kreuzberg FamRZ 2005, 107.

*b) Persönliches Fehlverhalten*

Ob der Ausgleich des Zugewinns auch wegen persönlichem Fehlverhalten grob unbillig sein kann, ist umstritten.

Der Wortlaut des Gesetzes gibt beides her, Abs. 2: *Grobe Unbilligkeit kann insbesondere dann vorliegen, wenn der Ehegatte, der den geringeren Zugewinn erzielt hat, .... die wirtschaftlichen Verpflichtungen, ....,, schuldhaft nicht erfüllt hat*.

Man kann nun das „insbesondere" so lesen, dass immer ein wirtschaftlich relevantes Geschehen gefordert ist. Man kann das *insbesondere* aber auch so lesen, dass die wirtschaftlich relevante Verfehlung nur beispielhaft genannt ist.

Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum halten letztere Lesart für richtig. Nach dieser kann auch Fehlverhalten auf persönlichem Gebiet die grobe Unbilligkeit begründen – und zwar auch dann, wenn dieses Fehlverhalten keine ökonomischen Auswirkungen hat.

*Denn:*

Nicht umstritten ist, dass persönliches Fehlverhalten jedenfalls beachtlich ist, wenn es sich vermögensmäßig zum Nachteil des ausgleichspflichtigen Ehegatten ausgewirkt hat. Dann ist es – indirekt – ja auch ein wirtschaftliches Fehlverhalten.

*Beispiele*

– Aus der außerehelichen Sexualbeziehung der Ehefrau ist ein Kind entstanden, das als eheliches vom Ehemann alimentiert wurde und wird.[8]

– Ehemann war wegen Vergewaltigung mehrerer Frauen verurteilt und inhaftiert worden. Zum Familienunterhalt trug er nichts bei – verlangte dann aber von der Ehefrau, die die Familie während seines Gefängnisaufenthaltes allein finanziert hatte, Ausgleich des Zugewinns.[9]

Hat der Verstoß gegen personale Ehepflichten hingegen keine wirtschaftlichen Folgen, spricht für die Unbeachtlichkeit, dass es im Zugewinnausgleich um die Verteilung des in der Vergangenheit gemeinsam erwirtschafteten Gewinns geht – der Ehegatte hat den Ausgleichsanspruch wirtschaftlich „in der Ehe verdient".

Vor allem aber spricht für die Unbeachtlichkeit persönlichen Fehlverhaltens das Zerrüttungsprinzip des Scheidungsrechts, nach dem persönliches Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Scheidung und der Regelung der Scheidungsfolgen grundsätzlich keine Rolle spielt und spielen darf. Denn wenn man solches bei der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung berücksichtigt, sanktioniert man faktisch schuldhaftes Verhalten.

[8] OLG Köln FamRZ 1991, 1192.
[9] OLG Hamburg FamRZ 2015, 550.

*Aber:*

Es gibt krasse Fälle, in denen das Fehlverhalten eine Dimension erreicht hat, die diese Argumente und Bedenken zurücktreten lassen.

Das ist der Fall, wenn sich der ausgleichsberechtigte Ehegatte einer Straftat gegenüber seinem Partner oder diesem nahestehenden Personen schuldig gemacht hat. Die Konstellationen also, die zur Erbunwürdigkeit führen (§ 2339 BGB) oder die Entziehung des Pflichtteils rechtfertigen (§ 2333 BGB), rechtfertigen es auch, die Erfüllung der Ausgleichsforderung zu verweigern.

Entschieden wurde dies bei Sexualdelikten des Ehemannes wie schwerer sexueller Missbrauch der gemeinsamen Tochter[10] oder Vergewaltigung der Stieftochter.[11]

Auch einer jahrzehntelang misshandelten Ehefrau wurde das Recht konzediert, die Ausgleichszahlung zu verweigern.[12] Und auch nach Tötung der Ehefrau kann der Ehemann nicht von deren Erben Ausgleich des Zugewinns verlangen.[13]

Der Verletzung der ehelichen Treuepflicht hat die Rechtsprechung güterrechtliche Relevanz dann eingeräumt, wenn dieses schwerwiegend war, also aufgrund der konkreten Umstände besonders kränkend oder von längerer Dauer war.[14]

*Fazit*

Ist ein Ehegatte von solch einem extremen Fehlverhalten des anderen betroffen, ist es grob unbillig – das ist wohl allgM –, ihm zuzumuten, die gegen ihn gerichtete Ausgleichsforderung zu erfüllen.

Den Aspekt, dass es im Zugewinnausgleich um die Teilung des in der Vergangenheit gemeinsam erwirtschafteten Gewinns geht, berücksichtigt die Rechtsprechung bei der Sanktionierung von solch rein persönlichem Fehlverhalten allerdings bei Festsetzung der Höhe der Sanktion. Bejaht wird unter diesem Aspekt in der Regel nur die Herabsetzung, nicht aber der vollständige Ausschluss des Anspruchs.

*c) Objektive Umstände*

[10] OLG München BeckRS 2022, 39317 = FamRZ 2023, 112.
[11] OLG Zweibrücken FamRZ 2019, 518.
[12] OLG Bamberg NJW-RR 1997, 1435.
[13] OLG Karlsruhe FamRZ 1987, 823.
[14] OLG Celle FamRZ 1979, 431: vollständiger Ausschluss nach langjährigem Ehebruch mit vier Ehebruchskindern; OLG Hamm FamRZ 1989, 1188: ehebrecherische Beziehungen zu vier Männern nach 30 Jahren Ehe rechtfertigt Kürzung um ein Drittel; OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1068: körperliche Misshandlungen, ehebrecherisches Verhalten ua wurden durch Vermögensbildung zugunsten der Ehefrau aufgewogen.

Auch aufgrund – unverschuldet eingetretener oder vorliegender – objektiver Umstände kann sich die Zahlungspflicht als grob unbillig darstellen.
Als solche Unbilligkeit begründende Umstände werden folgende Gegebenheiten diskutiert.
*Langes Getrenntleben*
Dass der Ehegatte seinen Zugewinn erst erzielt hat, als die Ehegatten schon getrennt lebten, ist für sich genommen kein Umstand, der die Teilung des Zugewinns grob unbillig macht. Denn das als Zugewinn zu teilende Vermögen wird zu Stichtagen errechnet. Wann es bis zu deren Eintritt erworben wurde, ist egal – genauso egal ist, wie es erworben wurde.

Das muss grundsätzlich auch gelten, wenn das Vermögen nach langjähriger Trennung erwirtschaftet wurde. In den hierzu ergangenen Entscheidungen geht es um 9-jähriges, 17-jähriges, sogar 24-jähriges Getrenntleben. Auch bei solchen Trennungszeiten ist die Teilung des Vermögens nicht per se unerträglich ungerecht und deshalb grob unbillig.
Denn Ehegatten haben schließlich nach dreijähriger Trennung die Möglichkeit, ihre güterrechtliche Beziehung vorzeitig zu beenden und Gütertrennung herbeizuführen – mit oder ohne zugleich den Zugewinn auszugleichen (§§ 1385 Nr. 1, 1386). Wenn sie das nicht tun, tragen sie das Risiko, hinzugekommenes Vermögen teilen zu müssen. Es gibt keinen Grund, ihnen bei – über drei Jahres dauernder – Trennung dieses Risiko mit Billigkeitserwägungen abzunehmen.

Ganz ausnahmsweise aber kann es – so die Rechtsprechung – dem Gerechtigkeitsempfinden doch einmal unerträglich widersprechen, das nach langen Trennungsjahren erworbene Vermögen mit dem früheren Lebenspartner, mit dem man immer noch verheiratet ist, teilen zu müssen.
Der BGH hat dies vor 22 Jahren einmal angenommen.[15]
Der Fall war außergewöhnlich gelagert.
Er war Kaufmann, sie war Friseuse, 28 Jahre jünger als er. Die Ehegatten lebten nach der Heirat drei Jahre lang zusammen, dann trennten sie sich – und hatten bis zu seinem Tode nach 24 Jahren keinerlei Kontakt mehr. Er hatte nach 17-jähriger Trennung die Scheidung beantragt – der Antrag war durch Aushang an der Gerichtstafel öffentlich zugestellt worden. Die Witwe verlangte nun von den Erben Ausgleich des Zugewinns – und zwar, da ihr Erbrecht mit Rechtshängigkeit der Scheidung entfallen war (§ 1933 BGB), nach § 1371 Abs. 2 iVm §§ 1373 ff. BGB. Der Ehemann hatte in der 24-jährenden Trennungszeit drei Unternehmen aufgebaut und mit ihnen ein Vermögen im 6-stelligen Bereich erworben.

[15] BGH NJW-RR 2002, 865 = FamRZ 2002, 606: Zurückverweisung, um „ohne inneren Bezug zur Ehe“ zu prüfen.

Ausschlaggebend für die Entscheidung waren die Faktoren *außergewöhnlich lange Trennungszeit* und Erwirtschaftung des Vermögens *ohne* jeglichen inneren *Bezug zur Ehe* durch *alleinige Anstrengung*.
Ohne Bezug zur Ehe meint, dass die Geschäfte und die Tätigkeit, die zu den Einkünften führten, überhaupt nichts mit den ehelichen Gegebenheiten zu tun hatten, was zu verneinen ist, wenn ein in der Ehe aufgebautes Unternehmen fortgeführt wird.
Was die alleinige Anstrengung angeht, so differenzieren Rechtsprechung und Schrifttum begrifflich zwischen leistungslosem Vermögenserwerb und erarbeitetem Vermögenserwerb.

*Beispielsfälle zur langen Trennung*

Eheleute trennen sich nach 29-jähriger Ehe, aus der drei Kinder hervorgegangen sind. 8 Jahre nach der Trennung macht der Ehemann einen Lottogewinn. Dieser ist zu teilen. Das lange eheliche Zusammenleben – mit 3 Kindern – relativiert die Zeit des Getrenntlebens – und außerdem handelt es sich um leistungslosen Vermögenszuwachs.[16]

Eheleute lebten 17 Jahre lang getrennt. Der Zugewinn, den sie forderte, resultierte aus der Wertsteigerung, die das dem Ehemann gehörende Hausgrundstück während der Zeit des Getrenntlebens aufgrund der gestiegenen Immobilienpreise erfahren hatte. Erworben – und aufwendig renoviert – hatte der Ehemann das Haus aber schon während des Zusammenlebens. Hier war der Vermögenszuwachs zu teilen, denn er hatte einen Bezug zur Ehe – und außerdem handelte sich um leistungslosen Vermögensgewinn.[17]

Ehegatten lebten 18 Jahre lang zusammen, 17 Jahre lang getrennt. Sie blieben verbunden durch die weiterhin erfolgende gemeinsame steuerliche Veranlagung und die Zahlung von Trennungs- und Scheidungsunterhalt. Im Hinblick auf die fehlende Separierung der wirtschaftlichen Verhältnisse wurde die Teilung des Zugewinns trotz der langen Trennungszeit nicht als grob unbillig qualifiziert.[18]

*Disparität der Vermögensverhältnisse*

Ob die Erfüllung der Ausgleichsforderung auch grob unbillig sein kann, weil der Ehegatte, dem die Zugewinnausgleichsforderung zusteht, in summa ein deutlich höheres (End-)Vermögen besitzt als der zur Zahlung verpflichtete Ehepartner, ist nach allgemeiner Meinung irrelevant.

---

[16] BGH NJW 2013, 3645 = FamRZ 2014, 24 mAnm *Dauner-Lieb.*
[17] OLG München BeckRS 2012, 21880 = FamRZ 2013, 879; bestätigt vom BGH NJW 2013, 3642 = FamRZ 2013, 1954 {Rn. 29] mAnm *Finke*.
[18] BGH NJW 2013, 3642 = FamRZ 2013, 1954 [Rn. 30] mAnm *Finke*.

*Beispiel:* Ehefrau hatte ein Anfangsvermögen von 3,6 Mio Euro, ihr Endvermögen betrug nur noch 2 Millionen. Ehemann hatte ein Anfangsvermögen von 150.000 Euro, sein Endvermögen betrug 350.00 Euro – er hat einen Zugewinn in Höhe von 200.000 Euro erzielt. Sie verlangt von ihm Zahlung von 100.00 Euro, er setzt § 1381 BGB entgegen wegen der Diskrepanz der Vermögen.
Rechtsprechung und Schrifttum weisen dies unisono zurück. Die Höhe der Vermögen und ihr Verhältnis zueinander sind für den Zugewinnausgleich grundsätzlich irrelevant. Denn der Zugewinnausgleich hat nur etwas mit dem in der Ehe gemeinsam erworbenen Vermögen zu tun. Was die Ehegatten unabhängig von dem ehelichen Vermögenszuwachs haben – in die Ehe eingebracht haben, während dieser geerbt oder geschenkt bekommen haben –, gehört zu ihrem Anfangsvermögen und spielt keine Rolle.[19]

*Herkunft des Vermögens*
Nach allgemeiner Meinung sind auch die Umstände und die Herkunft des in der Ehe erworbenen Vermögens kein Umstand, der im Rahmen des § 1381 BGB Beachtung finden kann.
Das BGB setzt die Tätigkeiten und Leistungen der Ehegatten als gleichwertig und definiert deshalb den ehelichen Vermögenserwerb als Ergebnis gemeinsamer Wertschöpfung – ganz unabhängig davon, wer im Einzelnen was zur Erzielung des Vermögens beigetragen hat. Deshalb ist auch Zufallserwerb oder Erwerb aufgrund glücklicher Umstände zu teilen. Ein Lottogewinn etwa kann nicht mit Hilfe des § 1381 BGB dem Zugewinnausgleich entzogen werden.[20]
Und: Auch wenn solche Gewinne erst während des Getrenntlebens anfallen, sind sie zu teilen – der Ehegatte partizipiert bis zum Stichtag am wirtschaftlichen Glück des anderen.

Eine Ausnahme unter Bezugnahme auf die Herkunft des Zugewinns hatte einmal das *OLG Celle* gemacht.[21]
Ehemann hatte ½ Jahr nach der Trennung von der Ehefrau zusammen mit seiner damaligen Freundin und jetzigen Ehefrau ein Hausgrundstück und diesem angrenzende unbebaute Grundstücke erworben – unter dem Verkehrswert aus einer Zwangsversteigerung einer Bank. Der Kaufpreis wurde voll durch ein Darlehen finanziert.

[19] OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1497 = NJW 2015, 1535.
[20] BGH NJW 2013, 3645 = FamRZ 2014, 24 mAnm *Dauner-Lieb.*
[21] OLG Celle FamRZ 1992, 1300 = NJW-RR 1993, 903.

Frühere Ehefrau verlangte Ausgleich des von ihm erzielten Zugewinns unter Zugrundelegung des Verkehrswertes der Immobilien.
Diese Zahlung kann er, so *OLG Celle*, verweigern wegen grober Unbilligkeit. Der Zugewinn des Ehemannes beruhte nämlich allein auf dem nach der Trennung gemeinsam mit seiner jetzigen Ehefrau getätigten Grundstückserwerb, der keinerlei Bezug zur Ehe hatte. Die Grundstücke waren kurz vor Einleitung des Scheidungsverfahrens gekauft und der Kaufpreis nicht aus vorhandenem Vermögen gezahlt, sondern in vollem Umfang finanziert worden. Der Ehemann hatte keinerlei in der Ehe erwirtschafteten Mittel investiert, die Grundstücke waren mithin kein Surrogat in der Ehe vorhandenen Vermögens. Damit fehlte dem von dem Ehemann erzielten Zugewinn – der sich allein aus der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Grundbesitzes und dessen Ersteigerungspreis ergab – jegliche innere Beziehung zur ehelichen Lebensgemeinschaft.

Auch wenn es grundsätzlich unbeachtlich ist, woher der Zugewinn kommt, aus welchen Geschäften oder Gegebenheiten er beruht –, die Grenze der Unbeachtlichkeit der Herkunft des Vermögens ist beim Schmerzensgeld erreicht.
Denn dessen Teilung konterkariert Sinn und Zweck dieser Entschädigungszahlung und ist zudem auch mit den Zielen des Zugewinnausgleichs nicht in Einklang zu bringen, *das habe ich ja schon ausgeführt*.
Da die Rechtsprechung Schmerzensgeld gleichwohl zum Endvermögen zählt, ist es grundsätzlich mit dem gesunden Ehepartner zu teilen.
Der Ehegatte kann nur noch versuchen, die Partizipation des anderen an der Entschädigung, die ihm zum Ausgleich des ihm zugefügten Leids gezahlt worden ist, mittels § 1381 BGB zu vermeiden.
Die Gerichte konzedieren dem ausgleichspflichtigen Ehegatten die Einrede allerdings nur im Ausnahmefall.
Dem Gerechtigkeitsempfinden widerspricht nach Ansicht der Rechtsprechung die Überlassung des Schmerzensgeldes an den gesunden Ehepartner jedenfalls dann nicht, wenn der Ehegatte während des ehelichen Zusammenlebens verletzt wurde. Hier beeinträchtigt die Verletzung, so das Argument, schließlich das ganze Eheleben, der gesunde Ehegatte fühlt die Schmerzen des anderen mit und leidet mit.
Diese Überlegung aber geht an der Höchstpersönlichkeit des Schmerzensgeldes vorbei. Dieses ist allein auf die Person des Verletzten zugeschnitten, nur ihm schuldet der Schädiger Ausgleich und Genugtuung – nicht dessen Umfeld. Was der Ehepartner zu allem meint und

empfindet, ist schadensersatzrechtlich völlig irrelevant – und fließt auch in die Berechnung der Höhe des Schmerzensgeldes nicht ein.

Nach der Rechtsprechung aber kann die Teilung von Schmerzensgeld nur grob unbillig sein, wenn der Ehegatte von der Schädigung und Verletzung nicht mehr tangiert war – wenn diese also erfolgte, als die Ehegatten bereits getrennt lebten.
Kommt jetzt hinzu, dass die Verletzung die Erwerbsfähigkeit des Ehegatten beeinträchtigt hat und dieser das Geld zur zukünftigen wirtschaftlichen Absicherung benötigt, soll er es behalten dürfen.[22]

### 3. Vermögensentwicklung nach dem Stichtag des § 1384

α) Dass Umstände, die zwischen Rechtshängigkeit und Rechtskraft der Scheidung eintreten, den Zugewinnausgleich grob unbillig machen können, ist seit Vorverlegung der Kappungsgrenze für die Ausgleichsforderung von Bedeutung geworden – bei nicht zu verantwortendem Vermögensverfall während des Scheidungsverfahrens.
*Beispiel*
Börsencrash führt – nach Einreichung der Scheidung – zu einem dramatischen Wertverlust der von der Ehefrau gehaltenen Aktien. Sie ist bei Rechtskraft der Scheidung nahezu vermögenslos – ihr Vermögen hat sich ohne jedes Zutun und ohne jedes Verschulden minimiert. Sie muss sich verschulden, um die Zugewinnausgleichsforderung des Ehemannes zu begleichen.
Denn dessen Forderung wird nicht (mehr) durch das bei Ende des Güterstandes vorhandene Vermögen gekappt (vgl. § 1378 Abs. 2 S. 1 BGB), sondern steht mit der Berechnung am Stichtag fest (§ 1384 BGB).
Mit der Vorverlegung der Kappungsgrenze wollte der Gesetzgeber dem ausgleichspflichtigen Ehegatten die Möglichkeit nehmen, das Vermögen während des Scheidungsverfahrens durch unredliche Machenschaften zu verringern. Nicht bedacht hat er, dass Vermögensminderungen nach Rechtshängigkeit auch unverschuldet und ohne jedes zu verantwortende Zutun eintreten können.
Hier könnte man dem redlichen Ausgleichsschuldner das Recht geben, die Zahlung zu verweigern: Es ist unerträglich ungerecht, leisten zu müssen, wenn das Vermögen ohne jedes eigene Zutun verschwunden ist.

[22] OLG Stuttgart, BeckRS 2001, 12947 = FamRZ 2002, 99; AmtsG Hersbruck, FamRZ 2002, 1476 mAnm *Bergschneider* = LSK 2002, 520591.

Das aber macht die Rechtsprechung nicht mit. Sie verweist auf die gesetzlich vorgegebene Stichtagsberechnung und darauf, dass die entstandene Unbilligkeit Folge dieser gesetzlichen Vorgabe ist. Nur wenn zum Vermögensverfall im konkreten Einzelfall noch außergewöhnlich erschwerende Umstände hinzukommen, kann es für den – unverschuldet vermögenslos gewordenen – Ausgleichsschuldner unerträglich sein, das errechnete Ergebnis hinzunehmen und zu zahlen.[23]

Auch in diesem Zusammenhang wird die Kritik an der restriktiven Interpretation der groben Unbilligkeit nicht aufgegriffen. Deshalb auch hierzu der Vorschlag der Reformkommission des DFGT § 1381 BGB, de lege ferenda dahingehend zu ergänzen, dass ein Leistungsverweigerungsrecht auch dann besteht, wenn das Vermögen des Schuldners nach dem Stichtag für die Berechnung der Ausgleichsforderung, aber vor Beendigung des Güterstandes ohne sein Verschulden an Wert verloren hat.[24]

***b)*** Umstritten ist, ob das Leistungsverweigerungsrecht auch auf Umstände gestützt werden kann, die nach Güterstandsende eintreten. Also: Die Ehe ist rechtskräftig geschieden, die güterrechtliche Auseinandersetzung aber läuft noch.
Überwiegendes Schrifttum: Mit Rechtskraft der Scheidung endet die Ehe und der Güterstand. Was dann passiert, kann die entstandene Forderung nicht mehr beeinflussen. Diese ist einredefrei entstanden.
Die Rechtsprechung hingegen berücksichtigt grobe Unbilligkeits-Umstände, solange die güterrechtliche Auseinandersetzung noch nicht abgeschlossen und über die Forderung entschieden ist. Endpunkt ist also nicht die Rechtskraft der Scheidung, sondern die letzte Tatsachenverhandlung im Verfahren über den Zugewinnausgleich.
*OLG Düsseldorf* etwa gestand der Ehefrau das Recht zur Verweigerung der Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung zu wegen Nichtzahlung von Kindesunterhalt nach Trennung und Scheidung.[25]

### 4. § 1381 BGB als Anspruchsgrundlage?

Vorgeschlagen wird, de lege ferenda § 1381 BGB zugunsten des ausgleichsberechtigten Ehegatten zu erweitern. Es kann dem Gerechtigkeitsempfinden auch unerträglich widersprechen, keinen Zugewinn zu erhalten – weil der andere die Stichtage geschickt zu

[23] BGH FamRZ 2012, 1479 mAnm *Hoppenz*.
[24] Reformkommission des DFGT, FamRZ 2021, 255.
[25] OLG Düsseldorf FamRZ 1987, 821.

seinen Gunsten ausnutzt. Etwa, indem er den Scheidungsantrag verfrüht stellt, um den anstehenden Vermögenszuwachs nicht teilen zu müssen.

*Beispiele*

– Ehemann ist in einem Projektentwicklungsunternehmen tätig, der Abschluss eines Großprojekts, auf das drei Jahre lang hingearbeitet wurde, steht zu erwarten – und mit dem Abschluss die Zahlung eines Millionenbetrages.

– Änderung des Bebauungsplans steht an, Ackerland wird Bauland werden

– Ehegatte rechnet als Anwalt ein lukratives Mandat nicht ab.

*Aber*:

Der Anspruch wegen unbilliger Nicht-Erzielung von Zugewinn hieße in der Sache die Pflicht einzuführen, Vermögen zu einem bestimmten Zeitpunkt zu erwerben. Das widerspricht der Gütertrennung und dem Grundsatz, dass die Ehegatten ihr Vermögen selbständig verwalten.

**5. Geltendmachung**

§ 1381 ist eine peremptorische – also rechtsvernichtende – Einrede.

*Einrede* heißt, die grobe Unbilligkeit der Zahlung wird nicht von Amts wegen überprüft, sondern muss geltend gemacht werden.

Das hatte der Anwalt im BGH-Fall von 2012 nicht getan.[26]

Das Aktiendepot des Ehemannes hatte sich während des Scheidungsverfahrens halbiert, von 21.000 auf 10.000 Euro.

In der Sache hat das aber nicht geschadet. Der BGH merkte das Fehlen der Erhebung der Einrede zwar an, fügte aber hinzu, dass ausreichende Anhaltspunkte für eine grobe Unbilligkeit im Sinne des § 1381 BGB nicht ersichtlich seien.

*Peremptorisch* heißt, die Einrede steht dem Anspruch auf Dauer entgegen, wirkt also anspruchsvernichtend.

*Darlegungs- und Beweislast*

Dass die Erfüllung der Ausgleichsforderung grob unbillig ist, muss er ausgleichspflichtige Ehegatte darlegen und beweisen, er beruft sich einen ihm günstigen Umstand.

[26] BGH FamRZ 2012, 1479 mAnm *Hoppenz*.

## II. Stundung (§ 1382 BGB)

*1. Normzweck*

*2. Stundungsvoraussetzung: Fälligkeit zur Unzeit*

*a) Außergewöhnliche Belastung*

*b) Zumutbarkeit*

*3. Stundungsfähigkeit der Ausgleichsforderung und Verfahren*

*a) Forderung ist unstreitig*

*b) Forderung ist streitig und rechtshängig*

*c) Forderung ist streitig und nicht rechtshängig*

*4. Stundung*

*a) Modalitäten*

*b) Verzinsung*

*c) Sicherheitsleistung*

*d) Vorzeitige Zahlung*

*5. Berechnung des Zugewinns und Stundungsmöglichkeit*

### 1. Normzweck

§ 1381 BGB gibt eine Einrede gegen die Forderung als solche, § 1382 BGB gibt eine Einrede gegen ihre sofortige Fälligkeit.

Auch die Stundungseinrede ist ein Billigkeitskorrektiv – und zwar für den Fall von Erfüllungsschwierigkeiten.

Zu Erfüllungsschwierigkeiten kommt es typischerweise, weil die Ausgleichsforderung mit Rechtskraft der Scheidung entsteht – und sofort in voller Höhe fällig ist.

In Schwierigkeiten gerät der zahlungspflichtige Ehegatte hier immer dann, wenn sein Zugewinn (nur) gegenständlich vorhanden ist – in Form eines Unternehmens, einer freiberuflichen Praxis, einer Immobilie. Deren Wert muss er ausgleichen – liquides Vermögen in dieser Höhe ist vielfach aber nicht vorhanden.

Die den Zugewinn ausmachenden Gegenstände zeitnah zu veräußern, gibt keinen Sinn – schon gar nicht, wenn sie die Existenzgrundlage des ausgleichspflichtigen Ehegatten bilden.

Den Zahlungsschwierigkeiten trägt die Stundungsmöglichkeit Rechnung. Dem Ausgleichsschuldner soll Zeit gegeben werden, sich Geld zu beschaffen – durch wirtschaftlich günstige und sinnvolle Veräußerung, durch Kreditaufnahme, Vermögensumschichtung u. Ä.

Zu Liquiditätsschwierigkeiten kann es aber auch kommen, weil sich das Endvermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten nach dem Stichtag für dessen Berechnung verringert hat. Bei Rechtskraft der Scheidung ist nur noch ein Bruchteil dessen, was bei Rechtshängigkeit vorhanden war, da – etwa Börsenwert der Aktien hat sich während des Scheidungsverfahrens halbiert.

Zudem kann es wegen illoyaler Vermögensminderung zur fehlenden Liquidität kommen. Hat der Ehegatte Vermögen verschenkt, verschwendet oder sonst bewusst beiseitegeschafft, so wird seinem Endvermögen dieses – tatsächlich nicht mehr vorhandene – Vermögen fiktiv hinzugerechnet (§ 1375 Abs. 2 BGB).

**2. Stundungsvoraussetzung: Fälligkeit zur Unzeit**

*a) Außergewöhnliche Belastung*

Voraussetzung der Stundung ist, dass die sofortige Zahlung aus Sicht des Schuldners *zur Unzeit* erfolgt. Das ist der Fall, wenn sie ihn zu Dispositionen zwingt, die ihn persönlich oder wirtschaftlich über das Maß hinaus belasten, welches über das Maß der Belastung hinausgeht, die mit der Pflicht zur Begleichung des Zugewinnausgleichs immer und üblicherweise verbunden ist.

Die Pflicht, den Zugewinn auszugleichen, bringt in aller Regel finanzielle Schwierigkeiten mit sich. In der Regel müssen Vermögensumschichtungen vorgenommen werden, Vermögensgegenstände veräußert oder belastet werden. Solche Unannehmlichkeiten muss der ausgleichspflichtige Ehegatte nach allgM in Kauf nehmen.

Es ist ihm etwa, darüber besteht Konsens, auch zumutbar, ein Darlehen aufzunehmen, wenn zu veräußernde oder zu belastende Vermögensgegenstände nicht vorhanden sind.

Stundung kommt insofern grundsätzlich nur, darüber herrscht Konsens, *in Ausnahmefällen* in Betracht: Eine Krankheit etwa fordert den Einsatz sämtlicher finanzieller Mittel des Ehegatten oder die Veräußerung der den Zugewinn ausmachenden Immobilien wäre zum Fälligkeitszeitpunkt völlig unwirtschaftlich.

*b) Zumutbarkeit*

Zusätzlich zum Vorliegen solch außergewöhnlicher Schwierigkeiten seitens des Ausgleichsschuldners setzt die Anordnung der Stundung voraus, dass die Zurückstellung der Zahlung *mit den Interessen* des ausgleichsberechtigten Ehegatten *vereinbar* ist.

Nicht vereinbar ist die Stundung mit den Interessen des ausgleichsberechtigten Ehegatten jedenfalls dann, wenn die Zahlungsschwierigkeiten des Ausgleichsschuldners auf der fiktiven Zurechnung von Vermögen nach § 1375 Abs. 2 BGB resultieren.

Nicht vereinbar mit den Interessen des Ausgleichsgläubigers ist die Stundung etwa auch, wenn sich die ausgleichsberechtigte Ehefrau geschäftlich selbständig machen will und hierzu Kapital benötigt, das sie von einer Bank nicht bekommt.

*Kinderschutzklausel*

Zur Unzeit erfolgt die Zahlung allerdings immer dann, wenn sich – infolge der Minimierung des Vermögens durch die sofortige Zahlung – die Wohnverhältnisse oder die sonstigen Lebensverhältnisse *gemeinschaftlicher* Kinder *nachhaltig* verschlechtern würden (§ 1382 Abs. 1 S. 2 BGB). In diesem Fall spielen die Interessen des ausgleichsberechtigen Ehegatten keine Rolle – die Kindesinteressen gehen vor, auch die der volljährigen Kinder. Geht die sofortige Begleichung der Ausgleichsforderung zu ihren Lasten – Umzug mit Schulwechsel wird erforderlich öÄ – ist immer zu stunden.

Teils wird vorgeschlagen, als Interpretationshilfe der Formulierung *zur Unzeit* die erbrechtliche Regelung zur Stundung des Pflichtteils (§ 2331a BGB) heranzuziehen.

Dieser Vorschlag überzeugt nicht. In § 2331a BGB ist von unbilliger Härte die Rede, die den Erben zur Aufgabe des Familienheims zwingen würde oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts, das für ihn und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Übernahme dieser Kriterien würde den Anwendungsbereich des § 1382 BGB massiv einschränken.

Geboten ist allerdings eine teleologische Reduktion des § 1382 BGB dahingehend, dass die unzumutbare Belastung durch das Hinausschieben der Fälligkeit der Zahlung beseitigt oder zumindest gemildert wird. Stundung ist also nur in Betracht zu ziehen, wenn absehbar ist, dass das Herausschieben der Zahlung zu geringerer Belastung führt. Hierfür muss eine konkret festmachbare Wahrscheinlichkeit bestehen, eine vage Aussicht auf Besserung der Liquidität reicht nicht aus.

### 3. Stundungsfähigkeit der Ausgleichsforderung und Verfahren

Gestundet werden kann nur die existente Ausgleichsforderung – das ist klar. Die existente Forderung kann sich nun in folgendem Zustand befinden: Sie ist

a) unstreitig

b) streitig und rechtshängig

c) streitig und nicht rechtshängig.

*a)* Die Stundung bei *unstreitiger* Forderung ist in § 1382 Abs. 1 BGB geregelt – „soweit die Forderung vom Schuldner nicht bestritten wird".

Die Ehegatten sind sich also über die Ausgleichsforderung einig – dass diese dem Grunde nach besteht und auch deren Höhe ist nicht streitig.

In einer solchen Situation können sich die Ehegatten in der Regel auch über die Fälligkeit verständigen, so dass gerichtliche Stundung nicht ansteht.

Falls aber doch, ist diese in einem isolierten familiengerichtlichen Stundungs-Verfahren herbeizuführen.

*b)* Ist die Ausgleichsforderung *umstritten und anhängig*, kann über die Stundung nur in diesem Verfahren entschieden werden. Das gibt § 1382 Abs. 5 BGB zwingend vor.

Gestellt werden muss der Stundungsantrag im Verfahren über die Ausgleichsforderung spätestens in der letzten mündlichen Verhandlung

Ist nun aber über die Ausgleichsforderung – ohne Stundungsentscheidung – entschieden, kann Stundung nachträglich nicht mehr verlangt werden – außer die Verhältnisse haben sich seit der letzten mündlichen Verhandlung „wesentlich geändert" (§ 1382 Abs. 6 BGB).

Ein unterlassener Stundungsantrag kann also nicht nachgeholt werden, wenn die Voraussetzungen für die Stundung bereits während des Verfahrens über die Ausgleichsforderung vorlagen.[27]

[27] OLG Naumburg FamRZ 2003, 375; OLG Stuttgart BeckRS 2013, 9923.

*Tipp*:

Da der Stundungsantrag grundsätzlich nicht nachgeholt werden kann, sollte er – aus Gründen „des sicheren Weges“ – im Zugewinnausgleichsprozess vorsichtshalber schon gleich als Hilfsantrag neben dem Abweisungsantrag gestellt werden.

*c)* In der dritten Konstellation ist die Ausgleichsforderung zwischen den Ehegatten *streitig*, aber gerichtlich (noch) *nicht anhängig*.

Hier ist Stundung nicht möglich – § 1382 BGB spricht diese Konstellation erst gar nicht. Die Regelungslücke zwischen Absatz 1 (Forderung ist unbestritten) und Absatz 5 (Forderung ist bestritten und anhängig) gibt Sinn. Denn worauf sollte sich die Stundung beziehen? Es ist ja noch offen, ob eine Forderung überhaupt besteht und in welcher Höhe.

**4. Stundung**

*a) Modalitäten*

Die Fälligkeit der Forderung kann insgesamt hinausgeschoben werden, es kann aber auch Ratenzahlung angeordnet werden. In diesem Fall werden Teilbeträge für unterschiedliche Zeiträume gestundet.

*b) Verzinsung*

Die gestundete Ausgleichsforderung ist zu verzinsen (Abs. 2). Über die – von Gesetzes wegen erfolgende – Verzinsung ist von Amts wegen zu entscheiden ist, eines Antrags bedarf es also nicht.

Höhe und Fälligkeit der Zinsen hat Familiengericht *nach billigem Ermessen* zu bestimmen (Abs. 4.)

In der Regel entspricht der Billigkeit eine Verzinsung, die sich an den Sätzen des Kapitalmarkts im Stundungszeitraum orientiert. Orientierung heißt, dass der Kapitalmarktzins zwar Ausgangspunkt ist, dann aber alle Umstände des konkreten Falles zu bedenken sind.

Höhere Stundungszinsen können etwa angebracht sein, wenn der Zugewinn aus einem während der Ehe aufgebauten gut laufenden Betrieb besteht. Dieser ist mit einem entsprechend hohen Verkehrswert im Endvermögen angesetzt. Liquide Mittel zur Zahlung des Zugewinnausgleichs sind in dieser Höhe nicht vorhanden – deshalb Stundung der Forderung in Form von Ratenzahlungen aus den laufenden betrieblichen Einkünften.

Hier ist es unter dem Aspekt, dass der Ausgleichsschuldner mit dem gestundeten Kapital wirtschaftet und Gewinn erzielt, angebracht, einen über dem Kapitalmarktzins liegenden Zinssatz anzusetzen.

Denn: Der Ausgleichsschuldner soll aus der Stundung keinen – über den die unzeitige Zahlung vermeidenden – Vorteil ziehen.

*Tipp*

Anwaltlich sollte zur Zinshöhe vorgetragen werden – im Stundungsantrag beziehungsweise in der Stellungnahme zu diesem!

*c) Sicherheitsleistung*

Der ausgleichsberechtigte Ehegatte kann verlangen, dass der Ausgleichsschuldner ihm für die gestundete Forderung Sicherheit leistet. Die Sicherheitsleistung bedarf also nach der eindeutigen Formulierung des Gesetzes des Antrags (Abs. 3).

Bei der Auswahl der Sicherheit ist das Gericht nach allgM nicht auf die in § 232 BGB aufgeführten Sicherheiten beschränkt.

Auch Sicherungsübereignungen oder Sicherheitsabtretungen sind möglich. Und auch die Stellung „eines tauglichen Bürgen“ kommt generell in Betracht – nicht erst, wie in § 232 Abs. 2 BGB geregelt, wenn keine anderen Sicherheiten angeboten werden können.

Ordnet das Gericht die beantragte Sicherheitsleistung an, so bleibt die Ausgleichsforderung so lange sofort fällig, als die Sicherheit nicht geleistet worden ist. Die Beibringung der Sicherheit ist Wirksamkeitsvoraussetzung für die Stundung – auch wenn das Gericht dies in der Stundungsentscheidung nicht ausdrücklich klargestellt und bestimmt hat.

Das ist allerdings strittig. Vertreten wird, dass die Stundung auch dann wirksam angeordnet ist, wenn die beantragte und angeordnete Sicherheit nicht geleistet wird.

*Tipp*

Im Antrag auf Sicherheitsleistung sollte klargestellt werden, dass die Stundung von deren tatsächlicher Erbringung abhängig sein soll.

*d) Vorzeitige Zahlung*

Kann der Ausgleichsschuldner vorzeitig zahlen und die Stundung einfach beenden, wenn er die finanziellen Mittel zur Verfügung hat?

Das wird allgemein für zulässig gehalten, auch wenn die gerichtliche Entscheidung hierzu nichts bestimmt.

Was ist aber ist in diesem Fall mit der angeordneten Verzinsung? Fallen dann Vorfälligkeitszinsen an?

Dafür spricht, dass sich der Ausgleichsgläubiger auf diese eingestellt hat – dass er das Geld später bekommt, dafür aber Zinseinnahmen hat. Das kann der Ausgleichsschuldner nicht einseitig alles wieder umwerfen.

Um Unklarheiten zu vermeiden sollten Stundungsantrag und Stundungsentscheidung hierzu Aussagen treffen – sowohl das Recht zur vorzeitigen Zahlung regeln wie auch die Frage der Vorfälligkeitszinsen.

## 5. Berechnung des Zugewinns und Stundungsmöglichkeit

Die praktische Bedeutung des § 1382 BGB ist gering, die Vorschrift führt ein Schattendasein, Doch wenn auch von der Stundungsmöglichkeit selten Gebrauch gemacht wird, spielt sie zugewinnrechtlich doch eine große Rolle.

Und zwar ist die Möglichkeit, die Ausgleichsforderung stunden zu lassen, bedeutsam im Zusammenhang mit der Bewertung des Endvermögens des ausgleichspflichtigen Ehegatten.

Ausschlaggebend für die Bewertung eines Gegenstandes in der Zugewinnbilanz ist dessen „voller wirklicher Wert “ am Stichtag. Dieser ist in der Regel identisch mit dem Verkehrswert, also dem hypothetischen Verkaufswert. Vom „vollen wirklichen Wert“ spricht man nun aber, weil im Falle außergewöhnlicher Marktverhältnisse am Stichtag Korrekturen am Verkehrswert nicht ausgeschlossen sein sollen.

Und eine solche Korrektur ist nach der Rechtsprechung dann vorzunehmen, wenn die sofortige Veräußerung des Gegenstandes erforderlich ist. Dann ist dieser nur mit seinem Liquidationswert anzusetzen – also mit dem Wert, der sich bei der unmittelbar anstehenden Veräußerung realisieren lässt. Da dieser ohne Beachtung der Marktlage zu erzielende Liquidationswert regelmäßig unter dem Verkehrswert liegt, sind mit ihm Grundstücke, Unternehmen etc. nur anzusetzen, wenn die sofortige Veräußerung tatsächlich ansteht und erforderlich ist.

Ergibt sich die Notwendigkeit der unmittelbaren Versilberung nun daraus, dass anders die zur Erfüllung der – fälligen – Ausgleichsforderung erforderlichen Mittel nicht aufgebracht werden können, ist die Stundungsmöglichkeit zu bedenken. Auf diese verweist die Rechtsprechung, bevor sie die Ansetzung des Gegenstandes mit seinem Liquidationswert akzeptiert. Es ist immer zu prüfen, so heißt es, ob die unwirtschaftliche sofortige Liquidierung nicht durch Stundung vermieden werden kann.

Ist das der Fall, ist das Grundstück, die Praxis, das Unternehmen uÄ – mit dem Verkehrswert, und nicht mit dem Liquidationswert, im Endvermögen zu berücksichtigen. Die liquidationsrechtliche Bewertung eines Wirtschaftsguts in der Zugewinnbilanz ist nämlich nur gerechtfertigt, wenn dessen Liquidation zwangsläufig ansteht. Die aber kann gegegenenfalls durch Stundung der Ausgleichsforderung vermieden werden – es kann etwa abgewartet werden, bis das momentane Markttief auf dem Immobilienmarkt überwunden ist.[28]

Auch eine Anwartschaft aus einer Kapitallebensversicherung ist nur dann, so der BGH, mit ihrem – unwirtschaftlichen – Rückkaufswert anzusetzen, wenn am Stichtag „die Fortführung des Versicherungsvertrages nicht zu erwarten ist und auch durch eine Stundung der Ausgleichsforderung (§ 1382 BGB) nicht ermöglicht werden kann“.[29]

Vier Jahre später hat der BGH das bekräftigt bei der Bewertung des Anteils des Ehemannes an einer Steuerberatungspraxis. Diesen Anteil mit seinem Marktwert in den Zugewinn einzubeziehen, ist sachgerecht, denn – das ist die Standardformulierung –, der Anteil muss ja nicht notwendig liquidiert werden. Es gibt ja die – zu prüfende – Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung, die den Ehegatten in die Lage versetzt, die Forderung aus seinen zukünftigen laufenden Einkünften zu zahlen.[30]

Gleiche Entscheidung beim Streit über den Wert einer freiberuflichen Praxis. Diese ist nicht mit ihrem Liquidationswert anzusetzen, denn sie muss nicht veräußert werden: Es gibt ja die Stundungsmöglichkeit. Mit dieser kann der Schuldner in die Lage versetzt werden, den Zugewinnausgleich ratenweise aus seinem künftigen laufenden Einkommen zu leisten.[31]

[28] BGH FamRZ 1992, 918.
[29] BGH FamRZ 1995, 127; ebenso BGH FamRZ 1992, 411 zu Anwartschaft aus Kapitallebensversicherung.
[30] BGH FamRZ 1999, 361.
[31] BGH FamRZ 2008, 761.

## III. Übertragung von Vermögensgegenständen (§ 1383 BGB)

*1. Funktion der Regelung*
*2. Voraussetzungen der Übertragung*
*a) Grobe Unbilligkeit*
*b) Zumutbarkeit*
*c) Anrechnung wertmäßig möglich*
*3. Gegenstände der Übertragung*
*4. § 1383 BGB als Mittel zur Beendigung von (Grundstücks-)Miteigentum*
*5. Steuerliche Aspekte bei Gegenstandsübertragungen im Zugewinnausgleich*

### 1. Funktion der Regelung

Die Zugewinnausgleichsforderung ist auf eine Geldzahlung gerichtet – was im Einzelfall den Interessen der Ehegatten zuwiderlaufen kann.

Der ausgleichspflichtige Ehegatte ist nicht liquide, könnte aber ohne weiteres eine Immobilie übertragen oder umgekehrt, der Ausgleichsberechtigte ist sehr an einem bestimmten Gegenstand interessiert und würde gerne diesen – statt Geld – erhalten.

Das Interesse des Ausgleichsschuldners, die gegen ihn gerichtete Geldforderung durch gegenständliche Leistung erfüllen zu dürfen, ignoriert das Gesetz. Der ausgleichspflichtige Ehegatte hat kein Recht, die gegen ihn gerichtete Geldforderung durch Leistung anderer Gegenstände zu erfüllen. Seine Interessen bei der Erfüllung sieht das Gesetz durch die Möglichkeit, die Zahlung zu stunden beziehungsweise ganz zu verweigern, als hinreichend gewahrt an.

Das Interesse des Ausgleichsgläubigers am Erhalt bestimmter Gegenstände hingegen berücksichtigt § 1383 BGB.

Wenn es für ihn eine *grobe Unbilligkei*t wäre, einen bestimmten Gegenstand nicht zu erhalten und wenn es zugleich dem ausgleichspflichtigen Ehegatten *zumutbar ist*, diesen wegzugeben, kann er zur Weggabe verpflichtet werden – *unter Anrechnung* des Werts des zu übertragenden Gegenstandes auf die Ausgleichsforderung.

Auch diese Regelung ist ein Billigkeitskorrektiv. Das Prinzip des Zugewinnausgleichs in Geld wird – um grobe Unbilligkeit für den Ausgleichsgläubiger zu vermeiden – aufgegeben und der Ausgleich mit Vermögensgegenständen zugelassen.

Die Ersetzungsmöglichkeit allerdings ist, so steht es überall, „in der gerichtlichen Praxis bedeutungslos“ oder „kommt so gut wie gar nicht vor“ etc.

Dem ist auch so, denn es gibt, soweit ersichtlich, nur eine einzige veröffentlichte Entscheidung zu § 1383 BGB – die des OLG Hamm aus dem Jahr 1978. Diese wird denn auch überall zitiert – samt Begründung.[32]

## 2. Voraussetzungen der Übertragung

1. Übertragung vermeidet eine grobe Unbilligkeit für den Ausgleichsgläubiger.
2. Weggabe ist dem Ausgleichsschuldner zumutbar.
3. Anrechnung wertmäßig möglich.

### *1. Grobe Unbilligkeit*

Den Begriff der groben Unbilligkeit definiert die allgemeine Meinung wie in § 1381 BGB. Danach setzt die Übertragungs-Anordnung voraus, dass es dem „Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise“ widersprechen würde, wenn der Ehegatte den gewünschten Gegenstand nicht erhielte.[33]

Die Latte für die Übertragung ist also hoch gehängt – aber auch hier ohne Not und ohne Grund. Denn auch bei § 1383 BGB hat der Gesetzgeber eine solch restriktive Auslegung des Begriffs der groben Unbilligkeit nicht vorgegeben.

Die Gesetzesbegründung äußert sich zur Definition der groben Unbilligkeit überhaupt nicht. Und auch im Schrifttum findet sich nirgends begründet, warum die Anforderungen an die Übertragungs-Anordnung so hoch anzusetzen sind. Man beruft sich auf die Entscheidung des *OLG Hamm* aus dem Jahr 1978 –in der aber wird die Unerträglichkeits-Formel einfach aus §

[32] OLG Hamm v. 23.5.1978 – 15 W 30/77 – , OLGZ 1978, 399 = FamRZ 1978, 687.
[33] OLG Hamm aaO.

1381 BGB übernommen mit dem Argument, dass die gleiche Begrifflichkeit – grobe Unbilligkeit – auch gleiche Interpretation bedeute.

Jedenfalls wird als Beispiel für eine – ohne Erhalt von Gegenständen grobe Unbilligkeit auslösende – Situation der Fall genannt, dass dem Ehegatten aufgrund der gesamtwirtschaftlichen Lage die Werterhaltung seiner Zugewinnbeteiligung nicht möglich ist wegen hoher Inflation und gleichzeitig fehlender Investitionsmöglichkeiten in wertbeständige Gegenstände.

Nun aber trat, das wird auch überall konzediert, eine solche Situation bislang nicht ein. Dass dem Ausgleichsschuldner Gegenstände statt Geld gegeben werden muss, weil das Geld inflationsbedingt nichts mehr wert ist und er sich zudem dafür auch nichts kaufen kann, kam bisher nicht vor.

Statt Geld Sachwerte zu erhalten, kann aber aus in der Person des Ausgleichsschuldners liegendem Grund angezeigt sein. Wenn dieser zahlungsunfähig oder zahlungsunwillig ist, der ausgleichsberechtigte Ehegatte aber auf die schnelle und zeitnahe Realisierung seines Anspruchs angewiesen ist, kann es grob unbillig sein, ihm die gewünschte Überlassung von Gegenständen zu versagen.

Allein der Umstand, dass die Durchsetzung der Geldforderung Schwierigkeiten – auch ungewöhnlich schweren – begegnen wird, rechtfertigt die Zuweisung von Sachwerten allerdings noch nicht. Zu den Schwierigkeiten hinzukommen muss ein besonderes, anerkennenswertes Interesse des Ausgleichsgläubigers an der sofortigen Erfüllung. Ein solches kann vorliegen, wenn er sich beruflich selbständig machen oder auswandern will, Hier kann es aus Billigkeitsgründen grob unbillig sein, ihm die schnelle Erledigung des Zugewinnausgleichs durch Änderung der Geldforderung zu versagen.

Vor allem aber kann die Nicht-Zuweisung eines Gegenstandes aus persönlichen Gründen eine grobe Unbilligkeit für den ausgleichsberechtigten Ehegatten darstellen. Das ist etwa der Fall, wenn er den dem anderen gehörenden Gegenstand finanziert und allein genutzt hat oder wenn er ein spezielles Affektionsinteresse an diesem hat, etwa weil er aus seiner Familie stammt. Diese persönlichen Gründen sind nach allgemeiner Meinung im Rahmen des § 1383 BGB beachtlich.

*Beispiel*

– Ehemann ist Reiter, will auch seine Frau zu diesem Sport animieren und erwirbt ein hochwertiges Pferd – im Namen seiner Frau, um das Risiko des Zugriffs seiner Gläubiger auf das Pferd auszuschließen. Die Ehefrau gibt nach kurzer Zeit das Reiten wieder auf.

– Sachverhalt des *OLG Hamm*: Ehefrau hat das – im Alleineigentum des Mannes stehende – Ferienhaus in Österreich liebevoll ausgestaltet und dieses oft genutzt. Sie liebt den Aufenthalt dort, während der Mann sich dort kaum blicken ließ.

*2. Zumutbarkeit*

Auch wenn die Übertragung des Gegenstandes auf den Ehegatten erforderlich ist, um ihn vor einer groben Unbilligkeit zu bewahren, darf sie doch nur angeordnet werden, wenn es dem ausgleichspflichtigen Ehegatten zumutbar ist, den geforderten Gegenstand wegzugeben. Hier ist eine Interessensabwägung vorzunehmen = beide benötigen den Gegenstand: Wer mehr?

– Ehefrau fordert Überlassung des Appartements in Paris, das sie nach dem Erwerb aufwendig ausgestaltet und in Ordnung gehalten hat. Er benötigt dieses, weil er beruflich immer wieder in der Stadt zu tun hat.

– Ehemann fordert eine Skulptur, die er immer auf seinem Schreibtisch stehen hatte. Diese aber ist Bestandteil der wertvollen Kunstsammlung, die die Ehefrau als Anlageobjekt erworben hat.

*3. Anrechnung wertmäßig möglich*

Dass der Gegenstandswert die Höhe der Ausgleichsforderung nicht überschreiten darf, ergibt sich zwingend daraus, dass sich „anrechnen“ nur ein Betrag lässt, der die Forderung nicht überschreitet.[34]

### 3. Gegenstände der Übertragung

Was kann übertragen werden?

[34] OLG Köln, Urteil v. 28.12.2017 – 10 UF 8/15: Wert der Immobilie überstieg die Ausgleichsforderung.

§ 1383 BGB spricht von Gegenständen. Der Begriff Gegenstand bezeichnet alle Objekte, über die rechtsgeschäftlich verfügt werden kann. Die Übertragung im Zugewinnausgleich ist also nicht auf Sachen (§ 90 BGB) beschränkt – übertragen werden können auch Rechte.

Von praktischer Relevanz sind hier insbesondere Gesellschaftsanteile und Miteigentumsanteile.

*Beispiele*

– Ehegatten betreiben als GbR gemeinsam eine Zahnarztpraxis aufgebaut und betrieben. Er hat altersbedingt die Mitarbeit aufgegeben. Sie ist jünger und arbeitet weiter, möchte seinen Anteil an der GbR übertragen bekommen – unter Anrechnung auf die ihr zustehende Zugewinnausgleichsforderung.

– Ehegatten betreiben gemeinsam eine Galerie, sie zieht sich nach der Trennung aus dem Geschäft zurück. Im Eingangsbereich steht eine wertvolle Skulptur, an der hälftiges Miteigentum besteht. Er beantragt, ihm diese – unter Anrechnung auf die ihm zustehende Zugewinnausgleichsforderung – zu übertragen.

**4. § 1383 als Mittel zur Beendigung von (Grundstücks-)Miteigentum**

Vor allem aber kann § 1383 BGB eingesetzt werden, um die Teilungsversteigerung des gemeinsamen Familienhauses zu vermeiden.

*Beispiel*

Familienhaus steht im hälftigen Miteigentum der Ehegatten. Ehemann ist ausgezogen, Ehefrau lebt mit den 13 und 15 Jahre alten Söhnen darin. Er will das Haus veräußern – Teilungsversteigerung steht an (§§ 749 ff. BGB). Die Ehefrau hat eine Zugewinnausgleichsforderung in Höhe von 800.000 Euro. Sie beantragt, ihr den Miteigentumsanteil des Mannes zu übertragen gegen Anrechnung auf ihre Forderung. Das Haus ist 1,4 Mio. Euro wert, sein Anteil also 700.000 Euro.

– Anrechnung auf die Zugewinnausgleichsforderung der Ehefrau ist rechnerisch jedenfalls möglich.

– Führt es zu einer groben Unbilligkeit für die Ehefrau, wenn ihr der Miteigentumsanteil des Ehemannes nicht übertragen wird?

Dass es dem Gerechtigkeitsempfingen krass und in unerträglicher Weise widersprechen würde, wenn sie statt Alleineigentum an dem Haus 800.000 Euro bekommt, wird man wohl kaum sagen können, zumal die Söhne schließlich schon groß sind.

*Aber*:

Diese restriktive Auslegung des Begriffs „grobe Unbilligkeit“ ist nicht geboten.

Wenn man für die grobe Unbilligkeit nicht Unerträglichkeit des Ergebnisses fordert, sondern eine schwerwiegende Unbilligkeit ausreichen lässt, kann man diese hier bejahen. Denn das Interesse der Ehefrau am Erhalt des Familienhauses ist schutzwürdig und vor allem auch im Hinblick auf die Kinder anzuerkennen. Ihr zuzumuten, mit den Söhnen umzuziehen, Wohnungssuche etc. auf sich zu nehmen und dann sich mit den Kindern in einem neuen Umfeld einzugewöhnen, ist hart und bedeutet eine schwere Unbill.

– Ist dem Ehemann die Abgabe seines Miteigentumsanteils zumutbar? Das kann man wohl bejahen. Er hat kein Interesse an dem Haus und wirtschaftlich keinen Nachteil, denn er erhält den Verkehrswert seines Anteils durch Verrechnung mit der gegen ihn gerichteten Geldforderung.

Also: Gibt man die – vom *OLG Hamm* vor 46 Jahren vorgenommene und durch nichts gebotene – restriktive Auslegung der Tatbestandsvoraussetzung grobe Unbilligkeit in § 1383 BGB auf, wird der Anwendungsbereich der Norm größer. Und das ist sinnvoll schon im Hinblick auf die Möglichkeit, die Konflikte um die Teilungsversteigerung des Familienhauses sinnvoll zu lösen. Es handelt sich bei § 1383 BGB schließlich um ein Billigkeitskorrektiv – und dessen Funktion ist ja gerade, im Einzelfall das schematische Rechenergebnis in Frage stellen und von diesem abweichen zu können.

## 5. Steuerliche Aspekte bei Gegenstandsübertragungen im Zugewinnausgleich

Wird aufgrund einer Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung Grundbesitz an Erfüllungs statt geleistet (§ 364 BGB), ist die sog. Spekulationsfrist des § 23 EStG zu beachten.

Nach § 23 EstG ist der Gewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt, zu versteuern. Hat mithin der Grundbesitz des Ehegatten zwischen dem Zeitpunkt seines Erwerbs und der im

Rahmen des Zugewinnausgleichs erfolgenden Übertragung eine Wertsteigerung erfahren, so ist diese als Veräußerungsgewinn zu versteuern.

Umstritten ist nun, ob diese sog. Spekulationsteuer auch bei gerichtlich angeordneter Übertragung eines Grundstücks anfällt.

Dagegen spricht, dass die Veräußerung hier aufgrund richterlicher Entscheidung erfolgt. Diese Entscheidung ändert zum einen den Inhalt der Ausgleichsforderung – welche in Höhe des anzurechnenden Betrages entfällt – und zum anderen verpflichtet sie den Ausgleichsschuldner zur Übertragung des Eigentums.

Die Eigentumsübertragung beruht also auf der richterlichen Anordnung – und nicht auf einer privatautonom getroffenen rechtsgeschäftlichen Vereinbarung.

Überwiegend wird allerdings vertreten, dass der Tatbestand des § 23 EStG nicht wegen richterlicher Zuweisung ausscheidet.

Denn der Eigentumsübergang als solcher erfolgt nicht durch gestaltenden richterlichen Akt, sondern rechtsgeschäftlich – der Beschluss ordnet schließlich nur an, dass der Gläubiger zu übertragen hat.

Davon abgesehen setzt die Steuerpflicht des § 23 EstG, so das weitere Argument, lediglich voraus, dass sich der Steuerpflichtige den Wert eines Wirtschaftsguts während der Haltefrist wirtschaftlich zugeführt hat. Ein rechtsgeschäftlicher Veräußerungswille ist nicht erforderlich.