

tigen unvermeidbar erscheint. Diese Unbilligkeit kann aber durch das Leistungsverweigerungsrecht des § 1381 BGB behoben werden²³. Der ausgleichspflichtige Ehegatte kann die Zahlung des Zugewinnausgleiches verweigern, soweit die Abfindung durch Unterhaltszahlungen an den Ausgleichsberechtigten bis zur Rechtshängigkeit der Abänderungsklage verbraucht wurde.

II. Die Behandlung von Direktversicherungen im Zugewinnausgleich

Kapital-Lebensversicherungen, die der Arbeitgeber im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung als sog. „Direktversicherungen“ abschließt, bleiben im Versorgungsausgleich des Arbeitnehmers unberücksichtigt. Gegenstand des Zugewinnausgleichs sind sie nach der Rechtsprechung des BGH dann, wenn entweder das Bezugsrecht des Arbeitnehmers unwiderruflich oder die Versorgung unverfallbar im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1, 1 I BetrAVG ist²⁴.

Über diese Rechtsprechung geht das OLG Köln noch einen Schritt hinaus und bezieht auch die **widerrufliche, nicht unverfallbare Anwartschaft** auf eine Direktversicherung in den Zugewinnausgleich ein, wenn es sich um eine sog. „**gehaltsumwandelnde**“ Direktversicherung handelt, wenn also die Versicherungsprämien monatlich vom Lohn des Arbeitnehmers einbehalten und vom Arbeitgeber unmittelbar an die Versicherung überwiesen werden. In dieser Vorgehensweise des Arbeitgebers sieht es – gestützt auf die arbeitsrechtliche Literatur²⁵ – eine konkludente Zusage der Unverfallbarkeit.

Die gleichwohl bestehende Ungewissheit, ob der Vermögenswert dem Arbeitnehmer überhaupt zugute kommen wird, nimmt das OLG Köln allerdings zum Anlass, den Wert der Versorgung auf ca. 1/4 des Rückkaufswerts der Versicherung zum maßgeblichen Stichtag herabzusetzen²⁶. Erwähnenswert ist ein weiterer Gedanke des OLG: Es sieht es – allerdings in einem obiter dictum – als ausreichend an, wenn die Unverfallbarkeit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz vorliegt, um eine Harmonisierung mit dem Versorgungsausgleichsverfahren herbeizuführen. Eine nicht unbedenkliche Abweichung von dem ansonsten in der Rechtsprechung rigide angewendeten Stichtagsprinzip!

III. Die Verjährung der Zugewinnausgleichsforderung

Nach § 1378 Abs. 4 BGB verjährt die Zugewinnausgleichsforderung in drei Jahren beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem der ausgleichsberechtigte Ehegatte erfährt, dass der Güterstand beendet ist. Endet der Güterstand durch Scheidung der Ehe, muss er positive Kenntnis von der Scheidung und der Rechtskraft des Scheidungsurteils haben; ein Kennenmüssen dieser Tatsachen wird als nicht ausreichend angesehen²⁷.

Diese auf den ersten Blick eindeutige Aussage birgt – auch unter dem Gesichtspunkt anwaltlicher Haftung – erhebliche Probleme, wenn in Anwesenheit der Parteien in der mündlichen Verhandlung auf Rechtsmittel gegen den Scheidungsausspruch verzichtet wird. Weiß die Partei in einem solchen Fall allein aufgrund ihrer Anwesenheit, dass die Ehe rechtskräftig geschieden und der Güterstand beendet ist?

Der BGH hat diese Frage verneint: Allein die Anwesenheit beider Parteien bei der Erklärung des Rechtsmittelverzichts sei nicht ausreichend für die Annahme einer positiven Kenntnis von der Rechtskraft des Scheidungsausspruches; erforderlich sei vielmehr ein ausdrücklicher Hinweis seitens des Gerichts oder des Prozessbevollmächtigten, der in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Entscheidung zu erfolgen habe²⁸. Zur Begründung weist der BGH auf die Komplexheit der Materie hin: Wenn die Voraussetzungen der Rechtskraft nicht einmal dem für die Erteilung von

Rechtskraftvermerken zuständigen Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bekannt seien – in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war eine fehlerhafte Rechtskraftbescheinigung erstellt worden –, könne von einer „rechtlich einfachen“ Regelung, davon, dass sich die Rechtsfolgen des Rechtsmittelverzichts „jedem Laien aufdrängen würden“, nicht die Rede sein.

Diese Aussage hat der BGH im Grundsatz in einer späteren Entscheidung aufrechterhalten, einen vergleichbaren Sachverhalt aber gleichwohl im Ergebnis anders beurteilt: Das Scheidungsverbunderteil des Familienrichters wurde von einem Ehegatten lediglich hinsichtlich der zum Versorgungsausgleich getroffenen Regelungen durch die Beschwerde angegriffen. Die Beschwerde wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem OLG in Anwesenheit des anderen Ehegatten zurückgenommen. Diesem sei – so der BGH – klar geworden, dass das Scheidungsverfahren abgeschlossen und der Güterstand beendet sei, auch wenn dies ausdrücklich nicht besprochen worden sei. Der Ehegatte habe aufgrund seiner Anwesenheit bei der Beschwerderücknahme positive Kenntnis von der Beendigung des Güterstandes gehabt²⁹.

Aus dieser Rechtsprechung kann der Rechtsanwalt zur Vermeidung eines Regresses eigentlich nur eine Schlussfolgerung ziehen. Verzichtet er in Anwesenheit seiner Partei auf sämtliche Rechtsmittel gegen den Scheidungsausspruch, so hat die Partei positive Kenntnis von der Beendigung des Güterstandes. Denn es ist zu unterstellen, dass sie durch ihren Anwalt ordnungsgemäß über die Bedeutung des Rechtsmittelverzichts aufgeklärt wird und ihr spätestens dadurch klar wird, dass gegen die Scheidung nicht mehr vorgegangen werden kann³⁰. **Der Zeitpunkt des Rechtsmittelverzichts sollte daher als Beginn der Verjährungsfrist für die Zugewinnausgleichsforderung notiert werden.**

In diese Richtung weist auch eine Entscheidung des OLG Hamm, das bei Abtrennung des Verfahrens zum Versorgungsausgleich einen rechtlich einfach gelagerten Sachverhalt angenommen und den Rechtsmittelverzicht als Beginn der Verjährung angesehen hat³¹.

Ist die Partei im Eheverfahren anwaltlich vertreten, hat auch ihr Prozessbevollmächtigter Kenntnis von der Beendigung des Güterstandes, so dass sich die Frage stellt, ob diese **Kenntnis des Rechtsanwalts** den Beginn der Verjährungsfrist auslöst. § 166 Abs. 1 BGB, der die Kenntnis des Vertreters dem Vertretenen zurechnet, findet keine Anwendung, da die Vorschrift allein auf Willenserklärungen Anwendung findet, der Rechtsanwalt insoweit aber allein „Wissensvertreter“ ist³². Sein Wissen ist daher nur bedeutsam, wenn er mit der Durchsetzung des Anspruches, um dessen Verjährung es geht, beauftragt und ihm die erforderliche Kenntnisnahme übertragen war. Für den Beginn der Verjährungsfrist des § 1378 Abs. 4 BGB kommt es somit dann auf die Kenntnis des Rechtsanwaltes an, wenn er bereits zum Zeitpunkt der Erklärung des Rechtsmittelverzichts mit der Geltendmachung von Zugewinnausgleichsansprüchen befasst war, wenn diese Gegenstand der durch den Anwalt geführten Auseinandersetzung der Parteien waren³³.

23 OLG Frankfurt/Main FamRZ 2000, 611 f.

24 BGH FamRZ 1993, 1303 f. = NJW-RR 1993, 1285.

25 Schaub, Handbuch des Arbeitsrechts, 9. Aufl. 1999, § 81 Rn. 411.

26 OLG Köln, Urt. v. 4. 2.2000, 25 UF 82/99, FamRZ 2001, 158 ff.

27 BGH FamRZ 1997, 804; FamRZ 1998, 1024 ff.; OLG Celle FamRZ 2002, 1030, 1031.

28 BGH FamRZ 1997, 804 f.

29 BGH FamRZ 1998, 1024 ff.

30 OLG Celle FamRZ 2002, 1030, 1031.

31 OLG Hamm FamRZ 2000, 230, so wohl auch OLG Celle FamRZ 2002, 1030, 1031.

32 BGH NJW 1993, 648, 652 f.; BGH FamRZ 1997, 804, 805; OLG Celle FamRZ 2002, 1030, 1031.

33 BGH FamRZ 1997, 804, 806; OLG Celle FamRZ 2002, 1030, 1031.

Die Verjährungsfrist des § 1378 Abs. 4 BGB ist eine sog. „Ereignisfrist“ im Sinne des § 187 Abs. 1 BGB, die nach § 188 Abs. 2 BGB zu berechnen ist: die Frist endet mit dem Ablauf des Tages, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tag entspricht, in den das Ereignis fällt. Erlangte die Partei mithin am 2.5.1998 Kenntnis von der Beendigung des Güterstandes, so endete die Frist am 2.5.2001³⁴.

Der Ablauf der Verjährung ist seit dem 1.1.2002 durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl. I 2001, 3138 ff.) grundlegend geändert. Die unverändert gebliebene Frist des § 1378 Abs. 4 BGB wird nach § 204 BGB durch **Maßnahmen der Rechtsverfolgung gehemmt**. Zu nennen ist dabei zunächst § 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB, wonach eine Hemmung durch die Erhebung der Klage, also die Zustellung des Klageantrages eintritt. Erfolgt die Klageerhebung in Form der Stufenklage, erstreckt sich die Hemmungswirkung auch auf den bereits rechthängigen, aber noch nicht bezifferten Leistungsantrag³⁵.

Nach § 204 Abs. 1 Ziff. 14 BGB wird die Frist ebenfalls gehemmt durch „die Veranlassung der Bekanntgabe des erstmaligen Antrages auf Gewährung von Prozesskostenhilfe“. Hemmungsauslösend ist also die Verfügung des Richters, durch die er den Prozesskostenhilfeantrag erstmals an die Gegenseite zur Stellungnahme weiterleitet. Geschieht dies „demnächst“ nach Einreichung der Antragschrift, wird die Verjährung bereits durch die Einreichung des Prozesskostenhilfeantrages gehemmt. Diese Wirkung tritt nach altem wie nach neuem Recht nur ein, wenn der Antrag ordnungsgemäß begründet und vollständig ist, also die nach § 117 Abs. 2 ZPO geforderte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers überreicht wird³⁶.

Die **Hemmung endet** nach § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder der anderweitigen Beendigung des Verfahrens. In § 204 Abs. 2 S. 2 BGB findet sich eine § 211 Abs. 2 BGB a. F. entsprechende Vorschrift: die Hemmung endet bei einem Stillstand des Verfahrens sechs Monate nach der letzten Verfahrenshandlung des Gerichts, der Parteien oder einer sonst mit dem Verfahren befassten Stelle. Auch nach neuem Recht hält also die Hemmung nicht – gleichsam automatisch – von der Rechtshängigkeit der Klage bis zur rechtskräftigen Entscheidung an! Wird also z. B. der Zugewinnausgleichsanspruch im Wege der Stufenklage geltend gemacht, so endet die Hemmung, wenn der Anspruch nicht sechs Monate nach der letzten gerichtlichen Maßnahme, regelmäßig dem Auskunftsurteil, beziffert wird. Dies wird auch nach neuem Recht nicht zu gelten haben, wenn triftige Gründe für das Nichtbetreiben vorhanden sind. Dabei sind allerdings nur solche Gründe anzuerkennen, die in den Verantwortungsbereich des Gerichts fallen, wenn z. B. auf Anraten des Gerichts das Berufungsverfahren gegen ein Urteil oder der Ausgang eines vorgreiflichen Drittwiderspruchsverfahrens abgewartet werden soll³⁷, nicht dagegen das Führen eines Musterprozesses³⁸. Außergerichtliche Vergleichsverhandlungen hat der BGH in Anwendung des alten Rechts nicht als triftigen Grund anerkannt³⁹. Diese für die familiengerichtliche Praxis gerade in güterrechtlichen Auseinandersetzungen höchst bedeutsame und problematische Rechtsprechung hat seit dem 1. 1. 2002 ihre Bedeutung verloren. **Verhandlungen** zwischen Gläubiger und Schuldner über den Anspruch oder die ihn begründenden Umstände sind nach § 203 BGB n. F. ein **eigenständiger Hemmungsgrund**, bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Die Verjährung tritt dann frühestens drei Monate nach Ende der Hemmung ein.

Für die dargestellten verjährungsrechtlichen Vorschriften gelten **eigene Übergangsregelungen**: Während das neue Schuldrecht im Allgemeinen erst auf Verträge Anwendung findet, die nach dem 1. 1. 2002 geschlossen wurden, gelten

die Vorschriften der §§ 199 ff. BGB n. F. nach Art. 229 § 6 EGBGB für alle Ansprüche, die zum 1. 1. 2002 bestehen, aber noch nicht verjährt sind. Wurde also die Ehe der Parteien am 16. 1. 2001 rechtskräftig geschieden, so regelt sich die Verjährung der Zugewinnausgleichsforderung bis zum 31. 12. 2001 nach altem Recht, ab dem 1. 1. 2002 finden dagegen die neuen Verjährungsvorschriften Anwendung. Wurde die Zugewinnausgleichsklage am 30. 9. 2001 zugestellt, so ist die Verjährung folglich bis zum 31. 12. 2001 unterbrochen, ab dem 1. 1. 2002 ist sie gehemmt. Dabei bleibt die eingetretene Unterbrechungswirkung erhalten (Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB), so dass die Verjährung zum 31. 12. 2001 endet und am 1. 1. 2002 neu beginnt, aber gehemmt ist⁴⁰. Führen die Parteien außergerichtliche Vergleichsverhandlungen, tritt ab 1. 1. 2002 nach § 203 BGB n. F. eine Hemmung der Verjährung ein. Beginnt die Verjährungsfrist nach Ende der Hemmung weiterzulaufen, ist in ihre Berechnung die bis zum Beginn der Vergleichsverhandlungen abgelaufene Frist – naturgemäß – einzubeziehen⁴¹.

IV. Die Rückabwicklung von Zuwendungen unter Eheleuten („unbenannte Zuwendungen“)⁴²

Im Rahmen der außerhalb des Güterrechts durchzuführenden Vermögensaussetzung nimmt die Rückabwicklung von ehelichen Zuwendungen einen breiten Raum ein. Dabei handelt es sich um Leistungen eines Ehegatten an den anderen, die dessen Vermögen mehren, ohne dass eine rechtliche Verpflichtung des Zuwendenden bestand. Die Beispiele aus der Rechtsprechung sind mannigfaltig. So hat sie als Zuwendung angesehen die Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Hausgrundstück, auf dem das Familienheim errichtet wurde⁴³, die Tilgung von Darlehensverbindlichkeiten für ein im Miteigentum der Ehegatten stehendes Einfamilienhaus⁴⁴ oder die Vereinbarung von Gütertrennung unter Verzicht auf entstandene Zugewinnausgleichsansprüche⁴⁵. Investiert ein Ehegatte sein Erbe in das im Alleineigentum des anderen stehende Einfamilienhaus, soll ebenso eine Zuwendung vorliegen⁴⁶, wie bei Zahlungen eines Ehegatten auf das Konto des gemeinsam geführten Betriebes⁴⁷.

Die rechtliche Behandlung solcher Zuwendungen ist nicht unstrittig. Ein Teil des neueren Schrifttums wendet die Schenkungsvorschriften der §§ 518 ff. BGB an, da die objektive Unentgeltlichkeit der Leistung gleichzeitig die Absicht der Schenkung indiziere⁴⁸.

34 Fehlerhaft OLG Hamm FamRZ 2000, 230 mit zutreffender Anmerkung *Volmer* FamRZ 2000, 885, das den 3. 5.2001 als Fristende angesehen hat.

35 BGH FamRZ 1999, 571, 572 m. w. Nachw.

36 OLG Hamm FamRZ 2000, 230; das OLG hat einen PKH-Antrag, dem anstelle der Erklärung nach § 117 Abs. 2 ZPO lediglich ein Bescheid über die Bewilligung von Arbeitslosengeld beigelegt war, nicht als ausreichend angesehen.

37 BGH FamRZ 1999, 571, 572f.

38 BGH NJW 1998, 2274, 2276.

39 BGH FamRZ 1999, 571 ff.; OLG Zweibrücken NJW-RR 1995, 260, 261, m. w. Nachw.

40 *Ott*, Das neue Schuldrecht, Überleitungsvorschriften und Verjährung, MDR 2002, 1, 2; *Büttner*, Schuldrechtsmodernisierung und Familienrecht, insbesondere Verjährung, Verwirkung und Verzug, FamRZ 2002, 361, 364.

41 Die weitere Darstellung der doch recht komplizierten Übergangsregelung würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen. Es kann insoweit nur auf die Vorschrift des Art. 229 § 6 EGBGB sowie die bereits zitierten Abhandlungen von *Ott* und *Büttner* (Fn. 38) verwiesen werden.

42 *Heinle*, Die unbenannte Zuwendung unter Ehegatten in der Praxis, FamRZ 2002, 145 f.; *ders.*, Die Rechtsträger der „unbenannten Zuwendung“ bei Eltern/Schwiegereltern, Verlobten, der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und anderen Fällen, FamRZ 2002, 206 ff.

43 BGH FamRZ 1990, 600 ff.

44 BGH FamRZ 1989, 599.

45 BGH FamRZ 1997, 933, 934 = NJW 1997, 2747.

46 OLG München FamRZ 1999, 1663.

47 OLG Köln FamRZ 2000, 227 ff.

48 *Seif*, Ehebezogene Zuwendungen als Schenkungen unter Ehegatten, FamRZ 2000, 1193 ff.

Demgegenüber hat die Rechtsprechung ein Rechtsinstitut sui generis geschaffen, das der „ehebedingten“ oder „unbenannten“ Zuwendungen. Hierunter versteht sie Zuwendungen unter Ehegatten, denen die Erwartung zugrunde liegt, die Ehe werde Bestand haben, oder die sonst um der Ehe willen oder als Beitrag zur Verwirklichung, Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben⁴⁹.

Solche Zuwendungen sind nach der Rechtsprechung nicht als Schenkung anzusehen. Eine solche verlangt nämlich, dass die Eheleute über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind und sie dem anderen auf Dauer und frei disponibel, unabhängig von Schicksal der Ehe zur Verfügung stehen soll⁵⁰. Eine Schenkung unter Eheleuten wird man daher in erster Linie annehmen können, wenn höchstpersönliche Dinge wie Schmuck, Bekleidung o. a. zugewendet werden. Unbenannte Zuwendungen sind abzugrenzen auch von der Ehegatteninnengesellschaft. Eine solche wird angenommen, wenn die Ehegatten ein über die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehendes Ziel verfolgen und ihrem Tun die Vorstellung zugrunde liegt, das Vermögen stehe ungeachtet seiner rechtlichen Zuordnung wirtschaftlich beiden zu⁵¹. Während der BGH bislang noch besonderes Gewicht auf eine über das normale Maß des Unterhalts hinausgehende Mitarbeit des anderen Ehegatten gelegt hat⁵², schwächt er nun dieses Tatbestandsmerkmal ab und stellt das über die Ehe hinausgehende, gesellschaftsrechtliche Ziel der Eheleute in den Vordergrund, für das Planung, Dauer und Umfang der Vermögensbildung ebenso ein Indiz sein können wie die über die Verwendung der erzielten Gewinne getroffenen Absprachen. Ob der BGH auf das Tatbestandsmerkmal der Mitarbeit des anderen Ehegatten vollständig verzichten will⁵³, erscheint fraglich, da in dem vom BGH entschiedenen Fall der Ehemann in erheblichem Umfang Arbeitsleistungen für den im Alleigentum der Ehefrau stehenden Grundbesitz erbracht hatte.

Ist die Zuwendung des Ehegatten nach den dargestellten Kriterien weder als Schenkung noch als Beitrag zu einer Ehegatteninnengesellschaft zu werten, erfolgt ihre Rückabwicklung im Falle des Scheiterns der Ehe nach § 242 BGB: Geschäftsgrundlage der Zuwendung ist der Fortbestand der Ehe. Scheitert sie, hat eine Anpassung an die geänderten Verhältnisse zu erfolgen. Dabei hängen die Voraussetzungen sowie die Art und Weise der Anpassung von dem vereinbarten Güterstand ab. Leben die Eheleute im Güterstand der Gütertrennung, ist die Rückabwicklung erleichtert: Ein Ausgleichsanspruch besteht bereits dann, wenn dem zuwendenden Ehegatten die Beibehaltung der herbeigeführten Vermögenslage nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist⁵⁴. Allerdings ist die Ehe auch bei vereinbarter Gütertrennung eine Schicksals- und Risikogemeinschaft, so dass nicht jede Vermögensübertragung rückgängig zu machen ist. Die Zumutbarkeit ist vielmehr in jedem Einzelfall zu prüfen, wobei als Kriterien in Betracht kommen die Dauer der Ehe, das Alter der Ehegatten, ihre Versorgungssituation und der mit der Zuwendung verfolgte Zweck⁵⁵. Ist die Zuwendung z. B. in dem ihr zugrunde liegenden Notarvertrag ausdrücklich als Ausgleich für die materiellen und immateriellen Leistungen der Ehefrau bezeichnet worden, wurde darüber hinaus in demselben Vertrag ausgeführt, das Grundstück gehören ungeachtet der Eigentumsverhältnisse wirtschaftlichen beiden Ehepartnern, kommt ein Ausgleichsanspruch – so mit Recht das OLG Bremen⁵⁶ – nicht in Betracht.

Leben die Eheleute dagegen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, sind die Regelungen der §§ 1363 ff. BGB regelmäßig lex specialis gegenüber den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Eine Rückabwicklung nach § 242 BGB kommt daher nur

ausnahmsweise in Betracht, wenn besondere Umstände den güterrechtlichen Ausgleich als nicht tragbare Lösung erscheinen lassen⁵⁷. Solche besonderen Umständen sind – um auf einen besonders instruktiven Fall hinzuweisen – angenommen worden für eine Ehefrau, die ihre gesamte Erbschaft von 87.000 DM für einen Hausbau auf dem Grundstück ihres Ehemann gegeben hat. Kurze Zeit nach der Bezugsfähigkeit ist es zur Trennung gekommen. Das OLG München⁵⁸ hat trotz bestehender Zugewinnngemeinschaft einen Ausgleichsanspruch der Ehefrau bejaht, weil diese völlig mittellos war, die Kinder allein großzog, wegen der hohen Verschuldung des Ehemannes keinen Unterhalt erhielt und nie in den Genuss des Wohnens im Familienheim gekommen ist.

Der Ausgleich der unbenannten Zuwendung hat – gleich in welchem Güterstand die Ehepartner gelebt haben – regelmäßig durch die Zahlung eines Geldbetrages zu erfolgen, der – anders als beim Zugewinnausgleich – losgelöst von der übrigen Vermögensbilanz zu erbringen ist.

In besonders gelagerten Einzelfällen kann auch ein Anspruch auf Rückgewähr des geleisteten Vermögensgegenstandes erfolgen, insbesondere wenn die Zuwendung unmittelbar vor dem Scheitern der Ehe erfolgt und der andere dringend auf den Fortbestand der ursprünglichen Vermögenslage angewiesen ist⁵⁹.

Fraglich und noch weitgehend ungeklärt ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Ausgleichsanspruch fällig wird. Der BGH nennt als denkbare Anknüpfungspunkte die endgültige Trennung der Eheleute, die Zustellung des Scheidungsantrages oder die Rechtskraft der Ehescheidung, ohne sich für eine der Möglichkeiten zu entscheiden⁶⁰. *Wever* stellt auf das endgültige Scheitern der Ehe, manifestiert durch die räumliche Trennung der Eheleute, ab und hält die Zustellung des Scheidungsantrages nur dann für maßgeblich, wenn der Zeitpunkt des Scheiterns nicht zweifelsfrei festzustellen ist⁶¹. Demgegenüber entscheidet sich die Rechtsprechung, soweit sie zu dem Stichtag ausdrücklich Stellung nimmt, für den Zeitpunkt der Rechtskraft der Ehescheidung, da auch der Zugewinnausgleichsanspruch erst mit der Scheidung der Ehe entstehe⁶². Die räumliche Trennung der Eheleute ist – wovon der Gesetzgeber in § 1566 BGB ausgeht – nicht gleichbedeutend mit dem endgültigen Scheitern der Ehe. Stellt man auf die Rechtskraft der Ehescheidung ab, kann zwar eine „Harmonisierung“ mit dem Güterrecht er-

49 BGH FamRZ 1992, 300 bis 304 mit einer Darstellung der Entwicklung, BGH FamRZ 1997, 933, 934 = NJW 1997, 2747; OLG München FamRZ 2002, 393, 394.

50 BGH FamRZ 1992, 300 ff.; FamRZ 1995, 1060, 1061; OLG München FamRZ 2002, 393, 394.

51 BGH FamRZ 1999, 1580 ff.

52 Vgl. u. a. FamRZ 1975, 35, 36; BGHZ 31, 197, 200 = FamRZ 1960, 105; BGHZ 84, 361, 366 = FamRZ 1982, 910; FamRZ 1989, 147; und FamRZ 1995, 1062, 1063, m. w. Nachw.

53 So *Wever*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Vermögensauseinandersetzung der Eheleute außerhalb des Güterrechts, FamRZ 2000, 993 ff.

54 BGHZ 84, 361, 365, 368 f. = FamRZ 1982, 910, FamRZ 1988, 481 f.; FamRZ 1990, 855, 956.

55 So die Aufstellung bei *Wever* FamRZ 2000, 993 ff.

56 OLG Bremen FamRZ 2000, 671 ff.

57 BGH FamRZ 1989, 147, 149; FamRZ 1991, 1169; FamRZ 1997, 933; OLG München FamRZ 2002, 393, 394.

58 OLG München FamRZ 1999, 1663.

59 OLG Celle FamRZ 2000, 668 insoweit bestätigt durch BGH, Urt. v. 24.3.2002, XII ZR 143/00, FamRZ 2002, 289 f.: der Ehemann hatte seiner Ehefrau das hälftige Miteigentum an einem Museum(sgrundstück) übertragen, auf dessen Betrieb er zur Alters- und Existenzsicherung angewiesen war; ebenso LG Aachen FamRZ 2000, 669 ff., das einen Anspruch auf Rückübertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils bejaht hat, weil der Ehemann sein gesamtes Erbe, Eigenleistungen und sein laufendes Einkommen in das Familienheim steckte und die Ehe bereits vier Monate nach der Bezugsfähigkeit scheiterte. Zur **Darlegungs- und Beweislast** BGH FamRZ 2002, 949, 950.

60 BGH FamRZ 1983, 797, 799, ebenso OLG München FamRZ 1999, 1663.

61 *Wever* FamRZ 2000, 993 ff.

62 OLG München FamRZ 1999, 1663; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 562; LG München I FamRZ 1998, 167.

reicht werden, da der Zugewinnausgleichsanspruch zum gleichen Zeitpunkt fällig wird. Andererseits ist Geschäftsgrundlage für die Zuwendung wohl weniger der Status des Miteinanderverheiratetseins als der Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft. Vorzugswürdig erscheint es daher, auf den Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrages abzustellen, da zu diesem die Ehe als endgültig gescheitert anzusehen ist. Zudem ermöglicht es diese Lösung, güterrechtliche Ansprüche auch dann im Verbund geltend zu machen, wenn gleichzeitig eine unbenannte Zuwendung auszugleichen ist.

Privilegierte Volljährige – sperrige Zwitter des Unterhaltsrechts

– Plädoyer für die Abschaffung des § 1603 Abs. 2 S. 2 BGB –

Vors. Richterin am OLG Dr. Röse Häußermann, Stuttgart

I.

Es gibt sie seit dem 1. 7. 1998,¹ diese neue Kategorie von Unterhaltsberechtigten, die sich – wie *Halbstarke* im richtigen Leben ja auch – in kein vertrautes Muster einfügen wollen. Der Gesetzgeber beschreibt sie umständlich als volljährige unverheiratete Kinder bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres, solange sie im Haushalt der Eltern oder eines Elternteils leben und sich in der allgemeinen Schulausbildung befinden (§ 1603 Abs. 2 S. 2 BGB). Unterhaltsrechtlich stellt er sie – einerseits – den minderjährigen Kindern gleich und andererseits haben sie in allen übrigen Belangen die Rechte und Pflichten eines Volljährigen. Das macht ihre Zwitterstellung aus.

Zugegeben, der Gesetzgeber hat mit der unterhaltsrechtlichen Gleichstellung dieser Gruppe Volljähriger einem beharrlichen Drängen der Praxis² nachgegeben. Diese hat allerdings die Rechnung ohne den Wirt gemacht. Sie wollte eigentlich das Rad der unterhaltsrechtlichen Geschichte auf die Zeit vor dem 31. 7. 1974³ zurückdrehen. Denn bis dahin war die Welt noch in Ordnung. Kinder waren bis zum 21. Lebensjahr minderjährig. Die Eltern unterlagen einer gesteigerten Unterhaltspflicht. Scheiterte die Ehe und lebten die Eltern in getrennten Haushalten, erfüllte im Regelfall der familiennahe Elternteil, zumeist die Mutter, seine gesteigerte Unterhaltspflicht gegenüber dem Minderjährigen bis zu dessen 21. Lebensjahr durch Versorgung und Betreuung, der familienferne Elternteil, meistens der Vater, schuldet Barunterhalt. Und so sollte alles wieder werden.

Der Gesetzgeber ließ sich nicht lange bitten, wie immer, wenn es um eine Entlastung des Staatssäckels geht. Denn eine Gleichbehandlung der jungen Volljährigen mit Minderjährigen nimmt Eltern dieser Kinder länger und in höherem Maße in die wirtschaftliche Pflicht und entlastet entsprechend die öffentliche Hand. Die Neuregelung zieht damit auch eine Rücknahme staatlicher Transferleistungen für die Familien nach sich, weil sie deren Einkommen in der Summe um derzeit 2×160 Euro mehr abschöpft als vor der Novelle⁴. Nur vordergründig ist die Privilegierung Wohltat, und wenn, dann nur für die jungen Volljährigen. Für ihre beiden Eltern ist sie eine Last. Zu einer verfassungsrechtlich bedenkliehen Last kann sie bei beengten wirtschaftlichen Verhältnissen für jüngere Kinder und deren betreuenden Elternteil werden, wenn sie die ohnehin zu kurze finanzielle Decke jetzt mit noch mehr gleichrangig Unterhaltsberechtigten teilen müssen. Ihre Interessen dürfen bei der Gesamtbetrachtung nicht aus dem Blickfeld geraten⁵.

Tatsächlich Gesetz geworden ist nämlich etwas, womit keiner ernsthaft gerechnet hatte. Nur im Verhältnis zum familienfernen Elternteil ist der volljährige Schüler wieder einem Minderjährigen gleichgestellt. Anders als vor dem 31. 7. 1974, und da liegt die Ursache für einen Rattenschwanz von Problemen, ist aber ihre Stellung gegenüber dem familiennahen Elternteil. § 1606 Abs. 3 S. 2 BGB gilt für privilegierte Volljährige (pV) nicht⁶. Der Elternteil, mit dem das Kind in einem Haushalt lebt, kann seiner Unterhaltspflicht nicht durch Pflege und Erziehung nachkommen, weil in Bezug auf alle familienrechtlichen Belange außerhalb des Unterhaltsrechts für diese Kinder Volljährigenrecht anzuwenden ist. Nach dem Gesetz (ebenso wie in der Lebenswirklichkeit) gibt es nichts mehr zu pflegen und zu erziehen. Der familiennahe Elternteil schuldet diesen Kindern anteilig Barunterhalt, genauso, wie schon vor der Reform 1998, jetzt aber eben mit größerer Haftungsmasse.

Die Konsequenzen für die Rechtsanwendung sind komplex und kristallisieren sich erst langsam heraus. Die Probleme beginnen schon mit der Frage, welche Kinder in den Genuss der Privilegierung kommen. Denn das Gesetz erstreckt sie nicht auf alle Kinder zwischen dem 18. und 21. Lebensjahr, die noch zu Hause wohnen. Es beschränkt sie auf die unverheirateten Kinder in der allgemeinen Schulausbildung. Allein aus dem Begriff der allgemeinen Schulausbildung ergibt sich eine Reihe von Abgrenzungsschwierigkeiten, derer sich die höchstrichterliche Rechtsprechung inzwischen teilweise hat annehmen müssen⁷. Das ist aber erst die Spitze des Eisberges. Offen und bisher nicht öffentlich diskutiert ist etwa, ob die Privilegierung (wohlgemerkt, nicht die Unterhaltsverpflichtung schlechthin, sondern die gesteigerte Unterhaltspflicht) auflebt, wenn das Kind in der allgemeinen Schulausbildung bereits eine abgeschlossene Berufsausbildung hinter sich hat. Dieser und weiteren Fragen zum Anspruchsgrund soll an dieser Stelle aber nicht nachgegangen werden. Denn allein die Probleme im Zusammenhang mit der Berechnung des Anspruchs der Höhe nach sind schon drückend genug und schier endlos und machen die pV zu einer unterhaltsrechtlich sperrigen Spezies.

II.

1. Bedarf (§ 1610 Abs. 1 BGB)

pV haben keine eigene Lebensstellung. Sie teilen, wie Minderjährige, diejenige ihrer Eltern. Die Mehrzahl der OLGs ging auch vor 1998 schon von dieser Annahme aus. So wies etwa die Düsseldorfer Tabelle früher bereits eine Altersgruppe 4 aus mit Bedarfssätzen für Volljährige zwischen dem 18. und dem 21. Lebensjahr, die im Haushalt eines Elternteils leben. Die Werte der Altersgruppe 4 dieser Tabelle sind jetzt Richtschnur für die Festlegung des Bedarfs der pV.

Die neue Rechtslage nötigt aber zu einer modifizierten Anwendung der Tabellenwerte. Es ist nicht mehr statthaft, den Bedarf am bloßen Einkommen des familienfernen Elternteils zu orientieren. Zugrundelegen ist vielmehr das zusammengerechnete Einkommen beider Eltern. Denn an die

1 Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder vom 6. 4. 1998 (BGBl. I, S. 666).

2 Empfehlungen und Informationen des 9. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1992, 143 ff. unter B I 1b und zuletzt: Empfehlungen des 11. Deutschen Familiengerichtstages, FamRZ 1996, 337 ff., dort unter B 2. 1a.

3 Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters vom 31. 7. 1974, BGBl. I, S. 1713.

4 Ausführlicher dazu FamRefK/Häußermann, vor § 1603 Rn. 1.

5 Die Gefahr scheint aber zu bestehen, Beispiele zu finden etwa in BGH FamRZ 2002, 815 ff. = FF 2002, 95 und in der Anmerkung von Miesen zu dieser Entscheidung in FF 2002, 98; auch Kodal in Göppinger/Kodal, 7. Auflage, Rn. 1666.

6 BT-Drucks. 13/7338, S. 22; BGH FamRZ 2002, 815 mit weiteren Nachweisen.

7 BGH FamRZ 2001, 1068 = NJW 2001, 2633 f. und BGH FamRZ 2002, 815 ff.