

# Zugewinnausgleich bei Ehescheidung

Büte / Volker

6. Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78252-7  
C.H.BECK

## II. Begrenzung der Ausgleichsforderung

### Beispiel:

Anfangsvermögen des M	./.	200.000 EUR
Endvermögen des M	./.	100.000 EUR
Anfangsvermögen der F		0 EUR
Endvermögen der F		50.000 EUR

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise hat der M den höheren Zugewinn (./.

100.000 EUR) erzielt, so dass er grundsätzlich in Höhe von (100.000 EUR ./.

50.000 EUR = 50.000 EUR : 2 =) 25.000 EUR ausgleichspflichtig wäre. Diese Ausgleichsverpflichtung scheidet an der Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB, da der Wert des Endvermögens des M unter 0 EUR liegt. Die F ist nicht ausgleichspflichtig, obwohl sie in positives Endvermögen hat, weil M den höheren wirtschaftlichen Zugewinn erzielt hat.

Anders als nach früherem Recht – § 1378 Abs. 2 BGB stellte eine Einrede dar – bedarf es nunmehr keiner ausdrücklichen Einrede mehr für die Geltendmachung der Haftungsbegrenzung, da es nur einen Zeitpunkt für die Berechnung und für die Höhe der Ausgleichsforderung gibt. Die Haftung ist begrenzt auf den Betrag, der als positives Vermögen zum Berechnungstag vorhanden ist.

### b) Wegfall der Begrenzung bei illoyalen Vermögensminderungen (§ 1378 Abs. 2 Satz 2 BGB)

Die Neuregelung in § 1378 Abs. 2 Satz 2 BGB ergänzt die in § 1375 Abs. 2 BGB 228 geregelte Hinzurechnung eines Betrages aus einer illoyalen Vermögensminderung im Endvermögen durch die Hinzurechnung dieses Betrages zur Ausgleichsforderung um sicherzustellen, dass die Grundregel des hälftigen Ausgleichs nicht zu einem Schutz illoyaler Vermögensminderung führt. In den Fällen **illoyaler Vermögensminderung** muss ein **Ausgleichspflichtiger** also nicht nur sein gesamtes Aktivvermögen einsetzen, sondern **sich ggf. auch verschulden**.<sup>12</sup>

### Beispiel:

Anfangsvermögen des M		0 EUR
Endvermögen des M (300.000 EUR + Zurechnung gem. § 1375 Abs. 2 BGB von 900.000 EUR)		1.200.000 EUR
Anfangs- und Endvermögen der F		0 EUR
Ausgleichsforderung (1,2 Mio. : 2 =)		600.000 EUR
Begrenzung gem. § 1378 Abs. 2 Satz 1 auf 300.000 EUR		
Hinzurechnung gem. § 1375 Abs. 2 Satz 2 BGB (900.000 EUR)		
Ergebnis: F kann in jedem Falle die 600.000 EUR verlangen.		

Sofern ein Ehepartner bei Rechtshängigkeit Verbindlichkeiten hat, in der Trennungszeit aber eine illoyale Vermögensdisposition nach § 1375 Abs. 2 BGB vorgenommen hat, wird diese illoyale Vermögensminderung verrechnet mit seinen Verbindlichkeiten, die sich in Höhe der illoyalen Zuwendung damit verringern.

<sup>12</sup> Volker in: Schwab/Ernst ScheidungsR-HdB § 15 Rn. 236; JHA/Kohlenberg BGB § 1378 Rn. 6.

**c) Auswirkungen der gesetzlichen Neuregelung**

229 Nach der Begründung zur gesetzlichen Neuregelung<sup>13</sup> können Vermögensminderungen nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages die Höhe des Anspruchs nicht mehr beeinflussen. Das kann zur Konsequenz haben, dass sich ein ausgleichsverpflichteter Ehegatte in diesen Fällen verschulden muss bis hin zu einer möglichen Insolvenz. Mit dieser gesetzlichen Neuregelung ist der Gesetzgeber weit über das Ziel hinausgeschossen, Vermögensmanipulationen einzudämmen. Diese gesetzliche Regelung ist im Schrifttum als unbillig kritisiert worden.<sup>14</sup>

Insoweit sind folgende Lösungsmöglichkeiten vertreten worden:

- *Koch*<sup>15</sup> hat die Auffassung vertreten, der Widerspruch zwischen der Begrenzung des § 1384 BGB und der Kappungsgrenze des § 1378 Abs. 2 Satz 1 sei durch eine teleologische Reduktion des § 1384 BGB zu lösen. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages trete für die Festlegung der Höhe der Ausgleichsforderung nur dann an die Stelle des in § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmten Zeitpunkts, wenn die bis zur Beendigung des Güterstandes eingetretenen Vermögensverluste auf wirtschaftlichen Handlungen oder finanziellen Transaktionen beruhen, für die der ausgleichspflichtige Ehepartner verantwortlich ist. Ihm das Risiko allgemeinen Vermögensverfalls etwa aufgrund einer wirtschaftlichen Rezession aufzubürden, sei durch nichts zu rechtfertigen.<sup>16</sup>
- *Schröder*<sup>17</sup> hat darauf hingewiesen, dass die Vorgaben des Begrenzungseinwandes, die Kappungsgrenze für einen etwaigen Ausgleichsanspruch unverändert geblieben seien (§ 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB). Der Begrenzungseinwand sei einer Interpretation nicht zugänglich. Der Wert des vorhandenen Vermögens, das nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Beendigung des Güterstandes vorhanden sei, müsse nicht das Vermögen sein, das in Geld umgerechnet und die Höhe einer etwaigen Ausgleichsforderung bestimme. Dort werde auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages abgestellt. Entstehungszeitpunkt und Begrenzungseinwand knüpften an die Beendigung des Güterstandes an. Differierten die Vermögensmassen zu Lasten des Ausgleichspflichtigen, solle der Ausgleichspflichtige durch § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB insoweit geschützt werden, als er sich wegen einer Ausgleichsforderung nicht zu verschulden habe.
- *Brudermüller*,<sup>18</sup> *Hoppenz*<sup>19</sup> sowie *Schwab*<sup>20</sup> haben die Auffassung vertreten, dass in Ausnahmefällen bei **unverschuldetem Vermögensverfall** während eines anhängigen Verfahrens § 1381 BGB Anwendung finde, jedenfalls dann, wenn das Stichtagsprinzip zu Ergebnissen führt, die vom Sinn des Zugewinnausgleichs grob ungerecht erscheinen.<sup>21</sup>

<sup>13</sup> BT-Drs. 16/10798, 27 (zu Nr. 9).

<sup>14</sup> Brudermüller FamRZ 2009, 1185 (1188); Büte NJW 2009, 2776 (2778); Kogel MDR 2008, 297 (300); Born NJW 2008, 2289 (2291); Schwab FamRZ 2009, 1445 (1446); FAKomm-FamR/Weinreich § 1378 Rn. 11; MüKoBGB/Koch § 1378 Rn. 10, § 1384 Rn. 2-5.

<sup>15</sup> MüKoBGB/Koch § 1384 Rn. 5.

<sup>16</sup> IdS auch Born NJW 2008, 2289.

<sup>17</sup> FamRZ 2010, 421.

<sup>18</sup> Grüneberg/Siede § 1381 Rn. 4.

<sup>19</sup> Hoppenz/Hoppenz § 1381 Rn. 20.

<sup>20</sup> Schwab FamRZ 2009, 1445 (1449).

<sup>21</sup> Zu § 1381 BGB Kap. 14.

### III. Entstehen der Ausgleichsforderung

- Nach Auffassung des BGH<sup>22</sup> kommt eine einschränkende Auslegung der §§ 1378 Abs. 2 Satz 1, 1384 BGB dahin, dass bei einem vom Ausgleichspflichtigen nicht zu verantwortenden Vermögensverlust die Begrenzung des § 1378 Abs. 2 Satz 1 BGB diejenige verdrängt, angesichts des Wortlauts und der Gesetzesmaterialien der beiden Vorschriften nicht in Betracht. Eine Korrektur über § 1381 BGB komme aber in Betracht. § 242 BGB finde keine Anwendung, die Vorschrift sei im Anwendungsbereich des § 1381 BGB nicht anwendbar. Kriterien für die Anwendung werden vom BGH nicht genannt, eine tragfähige Begründung zur Nichtanwendung des § 242 BGB fehlt.

Die Anwendung des § 1381 BGB kommt jedenfalls bei einem existentiellen unverschuldeten Vermögensverlust in Betracht.<sup>23</sup> Dies ist **einredeweise**<sup>24</sup> geltend zu machen. Anknüpfungspunkt kann insoweit die Rechtslage bei der Abänderbarkeit von Vergleichen sein, wonach die Berufung auf die Unabänderbarkeit eines Vergleichs bei Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz gegen Treu und Glauben verstößt.<sup>25</sup> § 242 BGB ist ebenfalls anwendbar, da der Anwendungsbereich des § 1381 BGB nur Umstände bis zur Zustellung des Scheidungsantrages erfasst.

### III. Entstehen der Ausgleichsforderung

Gem. § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB entsteht die Ausgleichsforderung unmittelbar **230** kraft Gesetzes<sup>26</sup> mit Beendigung des Güterstandes, dh der Rechtskraft der Ehescheidung, bei vorzeitigem Zugewinnausgleich mit Rechtskraft der darauf erkennenden Entscheidung (§ 1388 BGB), sofern nicht die Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses früher eintritt.<sup>27</sup> Die bloße Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in eine versäumte Rechtsmittelfrist nach Entscheidung über ein VKH-Gesuch für ein beabsichtigtes Beschwerdeverfahren hindert den Eintritt der Rechtskraft nicht. Ein Rechtskraftvermerk auf dem Scheidungsbeschluss ist nicht bindend. Mit dem Entstehen der Ausgleichsforderung wird diese zeitgleich vererb- und übertragbar.<sup>28</sup> Die Ausgleichsforderung entsteht nicht, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte sie rechtshängig gemacht hat, dann aber vor Rechtskraft der Scheidung verstirbt.<sup>29</sup> Das gilt auch bei gleichzeitigem Tod beider Ehegatten.

Weiter kommt eine Beendigung des Güterstandes in Betracht, wenn durch Ehevertrag nachträglich ein anderer Güterstand vereinbart, der bestehende Güterstand aufgehoben oder der Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen ist.

<sup>22</sup> FamRZ 2012, 1479.

<sup>23</sup> Bute FuR 2013, 618; so auch Brudermüller NJW 2010, 404; JHA/Kohlenberg BGB § 1378 Rn. 6.

<sup>24</sup> BGH FamRZ 2012, 1479.

<sup>25</sup> BGH NJW 1996, 1021; vgl. weiter Fischinger NJW 2012, 3611.

<sup>26</sup> BGH FamRZ 1990, 256.

<sup>27</sup> OLG Celle FamRZ 1983, 171; Mayer in: Bamberger/Roth BeckOK BGB § 1388 Rn. 6.

<sup>28</sup> BGH FamRZ 1995, 597.

<sup>29</sup> BGH FamRZ 1995, 597.

#### IV. Fälligkeit

- 231 Mit dem Entstehen der Ausgleichsforderung wird diese gem. § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig<sup>30</sup> und ist gem. § 291 Satz 1 BGB verzinslich, wenn der Zugewinn schon vorher, insbesondere im Verbund, rechtshängig geworden ist. Werden **Prozesszinsen** gesondert mit nachfolgendem Antrag geltend gemacht, sind die Voraussetzungen des § 291 BGB jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fälligkeit und Ende der Rechtshängigkeit zugleich eintreten.<sup>31</sup>
- 232 **Verzugszinsen** können frühestens ab Beendigung des Güterstandes geltend gemacht werden. Wird der Ausgleichsanspruch vor Rechtskraft der Ehescheidung außergerichtlich angemahnt, werden wegen fehlender Fälligkeit keine Verzugszinsen geschuldet; vor Fälligkeit ergangene Mahnungen sind also wirkungslos. Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Zugewinns, insbesondere bei der Bewertung des Anfangs- und Endvermögens schließen jedoch idR den Eintritt des Verzuges wegen fehlenden Verschuldens (§ 286 Abs. 4 BGB) aus, wenn die Berechnung der Ausgleichsforderung trotz Anwendung der erforderlichen Sorgfalt noch nicht abgeschlossen ist.<sup>32</sup> Ist aber die Höhe einer Ausgleichsforderung zB in einer Scheidungsvereinbarung fixiert, ist sie bei Fälligkeit erfüllbar und Verzug sofort möglich. Die Höhe der Zinsen richtet sich nach § 288 BGB, idR betragen sie 5 % über dem Basiszinssatz.<sup>33</sup>

#### V. Zurückbehaltungsrecht

##### 1. Geltendmachung im laufenden Zugewinnausgleichsverfahren

- 233 In Zugewinnausgleichsverfahren kommt es des Öfteren vor, dass sich in einem Auskunftsverfahren nach § 1379 BGB der auf Auskunft in Anspruch genommene Ehegatte auf ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) beruft, bis der andere Ehegatte seinerseits Auskunft erteilt hat. Zwar schulden die Ehegatten wechselseitig Auskunft nach Maßgabe des § 1379 BGB, eine Verknüpfung der wechselseitigen Ansprüche ist einer Konnexität und damit einer Zug-um-Zug-Leistung sieht das Gesetz nicht vor. Zweck des § 273 BGB ist eine Sicherung des Schuldners im Hinblick auf seine Gegenansprüche. Dieser Zweck fehlt wegen fehlenden Sicherungsbedürfnisses beim Auskunftsanspruch, der der **Vorbereitung** eines möglichen Ausgleichsanspruchs nach § 1378 Abs. 2 BGB dient. Ein Erfüllungsdruck auf den auskunftspflichtigen Ehegatten kann damit nicht ausgeübt werden, so dass ein Zurückbehaltungsrecht ausscheidet.<sup>34</sup>
- 234 Über den Wortlaut des § 273 BGB hinaus ist die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts auch dann zulässig, wenn dem Schuldner ein Gegenanspruch nur

<sup>30</sup> BGH FamRZ 2002, 318; 2000, 355; 1986, 37 (40).

<sup>31</sup> OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 1032.

<sup>32</sup> OLG Celle FamRZ 1981, 1066 (1070); JHA/Kohlenberg BGB § 1378 Rn. 9.

<sup>33</sup> OLG Zweibrücken FamRZ 2004, 1032.

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 2007, 830 (831); OLG Jena FamRZ 1997, 1335; OLG Frankfurt FamRZ 1985, 483; aA: OLG Stuttgart – 15. ZS. – FamRZ 1982, 282.

## V. Zurückbehaltungsrecht

gemeinschaftlich mit einem anderen zusteht. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts führt hier zur Verurteilung des Schuldners zur Leistung an den Gläubiger Zug um Zug gegen Leistung des Gläubigers an einen Dritten.<sup>35</sup> Sofern der Gegenanspruch des Schuldners – wie regelmäßig im Zugewinnausgleich – nur gegenüber einem Mitgläubiger (Ehegatten) besteht, fehlt es an der erforderlichen Gegenseitigkeit.<sup>36</sup>

### 2. Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in einem Verfahren einer allgemein vermögensrechtlichen Auseinandersetzung aus Anlass von Trennung und Scheidung

Der Zugewinnausgleichsanspruch entsteht gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB und ist damit fällig mit Beendigung der Zugewinnngemeinschaft entweder nach § 1388 BGB durch Beschluss über einen geltend gemachten vorzeitigen Zugewinnausgleich nach §§ 1385, 1386 BGB oder gem. § 1378 Abs. 1 Satz 1 BGB mit Rechtskraft der Ehescheidung. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs. 1 BGB wegen eines Anspruchs auf Zugewinnausgleich gegenüber einem Anspruch aus einer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung der Ehegatten ist nicht ausgeschlossen.<sup>37</sup> Da beide Ansprüche idR in einem inhaltlich zusammenhängenden einheitlichen Lebensverhältnis wurzeln – in der durch die Ehe der Beteiligten begründeten und durch Scheitern beendeten Lebensgemeinschaft – ist grundsätzlich eine Konnexität gegeben.<sup>38</sup>

Sofern ein **noch nicht titulierter (Gegen-)Anspruch auf Zugewinn** genau bezeichnet ist, kann ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden. Dazu ist – sofern das Zugewinnausgleichsverfahren anhängig ist – die Antragsschrift vorzulegen. Sofern schlüssig dargetan, ergibt sich daraus das beiderseitige Anfangs- und Endvermögen und der vom Ausgleichsgläubiger betragsmäßig errechnete Zugewinnausgleichsanspruch. Ob und in welcher Höhe der Ausgleichsanspruch letztlich begründet ist, ist für die Frage der wirksamen Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ohne Bedeutung.<sup>39</sup>

Dem Ausgleichsberechtigten kann es **nach Treu und Glauben** verwehrt sein, sich auf das Zurückbehaltungsrecht zu berufen, wenn dies aus besonderen Gründen des Einzelfalles unter Abwägung der beiderseitigen Interessen, insbesondere auch des Sicherungsbedürfnisses der in Anspruch genommene Partei gerechtfertigt ist. Das kann grundsätzlich der Fall sein, wenn die Erfüllung einer nach Grund und Höhe unbestrittenen Forderung wegen Gegenforderung verweigert wird, deren Klärung so schwierig ist, dass die Durchsetzung der Forderung des Gegners auf unabsehbare Zeit verhindert wird.<sup>40</sup>

Ein Zurückbehaltungsrecht besteht auch nicht gegenüber Ansprüchen, die im Zusammenhang mit der Aufhebung einer zwischen den Ehegatten bestehenden Bruchteilsgemeinschaft stehen. Dem Anspruch auf Auskehr des hinterlegten Übererlöses aus einer Teilungsversteigerung bzw Veräußerung eines gemeinschaftlichen Grundstücks können wegen § 749 BGB nur in der Gemeinschaft wurzelnde Ansprüche

<sup>35</sup> BGHZ 28, 122 (128).

<sup>36</sup> BGH FamRZ 2008, 767 (770).

<sup>37</sup> BGH FamRZ 2000, 355 (356); 1990, 254; 1985, 48 (49).

<sup>38</sup> In konkreten Fall vom OLG München FamRZ 1990, 884 jedoch verneint.

<sup>39</sup> BGH FamRZ 2000, 355 (356).

<sup>40</sup> BGH FamRZ 1985, 48.

## Kapitel 7. Ausgleichsforderung

entgegengehalten werden. Daher begründet der Anspruch auf Zahlung von Zugewinnausgleich kein Zurückbehaltungsrecht.<sup>41</sup>

Kein Verstoß gegen § 242 BGB liegt bei der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber einem Anspruch aus einer rechtswidrigen Verfügung über ein gemeinschaftliches Konto vor.<sup>42</sup>

## VI. Aufrechnung

### 1. Aufrechnung gegen Zugewinnausgleichsansprüche im Verbund

238 Bei einem im Verbund betriebenen Zugewinnausgleichsverfahren (§§ 137 Abs. 2 Nr. 4, 261 FamFG) wird häufig mit Gegenansprüchen aufgerechnet, die ab Scheitern der Ehe, dh nach endgültiger Trennung der Eheleute,<sup>43</sup> also mit Auszug eines Ehegatten aus der Wohnung unter Mitnahme seiner Sachen,<sup>44</sup> entstanden sind, insbesondere mit Ausgleichsansprüchen nach § 426 BGB. Gleiches gilt für einen Anspruch auf Rückzahlung eines vom anderen Ehegatten geleisteten Kostenvorschusses (§ 1360a Abs. 4 BGB).<sup>45</sup> Der Rückzahlungsanspruch ist gegeben, wenn die Voraussetzungen, unter denen der Vorschuss verlangt werden konnte, nicht mehr bestehen, weil sich die geschäftlichen Verhältnisse des Empfängers, zB durch eine Vorauszahlung auf den Zugewinn, gebessert haben oder wenn die Rückzahlung aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht.<sup>46</sup> Erfasst werden auch Ansprüche nach § 812 BGB auf Freigabe<sup>47</sup> des nach einer Teilungsversteigerung hinterlegten Nettoerlöses entsprechend der Beteiligungsquote an einer Grundstücksgemeinschaft. Da der Anspruch auf Zugewinnausgleich erst mit Rechtskraft der Ehescheidung, und damit erst nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Geltendmachung der Ausgleichsansprüche entsteht, gilt die Beschränkung des § 394 Satz 1 BGB iVm § 852 Abs. 2 ZPO. Die Aufrechnung ist also nicht zulässig,<sup>48</sup> weil sich die Bruchteilsgemeinschaft im Wege der dinglichen Surrogation am Erlös fortsetzt (§ 1287 BGB), solange der Erlös nicht geteilt. Der Anspruch auf dessen Auszahlung dient also der Aufhebung der Gemeinschaft – und das in § 749 Abs. 1 BGB statuierte Recht der Teilhaber, diese jederzeit zu verlangen, kann nicht mit gemeinschaftsfremden Rechten behindert werden.<sup>49</sup>

### 2. Aufrechnung mit einem Anspruch auf Zugewinnausgleich

#### a) Prozessuales

239 Mit dem Zugewinnausgleichsanspruch kann aufgerechnet werden, selbst wenn der Anspruch, gegen den aufgerechnet wird, im ordentlichen Zivilprozess geltend ge-

<sup>41</sup> BGH FamRZ 2017, 693 unter teilweiser Aufgabe von BGH FamRZ 1985, 48; 19992, 194; 2000, 355.

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 228.

<sup>43</sup> BGH FamRZ 2007, 877.

<sup>44</sup> OLG Brandenburg FamRZ 2001, 1074.

<sup>45</sup> Vgl. dazu Bute FF 2004, 272.

<sup>46</sup> BGH FamRZ 1990, 491; 1985, 802.

<sup>47</sup> BGHZ 90, 194; vgl. zur Gleichartigkeit iSd § 387 BGB: BGH FamRZ 1989, 166; 2000, 355.

<sup>48</sup> JHA/Kohlenberg BGB § 1378 Rn. 11; Staudinger/Thiele § 1378 Rn. 21; Hartmann FamRZ 2007, 869 und 1711; aA: MüKoBGB/Koch § 1378 Rn. 23; Grüneberg/Siede § 1376 Rn. 6; Kogel Zugewinnausgleich Rn. 1613 ff.

<sup>49</sup> BGH FamRZ 2017, 693.

## VI. Aufrechnung

macht wird,<sup>50</sup> und zwar selbst dann, wenn der Zugewinnausgleich vor dem FamG rechtshängig ist.<sup>51</sup> Das Verfahren vor dem allgemeinen Zivilgericht ist ggf. nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, § 148 ZPO bis zur Entscheidung des FamG über die Zugewinnausgleichsforderung auszusetzen.<sup>52</sup>

### b) Zulässigkeit der Aufrechnung

Mit einem entstandenen und damit fälligen Zugewinnausgleichsanspruch kann 240 aufgerechnet werden. Das gilt selbst dann, wenn das Endvermögen des anderen Ehegatten negativ war.<sup>53</sup> Mit der Einführung eines negativen Endvermögens soll die Schuldenrückführung als Zugewinn berücksichtigt werden, wenn das Anfangsvermögen negativ war, es soll aber nicht Schutz vor einer Aufrechnung bieten. Unzulässig ist die Aufrechnung mit einem Zugewinnausgleichsanspruch gegen einen Anspruch auf Auskehrung des hinterlegten Versteigerungserlöses aus einem früheren gemeinschaftlichen Grundstücks.<sup>54</sup>

Hat ein Beteiligter den vom anderen Beteiligten geltend gemachten Zugewinnausgleich wirksam (§ 307 ZPO i.V. mit § 113 Abs. 2 Satz 2 FamFG i.V. mit §§ 160 Abs. 3 Nr. 1, 162 ZPO) anerkannt, ist es ihm verwehrt, die Aufrechnung mit Forderungen zu erklären, die in die Zugewinnausgleichsbilanz eingeflossen sind.<sup>55</sup>

### c) Ausschluss oder Einschränkung der Aufrechnung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Die Aufrechnung steht unter dem Gebot von Treu und Glauben. Sie ist deshalb 241 **ausgeschlossen**, wenn nach dem besonderen Inhalt des zwischen den Parteien begründeten Schuldverhältnisses der Ausschluss als stillschweigend vereinbart (§ 157 BGB) anzusehen ist oder wenn nach der Natur der Rechtsbeziehung oder des Zweckes der geschuldeten Leistung eine Erfüllung im Wege der Aufrechnung als mit Treu und Glauben unvereinbar erscheint,<sup>56</sup> so zB bei bestimmten Gestaltungen im Rahmen von Auftrags-, Treuhand- oder Darlehnsverhältnissen.<sup>57</sup> Bei der Abwicklung vermögensrechtlicher Beziehungen zwischen früheren Ehegatten ist hingegen die Aufrechnung der Natur der Sache nach nicht ausgeschlossen. Auch die Aufrechnung mit einem noch nicht rechtskräftig titulierten Anspruch auf den Zugewinnausgleich verstößt als solche nicht gegen Treu und Glauben, weil das Zugewinnausgleichsverfahren voraussichtlich langwierig, zeitraubend und kompliziert sein wird.<sup>58</sup>

<sup>50</sup> OLG Stuttgart FamRZ 1979, 317.

<sup>51</sup> BGH FamRZ 2002, 318; 2000, 355 (357).

<sup>52</sup> BGH FamRZ 2000, 355 (357); 1989, 167.

<sup>53</sup> BGH FamRZ 2011, 25.

<sup>54</sup> BGH FamRZ 2017, 693.

<sup>55</sup> OLG Hamm FamRZ 2015, 580.

<sup>56</sup> BGHZ 95, 109 (113).

<sup>57</sup> BGHZ 14, 342 (346); 25, 211 (215); 71, 380 (383).

<sup>58</sup> BGH FamRZ 2002, 318 (320); 2000, 355 (357); zur Hilfsaufrechnung im Prozess und zur Tilgungsreihenfolge vgl. BGH FamRZ 2009, 401.

## VII. Abtretung und Pfändung

242 Ist die Zugewinnausgleichsforderung entstanden (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB), kann sie gem. § 398 BGB **abgetreten** werden, da § 400 BGB nicht entgegensteht. Nach § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB entsteht die Forderung mit Rechtskraft der Ehescheidung. Diese Vorschrift stellt ein absolutes Veräußerungsverbot iSd § 134 BGB dar.<sup>59</sup> Eine vor Rechtskraft der Scheidung getroffene Vereinbarung über die künftige Ausgleichsforderung ist damit nichtig, selbst wenn die Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung der Rechtskraft der Ehescheidung erfolgt ist.<sup>60</sup>

Eine **Pfändung** des Ausgleichsanspruchs ist gemäß § 852 Abs. 1 ZPO nur möglich, wenn der Ausgleichsanspruch **durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist**. Dies gilt auch, wenn die Forderung auf die Erben des Gläubigers übergegangen ist. Ein vertragliches Anerkenntnis oder die Rechtshängigkeit sind unbeachtlich, wenn der Gläubiger seinerseits über die Ausgleichsforderung verfügt hat, sei es durch Abtretung oder Verpfändung.<sup>61</sup>

Ein Gläubiger kann die Forderung auch verpfänden und mit ihr gegen eine Forderung des Ausgleichspflichtigen aufrechnen.<sup>62</sup> Pfändbar ist der Anspruch eines Ausgleichsberechtigten gegen einen Dritten (§ 1390 BGB).<sup>63</sup>

<sup>59</sup> BGH FamRZ 2008, 1435.

<sup>60</sup> BGH FamRZ 2008, 1435.

<sup>61</sup> JHA/Kohlenberg BGB § 1378 Rn. 13.

<sup>62</sup> Staudinger/Thiele § 1378 Rn. 22 mwN.

<sup>63</sup> Zöller/Stöber BGB § 852 Rn. 5.