



ANWALTSGEMEINSCHAFT DR. KOGEL  
Rechtsanwälte

Augustastr. 89 · 52070 Aachen · Telefon 0241/505031 · Telefax 0241/505033 · Gerichtsfach 046  
Internet: www.dr-kogel.de · Email: kanzlei@dr-kogel.de

Veröffentlicht FamRB 2010, 155

**Gerichtskostenfreie Wertermittlung im Zugewinnausgleich  
-das selbstständige Beweisverfahren**

*In der familienrechtlichen Praxis ist das selbstständige Beweisverfahren zur Wertermittlung nahezu unbekannt und deshalb gänzlich ungebräuchlich. Der Autor zeigt auf, welche Möglichkeiten und Vorteile ein solches Verfahren bietet.*

**1) Ausgangslage**

Bei der Zugewinnausgleichsberechnung kämpfen Familienrechtler immer wieder mit folgendem Problem: Vermögen, welches nicht numerisch erfasst ist, muss bewertet werden. Dies gilt vor allen Dingen für Immobilien, Beteiligungen, Gewerbebetriebe oder freiberufliche Praxen. Diese sind in der Zugewinnausgleichsbilanz mit ihrem „wahren Wert“ einzustellen<sup>1</sup>. Vorübergehende Schwankungen sind in diesem Zusammenhang bedeutungslos.

**a) Die Auskunftsstufe:**

Um Grundlagen für die Wertermittlung zu erhalten, muss zunächst der Schuldner aufgefordert werden, Auskunft über sein Vermögen zu erteilen<sup>2</sup>. Bei Immobilien muss insbesondere die genaue Grundstücksbezeichnung sowie die Vermietungssituation vor allen Dingen bei Mehrfamilienhäusern dargelegt werden. Nachdem durch die Güterrechtsnovelle auch die Belegpflicht eingeführt wurde (§ 1379 Abs. 1 S. 2 BGB), sind auf Anfordern diesbezüglich entsprechende Belege vorzulegen. Bei Immobilien sind dies insbesondere Grundbuchauszüge, Mietverträge, Kostenbelege etc. . Bei freiberuflichen Tätigkeiten bzw. Unternehmen, die bewertet werden, müssen die Bilanzen sowie die Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten **fünf** -nicht drei!- Jahre überreicht werden.<sup>3</sup> Ein eventueller Anspruch auf Wertermittlung § 1379 Abs. 1 S. 2, 2. Halbsatz BGB ist gesondert geltend zu

---

<sup>1</sup> Ständige Rechtsprechung des BGH vgl. z.B. für Grundstücke FamRZ 1986, 40; vgl. für freiberufliche Praxen die Nachweise bei Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich 3. Aufl., Rdn. 483 ff.

<sup>2</sup> Zu Einzelheiten des Auskunftsanspruches vgl. Hartung MDR 1998, 508 ff; Kogel FamRB 2003, 303ff.

<sup>3</sup> Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl., Kap. 1 Rdn. 477.

machen. Er ist nicht etwa im Auskunftsanspruch enthalten.<sup>4</sup> Der Auskunftsschuldner muss in diesem Fall auf seine Kosten den Wert der Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten ermitteln und angeben. Im Zweifel wird er den Wert nach unten hin ansetzen. Der Auskunftsberechtigte wird i.d.R. diese Bewertung aus diesem Grunde nicht in die Zugewinnausgleichsbilanz übernehmen.<sup>5</sup> Zumindest ist diese Schätzung für ihn aber der Anlass anzunehmen, dass sie den untersten Wertansatz darstellt. Einigkeit darüber besteht, dass die Vorlage eines Sachverständigengutachtens vom Auskunftsverpflichteten nicht geschuldet wird. In solchen Fällen muss der Auskunftsberechtigte vielmehr auf seine Kosten ein solches Gutachten erstellen.<sup>6</sup>

## **b) Die Bewertungsproblematik**

An dieser Stelle beginnen regelmäßig die Schwierigkeiten vor allen Dingen bei komplexen Zugewinnausgleichsverfahren. Zum einen muss der Sachverständige oftmals den zu bewertenden Gegenstand einsehen. Hierbei denke man nur an die Immobilie, deren Erhaltungszustand vor Ort überprüft werden muss. Zum Teil fehlen häufig die finanziellen Mittel, um derartige Sachverständigengutachten auf eigene Kosten erstellen zu lassen. Gerade im Bereich der Firmenbewertung oder der Bewertung einer freiberuflichen Praxis können Gutachterkosten im fünfstelligen Bereich anfallen. Erfahrungsgemäß bieten sich dem Ausgleichsberechtigten nun zwei strategische Vorgehensmöglichkeiten: die aggressive oder die zurückhaltende. Beide Methoden bieten ebenso viele Vor- wie Nachteile.

### **aa) Die aggressive Taktik**

Zum einen kann der Berechtigte im Rahmen des Zugewinnausgleichsverfahrens den aus seiner Sicht höchstmöglichen Wert schätzen und diesen ansetzen. Kennt man z.B. die Mieteinnahmen, kann der Rechtsvertreter den Verkehrswert von Mehrfamilienhäusern im Groben einschätzen, z.B. indem er einen Faktor zwischen dem 11 und 15-fachen des realistischen Mietwertes ansetzt. Dies setzt aber Detailkenntnisse über die Marktgegebenheiten voraus, insbesondere auch wie hoch der **realistische** Mietwert eines Objektes ist. Dieser muss mit den tatsächlichen Mieterträgen ja nicht übereinstimmen. Er kann erheblich sowohl nach oben wie nach unten abweichen. Bei der Firmenbewertung kann ein eingeschalteter Steuerberater nach einem Ertragswertverfahren unter Berücksichtigung des abzuziehenden Unternehmerlohns in etwa den Wert ermitteln. Auch hier sind aber erhebliche Unwägbarkeiten zu berücksichtigen, insbesondere bei stillen Reserven. Dieses Verfahren hat zwar den Vorteil, dass der Zugewinnausgleichsanspruch auf jeden Fall mit dem Antrag abgedeckt wird. Es verbleibt kein Differenzbetrag zu Lasten des Ausgleichsberechtigten, sofern ein Gutachten durch das Gericht beauftragt wird. Allerdings ist der Kostennachteil nicht zu unterschätzen. Wird der Zugewinn im Verbund geltend gemacht, richtet sich die Kostenentscheidung nach

---

<sup>4</sup> Vgl. Hartung MDR 1998, 509

<sup>5</sup> So auch Born FPR 2009, 305

§ 150 Abs. 1 FamFG. Die Kosten werden in der Regel gegeneinander aufgehoben, es sei denn, das Gericht macht von einer anderweitigen Regelung Gebrauch, vgl. § 150 Abs. 3 FamFG. Bei § 91a ZPO war bislang die Einstellung der Gerichte eher zurückhaltend gegenüber einer Kostenüberbürdung auf einen der Beteiligten. Allenfalls in den Fällen, bei denen der Anspruchsberechtigte mit seiner Forderung völlig über das Ziel hinaus schoss, wurde von einer anderweitigen Kostenverteilung Gebrauch gemacht.

„Unangenehmer“ wird die Kostensituation, sofern es sich um ein selbstständiges Zugewinnausgleichsverfahren handelt. Da dies eine Familienstreitsache ist, gilt über § 113 FamFG § 91 ZPO. Die Kostenfolge wird im Verhältnis Obsiegen/Unterliegen vorgenommen. Bei größeren Zugewinnausgleichsverfahren spielen insoweit nicht nur die Anwalts- sondern vor allem auch die Sachverständigenkosten eine erhebliche Rolle. Die Partei muss sich klar darüber sein, dass es nahezu ausgeschlossen ist, den richtigen Wert eines Vermögensgegenstandes im Wege der Schätzung zu ermitteln. Bei dieser angreifenden Methode wird insbesondere in Fällen des selbstständigen Zugewinnantrages daher immer eine Kostenquote beim Anspruchsteller verbleiben.

#### **bb) Die zurückhaltende Taktik**

Aus diesem Grunde beschreiten manche Berechtigten den umgekehrten Wert, indem sie eine Teilforderung geltend machen. Ein solcher Teilantrag ist durchaus zulässig<sup>7</sup>. Vermutet der Berechtigte, dass ein Gutachten auf jeden Fall zu einem höheren Ergebnis kommen wird, kann er den Antrag nach Vorliegen des Gutachtens noch einmal erweitern und dann die höherer Forderung auf dieses Gutachten stützen. Der große Nachteil dieses Verfahrens liegt allerdings in Folgendem: Solange ein Scheidungsverfahren anhängig ist, kann wegen der Hemmung aus familiären Gründen keine Verjährung eintreten (§ 207 BGB). Ist die Scheidung jedoch abgeschlossen und wird der Anspruch selbstständig geltend gemacht, kann es durchaus passieren, dass die Erstellung des Gutachtens längere Zeit in Anspruch nimmt. Dies gilt insbesondere, falls zu mehreren Vermögenspositionen Gutachten eingeholt werden und falls ein Gegengutachten vorgelegt bzw. eine Anhörung von Sachverständigen beantragt wird. Versicherer klagen immer wieder darüber, dass die 3-jährige Verjährungsfrist der häufigste Regressfall in Familiensachen ist. Zwar ist die 3-jährige Frist des § 1378 Abs. 4 BGB mit der taggenauen Verjährung zwischenzeitlich abgeschafft worden. Ab dem 01.01.2010 gilt die Regelverjährung, wobei der Anspruch nach drei Jahren zum Jahresende verjährt (§ 195 BGB). Nach wie vor muss in derartigen Fällen daher die 3-Jahresfrist unter Berücksichtigung der Rechtskraft der Scheidung notiert werden. Die gerichtliche Geltendmachung des Teilanspruches hemmt nämlich nur die Verjährung, soweit es **diesen** Teilanspruch betrifft.<sup>8</sup> Weitergehende Ansprüche sind von der Fristenkontrolle zu überwachen.

---

<sup>6</sup> Vgl. BGH FamRZ 2007, 712.

<sup>7</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 3165.

Beraterhinweis:

Zwar vertritt der BGH<sup>9</sup> die Auffassung, dass es beim Zugewinnausgleichsverfahren keine Vermutung dafür ergebe, dass der vollständige Anspruch geltend gemacht werde. Unter dem Blickwinkel des sichersten Weges sollte der Antrag jedoch als Teilantrag bezeichnet werden.<sup>10</sup> Ansonsten droht u.U. Abweisung, sofern ein weiterer Teil im Nachhinein gerichtlich verfolgt wird.<sup>11</sup>

### cc) Das Privatgutachten

Um die Risiken dieser Verfahren zu minimieren, entschließen sich manche Anspruchsteller, vorab Gutachten einzuholen. Auf diese wird dann der Zugewinnausgleichsantrag gestützt. Solche Privatgutachten haben aber immer erhebliche Nachteile gegenüber den gerichtlichen. Der Gegner wird sich in der Regel mit dem Ergebnis des Gutachtens nicht einverstanden erklären. Das Privatgutachten ist letztlich nur wie Parteivortrag zu werten. Ob die Kosten des Gutachtens beim Familienstreitverfahren über § 91 ZPO festgesetzt werden können, ist durchaus fraglich. Dies gilt vor allem, wenn das Gutachten nicht Grundlage der gerichtlichen Entscheidung war. In vielen Fällen sprengt aber auch der eingeschränkte finanzielle Rahmen des Anspruchstellers die Einholung eines solchen Gutachtens. Sofern kein Verfahren bei Gericht anhängig ist, besteht kein Verfahrenskostenanspruch. VKH kommt aus diesem Grunde eben so wenig in Betracht. Nach Rechtskraft der Scheidung kommt hinzu, dass die Verfahrenskostenanschussverpflichtung entfällt.<sup>12</sup>

Beraterhinweis

Nach einer in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht<sup>13</sup> ist gleichwohl ein Vorschussanspruch gegen den geschiedenen Ehegatten gegeben, sofern dieser nur vor Rechtskraft der Scheidung mit der entsprechenden Zahlungsaufforderung in Verzug gesetzt wurde.

## 2) Das selbstständige Beweisverfahren

Genau um diese Problematik zu entschärfen haben zwei Beschlüsse und zwar des OLG Koblenz<sup>14</sup> sowie des OLG Köln<sup>15</sup> die Frage aufgeworfen, ob ein selbstständiges Beweisverfahren in derartigen Fällen möglich ist. Beide Gerichte haben dies bejaht. Diese Entscheidungen sind bislang viel zu wenig beachtet. Familienrechtler sollten unbedingt in geeigneten Fällen hierauf zurückgreifen. Die Vorteile solcher Verfahren liegen nämlich darin, dass **zeitnah**, **gerichtsverwertbar** und **gerichtskostenfrei** ein Gutachten erstellt wird. Dies kann oftmals dazu dienen, den Zugewinnausgleichsprozess zu vermeiden.

---

<sup>8</sup> Vgl. hierzu Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn 927

<sup>9</sup> NJW 1994, 3165

<sup>10</sup> In diesem Sinne auch Bamberger/Roth/Mayer, 2. Aufl. § 1378 Rdn. 30

<sup>11</sup> Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 916 f.

<sup>12</sup> Vgl. BGH FamRZ 1984m 148.

<sup>13</sup> Str. bejahend OLG Bamberg FamRZ 1986, 484; OLG Köln FamRZ 1991, 842; ablehnend OLG Schleswig FamRB 2008, 12.

<sup>14</sup> FamRZ 2009, 804

<sup>15</sup> FamRB 2010,

Es müssen nur unbedingt einige formale Anforderungen beachtet werden.

#### **a) § 485 Abs. 1 ZPO**

Ausgangspunkt für diese Verfahren kann in der Regel nicht § 485 Abs. 1 ZPO sein. Das Beweismittel (Firma, Grundstück) geht nicht verloren. In vielen Fällen wird der Gegner insbesondere bei konfrontativ geführten Auseinandersetzungen nicht an einer Gutachtenerstellung mitwirken und seine Zustimmung hierzu erteilen. Sollte dies einmal der Fall sein, ist dieser Weg der bloßen Vereinbarung unter den Beteiligten über die Einholung eines Sachverständigengutachtens zwischen den Parteien vorzuziehen. Verabreden sie nämlich, dass der im Gutachten ermittelte Wert für die Auseinandersetzung verbindlich sein soll, ist eine derartige Absprache wegen § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB unwirksam. Sie bedarf der notariellen Beurkundung, was vielfach übersehen wird<sup>16</sup>! Außerdem gehen mittlerweile die Sachverständigen dazu über, bei Privatgutachten die Verwertung der Gutachten für die Internetveröffentlichung im Rahmen der Teilungsversteigerung (bei Miteigentum) nicht zu erteilen. Eine derartige Zustimmungsbefugnis dürfte für die gerichtlich eingeholten Sachverständigengutachten nicht erforderlich sein. Im Übrigen kann das Gutachten eines derartigen selbstständigen Beweisverfahrens ohne weiteres in der streitigen Zugewinnausgleichssache verwertet werden.

#### **b) § 485 Abs. 2 ZPO**

Im Regelfall wird für diese Verfahren deshalb nur § 485 Abs. 2 ZPO einschlägig sein. Nach dieser Norm kann **außerhalb eines Rechtsstreits** jede Partei durch Einholung eines Sachverständigengutachtens die Wertermittlung verlangen. Sie muss nur zusätzlich ein Interesse hieran haben. Das Interesse ist aber schon dann anzunehmen, falls die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann (§ 485 Abs. 2. a.E. ZPO). Die Voraussetzungen sind damit

- ein anderweitiger Rechtsstreit darf nicht anhängig sein (zu 1)
- durch das Verfahren kann ein Rechtsstreit vermieden werden (zu 2).

#### **Zu 1)**

Das selbstständige Beweisverfahren scheidet von vorneherein aus, wenn im Verbund oder als selbstständiger Antrag der Zugewinn eingefordert wurde. Die Taktik des Anspruchsstellers muss daher darauf gerichtet sein, außergerichtlich lediglich die notwendigen Unterlagen zu erlangen. Diese müssen es dem Sachverständigen ermöglichen, die Bewertung vorzunehmen. Wenn der Gegner die Auskunft nicht freiwillig erteilt, darf demzufolge auf keinen Fall ein Stufenantrag mit einer späteren Bezifferungsmöglichkeit des Zahlungsanspruches erhoben werden. Vielmehr muss ein reiner Auskunftsantrag gestellt werden, welcher sich dann mit dem Auskunftsbeschluss erledigt hat.

#### **Zu 2)**

Sowohl das OLG Koblenz als auch das OLG Köln stellen in Übereinstimmung mit der im Vordringen befindlichen Auffassung in der Judikatur fest, dass die Schlichtungsmöglichkeit im weitesten Sinne

---

<sup>16</sup> Vgl. Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 3. Aufl., Rdn.

ausreicht. Nicht nur nahe liegende, sondern sogar ganz entfernte Einigungschancen ermöglichen ein derartiges Verfahren. Die Rechtsprechung ist sogar so weit gegangen, das selbstständige Beweisverfahren zu akzeptieren, falls der Antragsgegner

- seine Einstandspflicht leugnet<sup>17</sup>
- Verjährung geltend macht<sup>18</sup> oder sogar
- jegliche Einigung gütlicher Art im Vorfeld ablehnt.<sup>19</sup>

Eine Mindestwahrscheinlichkeit zur Streitschlichtung ist daher gerade nicht erforderlich. Das OLG Hamm<sup>20</sup> begründet dies wie folgt: Sachverständigengutachten seien mit ihren naturwissenschaftlich gesicherten oder auf andere Weise objektiv fundierten Feststellungen in aller Regel besonders überzeugungskräftig. Sogar „Vorurteile“ der Parteien könnten sie daher mindern. Vor allen Dingen kann es so sein, dass ein für den Anspruchssteller ungünstiges Gutachten ihn u.U. noch davon abbringt, den Anspruch überhaupt weiter zu verfolgen.<sup>21</sup> Umgekehrt kann es so sein, dass das Gutachten zu einem derart geringen Wert führt, dass sich der Anspruchsgegner wegen eines u.U. verbleibenden Kleinbetrages nunmehr doch zu einer Einigung entschließt. Kurzum: Das Verfahren wird in der Rechtsprechung nur dann abgelehnt, wenn

- kein Rechtsverhältnis,
- kein möglicher Prozessgegner oder
- kein Anspruch ersichtlich ist.<sup>22</sup>

Im Zugewinnverfahren sind die beiden ersten Punkte immer gegeben. Allenfalls der mangelnde Anspruch könnte ein solches Verfahren verhindern. Dies könnte dann der Fall sein, wenn zu Beginn des Verfahrens zwischen den Parteien Einigkeit über gewisse Rahmenbedingungen bestehen und diese eine Zugewinnausgleichsverpflichtung auf jeden Fall verhindern.

Beispiel:

Die Ehefrau B. ist der Ansicht, die Firma ihres Mannes habe einen Wert von 300.000,00 € Der Ehemann bestreitet dies und trägt 100.000,00 € vor. Sofern sein Anfangsvermögen indexiert mit 300.000,00 EUR unstreitig ist, scheidet das selbstständige Beweisverfahren aus (Kein Zugewinn).

Aus Sicht des Verfassers scheidet das Verfahren vor allem aber **nicht** von vornherein aus, sofern beide Eheleute **Miteigentümerin** eines Grundstückes sind. Man könnte hier argumentieren, im Rahmen des

<sup>17</sup> Vgl. die Nachweise bei Zöller/Herget ... Aufl., § 485 Rdn. 7 a

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf MDR 2001, 50

<sup>19</sup> Vgl OLG Hamm MDR 1999, 184; OLG Oldenburg MDR 1995, 746; OLG Koblenz MDR 2005, 888.

<sup>20</sup> NJW 2000, 3439

<sup>21</sup> Vgl. OLG Saarbrücken NJW 2000, 3439

<sup>22</sup> Vgl BGH MDR 2000, 562; OLG Hamm NJW 1968, 689.

Zugewinnausgleichsanspruches müsse jeweils auf beiden Seiten der hälftige Wert angesetzt werden. Damit sei es völlig egal, wie der Wert angesetzt werde. In manchen Fällen steht dem jedoch ein Anfangsvermögen auf einer Seite entgegen. Die Höhe des Ausgleichsanspruches hängt damit sehr wohl vom Wert des Objektes ab. Ist dies nicht der Fall, kann es in der Tat Probleme geben, da auf beiden Seiten eine Erhöhung oder eine Ermäßigung des Wertes in gleicher Form zu Buche schlägt. In geeigneten Fällen sollte der Anspruchssteller aber darauf hinweisen, dass er einen Antrag gem. § 1383 BGB (Zuweisung in Anrechnung auf den Vermögenswert) stellen wird, sodass es in diesen Fällen durchaus darauf ankommen kann, wie der Gegenstand zu bewerten ist<sup>23</sup>.

### **3.) Die Kostensituation**

Sowohl für die Partei als auch für den Rechtsvertreter ist das selbstständige Beweisverfahren durchaus sinnvoll.

#### **a) Die Sicht des Mandanten**

Solange die Ehe nicht geschieden ist, besteht eine Prozesskostenvorschussverpflichtung gem. § 1360a BGB. Will der Mandant zunächst ein Sachverständigengutachten einholen, um darauf gestützt eine Zugewinnausgleichsforderung gerichtlich in den Raum zu stellen, bekommt er die Kosten für ein derartiges Privatgutachten von der Gegenseite nicht erstattet. Es ist kein Rechtsstreit anhängig. Ganz anders sieht dies beim selbstständigen Beweisverfahren aus. Auch dies ist ein Rechtsstreit in einer persönlichen Angelegenheit. Diesen muss der Gegner in geeigneten Fällen bevorschussen.

Wenn die Ehe geschieden ist, scheidet diese Vorschussverpflichtung aus.<sup>24</sup> Weder wird die Staatskasse über Beratungshilfe, noch eine Rechtsschutzversicherung die Kosten für ein solches Gutachten vorschießen. Ist die Partei selber nicht in der Lage, die Kosten zu verauslagen, bleibt ihr die Möglichkeit des Verfahrenskostenhilfeantrages. Dies gilt im Übrigen auch dann, falls die Eheleute noch nicht geschieden sind, ein Prozesskostenvorschussanspruch aber ausscheidet. Gerade diesen Gesichtspunkt stellt das OLG Köln<sup>25</sup> in seiner Entscheidung klar. Eine minderbemittelte Partei darf bei der Wahrnehmung ihrer Rechte nicht schlechter gestellt werden, als eine begüterte. Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, auf diesem Wege zur Streitvermeidung ein Gutachten erstellen zu lassen, eröffnet. Dann können auch die Kosten, die ja u.U. erheblich sein können (s. Unternehmensbewertung) kein Hinderungsgrund sein. Nicht in jedem Fall muss bei größeren Vermögenswerten der Gegner prozesskostenvorschusspflichtig im Rahmen bestehender Ehe sein. Prozesskostenvorschuss wird als Unterfall des Unterhaltes angesehen, und dieser kann ja aus den verschiedensten Gründen (z.B. Verwirkung) ausgeschlossen sein.

Ist die Partei Selbstzahler und schießt sie die Kosten des Gutachtens vor, kann sie bei späterer

---

<sup>23</sup> Zu den Voraussetzungen eines derartigen Antrages vgl. Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rdn. 893.;  
Bürger, Güterrecht, 2. Aufl., „§ 2 Rdn. 564;

<sup>24</sup> Vgl. BGH FamRZ 1984, 148

<sup>25</sup> A.a.O.

Verwertung im Rahmen des Zugewinnausgleichsverfahrens diese Kosten festsetzen lassen. Bei einem Privatgutachten scheidet dies im Zweifel aus.

Aus Sicht des Mandanten ist i.ü. auf die günstigere Kostensituation zu verweisen. Hierauf hat Schneider<sup>26</sup> besonders hingewiesen. Vor den Zivilgerichten ist Nr. 1610 Gerichtskosten – Kostenverzeichnis – ein gesonderter Gebührentatbestand für das selbstständige Beweisverfahren eingeführt worden. Insoweit wird eine 1,0-fache Gebühr erhoben. Eine vergleichbare Regelung fehlt aber im FamGKG. Eine analoge Anwendung der Nr. 1610 GKG Kostenverzeichnis oder einer anderen Gebührevorschrift kommt nicht in Betracht. Im Gerichtskostenrecht besteht ein Analogieverbot zu Lasten der Beteiligten. Dies ist für das FamGKG in § 1 Abs. 1 S. 1 niedergelegt. Der Gesetzgeber hat wahrscheinlich wegen der Seltenheit derartiger Verfahren einen Gebührentatbestand im FamGKG schlicht übersehen. Das Verfahren ist demnach derzeit gerichtskostenfrei!

Beraterhinweis:

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber im Zuge eines Reparaturgesetzes zum FamFG die Gebührenfreiheit abschaffen wird. Wahrscheinlich wird dann –wie auch in allgemeinen Zivilsachen eine 1.0 fache Gebühr angesetzt werden.

#### **b) Aus Sicht des Rechtsvertreters**

Aus Anwaltssicht scheint das selbstständige Beweisverfahren demgegenüber wenig lukrativ zu sein. Die Verfahrensgebühr geht ebenso wie die Terminsgebühr im Hauptsacheverfahren auf, vgl. § 15 RVG. Dieses gesonderte Verfahren wird demzufolge bei einem sich anschließenden Hauptsacheverfahren ohne zusätzliche Gebühren durchgeführt. Bei dieser Betrachtung würden aber wesentliche Aspekte übersehen. Zum einen müsste der Rechtsvertreter ohnehin bezüglich dieses Vermögenswertes im Hauptsacheverfahren im Einzelnen vortragen. Er müsste auch insoweit Beweisanträge stellen, sich mit Gutachten auseinandersetzen etc. Die Mehrarbeit ist mit Ausnahme des gesondert zu stellenden Antrages auf selbstständige Beweiserhebung minimal.

In vielen Fällen ist aber überhaupt nicht sicher, ob sich ein Hauptsacheverfahren noch anschließt. Zugewinnausgleichssachen sind oft Punktesachen, bei denen eine Vielzahl von Einzelpositionen mit mehr oder minder großem Gewicht zu Buche schlagen. Gerade in Fällen bei denen Firmen oder selbstständige Praxen bzw. Immobilien bewertet werden, bilden diese Positionen den Hauptstreitpunkt. Die sonstigen Punkte sind ein bloßes Annex. Mancher Anspruchsteller ist froh, wenn über diesen einen Punkt Klarheit herrscht. Er wird dann eher bereit sein, andere als lästig empfundene Positionen zu streichen, nur um alsbald eine einvernehmlichen Regelung zu finden. Gerade in Punktesachen wird daher die Arbeit erleichtert, und der Weg für eine einvernehmliche Regelung geebnet. Damit würde zusätzlich noch die Erledigungsgebühr anfallen.

Beraterhinweis:

Aus Anwaltssicht ist es noch von Vorteil, dass in den Fällen, in denen eine Verfahrenskostenvorschussverpflichtung der anderen Seite besteht, hiervon Gebrauch gemacht werden kann.

Letztendlich sollten auch die nicht unerheblichen Streitwerte, die in diesen Verfahren anfallen, Anlass sein, auf ein derartiges Verfahren zurückzugreifen. Nach der Rechtsprechung<sup>27</sup> ist als Streitwert der Betrag anzusetzen, der sich unter Berücksichtigung der beiderseitigen Vorstellungen über den Vermögenswert geteilt durch 2 ergibt. Geht also der Ehemann z.B.- von einem Firmenwert von 500.000,00 €, die Ehefrau hingegen von 700.000,00 € aus, ist der Streitwert mit  $200.000,00 \text{ €} : 2 = 100.000,00 \text{ €}$  anzusetzen. Anders wäre dies nur dann, falls die Ehefrau glaubhaft versichert, dass sie von vorneherein -und sei es auch nur aus Gründen der Durchsetzbarkeit der Forderung- maximal einen Betrag von 50.000,00 € beabsichtigt gerichtlich durchzusetzen<sup>28</sup>.

#### **4) Ausblick und Gegenmaßnahmen**

Das selbstständige Beweisverfahren bietet eine exzellente Möglichkeit, gerichtskostenfrei und zum Teil über Verfahrenskostenhilfe bzw. Verfahrenskostenvorschuss Gutachten zu erlangen. Damit kann der Weg für eine vergleichsweise Erledigung gefunden werden, zumal solche Gutachten regelmäßig auch zeitnah erstellt werden. Dies ist die Sicht des **Anspruchstellers**.

Die Sicht des Anspruchsgegners kann natürlich eine ganz andere sein. Er wird u.U. verhindern wollen, dass eine solche Regelung gerichtlich alsbald durchgesetzt wird. Dies kann er allerdings nur dann erreichen, falls er das Zugewinnausgleichsverfahren streitig bei Gericht anhängig macht. Ist dies der Fall, scheidet das selbstständige Beweisverfahren aus. Als Gegenmaßnahme ist demnach immer auch noch an einen negativen Feststellungsantrag im Rahmen der Ehesache als Folgesache oder als selbstständigen Antrag nach Ehescheidung zu denken. Damit ist ein Rechtsstreit über den Zugewinn anhängig. Diese Vorgehensweise bietet sich vor allem dann an, wenn zuvor aus Sicht des Anspruchsgegners irrealer Vermögensvorstellungen in den Raum gestellt wurden.

---

<sup>26</sup> Vgl. FamRZ 2009, 1802

<sup>27</sup> Vgl. OLG Celle FamRZ 2009, 1197

<sup>28</sup> Vgl. OLG Celle a.a.O.