



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 FF 2009, 195 ff.

**Das selbstständige Beweissicherungsverfahren im Güterrecht
– ein Königsweg?**

Die §§ 485 ZPO spielen im familienrechtlichen Verfahren bislang fast keine Rolle. Die praktische Relevanz für das Güterrecht ist aber aufgrund der Entscheidung des OLG Koblenz, FamRZ 2008,.... nicht hoch genug einzuschätzen.

1.) Einleitung

Geniale Verfahrensweisen zeichnen sich immer wieder durch dieselben Eigenschaften aus: Einerseits sind sie denkbar einfach und eigentlich selbstverständlich. Andererseits werden sie nicht erkannt oder jedenfalls nicht in die Praxis umgesetzt. Einen solchen taktisch klugen Schachzug hat der Antragsteller im Rahmen des Verfahrens vor dem OLG Koblenz gewählt. Auf seine Beschwerde hin wurde mit überzeugender Begründung das selbstständige Beweissicherungsverfahren für zulässig gehalten. Die große Relevanz dieses Beschlusses für die familienrechtliche Praxis soll anhand eines Beispielfalles deutlich gemacht werden:

Beispielfall:

In der außergerichtlichen Korrespondenz ist Herr Frank auf Auskunft in Anspruch genommen worden. Diese hat er erteilt. Neben diversen Konten hat er für die letzten 5 Jahre die Bilanzen sowie die Gewinn- und Verlustrechnungen seiner Firma vorgelegt. Des Weiteren hat er verschiedene Immobilien angegeben. Frau Frank ist sich nicht sicher, wie die Werte der Firma und der Grundstücke anzusetzen sind. Sie selber verfügt über keinen Zugewinn. Anfangsvermögen besteht auf beiden Seiten nicht. Was soll sie tun?

2.) Ermittlung des Verkehrswertes im konventionellen Weg

Schwierig zu bearbeiten sind güterrechtliche Fälle, bei denen die einzelnen Positionen der Vermögensbilanz nicht numerisch erfasst werden können. Hier muss vielmehr erst eine Bewertung durchgeführt werden. Dies gilt vor allen Dingen bei Firmenbewertungen und Grundstücken. Für den Familienrechtler stellt sich die Frage, **ob überhaupt** und wenn ja, **wie** der Vermögenswert ermittelt werden soll. Zwei Vorgehensweisen sind in der Praxis gängig.

a) Möglichkeit 1: Schätzung des Wertes

Die Positionen werden nicht exakt ermittelt, sondern nur **geschätzt**. Diese Schätzungen werden durch Sachverständigengutachten zu Beweis gestellt. Einen richtigen Wert wird man bei diesen Verfahren natürlich nie finden. Diese Vorgehensweise birgt Tücken in sich, sofern die Schätzung zu gering oder zu hoch ausfällt.

Will der Mandant auf „Nummer sicher gehen“ kann von Minimalwerten ausgegangen werden, die selbst bei pessimistischer Einschätzung der Situation auf jeden Fall erreicht werden müssten. Die Klage muss als **Teilklage** deklariert werden. Zwar gibt es nach herrschender Ansicht auch verdeckte Teilklagen im Güterrecht¹. Teilweise wird jedoch die Auffassung vertreten, dass der gesamte Anspruch Gegenstand des Verfahrens sei.² Aus dem Gesichtspunkt des sichersten Weges muss jedenfalls ein Vorbehalt gemacht werden. Ist das Scheidungsverfahren abgeschlossen, muss unbedingt die **3-jährige Verjährungsfrist** des § 1378 Abs. 4 BGB im Auge behalten werden. Gerade bei umfangreichen Zugewinnausgleichsverfahren mit einer schwierigen Begutachtung und mehreren Positionen kann sehr schnell die 3-Jahresfrist erreicht werden. Vor deren Ablauf muss anhand der dann vorliegenden Gutachten überprüft werden, ob die Forderung anzupassen ist. Entweder muss dann eine Klageerhöhung vorgenommen werden. Alternativ sollte versucht werden, eine Vereinbarung zur Verjährungsverlängerung zu treffen. Diese ist nach der jetzigen Rechtslage möglich (§ 205 BGB).

Sofern der Wert zu optimistisch angegeben, also ein maximal vorstellbarer Wert eingeklagt wird, besteht die Gefahr, dass eine negative Kostenentscheidung erfolgt. Wird der Anspruch im Scheidungsverfahren geltend gemacht, ist das Risiko mit Prozesskosten belastet zu werden, in der Regel zwar nicht sehr hoch. Solange über den Scheidungsantrag im Verbund noch nicht entschieden ist, kann das Problem der Verjährung nicht eintreten. Es gilt die familiäre Hemmung des § 207 BGB.

¹ Vgl. hierzu Palandt/Brudermüller § 1378 BGB, Rdn. 18 m.w.Nachw.; a.A. OLG Düsseldorf FamRZ 1984, 795

² Vgl. Palandt/Brudermüller a.a.O.; a.A. OLG Düsseldorf a.a.O.

Falls der Zugewinn jedoch aus dem Scheidungsverfahren abgetrennt ist, muss wiederum die 3-jährige Verjährungsfrist beachtet werden. Selbst dann, wenn güterrechtliche Ansprüche abgewiesen werden, machen im Zweifel die Gerichte keine Ausnahme von der Kostenaufhebung gem. § 93a ZPO. Nach neuer Rechtslage (§ 150 Abs. 4 FamFG) wird dies aber u.U. anders zu beurteilen sein. Problematisch wird die Situation ferner, falls der Zugewinn in separater Klage außerhalb des Verbundes (**nach** Abschluss des **Scheidungsverfahrens**) eingeklagt wird. Auch beim **vorzeitigen Zugewinnausgleich** kann das Problem auftreten. Hier gilt jedenfalls die strenge Kostenregelung des § 91 ZPO.

b) Möglichkeit 2: Privatgutachten

Insbesondere bei Firmenbewertungen bewegt der Rechtsvertreter sich auf sehr unsicherem Terrain. Aus diesem Grunde werden daher häufig Parteigutachten eingeholt. Diese geben zumindest einen Anhaltspunkt für die anzusetzenden Werte im Rahmen der Berechnung. Voraussetzung vor allen Dingen für die Firmenbewertung ist jedoch, dass geeignete Grundlagen insbesondere Bilanzen sowie Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten 5 Jahre vorgelegt werden.³ Solche Gutachten bilden zwar eine brauchbare Basis, um abschätzen zu können, in welcher Größenordnung der oben angesprochene Minimalwert anzusetzen ist. Vielfach werden derartige Gutachten außerprozessual dem Gegner oder dem Gericht gar nicht zur Kenntnis gebracht. Geschieht dies aber, werden sie in den seltensten Fällen akzeptiert. Einen Beweiswert im Sinne der ZPO haben sie ohnehin nicht. Sie provozieren Gegengutachten. Letztlich wird zumeist erst durch ein gerichtlich eingeholtes Gutachten die Lage geklärt. Manche Partei verfügt zudem nicht über die finanziellen Ressourcen, um ein solches Gutachten überhaupt privat in Auftrag geben zu können. Firmenbewertungen verschlingen sehr oft einen 5-stelligen Betrag.

3) Das Beweissicherungsverfahren

a) Allgemeines

Aus diesem Dilemma kann der in der Praxis völlig unübliche Weg eines selbständigen Beweissicherungsverfahrens führen. Die gesetzlichen Voraussetzungen sind vielfach gegeben. Einige Grundregeln gilt es indes zu beachten.

Ausgangspunkt ist 485 ZPO. Absatz 1 der Vorschrift scheidet regelmäßig aus. Ein Beweissicherungsmittel geht nicht verloren. In einem auf Konfrontationskurs ausgerichteten

³ Vgl. Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 4. Aufl. Kap 1, Rdn 303.

familienrechtlichen Verfahren ist der Gegner im Zweifel nicht mit der Beweissicherung einverstanden. Einschlägig wird jedoch Abs. 2 der Vorschrift sein. Voraussetzung für ein derartiges Vorgehen ist allerdings, dass die Parteien sich bezüglich des Güterrechtsverfahrens nicht in einem Rechtsstreit befinden. Nach der 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 dann schon anzunehmen, falls die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen **kann** (§ 485 Abs. 2 a.E. ZPO).

b) Die Voraussetzungen

An dieser Stelle setzt nunmehr die entscheidende Weichenstellung für das Beweissicherungsverfahren ein. Zwei Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

- ein **Rechtsstreit** muss **vermieden** werden **können** (Ziff. 1.)
- es darf **kein anderer Prozess** anhängig sein (Ziff. 2.).

Zu 1):

Welche Anforderungen insoweit zu stellen sind, wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert.⁴ Das OLG Koblenz befindet sich in Übereinstimmung mit der im Vordringen befindlichen Auffassung in der Judikatur. Danach ist eine Schlichtungsmöglichkeit im **weitesten Sinne** ausreichend. Nicht nur nahe liegende, sondern sogar entfernte Schlichtungschancen genügen zur Durchführung des selbstständigen Beweissicherungsverfahrens. Selbst dann, wenn der Antragsgegner

- seine Einstandspflicht leugnet⁵ oder
- Verjährung geltend macht⁶ oder
- sich auf Gewährleistungsausschluss beruft⁷ oder
- sogar jegliche gütliche Einigung im Vorfeld ablehnt⁸

bleibt das selbstständige Beweissicherungsverfahren zulässig.

⁴ Vgl. die Nachweise bei Zöller/Herget, ZPO, 27. Aufl., § 485, Rdn. 7a

⁵ Vgl. die Nachweise bei Zöller/Herget, ZPO § 485, Rdn. 7a

⁶ OLG Düsseldorf, MDR 2001, 50

⁷ KG KGR 2000, 219

Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzssystematik lässt sich erkennen, dass eine bestimmte Mindestwahrscheinlichkeit zur Streitschlichtung geeignet sein muss. Sachverständigengutachten sind bei naturwissenschaftlich gesicherten oder auf andere Weise objektiv fundierten Feststellungen in aller Regel besonders überzeugungskräftig. Sie können daher auch besonders leicht zu Änderungen vorgefasster Meinungen bzw. „Vor-“urteile der Parteien führen⁹. Selbst eine bereits vor Gutachtenerstattung erklärte Verweigerungshaltung steht einer Beweiserhebung damit nicht entgegen.

Im Übrigen kann es ja durchaus so sein, dass es der Antragsteller bei einem für ihn negativen Ergebnis des selbstständigen Beweissicherungsverfahrens unterlassen wird, einen risikoreichen Prozess anzustrengen. Damit kann sogar bei einem nicht vergleichsbereiten Gegner das Beweissicherungsverfahren einen Rechtsstreit durchaus vermeiden helfen¹⁰. Ähnliches gilt, wenn das Beweissicherungsverfahren für den Antragsteller nicht sehr günstig verlaufen ist, sich vielleicht aber u.U. ein Restbetrag ergibt. In diesem Fall könnte der Antragsgegner zur Vermeidung eines teureren Prozesses bereit sein, auf dieser (Minimal-)Basis eine Regelung zu suchen.

Die neuere Rechtsprechung verneint das rechtliche Interesse dementsprechend nur dann, wenn

- kein **Rechtsverhältnis**
- kein möglicher **Prozessgegner** oder
- kein **Anspruch** ersichtlich ist¹¹.

Ein rechtliches Interesse wird daher in der Regel nach dieser Judikatur wohl nie das Verfahren hindern.

Zu 2): Anderweitiger Prozess

Das Problem liegt in diesen Fällen darin, dass **kein Hauptsacheprozess** anhängig sein darf.

Wird der Zugewinn als Zahlungsanspruch im Verbund verfolgt, scheidet dieses Verfahren demzufolge von vornherein aus. Das Gleiche gilt, falls eine selbstständige Klage nach Rechtskraft der Scheidung als Stufenklage anhängig gemacht oder wenn während des Verfahrens ein vorzeitiger

⁸ Vgl. OLG Hamm MDR 1999, 184; OLG Oldenburg MDR 1995, 746; OLG Koblenz MDR 2005, 888

⁹ A.A. OLG Hamm

¹⁰ OLG Saarbrücken NJW 2000, 3439

¹¹ BGH, MDR 2000, 562; OLG Celle Baurecht 2000, 601; OLG Köln NJW RR 1996, 573;

Zugewinnausgleichsanspruch im Wege der Stufenklage erhoben wird. Letztere Verfahrensweise bietet sich immer dann an, falls der Verpflichtete im Rahmen der Auskunftsstufe „mauert“ und keinerlei Unterlagen vorlegt, welche zur Bewertung z.B. einer Firma notwendig sind. In diesen Fällen sollte daher ausnahmsweise wie folgt verfahren werden:

Es wird **nur** die **Auskunft** eingeklagt. Ein Verfahren im **Verbund** ist damit **nicht möglich**. Diese Klage dürfte nur als **Stufenklage**¹² erhoben werden. Es muss vielmehr eine **selbstständige Auskunftsklage** erhoben werden.¹³ Die Stufenklage wird gerade also **nicht** erhoben. Wird der Gegner verurteilt, Unterlagen herauszugeben, ist diese Auskunftsklage erledigt. Ein Rechtsstreit ist damit nicht mehr anhängig. Das Beweissicherungsverfahren kann nunmehr eingeleitet werden. Sofern sich im Rahmen dieses Beweissicherungsverfahrens herausstellt, dass noch Unterlagen fehlen, werden diese sicherlich vom Gutachter bzw. vom Gericht angefordert werden. Ggf. kann insoweit noch einmal eine ergänzende Auskunftsklage diesen Punkt klären.

Dieses Verfahren bietet unschätzbare Vorteile gegenüber der normalen Vorgehensweise. Der Wert wird zügig ermittelt. Dieser kann Grundlage eines Einigungsgespräches sein. Vor allem die Kostensituation ist für den Antragsteller wesentlich günstiger. Die Kosten von Parteigutachten können nicht auf den Gegner abgewälzt werden. Insoweit handelt es sich nicht um notwendige Rechtsverfolgungskosten. Anders gilt dies bei den Kosten des Beweissicherungsverfahrens. Wird der Hauptsacheprozess anhängig, können diese Kosten als notwendige Rechtsverfolgungskosten verfolgt werden¹⁴.

Aber auch hier gilt es für den Antragsteller, bezüglich einer eventuellen Verjährung des Zugewinnausgleichsanspruches Vorsicht walten zu lassen. Die bloße Auskunftsklage hemmt die Verjährung des Hauptsacheanspruches **nicht**.¹⁵ Demgegenüber entfaltet der Beweissicherungsantrag die Wirkung der Hemmung.¹⁶ Solange die Ehe nicht geschieden ist, droht ohnehin wegen § 207 BGB (familiäre Verjährungshemmung) keine Gefahr. Es gilt jedoch immer, den sichersten Weg im Auge zu halten. Dieser besteht darin, die 3-Jahresfrist ab Rechtskraft der Scheidung zu notieren.

OLG Hamm NJW 1968, 689

¹² Vgl. BGH FamRZ 1997, 812; KG FamRZ 2000, 1292.

¹³ Haußleiter/Schulz Kap 1, Rdn 497 vertreten die Ansicht, die eigenständige Auskunftsklage sei in der Regel nicht zweckmäßig, ohne auf den Gesichtspunkt des selbstständigen Beweissicherungsverfahrens einzugehen.

¹⁴ So zutreffend OLG Koblenz a.a.O.; vgl. i.ü. zur Kostensituation unten unter c).

¹⁵ Vgl. BAG NJW 1966, 1693; Kogel FamRB 2000

c) Kostensituation

Der Eindruck, ein derartiges Verfahren wirke sich nachteilig auf die Kosten aus, trügt.

(1) Zunächst aus Sicht des Mandanten:

Ein reines Privatgutachten erhält der Mandant nicht über die Prozesskostenhilfe erstattet. Eine Kostenerstattung über Prozesskostenvorschuss durch den u.U. vermögenden Ehepartners scheitert. Es ist kein Rechtsstreit anhängig. Dies ist aber Voraussetzung für § 1360a Abs. 4 BGB. Gerade hierin liegt der Vorteil des selbstständigen Beweissicherungsverfahrens. Auch ein solches Verfahren ist ein Rechtsstreit in einer persönlichen Angelegenheit, für die die Sonderschrift des § 1360a Abs. 4 BGB gilt. Ggf. muss diese Forderung einschließlich der Kostenforderung für die Gerichtskosten im Wege der Klage geltend gemacht werden. Ist ausnahmsweise der Gegner nicht leistungsfähig¹⁷, so ist hilfsweise auf Prozesskostenhilfe¹⁸ auszuweichen. Dies gilt auch für den Fall, dass der Prozesskostenvorschuss nicht schnell realisiert werden kann. Nach OLG Bremen¹⁹ kann in diesem Fall PKH mit der Maßgabe bewilligt werden, dass eine Nachzahlungsanordnung erfolgt für den Fall, dass der Prozesskostenvorschuss durchgesetzt wird. Prozesskostenhilfe kann auch dann gewährt werden, falls die Ehe geschieden schon ist. Nach der Rechtsprechung ist nach Rechtskraft der Scheidung ein Vorschussanspruch nämlich nicht mehr gegeben.²⁰ In diesen Fällen wird man dem Antragsteller nicht vorwerfen können, er habe ja den Prozess bereits während des laufenden Scheidungsverfahrens anhängig machen können. Mittlerweile ist höchstrichterlich entschieden, dass der Antragsteller eines Verfahrens die freie Wahl hat: Folgesachen, insbesondere den Zugewinn, kann er im Verbund oder als getrennte Klage geltend machen²¹. Mutwilligkeit besteht insoweit nicht. Die Finanzierung eines Prozesses verbessert sich zugunsten eines Schuldners damit entscheidend. Beim Selbstzahler ist das Argument zu beachten, dass eine Kostenfestsetzung im eventuellen Hauptsacheprozess in Betracht kommen kann.

In derartigen Verfahren sollte bei der PKH auf jeden Fall beantragt werden, einen Vorbehalt für den Fall des Vermögenserwerbes einzufügen (§ 120 Abs. 4 ZPO). Die Differenz der normalen Kosten zu den PKH-Kosten ist gerade in Güterrechtsverfahren teilweise immens, insbesondere wegen der Kappung der Gebühren und der Streitwertgrenze.

¹⁶ Vgl. § 204 Ziff. 7 BGB

¹⁷ Dieser Gesichtspunkt wird bei größeren Vermögenswerten, die durch das Beweissicherungsverfahren gerade geklärt werden sollen, kaum wahrscheinlich

¹⁸ Vgl. hierzu die Nachweise bei Zöller/Hergert § 114 BGB, Rdn. 2

¹⁹ FamRZ 1984, 919; a.A. Zöller/Philippi, § 115 ZPO, Rdn. 71

²⁰ Vgl. BGH, FamRZ 1984, 148

²¹ Vgl. BGH, FamRZ 2005, 776 m. Anm. Viefhues, FamRZ 2005, 881 sowie die Gesamtdarstellung Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 2. Aufl., Rdn. 678

(2) Aus Anwaltssicht:

Aus Sicht des Rechtsvertreters scheint ein selbstständiges Beweissicherungsverfahren von vorneherein nicht sehr sinnvoll zu sein. Die Verfahrensgebühr des Beweissicherungsverfahrens geht in der Verfahrensgebühr des Hauptsacheverfahrens auf (vgl. § 15 RVG). Gleiches gilt für die Terminsgebühr. Dies wäre aber ein sehr kurzfristiges Denken. Ohnehin wäre doch im Rahmen des Hauptsacheverfahrens die Problematik der Bewertung einer Beteiligung oder eines Grundstückes zu bearbeiten. Ein wesentlicher Mehraufwand durch dieses selbstständige Verfahren ergibt sich nicht. Darüber hinaus eröffnet diese Beweissicherung die Chance, mit einem derartig relativ einfachen Verfahren ein Gutachten zu erlangen. Dies kann zu einer alsbaldigen Streitbeilegung in Form eines Vergleiches führen. Schließlich wird hierdurch die Möglichkeit eröffnet, Kosten vorab im Wege eines Prozesskostenvorschusses von der Gegenseite zu erlangen und im Rahmen einer späteren Kostenfestsetzung Gebühren festsetzen zu lassen.

(3) Streitwert:

Der Streitwert dieser Verfahren ist nicht unerheblich. Auch aus diesem Grunde ist die anwaltliche Zurückhaltung gegenüber derartigen Verfahren kaum nachvollziehbar. Nach einer Entscheidung des OLG Celle²² soll er sich wie folgt errechnen: Die **Differenz** der unterschiedlichen Wertvorstellungen der Parteien ist zu ermitteln. Hiervon ist die **Hälfte** anzusetzen, da sich dieser Wert im Zugewinn ja auch nur zu ½ niederschlägt. Erklärt der Antragsteller jedoch glaubhaft, dass er in einem sich anschließenden Prozess jedenfalls nur einen geringeren Wert als den gutachterlich ermittelten einklagen wird, vermindert die beabsichtigte Beschränkung der Hauptsachenklage auch den Streitwert des Beweissicherungsverfahrens.

d) Fazit

Wie in dem obigen Beispielfall sollten Antragsteller daher in geeigneten Fällen versuchen, **nur die Auskünfte** als Grundlage für eine Einleitung des Beweissicherungsverfahrens zu erlangen. Dann sollte dieses Verfahren beschränkt werden.

Und wie sieht es aus Sicht des Antragsgegners aus? Wenn **er** mutmaßt, dass sich ein derartiges Verfahren anbahnt, wird er überlegen müssen, eine **negative Feststellungsklage** in Form einer Widerklage einzureichen. Dabei muss gar nicht einmal immer der Wert mit Null angesetzt werden. Vielmehr kann es auch so sein, dass ein bestimmter Wert nicht überschritten werden soll. Diese Lösung bietet sich vor allen Dingen dann an, wenn bereits in der vorprozessualen Korrespondenz Zahlungsvorstellungen erhoben wurden.

²² Vgl. FamRZ 2009, 1197.

Die Frage sei aber erlaubt: Welcher Antragsgegner, der durch ein bloßes Auskunftsverfahren überrascht wird, geht nunmehr in die Offensive und versucht seinerseits, durch negative Feststellungsklage die Dinge zu klären?