Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
24. bis 26. November 2016
in Nürnberg

Sichert den Beweis so lange er sicher ist

Dr. Michael Giers
Direktor des AG Neustadt a. Rbge

Inhalt

I. Anwendungsbereich 3
1. FG-Familiensachen 3
2. Familienstreitsachen 4
II. Beweisverfahren und Hauptsacheverfahren 4
1. Beweisverfahren bei anhängigem Rechtsstreit 4
2. Beweisverfahren ohne anhängigen Rechtsstreit 5
III. Der Antrag 6
1. Zuständiges Gericht 6
2. Inhalt des Antrages 7
3. Gegenantrag, Rücknahme, Erledigung 9
4. Hemmung der Verjährung 10
IV. Verfahren 10
1. Entscheidung 10
2. Beweisaufnahme 11
3. Vergleich 13
4. Rechtsmittel 13
V. Kosten, Verfahrenswert, Gebühren 13
1. Kostenentscheidung 13
2. Antrag nach § 494a ZPO 14
3. Verfahrenswert 16
4. Gebühren 17
5. Verfahrenskostenhilfe 17
VI. Verwertung des Gutachtens im Hauptsacheverfahren 18
VII. Materiell-rechtliche Grundlagen 19
1. Zugewinnausgleich 19
2. Vorzeitiger Zugewinnausgleich 19
VIII. Zusätzliche Sicherungsmaßnahme: Arrest 22
1. Voraussetzungen 22
2. Verfahren 24
3. Vollstreckung 25

I. Anwendungsbereich

1. FG-Familiensachen

Da die das Beweisverfahren regelnden §§ 485ff ZPO gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG nur auf **Familienstreitsachen** unmittelbar Anwendung finden (OLG Köln, FamRZ 2010, 1585; Giers - s. Literaturverzeichnis - Rn. 379), kommt in FG-Familiensachen eine Beweissicherung nach §§ 485ff ZPO nicht in Betracht. Dennoch müssen im Einzelfall Beweise gesichert werden.

In **Vaterschaftsfeststellungs- und –anfechtungsverfahren** kann eine Entscheidung durch **einstweilige Anordnung zur Beweissicherung** erfolgen (Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg, 5. Aufl., § 49 FamFG Rn 51f; Giers Rn. 54). Gem. § 178 Abs. 1 FamFG hat jede Person Untersuchungen, insbesondere die Entnahme von Blutproben, zu dulden, soweit es zur Feststellung der Abstammung erforderlich ist, es sei denn, dass ihr die Untersuchung nicht zugemutet werden kann. Wenn dieses Beweismittel zu verloren gehen droht, kann eine einstweilige Anordnung auf Duldung der Probenentnahme ergehen. Verloren gehen kann das Beweismittel insbesondere, wenn der putative Vater ausreisen will oder zu versterben droht (Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg aaO). Es kann sogar die Entnahme einer Blutprobe an einer Leiche angeordnet werden (OLG Dresden FPR 2002, 570). Der Antrag muss dahin gehen, die Probenentnahme zu dulden (bzw. im Fall des Verstorbenen anzuordnen). Eine Begutachtung kann dagegen im Anordnungsverfahren noch nicht erfolgen (Schulte-Bunert/Weinreich/Schwonberg aaO). Dagegen soll der rechtskräftig als nichtehelicher Vater Festgestellte nicht mittels eines selbständigen Beweisverfahrens die Mitwirkung des Kindes und der Kindesmutter an der Erstellung eines Gutachtens erzwingen können, mit dessen Hilfe er ein Wiederaufnahmeverfahren betreiben will (OLG Köln FamRZ 1995, 1500).

In **Gewaltschutzssachen** kann eine **tatsächliche Beweissicherung** angezeigt sein. Da Anträge in diesen Verfahren ganz überwiegend im Wege der einstweiligen Anordnung gestellt werden, ist eine Glaubhaftmachung erforderlich, § 51 Abs. 1 Satz 2 FamFG. Dazu bedarf es nicht der vollen gerichtlichen Überzeugung, sondern es genügt ein geringerer Grad der richterlichen Überzeugungsbildung, der bereits vorliegt, sofern bei freier Würdigung des gesamten Verfahrensstoffes eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass sie zutrifft (OLG Hamm FamRZ 2013, 1818;

OLG Saarbrücken FPR 2011, 234). Falls der Antrag aufgrund einer Körperverletzung gestellt wird, ist es angebracht, diese durch ein ärztliches Attest und durch Fotos zu dokumentieren. Mit dieser tatsächlichen Beweissicherung gelingt die Glaubhaftmachung wesentlich besser und dauerhafter als lediglich mit einer eidesstattlichen Versicherung, die schon durch eine eidesstattliche Versicherung des Antragsgegners entkräftet werden kann.

2. Familienstreitsachen

Wie ausgeführt ist in Familienstreitsachen eine Beweissicherung im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 485ff ZPO möglich. Familienstreitsachen sind die Unterhalts-, Güterrechts- und die sonstigen Familiensachen. In Unterhaltssachen wird eine Beweissicherung regelmäßig nicht erforderlich sein. In sonstigen Familiensachen kann die Beweissicherung angebracht sein, wenn es um Bereicherungsansprüche aufgrund geleisteter Arbeit geht, für deren Höhe es auf den Wert des mit der Arbeit geschaffenen Wertes, insbesondere eines Gebäudes geht.

Hauptanwendungsfall der Beweissicherung sind **Ansprüche auf Zugewinn**, insbesondere im Zusammenhang mit der **Ermittlung des Wertes von Grundstücken**. Die damit verbundenen Fragen stehen daher im Mittelpunkt der folgenden Betrachtung.

II. Beweisverfahren und Hauptsacheverfahren

1. Beweisverfahren bei anhängigem Rechtsstreit

Während oder außerhalb eines Streitverfahrens kann auf Antrag eines Beteiligten die Einnahme des Augenscheins, die Vernehmung von Zeugen oder die Begutachtung durch einen Sachverständigen angeordnet werden, wenn der Gegner zustimmt oder zu besorgen ist, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird, § 485 Abs. 1 ZPO.

Das Hauptsacheverfahren muss bereits anhängig sein. Im Hauptsacheverfahren darf die **Beweiserhebung noch nicht angeordnet** und auch nicht innerhalt der durch den Sicherungszweck gebotenen Zeit zu erwarten sein (Seibel – s. Literaturverzeichenis - § 485 Rn 13). Die **Zustimmung des Gegners** ist nicht formgebunden, sie kann auch gegenüber dem Antragsteller erklärt werden. Dann ist sie glaubhaft zu machen § 487 Nr. 4 ZPO (Seibel § 485 Rn 14).

Ohne Zustimmung des Gegners ist das Beweisverfahren zulässig, wenn die Besorgnis besteht, dass das Beweismittel verloren geht oder seine Benutzung erschwert wird. Das kann zB der Fall sein, wenn ein zu begutachtendes Bauwerk abgerissen werden soll. Ferner begründet das hohe Alter eines Zeugen die Besorgnis, dass das Beweismittel verloren geht (OLG Nürnberg NJW-RR 1998, 575). Die drohende Verjährung soll nicht die Voraussetzung eines drohenden Beweismittelverlustes erfüllen (LG München I Beschl. v. 14.07.2004 – 8 OH 9635/04; LG Amberg BauR 1984, 93). Insoweit dürfte aber die Hemmung der Verjährung durch das Hauptsacheverfahren gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB ohnehin ausreichen.

Die fehlende Erfolgsaussicht eines beabsichtigten Hauptsacheverfahrens, zB wegen Verjährung des geltend gemachten Anspruchs, macht ein vorangeschaltetes Beweisverfahren dagegen nicht unzulässig. Ebensowenig wie das angerufene Gericht die Erheblichkeit der Beweismittel für das Hauptsacheverfahren zu prüfen hat, kommt es für das Beweisverfahren auf die rechtliche Begründung der verfolgten Ansprüche an (OLG Celle BauR 2003, 1076; OLG Düsseldorf MDR 2001, 50; ähnlich OLG Köln NJW-RR 1996, 573).

2. Beweisverfahren ohne anhängigen Rechtsstreit

Ohne anhängigen Rechtsstreit ist das Beweisverfahren zulässig, wenn der Antragsteller ein rechtliches Interesse daran hat, dass … der Zustand oder Wert einer Sache, …festgestellt wird. Ein rechtliches Interesse ist anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, § 485 Abs. 2 ZPO. Möglich ist hier nur die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Das **Hauptverfahren** darf **nicht anhängig** sein. Wenn ein Stufenantrag auf Zugewinnausgleich anhängig ist, kann nicht im selbstständigen Beweisverfahren gem. § 485 Abs. 2 ZPO ein Sachverständiger mit der Wertermittlung für ein einem Ehegatten gehörendes Grundstück beauftragt werden (OLG Hamm FamRZ 2004, 956). Die Ansicht, das Beweisverfahren sei „einzustellen“, wenn der Rechtsstreit nach Einleitung des Beweisverfahrens eingeleitet wird (so Seibel § 485 Rn 24) dürfte überholt sein (LG Berlin Beschl. v. 04.11.2013 - 37 OH 1/10). Solange das Verfahren nicht an das Hauptsachegericht abgegeben wurde (dazu unten), läuft es weiter.

Der Begriff des **rechtlichen Interesses** wird weit gefasst. Es fehlt nur dann, wenn von vornherein ein Rechtsverhältnis, ein möglicher Prozessgegner oder ein Anspruch nicht erkennbar ist (BGH NJW 2004, 3488). Insbesondere kann ein Antrag nach §

485 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zur Vorbereitung eines Zugewinnausgleichsanspruchs gestellt werden, wenn im gerichtlichen Verfahren voraussichtlich ein **Sachverständigengutachten über den Wert von Gegenständen** des Anfangs- und / oder Trennungs- und / oder Endvermögens eingeholt werden müsste (OLG Stuttgart, NJW 2014, 2885). Dabei ist schon eine Schlichtungsmöglichkeit im weitesten Sinne ausreichend, um ein rechtliches Interesse anzunehmen. Wenn z.B. durch die verbindliche Bewertung von Grundstücken einer der wesentlichen Streitpunkte zwischen den Beteiligten im Rahmen der außergerichtlichen Auseinandersetzungen über den Zugewinnausgleich beseitigt wird, ist der Antrag zulässig (OLG Köln FamRZ 2010, 1585; OLG Naumburg FamRZ 2011, 1531). Möglich ist also auch die Feststellung eines vergangenen Wertes (Seibel § 485 Rn 33). Ebenso kann im selbstständigen Beweisverfahren ein Sachverständigengutachten zur Ermittlung der Unternehmenswerte eines landwirtschaftlichen sowie eines Garten- und Landschaftsbaubetriebes eingeholt werden (OLG Koblenz FamRZ 2009, 804).

III. Der Antrag

1. Zuständiges Gericht

Zuständig ist gem. § 486 Abs. 1 und 2 ZPO bei Anhängigkeit eines Rechtsstreits das Prozessgericht. Ist ein Rechtsstreit noch nicht anhängig, so ist der Antrag bei dem Gericht zu stellen, das nach dem Vortrag des Antragstellers zur Entscheidung in der Hauptsache berufen wäre. In dem nachfolgenden Streitverfahren kann sich der Antragsteller auf die Unzuständigkeit des Gerichts nicht berufen. Gem. § 486 Abs. 3 ZPO kann der Antrag in Fällen dringender Gefahr auch bei dem Amtsgericht gestellt werden, in dessen Bezirk die zu vernehmende oder zu begutachtende Person sich aufhält oder die in Augenschein zu nehmende oder zu begutachtende Sache sich befindet.

Bei anhängigem Rechtsstreit ist also das Hauptsachegericht zuständig. Das gilt auch, wenn der Antrag in der Hauptsache später zurückgenommen wird. Bei nicht anhängigem Rechtsstreit ist das nach dem Vortrag des Antragstellers fiktiv für eine Hauptsache zuständige Gericht für das Beweisverfahren zuständig. Im Zivilprozess fällt die Zuständigkeit häufig auseinander, weil bei 5.000 € übersteigenden Streitwerten für das Beweisverfahren das Amtsgericht und für das Hauptsacheverfahren das Landgericht zuständig ist. In Familiensachen ist immer das **Familiengericht** zustän-

dig. Die **örtliche Zuständigkeit** kann allerdings auseinanderfallen, wenn erst das Beweisverfahren bei dem Gericht, bei welchem das Ehescheidungsverfahren läuft, durchgeführt wird und nach dessen Abschluss bei dem Gericht am Aufenthaltsort des Antragsgegners der isolierte Zugewinnausgleichsantrag gestellt wird.

2. Inhalt des Antrages

§ 487 ZPO besagt zum Inhalt des Antrages:

§ 487 Inhalt des Antrages
Der Antrag muss enthalten:
1.die Bezeichnung des Gegners;
2.die Bezeichnung der Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll;
3.die Benennung der Zeugen oder die Bezeichnung der übrigen nach § 485 zulässigen Beweismittel;
4.die Glaubhaftmachung der Tatsachen, die die Zulässigkeit des selbständigen Beweisverfahrens und die Zuständigkeit des Gerichts begründen sollen.

Es handelt sich sämtlich um **Zulässigkeitsvoraussetzungen**. Die Bezeichnung des Gegners bereitet keine Probleme. Dasselbe gilt bei Einholung eines Gutachtens für die Bezeichnung des Beweismittels. Der Sachverständige wird vom Gericht ausgewählt, es genügt also der Beweisantritt durch Sachverständigengutachten. Allerdings können sich die Beteiligten auf einen Sachverständigen einigen, § 404 Abs. 4 ZPO. Fraglich erscheint, ob im Beweisverfahren ein **Obergutachten** eingeholt werden kann. Jedenfalls ist die Ablehnung dieses Antrages nicht anfechtbar (s.u.). Bei Vernehmung eines Zeugen neben anhängigem Hauptsacheverfahren ist dieser zu benennen.

Sorgfalt ist bei der Bezeichnung der Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll, geboten. **Rechtsfragen** können nicht Gegenstand des Beweisverfahrens sein. Es kann daher zB ein Gutachten dazu eingeholt werden, wie hoch der Wert eines Grundstücks und eines darauf lastenden Nießbrauchs im Anfangs- und Endvermögen war, nicht dagegen dazu, ob der Wert des Nießbrauchs zu berücksichtigen ist (s.u.).

Die **Glaubhaftmachung** bezieht sich bei anhängigem Hauptsacheverfahren auf dieses sowie auf die Zustimmung des Gegners bzw. den drohenden Beweismittelverlust, bei nicht anhängigem Hauptsacheverfahren bezieht sie sich auf das rechtliche

Interesse an der Begutachtung und die Zuständigkeit des Gerichts für das Hauptsacheverfahren. Im Fall der Einholung eines Gutachtens zum Grundstückswert ohne Hauptsacheverfahren ist also glaubhaft zu machen, dass Streitpunkte zwischen den Beteiligten im Rahmen der außergerichtlichen Auseinandersetzungen über den Zugewinnausgleich bestehen und durch das Beweisverfahren beseitigt werden können sowie dass das angerufene Gericht zuständig ist.

Der Antrag könnte – wenn nur Streit über den Wert eines Grundstücks im Endvermögen besteht - wie folgt gestellt werden (nach Giers Rn 382):

An das
Amtsgericht
- Familiengericht -
…
In der Familiensache (volles Rubrum)
wird beantragt,
im Wege des selbständigen Beweisverfahrens den Wert des im Grundbuch von … Blatt … eingetragenen Grundstücks am … (Datum der Zustellung des Ehescheidungsantrages) durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln.
Begründung:
Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute. Das Ehescheidungsverfahren ist anhängig (Aktenzeichen:…). Der Scheidungsantrag wurde am … zugestellt. Sie stehen derzeit in Verhandlungen über die Scheidungsfolgen, u.a. über die Höhe des der Antragstellerin zustehenden Zugewinnausgleichs. Der Antragsgegner ist Eigentümer des im Grundbuch von … Blatt … eingetragenen Gewerbegrundstücks, dessen Wert er in seiner in Kopie anliegender Auskunft zum Endvermögen mit 500.000 € angegeben hat. Die Antragstellerin beziffert den Wert jedoch auf mindestens 750.000 €. Es dient der Vermeidung eines Zugewinnausgleichsverfahrens, wenn der Wert im Wege des selbständigen Beweisverfahrens festgestellt wird.

Für den Antrag selbst besteht kein Anwaltszwang. In welchem Umfang weitere Verfahrenshandlungen vom Anwaltszwang befreit sind, ist streitig, soll in einem Vortrag für Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte aber nicht vertieft werden.

3. Gegenantrag, Rücknahme, Erledigung

Der Antragsgegner kann im Beweisverfahren einen **Gegenantrag** stellen. Voraussetzung dafür ist grundsätzlich, dass das Beweisverfahren noch nicht beendet ist. Beendet in diesem Sinne ist dieses spätestens 6 Monate nach dem Zugang des Sachverständigengutachtens (OLG Jena BauR 2003, 581); zur Beendigung im Übrigen s.u. Mit dem Gegenantrag kann das Beweisthema erweitert werden. Wenn zum Beispiel die Antragstellerin sich darauf beschränkt, den Wert eines Grundstücks des Antragsgegners im Endvermögen feststellen zu lassen, und der Antragsgegner sich auf dessen hohen Wert im Anfangsvermögen beruft, wofür er die Beweislast trägt (Braeuer - s. Literaturverzeichnis - Rn. 406), kann er insoweit die ergänzende Begutachtung beantragen. Streitig ist allerdings, ob dies bis zur Erstellung des Gutachtens zulässig ist (OLG Hamm BauR 2003, 1763) oder nur bis zum Ortstermin des Sachverständigen (OLG Jena MDR 1997, 1160). Es kann grundsätzlich nicht nach bereits erfolgter Begutachtung zu demselben Beweisthema die Einholung eines erneuten Gutachtens beantragt werden. Dies folgt bereits aus den §§ 485 Abs. 3, 412 ZPO, wonach das Gericht eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige nur anordnet, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet (OLG Stuttgart MDR 2011, 319).

Die **Rücknahme** des Antrages ist bis zur Beendigung des Beweisverfahrens möglich. Eine **einseitige Erledigungserklärung** ist dagegen nicht zulässig. Sie gilt regelmäßig als Antragsrücknahme. Nach der Antragsrücknahme hat der Antragsteller grundsätzlich die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO zu tragen. (BGH MDR 2005, 227). Das gilt auch, wenn das erledigende Ereignis erst im Verlauf des Beweisverfahrens eingetreten ist. Eine Kostenentscheidung in entsprechender Anwendung von § 91a ZPO kommt auch bei **übereinstimmender Erledigungserklärung** nicht in Betracht. Das gilt unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt des selbständigen Beweisverfahrens übereinstimmende Erledigungserklärungen der Parteien erfolgen. Deshalb muss auch in diesem Fall der Antragsteller die Kosten des Verfahrens tragen (BGH NJW-RR 2011, 931).

Streitig ist, ob auch die **Nichtzahlung des Kostenvorschusses** für ein Gutachten wie eine Antragsrücknahme zu behandeln ist. Teilweise wird angenommen, dass in diesem Fall dem Antragsteller in entsprechender Anwendung des § 269 Abs. 3 Satz

2, Abs. 4 ZPO auf Antrag des Gegners grundsätzlich die Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen sind (zB OLG Saarbrücken NJW-RR 2011, 500). Nach anderer Auffassung kann der Antragsgegner, der die Erstattung seiner Kosten begehrt, kann nur nach § 494a ZPO (dazu s.u.) vorgehen (zB OLG Köln NJW 2015, 708)

4. Hemmung der Verjährung

Gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB bewirkt die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens eine **Hemmung der Verjährung**. Problematisch kann die Bestimmung des Zeitpunktes sein, von welchem ab die Hemmungswirkung eintritt. Deshalb ist der Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens dem Antragsgegner **förmlich zuzustellen**. Die Verjährung wird allerdings auch dann gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB i.V.m. § 189 ZPO gehemmt, wenn der Antragsgegner den Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens lediglich aufgrund einer formlosen Übersendung durch das Gericht erhalten hat. Auf den fehlenden Willen des Gerichts, eine förmliche Zustellung vorzunehmen, kommt es nicht an (BGH NJW 2011, 1965). Der Antragsteller sollte jedoch immer darauf achten, dass der Antrag förmlich zugestellt wird, sofern die Verjährung droht. Das ist allerdings nur von Bedeutung, wenn der Zugewinnausgleich – abgesehen vom Fall des vorzeitigen Zugewinns (s.u.) – außerhalb des Scheidungsverbundes nach der Scheidung verfolgt wird, weil im Verbundverfahren die Verjährung nicht einmal zu laufen begonnen hat (Braeuer Rn. 592). Der Beginn der Verjährung setzt nämlich voraus, dass der Güterstand beendet ist und kann somit nicht vor Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses beginnen (Braeuer Rn. 590).Die Hemmung endet mit dem Ende des Beweisverfahrens (dazu s.u.).

IV. Verfahren

1. Entscheidung

Das Gericht übersendet dem Antragsgegner die Antrag, sofern nicht eine besondere Eilbedürftigkeit vorliegt, zur **Stellungnahme**. Die Entscheidung erfolgt in der Regel **ohne mündliche Verhandlung**, §§ 490 Abs. 1 Satz 1, 128 Abs. 4 ZPO, sie ergeht immer als **Beschluss**. Bei diesem Beschluss handelt es sich letztlich um einen Beweisbeschluss. Begründet werden muss der Beschluss nur, soweit er vom Antrag

abweicht. Der Beschluss wird formlos mitgeteilt, die förmliche Zustellung ist allerdings erforderlich, wenn ein Termin zur Beweisaufnahme bestimmt wird, § 329 Abs. 2 ZPO. Für die Verjährung kommt es auf die Zustellung dieses Beschlusses nicht an, weil die Hemmung bereits mit Zustellung des Antrages eintritt (s.o.). Wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 485, 487 ZPO nicht vorliegen, wird der Antrag zurückgewiesen. Dieser Beschluss ist wegen der dagegen möglichen sofortigen Beschwerde zuzustellen.

2. Beweisaufnahme

Zur Beweisaufnahme bestimmt § 492 ZPO:

§ 492 Beweisaufnahme
(1) Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.
(2) Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gericht, das sie angeordnet hat, aufzubewahren.
(3) Das Gericht kann die Parteien zur mündlichen Erörterung laden, wenn eine Einigung zu erwarten ist; ein Vergleich ist zu gerichtlichem Protokoll zu nehmen.

Wenn ein Gutachten eingeholt wird und nicht Verfahrenskostenhilfe bewilligt wurde (s.u.), wird das Gericht einen **Vorschuss** erfordern. Gegen die gerichtliche Anforderung eines Kostenvorschusses ist auch im selbstständigen Beweisverfahren kein Rechtsmittel gegeben (BGH NJW-RR 2009, 1433).

Für die Einholung des Gutachtens ist der durch das **Gesetz zur Änderung des Sachverständigenrechts** und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sowie zur Änderung des Sozialgerichtsgesetzes, der Verwaltungsgerichtsordnung, der Finanzgerichtsordnung und des Gerichtskostengesetzes vom 11.10.2016 (BGBl I, 2222) neu gefasste § 411 ZPO (Änderungen unterstrichen) zu beachten:

§ 411 Schriftliches Gutachten
(1) Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, setzt das Gericht dem Sachverständigen eine Frist, innerhalb derer er das von ihm unterschriebene Gutachten zu übermitteln hat.
(2) Versäumt ein zur Erstattung des Gutachtens verpflichteter Sachverständiger die Frist, so soll gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden. Das Ordnungsgeld

muss vorher unter Setzung einer Nachfrist angedroht werden. Im Falle wiederholter Fristversäumnis kann das Ordnungsgeld in der gleichen Weise noch einmal festgesetzt werden. Das einzelne Ordnungsgeld darf 3 000 Euro nicht übersteigen. § 409 Abs. 2 gilt entsprechend.
(3) Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit er das schriftliche Gutachten erläutere. Das Gericht kann auch eine schriftliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen.
(4) Die Parteien haben dem Gericht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ihre Einwendungen gegen das Gutachten, die Begutachtung betreffende Anträge und Ergänzungsfragen zu dem schriftlichen Gutachten mitzuteilen. Das Gericht kann ihnen hierfür eine Frist setzen; § 296 Abs. 1, 4 gilt entsprechend.

Nach Eingang des Gutachtens kann das Gericht in Ausübung des ihm nach § 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO eingeräumten Ermessens eine Frist zur Stellungnahme setzen. Insoweit ist die **Präklusionswirkung** zu beachten (s.u.). Andernfalls haben die Beteiligten die Möglichkeit, innerhalb eines angemessenen Zeitraums Einwendungen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitzuteilen.

Von dem Beteiligten, der einen Antrag auf Ladung des Sachverständigen stellt, kann **nicht verlangt werden**, dass er die Fragen, die er an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im Voraus **konkret formuliert**. Es genügt, wenn er allgemein angibt, in welche Richtung er durch seine Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht. Der Antrag auf Ladung des Sachverständigen bedarf darüber hinaus keiner besonderen Begründung. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Sachverständige nicht nur ein Erstgutachten, sondern ein Ergänzungsgutachten erstattet hat, es sei denn, es liegen Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch oder eine Verfahrenssverschleppung vor (BGH NJW-RR 2006, 1503). Allerdings ist zu beachten, dass das Gericht nach § 411 Abs. 3 Satz 2 ZPO nF auch eine schriftliche Erläuterung oder Ergänzung des Gutachtens anordnen kann.

Wenn eine Frist nicht gesetzt wird und die Beteiligten innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Erhalt des Gutachtens Einwendungen dagegen oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen mitgeteilt haben **endet das Beweisverfahren**. Als **angemessener Zeitraum**, innerhalb dessen von den Beteiligten des Verfahrens zu erwarten ist, dass sie Ergänzungsfragen mitteilen, gilt je nach Umfang und Komplexität des Gutachtens ein Zeitraum von einem bis zu sechs Monaten

(OLG Frankfurt NJW 2007, 852). In ganz einfach gelagerten kann sogar ein Zeitraum von sechs Wochen nicht mehr als angemessen erscheinen (BGH NJW 2011, 594). Der Zeitpunkt der Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens ist auch von maßgeblicher Bedeutung ist für das **Ende der Verjährungshemmung** gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB, welche gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB durch den Antrag auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens erfolgt (s.o.)

3. Vergleich

Nach § 492 Abs. 3 ZPO kann das Gericht kann die Beteiligten. zur mündlichen Erörterung laden, wenn eine Einigung zu erwarten ist. Ein **Vergleich** kann also auch im Beweisverfahren geschlossen werden. Möglich ist ferner der schriftliche Vergleich gem. § 278 Abs. 6 ZPO.

4. Rechtsmittel

Der **antragsgemäß ergehende Beschluss ist nicht anfechtbar**, § 490 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Gegen den **zurückweisenden Beschluss ist die sofortige Beschwerde zulässig**, § 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, die innerhalb von zwei Wochen bei dem Familiengericht oder dem Oberlandesgericht eingelegt werden muss, § 569 Abs. 1 ZPO. Das gilt auch bei Zurückweisung eines Gegenantrages. Da das Familiengericht über die Abhilfe zu entscheiden hat, empfiehlt sich auf jeden Fall, die sofortige Beschwerde dort einzulegen. Die **Rechtsbeschwerde** ist zulässig, wenn sie vom Beschwerdegericht zugelassen worden ist, § 70 Abs. 1 FamFG. Die Ablehnung eines Antrages auf Einholung eines Obergutachtens ist nicht anfechtbar (OLG Celle MDR 2011, 318; OLG Schleswig MDR 2009, 1304).

V. Kosten, Verfahrenswert, Gebühren

1. Kostenentscheidung

Der antragsgemäß ergehende Beschluss enthält keine **Kostenentscheidung**. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens sind Kosten des Hauptsacheverfahrens, über die grundsätzlich in diesem entschieden wird (BGH NJW 2009, 3240). Auch in Zugewinnausgleichsverfahren zählen die Kosten eines selbstständigen Beweisverfahrens grundsätzlich zu den **Kosten der Hauptsache** und sind nach der dort ergehenden Kostenentscheidung zu erstatten und festzusetzen, wenn die jeweiligen Verfahrensbeteiligten und die Verfahrensgegenstände im selbstständigen Beweisverfah-

ren und im Hauptsacheverfahren identisch sind (OLG Köln Beschluss vom 07.05. 2013 – II-10 WF 152/12). Eine Identität der Streitgegenstände in diesem Sinne liegt bereits dann vor, wenn nur Teile des Streitgegenstands eines selbständigen Beweisverfahrens zum Gegenstand des anschließenden Hauptsacheantrages gemacht werden (BGH, NJW-RR 2006, 810). Unerheblich ist, ob das aus dem selbstständigen Beweisverfahren gewonnene Ergebnis im Hauptsacheverfahren verwertet worden ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Akte des selbstständigen Beweisverfahrens beigezogen wurde (OLG Köln Beschl. v. 07.05. 2013 – II-10 WF 152/12). Wenn es nicht zu einem Hauptsacheverfahren kommt, kann der Antragsgegner nach § 494a ZPO vorgehen (s.u.).

Eine Kostenentscheidung in entsprechender Anwendung des § 91 Abs. 1 ZPO ist jedoch veranlasst, wenn der Antrag auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens **zurückgewiesen** wird. Ist in dem Beschluss über die Zurückweisung des Antrags auf Durchführung des selbstständigen Beweisverfahrens die gemäß § 91 Abs. 1 ZPO analog von Amts wegen vorzunehmende Kostenentscheidung unterblieben, kann diese Entscheidung in entsprechender Anwendung des § 321 Abs. 1 ZPO nur aufgrund eines binnen zwei Wochen nach Zustellung, § 321 Abs. 2 ZPO, gestellten Antrags auf Ergänzung des Kostenausspruchs nachträglich erfolgen (OLG Celle NJW-RR 2010, 1676).

2. Antrag nach § 494a ZPO

§ 494a ZPO bietet dem Antragsgegner die Möglichkeit, einen Kostentitel zu erhalten, wenn das Hauptsacheverfahren nicht eingeleitet wird.

§ 494a Frist zur Klageerhebung
(1) Ist ein Rechtsstreit nicht anhängig, hat das Gericht nach Beendigung der Beweiserhebung auf Antrag ohne mündliche Verhandlung anzuordnen, dass der Antragsteller binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben hat.
(2) Kommt der Antragsteller dieser Anordnung nicht nach, hat das Gericht auf Antrag durch Beschluss auszusprechen, dass er die dem Gegner entstandenen Kosten zu tragen hat. Die Entscheidung unterliegt der sofortigen Beschwerde.

Voraussetzung für den Antrag ist, dass das **Beweisverfahren beendet** ist. Die Beendigung tritt automatisch ein und braucht nicht förmlich durch Beschluss festgestellt zu werden. Von einer Beendigung des Beweisverfahrens ist auszugehen, wenn eine

sachliche Erledigung eingetreten ist. Im Fall des schriftlichen Gutachtens ist davon auszugehen, wenn dieses erstattet wurde, eine mündliche Erläuterung mangels Antrages oder von Amts wegen nicht stattfindet und keine Ergänzungsfragen gestellt werden (Seibel § 494a Rn 15). Zur Frist, innerhalb derer eine mündliche Erläuterung verlangt oder Ergänzungsfragen gestellt werden können, s.o. Haben die Beteiligten rechtzeitig Einwendungen gegen das im selbstständigen Beweisverfahren erstattete Gutachten erhoben, ist - sofern nicht eine weitere Beweisaufnahme stattfindet - das selbstständige Beweisverfahren jedenfalls dann beendet, wenn der mit der Beweisaufnahme befasste Richter zum Ausdruck bringt, dass eine weitere Beweisaufnahme nicht stattfindet und dagegen innerhalb angemessener Frist keine Einwände erhoben werden (BGH NJW 2011, 594). Der Antrag nach § 494a ZPO darf aber auch **nicht zu spät** gestellt werden. Ein Antragsgegner, der nach Abschluss eines selbstständigen Beweisverfahrens mit seinem Antrag auf Erhebung der Klage über eine angemessene Überlegungsfrist hinaus so lange wartet, bis der etwaige Anspruch des Antragstellers verjährt ist, handelt rechtsmissbräuchlich, wenn es für ihn keine triftigen Gründe gab, den Antrag nicht früher zu stellen (BGH NJW 2010, 1460).

§ 494a ZPO gilt auch für den **Gegenantrag** des Antragsgegners. Zu den in einem solchen Fall dem jeweiligen Antragsteller aufzuerlegenden Kosten des "Gegners" gehören nur dessen in seiner Eigenschaft als "Gegner" entstanden (ggf. anteiligen) Kosten, also weder dessen auf die eigene Antragstellung entfallenden Anwaltskosten noch die Gerichtskosten (OLG Nürnberg MDR 2010, 889). Zur Nichtzahlung des Kostenvorschusses s.o.

Der Antrag kann wie folgt aussehen (nach Seibel Anhang 1 Muster IV.):

An das
Amtsgericht
- Familiengericht -
…
In dem selbstständigen Beweisverfahren…
wird beantragt
1. dem Antragsteller aufzugeben, innerhalb einer vom Gericht zu bestimmenden Frist, die nicht mehr als einen Monat ab Zustellung betragen sollte, den Antrag im Hauptsacheverfahren zu stellen, sowie

2. für den Fall, dass der Antrag nicht fristgerecht gestellt wird, dem Antragsteller die der Antragsgegnerin entstandenen außergerichtlichen Kosten des selbstständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen.

Begründung:

Das selbständige Beweisverfahren ist beendet. Nach Erstattung des Gutachtens vom … hat der Antragsteller nicht innerhalb einer ihm zuzubilligenden Überlegungsfrist von höchstens 6 Monaten Ergänzungsfragen zu dem Gutachten gestellt oder Einwendungen dagegen erhoben. Er hat auch weder in den Scheidungsverbundverfahren Amtsgericht … Aktenzeichen… einen Zugewinnausgleichsantrag gestellt noch ein isoliertes Zugewinnausgleichsverfahren eingeleitet. Ihm ist daher gemäß gem. §§ 113 FamFG, 494a Abs. 1 ZPO aufzugeben, nunmehr einen Antrag zur Hauptsache zu stellen. Sollte er dies nicht binnen einer vom Gericht zu bestimmenden Frist tun, so sind ihm gem. §§ 113 FamFG, 494a Abs. 2 ZPO die der Antragsgegnerin entstandenen außergerichtlichen Kosten aufzuerlegen.

Der Verfahrenswert beläuft sich nach Auffassung der Antragsgegnerin auf … €, weil der Antragsteller außergerichtlich einen Zugewinnausgleich in dieser Höhe verlangt hatte. Es wird beantragt, diesen entsprechend festzusetzen.

3. Verfahrenswert

Der Verfahrenswert des Beweisverfahrens beläuft sich auf den **vollen Hauptsachewert** bzw. den Teil der Hauptsache, auf den sich die Beweiserhebung bezieht. Dabei ist der vom Antragsteller bei Verfahrenseinleitung geschätzte Wert weder bindend noch maßgeblich. Das Gericht hat nach Einholung des Gutachtens den "richtigen" Hauptsachewert, bezogen auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung und das Interesse des Antragstellers, festzustellen (BGH NJW 2004, 3488). Gegen die Festsetzung des Verfahrenswertes ist nach § 58 FamGKG die **Beschwerde** zulässig, wenn sie innerhalb der in § 55 Abs. 3 Satz 2 FamGKG bestimmten Frist (6 Monate, nachdem die Entscheidung wegen des Hauptgegenstands Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat) eingelegt wird. Ist der Verfahrenswert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden. Im Fall der formlosen Mitteilung gilt der Beschluss mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post als bekannt gemacht.

4. Gebühren

Für das Beweisverfahren entsteht nach Nr. 1503 KVFamGKG eine **1,0 Gerichtsgebühr**. An **Rechtsanwaltsgebühren** (können) entstehen:

- Verfahrensgebühr Nr. 3100 VV RVG; soweit der Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens auch Gegenstand eines Rechtsstreits ist oder wird, wird die Verfahrensgebühr des selbstständigen Beweisverfahrens auf die Verfahrensgebühr des Rechtszugs **angerechnet**, Vorbem. 3 Abs. 5 VV RVG
- Terminsgebühr Nr. 3104 VV RVG, da das Beweisverfahren eine eigene Angelegenheit ist wird die Terminsgebühr nicht angerechnet
- Einigungsgebühr bei nicht anhängiger Hauptsache Nr. 1000 VV RVG oder
- Einigungsgebühr bei anhängiger Hauptsache Nr. 1003 VV RVG
- Da keine mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist löst ein schriftlicher Vergleich gem. § 278 Abs. 6 ZPO keine Terminsgebühr aus, Nr. 3104 Abs. 1 Nr. 1 VV RVG

5. Verfahrenskostenhilfe

Für das selbständige Beweisverfahren kann Verfahrenskostenhilfe bewilligt werden (OLG Köln, FamRZ 2010, 1585). Im Fall eines Beschlusses nach § 494a Abs. 2 ZPO nützt dem Antragsteller jedoch die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe nichts, weil diese nach §§ 113 FamFG, § 121 Abs. 1 ZPO keine Befreiung von den Kosten des Antragsgegners zur Folge hat.

Zur Kostenregelung im **Vergleich bei Verfahrenskostenhilfe** ist auf § 26 Abs. 4 FamGKG (ebenso §§ 31 Abs. 4 GKG und 33 Abs. 3 GNotKG) hinzuweisen. Danach ist die für die Befreiung des Entscheidungsschuldners geltende Regelung entsprechend anzuwenden, soweit der Kostenschuldner als Übernahmeschuldner haftet, wenn

- der Kostenschuldner die Kosten in einem vor Gericht abgeschlossenen, gegenüber dem Gericht angenommenen oder in einem gerichtlich gebilligten Vergleich übernommen hat, und
- der Vergleich einschließlich der Verteilung der Kosten bzw. bei einem gerichtlich gebilligten Vergleich allein die Verteilung der Kosten, von dem Gericht vorgeschlagen worden ist und

- das Gericht in seinem Vergleichsvorschlag ausdrücklich festgestellt hat, dass die Kostenregelung der sonst zu erwartenden Kostenentscheidung entspricht.

Wenn nach Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe ein Vergleich geschlossen wird, aufgrund dessen Gerichtskosten übernommen werden, ist also darauf zu achten, dass auch die Kostenverteilung vom Gericht vorgeschlagen wurde und das Gericht die vorgenannte Feststellung trifft.

VI. Verwertung des Gutachtens im Hauptsacheverfahren

Zur Verwertung des Beweisergebnisses im Hauptsacheverfahren bestimmt § 493 ZPO:

§ 493 Benutzung im Prozess
(1) Beruft sich eine Partei im Prozess auf Tatsachen, über die selbständig Beweis erhoben worden ist, so steht die selbständige Beweiserhebung einer Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich.
(2) War der Gegner in einem Termin im selbständigen Beweisverfahren nicht erschienen, so kann das Ergebnis nur benutzt werden, wenn der Gegner rechtzeitig geladen war.

Das Gericht muss das Beweisverfahren im Hauptsacheverfahren von Amts wegen berücksichtigen. Eine Wiederholung der Beweisaufnahme kommt nur unter den strengen Voraussetzungen der §§ 360, 398, 402, 411 Abs. 4, 412 ZPO in Betracht, insbesondere also, wenn das Gericht das Gutachten als ungenügend erachtet. § 493 Abs. 2 hat für die schriftliche Begutachtung keine Bedeutung. Einwendungen gegen das Gutachten im selbständigen Beweisverfahren können nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch im Hauptsacheverfahren noch vorgetragen werden und sind dort zu beachten (BGH NJW-RR 2007, 1294). Das Verstreichenlassen einer im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 492 Abs. 1, 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzten Frist zur Stellungnahme kann aber dazu führen, dass der Beteiligte in dem nachfolgenden Rechtsstreit mit Einwänden verfahrensrechtlich ausgeschlossen wird (BGH NJW 2010, 2873).

VII. Materiell-rechtliche Grundlagen

1. Zugewinnausgleich

Hier können nicht alle Bewertungsprobleme im Zugewinnausgleich erörtert werden. Auf die folgende BGH-Entscheidung soll aber hingewiesen werden:

*Bewertung eines mit einem **Nießbrauch** belasteten Grundstücks im Zugewinnausgleich (BGH FamRZ 2015, 1268):*

a) Ist Vermögen, das ein Ehegatte mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zugunsten des Übergebers mit einem Nießbrauch belastet, unterliegt der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung aufgrund des abnehmenden Werts des Nießbrauchs für den dazwischen liegenden Zeitraum bzw. die Zeit zwischen dem Erwerb des Grundstücks und dem Erlöschen des Nießbrauchs nicht dem Zugewinnausgleich.
b) Um diesen Wertzuwachs im Zugewinnausgleich rechnerisch zu erfassen, ist eine auf einzelne Zeitabschnitte aufgeteilte Bewertung des gleitenden Erwerbsvorgangs nicht erforderlich. Das gleiche Ergebnis kann vielmehr schon dadurch erreicht werden, dass bei der Berechnung des Zugewinns des Zuwendungsempfängers auf ein Einstellen des Wertes des Nießbrauchs zum Ausgangs- und Endzeitpunkt in die Vermögensbilanz insgesamt verzichtet wird.
c) Ist hingegen der Wert des Nießbrauchs gestiegen, weil das belastete Grundstück im maßgeblichen Zeitraum einen Wertzuwachs (hier: infolge gestiegener Grundstückspreise) erfahren hat, muss der Wert des Nießbrauchs im Anfangs- und Endvermögen eingestellt werden, ohne dass es weiterer Korrekturen des Anfangsvermögens bedarf.
Es kann also nicht darauf verzichtet werden, den Wert des Nießbrauchs zu den Stichtagen zu ermitteln, auch wenn er im Regelfall keine Rolle spielt.

2. Vorzeitiger Zugewinnausgleich

Im Einzelfall kann es angezeigt sein, gem. § 1385 BGB den vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns bei vorzeitiger Aufhebung der Zugewinngemeinschaft oder nur die vorzeitige Aufhebung gem. § 1386 BGB zu verlangen. Der letztgenannte Antrag ist angebracht, wenn der Antragsteller unsicher ist, ob ihm tatsächlich ein Ausgleichsanspruch zusteht, er in jedem Fall aber den Güterstand schnell beenden möchte. Mit den Anträgen nach §§ 1385, 1386 wird auch erreicht, dass vor Zustellung des Scheidungsantrages ein Stichtag für das Endvermögen feststeht, so dass insoweit ein

selbständiges Beweisverfahren geführt werden kann. Denn nach § 1387 BGB tritt in den Fällen der §§ 1385 und 1386 BGB für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstands der Zeitpunkt, in dem die entsprechenden Klagen erhoben sind. Damit ist dann auch ein Stichtag für das Endvermögens vorhanden. Vorher kann ein Beweisverfahren nur bzgl. des Anfangsvermögens und des Vermögens bei Trennung geführt werden. Der vorzeitige Zugewinnausgleich bzw. die vorzeitige Auflösung der Zugewinngemeinschaft können verlangt werden, wenn

1. die Ehegatten seit mindestens drei Jahren getrennt leben,

2. Handlungen der in § 1365 oder § 1375 Abs. 2 BGB (illoyale Vermögenshandlungen) bezeichneten Art zu befürchten sind und dadurch eine erhebliche Gefährdung der Erfüllung der Ausgleichsforderung zu besorgen ist,

3. der andere Ehegatte längere Zeit hindurch die wirtschaftlichen Verpflichtungen, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, schuldhaft nicht erfüllt hat und anzunehmen ist, dass er sie auch in Zukunft nicht erfüllen wird, oder

4. der andere Ehegatte sich ohne ausreichenden Grund beharrlich weigert oder sich ohne ausreichenden Grund bis zur Erhebung der Klage auf Auskunft beharrlich geweigert hat, ihn über den Bestand seines Vermögens zu unterrichten.

§ 1385 Nr. 1 BGB setzt nur eine **dreijährige Trennungszeit** voraus (AG Köln, Beschl. v. 03.02. 2014 – 314 F 204/13). Ein darüber hinaus bestehendes besonderes Rechtsschutzinteresse ist nicht notwendig (OLG München FamRZ 2013, 132). Für den Anspruch auf vorzeitige Aufhebung der Zugewinngemeinschaft wegen **illoyaler Vermögenshandlungen** nach § 1385 Nr. 2 BGB ist neben der Vornahme dieser Handlungen bzw. einer entsprechenden Befürchtung die objektiv begründbare Besorgnis einer erheblichen Gefährdung der künftigen Ausgleichsforderungen erforderlich. Dafür bestehen trotz einer erheblichen Verminderung des Barvermögens des anderen Ehegatten keine konkreten Anhaltspunkte, wenn der Ehegatte noch über ausreichende andere Vermögenswerte verfügt (OLG München, FamRZ 2014, 1295).

Neben der **schuldhaften Nichterfüllung der wirtschaftlichen Verpflichtungen**, die sich aus dem ehelichen Verhältnis ergeben, § 1385 Nr. 3 BGB, muss anzunehmen sein, dass der betreffende Ehegatte sie auch in Zukunft nicht erfüllen wird. Hinsichtlich der **Weigerung, Auskunft zu erteilen**, § 1385 Nr. 4 BGB ist zu beachten, dass diese Vorschrift nur die aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB abgeleitete Unterrichtungs-

pflicht erfasst, nicht jedoch en Auskunftsanspruch nach § 1379 Abs. 2 BGB über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung im Fall des Getrenntlebens (BGH, FamRZ 2015, 32).

Der Antrag kann auch als **Stufenantrag** gestellt werden. Während dessen Anhängigkeit ist aber ein Beweisverfahren nur unter den Voraussetzungen des § 485 Abs. 1 BGB möglich (s.o.). Da § 1385 BGB nicht ausdrücklich zu entnehmen ist, ob der Antragsteller neben dem Antrag auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns ausdrücklich einen Gestaltungsantrag auf Aufhebung der Zugewinngemeinschaft stellen muss, empfiehlt es sich, zusätzlich einen Gestaltungsantrag auf Aufhebung der Zugewinngemeinschaft zustellen.

Der (Stufen-) Antrag kann wie folgt gestellt werden (nach Giers Rn 390):

An das
Amtsgericht
- Familiengericht -
…
In der Familiensache (volles Rubrum)
wird beantragt,
I. die Zugewinngemeinschaft der beteiligten Eheleute zum Zeitpunkt der Zustellung dieses Antrages aufzuheben,
II. den Antragsgegner zu verpflichten,
1. der Antragstellerin Auskunft zu erteilen durch Vorlage eines vollständigen und geordneten Bestandsverzeichnisses über alle Aktiva und Passiva seines Endvermögens bei Zustellung diesen Antrages
2. wie 1. bzgl. des Anfangsvermögens am … (Eheschließung)
3. wie 1. bzgl. des Vermögens am … (Trennung)
4. seine Auskünfte zu belegen durch … (genaue Angaben der Unterlagen zB Bilanzen und Gewinn- und Verlustrechungen der Fa. … aus den Jahren 2009 -2013)
5.. die Richtigkeit der Auskünfte an Eides statt zu versichern,
6. an die Antragstellerin einen nach Auskunftserteilung zu beziffernden Zugewinnausgleich nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtskraft der Ehescheidung zu zahlen.
Begründung:

Die Beteiligten sind Eheleute. Die Eheschließung erfolgte am …. Seit dem … und damit seit mehr als 3 Jahren leben die Eheleute getrennt. An diesem Tag ist die Antragstellerin aus der früheren Ehewohnung ausgezogen.
Beweis:
1. Meldebescheinigung vom …
2. Zeugnis der Frau …, welche der Antragstellerin beim Umzug geholfen hat.
Die Antragstellerin verlangt den vorzeitigen Zugewinnausgleich nach dreijähriger Trennung gem. § 1385 Nr. 1 BGB. Der Antragsgegner hat sich bisher geweigert, die zur Ermittlung der Ausgleichsforderung erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

VIII. Zusätzliche Sicherungsmaßnahme: Arrest

1. Voraussetzungen

Gem. § 119 Abs. 2 FamFG kann das Gericht in Familienstreitsachen den Arrest anordnen. Die §§ 916 bis 934 und die §§ 943 bis 945 ZPO gelten entsprechend. Der Arrest ist damit genau wie das Beweisverfahren **nur in Familienstreitsachen** möglich. Hauptanwendungsbereich ist auch für dieses Verfahren der Zugewinnausgleich. Voraussetzungen für den Erlass sind ein Arrestanspruch und einen Arrestgrund. **Arrestanspruch** kann nach § 916 Abs. 1 ZPO nur eine Geldforderung oder ein Anspruch sein, der in eine Geldforderung übergehen kann, also auch ein Anspruch auf Zugewinnausgleich. Dieser Anspruch muss entstanden sein, wobei ein **Anspruch auf vorzeitigen Zugewinnausgleich genügt**. Wenn auch die Voraussetzungen dafür noch nicht vorliegen, kann Arrest nicht mit Erfolg beantragt werden. Es ist aber zu beachten, dass der Arrest nicht nur für den vorzeitigen Zugewinnausgleich nach § 1385 BGB angeordnet werden, sondern nach Zustellung des Scheidungsantrages auch für den Anspruch auf künftigen Zugewinnausgleich (OLG Brandenburg, FamRZ 2009, 446; OLG Celle, FamRZ 2015, 160; OLG Karlsruhe, FamRZ 2007, 408; OLG Naumburg, FamRZ 2008, 2202). Zwingende Voraussetzung eines Antrags auf dinglichen Arrest wegen Gefährdung des Zugewinnausgleichs ist, dass zu dem vermeintlichen Zugewinnausgleichsanspruch im Einzelnen vorgetragen, die Höhe jedenfalls annähernd rechnerisch dargestellt und dass dieser Vortrag zudem glaubhaft gemacht wird (OLG Brandenburg FamRZ 2015, 1225; OLG Hamm, Beschl. v. 19.08.2013 – II-8 UF 145/13).

Der Arrest kann als **dinglicher oder persönlicher Arrest** ergehen. Ein **Arrestgrund für den dinglichen** Arrest liegt vor, wenn zu besorgen ist, dass ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Titels vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, § 917 Abs. 1 ZPO. Die Voraussetzungen des § 917 Abs. 2 ZPO, wonach es als zureichender Arrestgrund anzusehen ist, dass der Titel im Ausland vollstreckt werden müsste und die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist, sind im Anwendungsbereich der EU-Verordnung Nr. 1215/2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO) nicht gegeben. Ein **Arrestgrund** für den dinglichen Arrest ist nicht schon bei einer Vermögensverschiebung gegeben. ZB rechtfertigt der Verkauf eines Hauses den Erlass eines Arrestes nicht in jedem Fall (KG FamRZ 2013, 1673; a.A. AG Nordenham,FamRZ 2013, 35). Voraussetzung ist vielmehr, dass das der Gesamtheit der Gläubiger zur Verfügung stehende Schuldnervermögen durch Abflüsse von Vermögenswerten verringert zu werden droht. Dafür ist im Wege der Einzelfallprüfung festzustellen, ob mit der Veräußerung eines Vermögensgegenstandes wirklich eine Gefährdung der Vollstreckung einhergeht (KG FamRZ 2013, 1673).

In folgenden Fällen wurde ein Arrestgrund bejaht:

- Die Zwangsvollstreckung wurde dadurch wesentlich erschwert, dass nach der Veräußerung des einzigen körperlichen Vermögensgegenstandes nur noch eine Vollstreckung in das nicht körperliche Vermögen des Schuldners im Inland, nämlich einen Geschäftsanteil an einer GmbH & Co. KG , möglich war (OLG Dresden, FamRZ 2007, 1029),
- der Ausgleichspflichtige verschleierte sein Vermögen durch grob falsche Auskünfte (OLG Hamm, Beschl. v. 15.02.2006 – 8 WF 54/06; OLG Frankfurt FamRZ 1996, 747),
- schädigende Handlungen nach § 1375 Abs. 2 BGB standen bevor (OLG Hamm, Beschl. v. 15.02.2006 – 8 WF 54/06),
- ein Rechtsgeschäft gem. § 1365 BGB drohte (OLG Hamm, Beschl. v. 15.02.2006 – 8 WF 54/06),
- der Ausgleichspflichtige teilte mit, dass er einen erheblichen Betrag seines Vermögens verspielt habe und dies auch für die Zukunft nicht ausschließen

könne, sofern sich seine finanzielle Situation nicht ändere (AG Warendorf,Beschl. v. 10.11.1999 - 9 F 244/99),

- der Ausgleichspflichtige verschob erhebliche Geldsummen von einem Tagesgeld- auf ein Geschäftskonto (OLG Brandenburg NJW-RR 2015, 1283).

Ein **Arrestgrund für den persönlichen Arrest** besteht nach § 918 ZPO, wenn der Arrest erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern.

2. Verfahren

Der Arrest setzt einen Antrag, das **Arrestgesuch**, voraus, das nach § 920 Abs. 1 ZPO die Bezeichnung des Anspruchs unter Angabe des Geldbetrages oder des Geldwertes sowie die Bezeichnung des Arrestgrundes enthalten soll. Arrestanspruch und -grund sind glaubhaft zu machen, § 920 Abs. 2 ZPO. Weil das Arrestgesuch nach § 920 Abs. 3 ZPO vor der Geschäftsstelle zu Protokoll erklärt werden kann, ist insoweit nach §§ 114 Abs. 4 Nr. 6 FamFG, § 78 Abs. 3 ZPO die anwaltliche Vertretung nicht erforderlich. Im Übrigen besteht jedoch durchaus nach § 114 Abs. 1 FamFG überwiegend Anwaltszwang.

Zuständig für die Anordnung des Arrestes ist nach § 919 ZPO sowohl das Gericht der Hauptsache als auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet. Hauptsachegericht in diesem Sinne ist entweder das Gericht, bei dem das Hauptsacheverfahren bereits tatsächlich anhängig ist, oder andernfalls das fiktive Hauptsachegericht. Die mündliche Verhandlung ist freigestellt, § 922 Abs. 1 ZPO. Beachtung verdient die Terminologie: Im Verfahren nach der ZPO wird die Entscheidung aufgrund mündlicher Verhandlung als „Arresturteil“ bezeichnet wird, diejenige ohne mündliche Verhandlung als „Arrestbeschluss“. In Familiensachen heißt sie nach § 116 Abs. 1 FamFG einheitlich „Beschluss“, der auch als Versäumnisbeschluss ergehen kann. Unterschiede bestehen zwischen dem Beschluss aufgrund mündlicher Verhandlung und demjenigen ohne mündliche Verhandlung in Bezug auf die **Zustellung**. Der Beschluss aufgrund mündlicher Verhandlung wird durch das Gericht von Amts wegen zugestellt wird, der ohne mündliche Verhandlung ergangene Beschluss vom Beteiligten selbst, § 922 Abs. 2 ZPO.

Sofern der Arrest **ohne mündliche Verhandlung** erlassen wurde, findet dagegen nach § 924 ZPO der **Widerspruch** statt. Anwaltszwang besteht dafür nicht, § 114 Abs. 4 Nr. 6 FamFG, § 78 Abs. 3 ZPO. Der Widerspruch hemmt die Vollziehung nicht, das Gericht kann die Vollstreckung aber aussetzen. Auf den Widerspruch hin hat das Gericht von Amts wegen Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen, in welchem über die Rechtmäßigkeit des Arrestes verhandelt wird. Das Gericht kann den Arrest ganz oder teilweise bestätigen, abändern oder aufheben, auch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer Sicherheitsleistung abhängig machen.

Wenn die Hauptsache nicht anhängig ist, hat das Arrestgericht gem. § 926 ZPO auf Antrag ohne mündliche Verhandlung anzuordnen, dass der Beteiligte, der den Arrestbeschluss erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist den **Antrag im Hauptsacheverfahren** zu erheben habe. Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes auszusprechen. Ferner besteht die Möglichkeit, einen Antrag auf **Aufhebung oder Änderung** des Arrestes zu stellen, § 927 ZPO.

Gegen den **aufgrund mündlicher Verhandlung erlassenen** bzw. nach Widerspruch bestätigten Arrestbeschluss wurde, ist die **Beschwerde** gemäß § 58 ff FamFG statthaft, ebenso im Fall der Zurückweisung des Antrages aufgrund mündlicher Verhandlung bzw. nach Widerspruch. Wenn es sich um einen Versäumnisbeschluss handelt, ist der Einspruch gem. §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, § 338 ZPO der richtige Rechtsbehelf. Sehr streitig ist, ob gegen die **Ablehnung eines Arrestantrages ohne mündliche Verhandlung** die Beschwerde gemäß § 58 ff FamFG (OLG Brandenburg, FamRZ 2014, 1389; OLG Hamm, Beschl. v. 06.06.2011 - II-8 UF 3/11; OLG Karlsruhe, FamRZ 2011, 234; OLG München, FamRZ 2011, 756) oder die sofortige Beschwerde gem. § 119 Abs. 2 Satz 2 FamFG i.V.m. §§ 567 ff, 929 Abs. 1 Satz 1 ZPO statthaft (OLG Celle, FamRZ 2013, 1917;OLG Frankfurt, FamRZ 2012, 1077; OLG Jena, Beschl. v. 07. 05.2014 – 1 UF 235/14; KG, FamRZ 2014, 148; OLG Koblenz, FamRZ 2013, 1602; OLG Oldenburg, FamRz 2012, 1077) ist. Es ist zu empfehlen, immer innerhalb von 2 Wochen Rechtsmittel bei dem Familiengericht einzulegen.

3. Vollstreckung

Der Arrest ist **sofort vollstr**eckbar, ohne dass die vorläufige Vollstreckbarkeit bzw, sofortige Wirksamkeit angeordnet werden muss. Das Gericht kann die Vollziehung

von einer **Sicherheitsleistung** abhängig machen, § 921 ZPO. Die **Vollstreckungsklausel** ist gem. §§ 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG, § 929 Abs. 1 ZPO nur erforderlich, wenn die Vollziehung für einen anderen als den im Beschluss bezeichneten Gläubiger oder gegen einen anderen als den im Beschluss bezeichneten Schuldner erfolgen soll. Für die **Vollstreckung des dinglichen Arrestes** verweist § 120 Abs. 1 FamFG auf die ZPO. Jedoch ist der Arrest nur auf eine Sicherung des Anspruchs gerichtet. Gem. § 930 ZPO findet daher die Versteigerung gepfändeter Sachen nur ausnahmsweise auf Antrag des Vollstreckungsgerichts statt, wenn die gepfändete Sache der Gefahr einer beträchtlichen Wertminderung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Gepfändetes Geld und ein etwaiger Versteigerungserlös sind zu hinterlegen. Forderungen werden nur gepfändet, jedoch nicht überwiesen. Die Immobiliarvollstreckung erfolgt durch Eintragung einer Arresthypothek, § 932 ZPO. Die **Vollstreckung des persönlichen Arrestes** richtet sich nach den Anordnungen des Gerichts. In Betracht kommen die Haft oder geringere Beschränkungen, z.B. die Wegnahme der Ausweispapiere, § 933 ZPO.

Im Unterschied zur einstweiligen Anordnung besteht für den Arrest eine **Vollziehungsfrist**, § 929 Abs. 2 ZPO, wonach die Vollziehung des Arrestbeschlusses unstatthaft ist wenn seit dem Tage, an dem der Arrest verkündet oder den Beteiligten, auf deren Gesuch er erging, zugestellt ist, ein Monat verstrichen ist. Wie ausgeführt besteht also ein Unterschied zwischen Entscheidungen, die aufgrund mündlicher Verhandlung ergangen sind und deshalb verkündet wurden, sowie den ohne mündliche Verhandlung ergangenen Beschlüssen. Bei Entscheidungen, die aufgrund mündlicher Verhandlung ergangen sind beginnt die Frist mit der Verkündung, bei ohne mündliche Verhandlung ergangenen Beschlüssen mit der Zustellung an den Antragsteller.

Zur Wahrung der Vollziehungsfrist reicht es aus, dass die Zwangsvollstreckungsmaßnahme innerhalb der Frist beantragt und ohne vom Arrestgläubiger zu verantwortende Verzögerung eingeleitet wurde. Die Maßnahme muss innerhalb der Frist jedoch nicht vollzogen sein. Im Fall der Aussetzung der Vollstreckung wird die Vollziehungsfrist unterbrochen.

Der Arrest kann wie folgt beantragt werden (nach Giers Rn 189):

An das

Amtsgericht

- Familiengericht -

…

In der Familiensache (volles Rubrum)

wird beantragt,

1. den dinglichen Arrest in das Vermögen des Antragsgegners anzuordnen,

2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Begründung:

Die Beteiligten sind getrennt lebende Eheleute. Das Ehescheidungsverfahren ist unter dem Aktenzeichen … anhängig. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen des ehescheidungsverfahren einen Stufenantrag auf Auskunft und Zahlung von Zugewinnausgleich gestellt. Mit Beschluss vom … wurde der Antragsgegner zur Auskunft verpflichtet. Er hat daraufhin die zur Glaubhaftmachung beigefügte Auskunft erteilt. Danach hat er während der Ehe einen Zugewinn von 540.000 € erwirtschaftet. Der Zugewinn der Antragsgegner beläuft sich nach der zur Glaubhaftmachung anliegenden Aufstellung über ihr Anfangs- und Endvermögen nur auf 53.000 €. Zur weiteren Glaubhaftmachung sind ferner folgende Belege beigefügt:

…..

Der Zugewinnausgleichsanspruch der Antragstellerin beläuft sich danach auf 243.500 €. Das Vermögen des Antragsgegners besteht überwiegend aus einem Mietshaus in … sowie mehreren Ferienwohnungen in … Sämtliche Objekte sind zum Kauf angeboten. Entsprechende Inserate liegen zur Glaubhaftmachung an. Der Antragsgegner hat im in Kopie anliegenden Brief vom … der Antragstellerin angekündigt, den Erlös aus den Verkäufen in Grundstücken auf den Kapverden anzulegen. Damit würde der Antragstellerin eine Vollstreckung erheblich erschwert, so dass der Erlass des dinglichen Arrests geboten ist.

Literatur

Braeuer, Der Zugewinnausgleich, 2. Aufl. 2015

Giers, Einstweiliger Rechtsschutz in der familienrechtlichen Praxis, 2015

Seibel. Selbständiges Beweisverfahren, 2013