
Datum: 23.06.2020
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 10 UF 114/19
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2020:0623.10UF114.19.00

Vorinstanz: Amtsgericht Aachen, 222 F 98/17

Tenor:

1.

Der Antragstellerin wird aufgegeben, zur Entscheidung über ihren Verfahrenskostenhilfeantrag eine aktuelle Erklärung zu ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen einzureichen, die auch belegte Erklärungen zu dem Verbleib der Gelder aus Hausverkauf und Erbschaft sowie zum Stand des hinterlegten Erlöses enthalten soll.

2.

Der Senat weist darauf hin, dass er beabsichtigt, unter Zurückweisung seiner weitergehenden Beschwerde auf die Beschwerde des Antragsgegners im Übrigen den Beschluss des Amtsgerichts – Familiengericht – Aachen vom 18.06.2019 – 222 F 98/17 – im schriftlichen Verfahren im Ausspruch zum Zugewinn dahingehend abzuändern, dass der Antragsgegner verpflichtet wird, 25.316,26 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtskraft der Scheidung an die Antragstellerin zu zahlen.

3.

Die Beteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweis, die Antragstellerin auch zur Erledigung der Auflage auf Ziff. 1, binnen **drei Wochen ab Zugang** des Beschlusses.

Gründe:	1
I.	2
Die zulässige Beschwerde des Antragsgegners ist nur in geringfügigen Umfang begründet, wobei vorab Rechenfehler des Amtsgerichts zu korrigieren waren, welches im Anfangsvermögen das Haus A nicht (wie im Tatbestand richtig wiedergegeben) mit 64.700,00 € (= ½ von 129.400,00 €), sondern mit nur 62.700,00 € in Ansatz gebracht hat; ebenfalls waren Korrekturen veranlasst bei den Sparbücher B 3xxx9xxx4 (in die Berechnung eingestellt mit 287,78 €; richtig sind 284,19 € = 555,83 DM, Bl. 186 GÜ) und 2161441 (eingestellt mit 18,66 €; richtig sind 18,54 € = 36,26 DM, Bl. 187 GÜ).	3
Hinsichtlich der mit der Beschwerde angegriffenen Positionen gilt folgendes:	4
1. Anfangsvermögen Ehemann (31.12.2000)	5
Der Antragsgegner ist für sein Anfangsvermögen darlegungs- und beweispflichtig (vgl. BGH, Ur. v. 20.07.2005 - XII ZR 301/02, FamRZ 2005, 1660) und muss dieses daher darlegen und in dem für § 286 ZPO brauchbaren Grad von Gewissheit, der vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet (BGH, Ur. v. 17.02.1970 - III ZR 139/67, NJW 1970, 946; BGH, Ur. v. 18.04.1977 - VIII ZR 286/75, VersR 1977, 721; BGH, Ur. v. 14.12.1993 - VI ZR 221/92, NJW-RR 1994, 567), beweisen. Insoweit ist – auch im Lichte des Beschwerdevorbringens – nicht ersichtlich, dass der amtsgerichtliche Wertansatz des Anfangsvermögens des Antragsgegners unrichtig sein sollte.	6
<u>a. Opel Astra</u>	7
Die vom Amtsgericht vorgenommene Schätzung ist vor dem Hintergrund, dass der Kaufpreis des am 13.09.2000 erworbenen Wagens – den der Antragsgegner mit 5.000,00 DM lediglich behauptet hat (Bl. 237, 241 GÜ) – streitig geblieben ist, auch aus Sicht des Senats nicht zu beanstanden. Die weiteren, für eine Schätzung vorgetragenen Umstände (insbesondere die Fotos, Bl. 216, 217 GÜ) legen nicht ausreichend nahe, dass ein höherer Wert im Wege der Schätzung – welche der Antragsgegner im Übrigen selbst angeregt hatte (Bl. 158 UE) – anzusetzen wäre.	8
<u>b. Leistungen GAK (Gemeinsame Sozialversicherungsverwaltung der Niederlande)</u>	9
Auch dass das Amtsgericht die Position „GAK“ nicht in Ansatz gebracht hat, ist nicht zu beanstanden. Belegt ist eine Zahlung am 15.01.2001 und damit nach dem Stichtag (Bl. 189 GÜ). Dass – wie der Antragsgegner behauptet – der Anspruch auf (niederländische) Arbeitslosenleistungen kalendertäglich entstehe und daher anteilig (mit 451,30 €) bereits zum 31.12.2000 im Aktivvermögen zu berücksichtigen sei (Bl. 233, 236 GÜ), erschließt sich aus den vorgelegten Unterlagen für sich nicht; insoweit trifft ihn als Bezieher der ausländischen Sozialleistung aber die Verpflichtung, den behaupteten Inhalt des ausländischen Rechts konkreter vorzutragen, als dies bisher geschehen ist (vgl. BGH, Ur. v. 30.04.1992 - IX ZR 233/90, NJW 1992, 2026 (2029); KG, Ur. v. 30.11.1981 – 22 U 5430/80, VersR 1982, 1199). Es bleibt daher bei der amtsgerichtlichen Bewertung, wonach Ansprüche auf wiederkehrende Einzelleistungen nur dann zum Vermögen zählen, wenn sie fällig und rückständig sind (vgl. Staudinger-Thiele (2017), § 1374, Rn. 5), wovon vorliegend nicht ausgegangen werden kann.	10
<u>c. Steuererstattung für 2000</u>	11
	12

Auch die am 28.04.2001 gezahlten 4.444,32 € Steuererstattung (Bl. 192 GÜ) hat das Amtsgericht zu Recht bei der Bemessung des Anfangsvermögens außer Betracht gelassen. Einkommenssteuerschulden und –erstattungen sind mit dem Zeitpunkt ihres Entstehens im Zugewinn zu bilanzieren (BGH, Urt. v. 24.10.1990 – XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43), dieser liegt aber (erst) im Ablauf des Veranlagungszeitraumes, § 36 EStG.

Notwendig für eine Berücksichtigung ist daher, dass – was vorliegend nicht der Fall ist - der Veranlagungszeitraum zum Stichtag bereits abgelaufen ist, §§ 25 Abs. 1, 36 Abs. 1, 4, 51 a EStG (OLG Koblenz, Beschl. v. 03.06.1987 – 13 WF 607/87, unveröffentlicht; OLG Köln, Urt. v. 02.05.1994 – 27 U 23/94, BB 1994, 1409; OLG Dresden, Urt. v. 25.06.2010 – 24 UF 800/09, FamRZ 2011, 113). Der Senat verkennt nicht die hieran geäußerte Kritik der Literatur (etwa Piltz, NJW 2012, 1111; Schulz/Maier/Gutdeutsch, FamRZ 2015, 2097), hält indes die dort angeführten Argumente für als aus dem Stichtagsprinzip resultierende und daher im Zugewinn hinzunehmende Folgen. 13

Zuletzt bleibt auch die Berufung auf § 1381 BGB ohne Erfolg. Nach dieser Norm kann die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigert werden, soweit dieser nach den Umständen des Einzelfalls grob unbillig wäre. Die grobe Unbilligkeit stellt auf Ergebnisse ab, die mit den Grundlagen des Zugewinnausgleichs in Widerspruch stehen und deshalb das Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise verletzen (vgl. BGH, Urt. v. 09.10.2013 – XII ZR 125/12, FamRZ 2013, 1954; BGH, Beschl. v. 16.10.2013 – XII ZB 277/12, FamRZ 2014, 24). Darin liegt eine qualitative Verschärfung der Anforderungen einfacher Unbilligkeit (Müko-Koch, 7. Aufl. (2017), § 1381, Rn. 12; Staudinger- v. Bar (2017), § 1381, Rn. 5). 14

Das Leistungsverweigerungsrecht besteht daher nur in Ausnahmefällen, in denen die Unbilligkeit des Ergebnisses nach Anlass und/oder Auswirkung besonders schwer wiegt, wohingegen gerade nicht der Sinn der Vorschrift ist, die in der positivrechtlichen Ausgestaltung des Zugewinnausgleichs selbst angelegten Mängel, die sich –wie auch vorliegend - in einem Fall mehr, im anderen weniger auswirken, nach Billigkeitsmaßstäben zu beheben (vgl. Müko-Koch, 7. Aufl. (2017), § 1381, Rn. 3; Staudinger- v. Bar (2017), § 1381, Rn. 2). Im Gegenteil hat der Antragsgegner, welcher durch die Heirat am 31.12.2000 auch berechtigt war, die steuerlichen Vorteile der Eheschließung für das gesamte Jahr geltend zu machen, umgekehrt als Folge des strengen Stichtagsprinzips hinzunehmen, dass die Erstattungsforderung im für das Anfangsvermögen relevanten Zeitpunkt – wenn auch denkbar knapp, so doch noch – nicht fällig war. 15

d. Bargeldbeträge 16

Auch der Ansatz von Bargeldbeträgen ist zu Recht unterblieben. Insoweit sind nur Abhebungen belegt (Bl. 189, 194, 195 GÜ: 1.000,00 DM = 1.130,74 hfl sowie 205,48 DM für den 29. und 30.12.2000). Gerade dass diese Beträge bar abgehoben wurden, stellt – anders, als der Antragsgegner meint – kein Indiz dafür dar, dass diese ungeschmälert am Stichtag noch vorhanden waren. 17

Im Gegenteil spricht gerade die Barabhebung dafür, dass diese Gelder einem direkten Verbrauch (durchaus denkbar in Zusammenhang mit Ausgaben wegen der Hochzeit) zugeführt worden sein könnten und damit am – sei er auch wenige Tage darauf folgenden – Stichtag (schon) nicht mehr vorhanden gewesen sein mögen. Die hier verbleibenden Unsicherheiten gehen zu Lasten des, wie ausgeführt, darlegungsbelasteten Antragsgegners. 18

e. Zurechnungen 19

Ohne Erfolg wendet sich der Antragsgegner gegen die Feststellung des Amtsgerichts, eine Schenkung der Mutter sei nicht im erforderlichen Maßstab des Strengbeweises nachgewiesen. Hierbei hat bereits das Amtsgericht darauf hingewiesen, dass die vom Antragsgegner vorgelegten Unterlagen eine gewisse Indizwirkung haben könnten, selbst eine solche aber zur Beweisführung nicht hinreicht.

Insoweit verweist der Senat nur wiederholend darauf, dass nicht nur der Umstand, dass die Schenkung zunächst in Höhe von 13.500,00 € mit einem Tagebucheintrag vom 04.03.2003 belegt hatte werden sollen (Bl. 126 d.A.), ehe dann ein Eintrag vom 04.04.2003 vorgelegt worden ist (Bl. 295 d.A.), einer zwingenden indiziellen Nachweisführung entgegensteht. Der dortige Eintrag – der ohnehin allenfalls belegen würde, dass die verstorbene Mutter eine solche Erklärung vorgenommen hätte, ohne dass eine Aussage über die inhaltliche Richtigkeit damit verbunden wäre – widerspricht aber auch dem Vortrag des Antragsgegners, der selbst zunächst behauptet hatte, 16.500,00 € erhalten zu haben (Bl. 180 GÜ, Schriftsatz vom 16.03.2017) und erst mit Vorlage des Tagebuchs nun behauptet, die Schenkung habe 13.500,00 € betragen (Bl. 239, 249 GÜ und neuerlich Bl. 272 d.A.). 21

Schließlich ergibt sich – seine Richtigkeit unterstellt – aus dem Tagebucheintrag „C z. Bank NL 16.500 € geholt – C war hier 13.500 € gegeben“ nicht mit hinreichender Sicherheit, dass dem Antragsgegner ein Betrag von 13.500,00 € geschenkt worden wäre. Ebenso möglich wäre, dass ein Auftrag notiert worden ist (also etwa: „C ging zur Bank, holte Geld ab und hat MIR (der Mutter) 13.500,00 € gegeben“). Dass „C“ das Geld gegeben worden wäre, ist sprachlich zwar ebenso denkbar wie die Auslegung, dass „C“ das Geld gegeben hätte. Aber auch in diesem Fall fehlt es an jeglichem Indiz für eine Schenkung, da der Antragsgegner das Geld ebenso denkmöglicherweise als Darlehen, zur zweckgebundenen Verwendung oder zur (mindestens teilweisen) Weiterleitung an Dritte hätte erhalten können. 22

Die Einzahlungsnachweise auf das Konto des Antragsgegners, Bl. 197 ff. GÜ, decken sich in der Summe nicht mit der behaupteten Schenkung und bieten insoweit schon keinen tauglichen Nachweis für diese, zumal nicht nachvollziehbar ist, warum eine fünfstellige Summe nicht in voller Höhe und dann auch nur in Stückelungen auf diverse Konten einbezahlt worden sein sollte. 23

f. Ergebnis Anfangsvermögen 24

Das Anfangsvermögen beläuft sich daher auf 10.539,83 € (indexiert: **12.848,68 €**), bestehend aus dem Haus A (64.700,00 €), dem Guthaben D (1.992,90 €), den Sparbüchern bei der B (284,19 € und 18,54 €), dem Guthaben bei der E (724,31 €), der Steuererstattung für 1999 (728,00 €) und dem Opel Astra (1.000,00 €) abzüglich des Saldos auf dem Girokonto F (129,19 €) und der Hauslasten (58.778,92 €). 25

2. Endvermögen Ehemann (03.01.2015) 26

a. BMW 523i 27

Hinsichtlich des BMW hat das Amtsgericht (allerdings auch beide Beteiligte) verkannt, dass - bei zunächst streitigem Wertansatz von 800,00 € (so die Antragstellerin, Bl. 16 GÜ) bzw. 300,00 € (so der Antragsgegner, Bl. 180 GÜ) - das Amtsgericht im Termin vom 12.09.2017 vorgeschlagen hatte, einen Wert von 500,00 € unstreitig zu stellen (Bl. 100 d.A.). Diesem gerichtlichen Vorschlag haben der Antragsgegner (Schriftsatz vom 17.10.2017, Bl. 236 GÜ) und die Antragstellerin (Schriftsatz vom 02.10.2017, Bl. 135 d.A. UE; erneut Schriftsatz vom 16.11.2017, Bl. 251 d.A. GÜ) erstinstanzlich zugestimmt und sind daher an den solcherart 28

vereinbarten Wertansatz von 500,00 € auch im Beschwerdeverfahren gebunden.

b. Vorfälligkeitsentschädigung

29

Anders als die Beschwerde meint, ist ein Abzug von 12.967,85 € (Bl. 211, 220 GÜ) wegen der Vorfälligkeitsentschädigung nicht geboten. Die Immobilie wurde erst am 21.05.2015 und damit nach dem Stichtag veräußert (Bl. 46, 56 d.A. 222 F 259/17 AG Aachen).

30

Die Vorfälligkeitsentschädigung ist – anders als der Antragsgegner meint – auch nicht entsprechend den Grundsätzen zur latenten Steuerlast (BGH, Urt. v. 02.02.2011 - XII ZR 185/08, FamRZ 2011, 1372) abzugsfähig. Der Senat ist der Ansicht, dass (insoweit anders als bei der latenten Steuer) die Vorfälligkeitsentschädigung nicht zwingend und unvermeidbar im Rahmen einer jeden Veräußerung anfällt. Nicht nur, dass sie denkbare ausschließt, wenn der Ausgleichsberechtigte die Immobilie behält (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 09.10.2019 – 13 UF 167/19, FamRZ 2020, 741), sie wäre auch – beispielhaft benannt – vermeidbar, wenn eine andere Immobilie kreditiert würde, und könnte schließlich (anders als eine Steuerschuld) als Ergebnis einer Einigung zwischen Darlehensgeber und –nehmer entfallen. Sie würde schließlich auch dort schon gar nicht anfallen, wo eine Kündigung des Darlehens möglich ist (etwa im Fall des § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB nach 10 Jahren). Indes kann es nach Auffassung des Senats keinen Unterschied machen, ob das finanzierende Darlehen – beispielhaft benannt – erst 9 oder bereits 10 Jahre läuft. Dies würde die am Stichtag orientierte Bewertung von Zufälligkeiten abhängig machen und zudem die Frage aufwerfen, ob – und wenn ja, ab wann - der Eigentümer verpflichtet wäre, den Zeitpunkt einer möglichen Darlehenskündigung noch zuzuwarten, was das Stichtagsprinzip weiter aushöhlen würde.

31

Insofern erscheint die Möglichkeit (und damit gerade nicht: die Unvermeidbarkeit) einer Vorfälligkeitsentschädigung eher dem Anfall der Spekulationssteuer nach § 23 Abs. 1 EStG vergleichbar, die – wegen der Spekulationsfrist – durch ausreichend langes Zuwarten nicht nur zu vermeiden ist, sondern in aller Regel auch vermieden wird. Eine Verbindlichkeit, die solcherart aber weder im Stichtag besteht noch künftig zwingend entstehen wird, kann aus Sicht des Senats das in der Ehe erworbene Vermögen auch nicht mindern (ebenfalls Fassnacht, FamRZ 2014, 1681 (1683); anders allerdings Klein, FPR 2012, 324; Kogel, FamRZ 2003, 808 (810) für die Spekulationssteuer).

32

Dem Senat erscheint diese Lösung auch deshalb richtig, weil sie Wertungswidersprüche vermeidet. Bei der Bewertung der Immobilie im Zugewinn ist nämlich der Grundstückswert als Aktivposten und die noch offene Darlehensvaluta als Passivposten auszuweisen (BGH, Urt. v. 06.11.2019 - XII ZB 311/18, FamRZ 2020, 231), wobei lediglich die Restschuld, nicht aber die – im späteren Verlauf hierauf noch zu zahlenden – Zinsen abzugsfähig sind (OLG München, Beschl. v. 22.06.2004 – 16 UF 887/04, FamRZ 2005, 549; Gerhardt/Schulz, FamRZ 2005, 317 (319)), da die erst in der Zukunft fällig werdenden Zinsen nicht im Endvermögen bilanziert werden (Müko-Koch, 8. Aufl. (2019), § 1375, Rn. 42). Würde man aber die – ebenfalls noch nicht fällige und nach oben Gesagtem auch nicht zwingend geschuldete – Vorfälligkeitsentschädigung als Passivposten bei der Wertermittlung in Ansatz bringen, würde man ein Surrogat für die Zinszahlung (denn die Entschädigung gleicht den Nachteil der finanzierenden Bank durch die vorfällige Tilgung gerade aus) beim Zugewinn berücksichtigen, obwohl die hierdurch entfallene Zinslast der Zukunft, die die Vorfälligkeitsentschädigung ausgleichen soll, selbst nicht berücksichtigungsfähig gewesen wäre und der wirtschaftliche Nachteil für den Eigentümer in beiden Fällen der gleiche ist, sei es, ob er ihn ratierlich (über die Zinsleistung während der Laufzeit) oder kapitalisiert (als Entschädigung) bedienen muss.

33

34

Selbst wenn man – mit dem Antragsgegner - eine Vorfälligkeitsentschädigung für grundsätzlich abzugsfähig hielte, fehlt es vorliegend an Vortrag dazu, dass diese zwingende Folge der Veräußerung gewesen wäre. Aus den von den Beteiligten vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass der Antragsgegner rechtliche Schritte gegen die Vorfälligkeitsentschädigung unter Hinweis auf eine seinerzeit unrichtige Widerrufsbelehrung des Darlehens bereits begonnen hatte. Mit Anwaltsschreiben vom 07.05.2015 (Bl. 208 GÜ) hatte der Antragsgegner gegenüber der Antragstellerin ausgeführt, der (gemeinsam abgeschlossene) Darlehensvertrag weise Mängel in der Widerrufsbelehrung auf, und er plane, diesen zu widerrufen. Die Erfolgsaussichten sind mit Anwaltsschreiben vom 10.06.2016 noch als „moderat“ bewertet worden (Bl. 149 d.A.). Warum das Klageverfahren nicht betrieben worden ist (so der Antragsgegner, Bl. 151 UE), wäre daher erläuterungsbedürftig, ohne dass hierzu dezidiertes Vortrag erfolgt ist.

c. Gerichtskosten

35

Hinsichtlich des Abzugs von Gerichtskosten in Höhe von 261,18 € ist nach Aktenlage nicht nachvollziehbar, um welche Kosten aufgrund welchen Beschlusses aus welchem Verfahren es sich handeln soll. Der Antragsgegner führt „Gerichtskosten aus dem Verfahren 223 F 39/15“ an, ohne diese zu belegen (Bl. 181 GÜ). In der Sitzung vom 12.09.2017 (Bl. 99, 101 d.A.) ist dann im Rahmen der Erörterung, „um welche Gerichtskosten“ es gehe, das Trennungsunterhaltsverfahren (222 F 259/17 AG Aachen) genannt, welches indes – soweit ersichtlich – zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen war; auch das Verfahren wegen Kindesunterhalts war noch nicht abgeschlossen (Bl. 47 TÜ). Schließlich ist in einem gerichtlichen Vergleichsvorschlag vom 06.12.2017 (Bl. 111, 112 d.A.) eine Kostenentscheidung eines Beschlusses vom 28.05.2015 zu einem Aktenzeichen 233 F 15/15 genannt, wobei sich wiederum auch dieser Beschluss nicht in den Akten findet. Diese Unklarheiten gehen zu Lasten des Antragsgegners.

36

d. Ergebnis Endvermögen

37

Das Endvermögen beläuft sich daher auf **65.649,19 €** (die Differenz zum amtsgerichtlichen Ansatz von 65.949,19 € erklärt sich aus dem um 300,00 € geringeren Wertansatz für den BMW).

38

3. Zugewinnausgleichsanspruch

39

Aus vorbezeichneten Darlegungen errechnet sich – da die Antragstellerin selbst keinen Zugewinn erzielt hat – ein Ausgleichsanspruch in Höhe von 26.400,26 € (Endvermögen = 65.649,19 € abzüglich indexiertes Anfangsvermögen = 12.848,68 € ergibt 52.800,51 €, davon $\frac{1}{2}$).

40

Dieser ist in Höhe von 1.084,00 € durch die vom Antragsgegner erklärte Aufrechnung wegen der (unwidersprochenen) Rückzahlung überzahlten Unterhalts (Bl. 342 d.A.) erloschen, so dass ein Zugewinnausgleichsanspruch in Höhe von **25.316,26 €** verbleibt.

41

II.

42

Der Senat beabsichtigt, nach §§ 117 Abs. 3, 68 Abs. 3 S. 2 FamFG im schriftlichen Verfahren zu entscheiden, weil von einer mündlichen Verhandlung keine weitergehenden Erkenntnisse zu erwarten sind.

43

