Notarielle Verzeichnisse im Zugewinnausgleich

Ulf Schönenberg-Wessel

Rechtsanwalt und Notar

KANZLEI IM MERKURHAUS
RECHTSANWÄLTE • FACHANWÄLTE • NOTAR

Preußerstraße 1-9 | 24105 Kiel

T.: 0431 -661149-60 | F.: 0431-661149-99

schoenenberg-wessel@kanzlei-merkurhaus.de

www.kanzlei-merkurhaus.de

Inhalt

I. Inhalt und Umfang der Ansprüche nach § 1379 BGB 3
1. Zugewinnausgleich 3
2. Auskunft nach § 1379 BGB 5
a) Auskunft über das Vermögen soweit es für die Berechnung des Anfangsvermögen maßgeblich ist 5
b) Auskunft über das Vermögen soweit es für die Berechnung des Endvermögens maßgeblich ist. 7
c) Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung 8
d) Auskunft über illoyale Vermögensverfügungen 10
e) Form der Auskunftserteilung 21
3. Belegvorlage 22
4. Wertermittlung 23
II. Pflichten des Notars 24
1. Pflichten bei der Errichtung des Verzeichnisses 24
a) Vollständigkeit 25
b) Richtigkeit 25
c) Ermittlungspflicht 26
d) Vorlage und Besichtigung der Gegenstände und Unterlagen 27
e) Besichtigung der Ehewohnung 28
f) Einsicht in Kontoauszüge 29
g) Registerauskünfte 29
h) Akteneinsicht 31
i) Grenzen der notariellen Ermittlungen 32
2. Einsatz von Hilfspersonen und Delegation 33
3. Ermessensausübung und -überprüfung 34
a) Ermessensentscheidung 34
b) Ermessensüberprüfung 35
c) Rechtsfolgen von Ermessensfehlern des Notars 36
4. Pflichten und Risken bei der Errichtung des Vermögensverzeichnisses 37
a) Schadenersatz bei Amtspflichtverletzung 37
b) Prüfungs- und Belehrungsplichten 39
c) Tatsachenbeurkundungen 40
d) Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften; Beschleunigungspflicht 42
5. Amtsverweigerung 43
III. Geltendmachung des Anspruchs 49
1. Antrag auf Auskunft und Belegvorlage zum Zeitpunkt der Trennung gemäß § 1379 BGB 49
2. Stufenantrag im Scheidungsverbundverfahren 51

I. Inhalt und Umfang der Ansprüche nach § 1379 BGB

1. Zugewinnausgleich

Beim Zugewinnausgleich handelt es sich um die Folge der Auflösung einer Zugewinngemeinschaft. Dabei ist die Zugewinngemeinschaft der gesetzliche Güterstand, in welchem die Ehegatten grundsätzlich leben, sofern sie keinen abweichenden Güterstand festgelegt haben, gem. § 1363 Abs. 1 BGB.

Durch den Zugewinnausgleich soll sichergestellt werden, dass beide Ehegatten an alldem zur Hälfte beteiligt werden, was sie während der Ehe erworben und erwirtschaftet haben. [1]

Im Rahmen dessen bedeutet Zugewinn Gütertrennung während des Bestehens des Güterstandes mit der damit verbundenen Verpflichtung zum Zugewinnausgleich nach Beendigung des gesetzlichen Güterstandes.[2] Daraus folgt, dass der Güterstand nicht kraft Gesetz zu einem gemeinschaftlichen Eigentum der Ehegatten führt, auch nicht in Bezug auf das während der Ehe vom jeweiligen Ehegatten erworbene Vermögen.[3] Vielmehr bleiben die Eigentumsverhältnisse unverändert und jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbstständig, gem. § 1364 BGB. Dies hat zur Folge, dass jeder Ehegatte grundsätzlich aktiv und passiv Prozesse bezüglich seines Vermögens alleine führen kann.

Mithin können die Ehegatten grundsätzlich auch frei über ihr jeweiliges Vermögen verfügen. Für etwaige vor oder während der Ehe entstandenen Verbindlichkeiten, haftet jeder Ehegatte separat mit seinem eigenen Vermögen.[4]

Bezüglich der Besitzverhältnisse besteht bei der Zugewinngemeinschaft kein Unterschied zu den anderen Güterständen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Das heißt, solange die Ehegatten zusammen leben, haben sie in der Regel Mitbesitz nach § 866 BGB an der ehelichen Wohnung und den gemeinsam genutzten Gegenständen.

Alleinbesitz haben die Ehegatten nur an den Sache, die ausschließlich zu ihrem persönlichen Gebrauch bestimmt sind oder von ihnen unter Verschluss gehalten werden.[5]

Gemeinschaftliches Eigentum der Ehegatten ist jedoch nicht gänzlich ausgeschlossen. Der Erwerb von gemeinschaftlichen Eigentum bleibt stets im Wege der allgemeinen Rechtsgrundsätze über Miteigentum oder ähnliches möglich. Dabei

[1] BVerfG FamRZ 1989, 939; BGH FamRZ 1981, 239.
[2] MüKoBGB/*Koch*, Einl. § 1363 Rn. 17.
[3] BGH FamRZ 1991, 923.
[4] *Blüte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 2.
[5] *Blüte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 2.

erwAuskunftspflichtigen sie durch gemeinschaftliche Erklärung Miteigentum in Form von Bruchteileigentum.[6]

Möchte ein Ehegatte jedoch über sein Vermögen im Ganzen oder über Haushaltsgegenstände verfügen, so muss dieser sich die Einwilligung des anderen Ehegatten einholen, gem. §§ 1365 Abs. 1, 1369 Abs. 1 BGB.

Wichtig ist, eine Abgrenzung zwischen Zugewinnausgleich und Haushaltsgegenständen vorzunehmen. Diese kann sich teilweise als problematisch erweisen. Denn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Verhältnisses zwischen Zugewinnausgleich und der Auseinandersetzung über Haushaltsgegenstände gibt es nicht.

Grundsätzlich gilt, dass Haushaltsgegenstände, die im gemeinsamen Eigentum der Ehegatten stehen, nach § 1568 b BGB verteilt werden können und somit nicht dem Zugewinnausgleich unterliegt.

Dagegen sind Gegenstände, die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, dessen Anfangsvermögen hinzuzurechnen. Diese Gegenstände sind also ausgleichspflichtig.[7]

Ein Zugewinnausgleich findet immer dann statt, wenn die Zugewinngemeinschaft beendet wird. Dies kann entweder durch Tod eines Ehegatten geschehen (§ 1371 BGB) oder durch rechtskräftig Scheidung nach § 1564 S. 2 BGB. Auch kann der gesetzliche Güterstand durch Aufhebung im Wege eines Ehevertrags beendet werden gem. §§ 1408, 1414 BGB.

Bei Beendigung durch den Tod eines ausgleichverpflichteten Ehegatten, erhöht sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten nach der sog. erbrechtlichen Lösung um ¼. Dies geschieht unabhängig davon, ob ein Zugewinn erwirtschaftet wurde oder nicht und unabhängig davon, wer gegebenenfalls ausgleichpflichtig gewesen wäre.[8]

Wird dagegen die sogenannte güterrechtliche Lösung gewählt, so macht der überlebende Ehegatte seinen Pflichtteil geltend und daneben noch den korrekten Ausgleich des Zugewinns nach § 1371 Abs. 2 BGB. Dabei richtet sich der Anspruch gegen die Auskunftspflichtigen des Verpflichteten. Diese können sich gegebenenfalls wiederum auf Gegenrechte aus §§ 1381, 1382 BGB berufen.[9]

Wird der gesetzliche Güterstand vorzeitig durch Ehescheidung beendet, findet ein Zugewinnausgleich nach §§ 1373 - 1390 BGB statt. Auch wenn in diesen Fällen die Zugewinngemeinschaft erst mit Rechtskraft des Urteils aufgelöst wird, so gilt für die Berechnung des Zugewinns derjenige Zeitpunkt als maßgeblich, in dem der Scheidungsantrag rechtshängig geworden ist, § 1384 BGB. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass die Ehegatten daran gehindert werden sollen, den bisherigen

[6] BGH FamRZ 1986, 436.
[7] BGH FamRZ 2011, 183.
[8] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 5.
[9] BGH FamRZ 2002, 606.

Zugewinn im Hinblick auf den Ausgleich planmäßig zu vermindern bzw. zu verschleiern. Somit wird der Ausgleichsberechtigte vor etwaigen Nachteilen geschützt.[10]

Zu berücksichtigen ist des Weiteren das Verbot der doppelten Teilhabe. Demnach scheidet ein Ausgleich für solche Vermögenspositionen aus, die bereits ausgeglichen worden sind, sei es unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs.[11]

Der Zugewinnausgleich unterliegt grundsätzlich der Dispositionsbefugnis. Denn nach § 1408 Abs. 1 BGB können die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag regeln. Das bedeutet, sie können den gesetzlichen Güterstand grundsätzlich ausschließen, aufrechterhalten, die gesetzlichen Regelungen ergänzen oder ihn modifizieren.[12] All dies muss im Rahmen der Vertragsfreiheit und deren Grenzen geschehen. Es sind also die Generalklauseln der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB zu beachten.

Zugewinn ist der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen übersteigt, § 1373 BGB. Der Zugewinn ist weder eine Vermögensmasse noch ein Sondervermögen des Ehegatten. Er ist lediglich eine Rechengröße und wird mithin in einer Geldsumme ausgedrückt. Gründe für die jeweilige Höhe des Zugewinns sind nicht von Bedeutung. [13]

Einen negativen Zugewinn gibt es nicht. Sollte das Endvermögen geringer sein als das Anfangsvermögen, so ist der Zugewinn mit null Euro anzusetzen. Dieser Grundsatz gilt auch für das ab 1. September 2009 geänderte Zugewinnausgleichsrecht.[14]

2. Auskunft nach § 1379 BGB

Die Berechnung des Zugewinns setzt voraus, dass die Vermögenswerte zu den maßgeblichen Zeitpunkten feststehen. Fehlt es an dieser Kenntnis kann vom anderen Ehegatten Auskunft verlangt werden.

a) Auskunft über das Vermögen soweit es für die Berechnung des Anfangsvermögen maßgeblich ist

Das Anfangsvermögen ist das Vermögen, welches einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei Eintritt des Güterstandes gehört.[15]

[10] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 5.
[11] BGH FamRZ 2012, 1040.
[12] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 8.
[13] BGH FamRZ 1980, 768.
[14] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 12.
[15] *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 164.

Das Anfangsvermögen wird durch § 1374 BGB näher geregelt. Für die Berechnung des Zugewinns ist es unerlässlich. Dabei wird es definiert als die Summe aller einem Ehegatten bei Eintritt in den Güterstand gehörenden und während der Ehe privilegiert erworbenen Gegenstände abzüglich aller Verbindlichkeiten und Belastungen.[16]

Stichtag für die Berechnung des Anfangsvermögens ist der Eintritt des Güterstands, somit also der Zeitpunkt der Eheschließung. Sollte ein Ehevertrag vereinbart worden sein, so gilt der Tag zu dem die Zugewinngemeinschaft vereinbart wurde bzw. der Tag des Vertragsschlusses.[17]

Außerdem ist zwischen Aktiva und Passiva zu unterscheiden, wobei sich die Aktiva aus den Vermögenswerten des jeweiligen Ehegatten ergibt und die Passiva die zum Stichtag bestehenden Verbindlichkeiten und Belastungen darstellt.

Als Aktivvermögen sind grundsätzlich alle rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert zu berücksichtigen.[18] Sollten etwaige Ansprüche zum Stichtag noch unsicher sein, werden sie nicht mit in die Aktiva eingerechnet. Dagegen zählen rein tatsächliche Positionen mit wirtschaftlichem Wert als Vermögenswerte, die in die Aktiva mit aufzunehmen sind.

Im Gegensatz zu privaten Kapital-Lebensversicherungen, unterliegen Kapital-Lebensversicherungen der betrieblichen Altersversorgung nicht der Aktiva. Nicht zu berücksichtigen beim Zugewinnausgleich sind außerdem die Anwartschaften auf Versorgungen und Ansprüche auf Versorgungsleistungen.[19]

Neben den geldwerten Positionen unterfallen auch Haushaltsgegenstände dem Zugewinnausgleich. Gegenstände die im Alleineigentum eines Ehegatten stehen, werden gemäß § 1568 b BGB dem Anfangsvermögen hinzugerechnet. Gemeinschaftliches Eigentum dagegen, wird durch wechselseitige Überlassungs- und Zahlungsansprüche verteilt.

Zu den Passiva zählen zum Stichtag bestehende Verbindlichkeiten und Belastungen. Dabei müssen die Verbindlichkeiten, die auch gegenüber dem Ehegatten bestehen können, nicht fällig sein, um das Anfangsvermögen zu mindern. Nicht berücksichtigt werden dagegen zukünftig fällig werdende Zinsverbindlichkeiten. Auch Verbindlichkeiten aus einer als Sicherheit gegebenen Vereinbarung, mindern das Anfangsvermögen nicht, denn diese wirken sich erst bei Eintritt des Sicherungsfalls vermögensmindernd aus, welcher allerdings ungewiss ist.

Schließlich wird auch ein negatives Anfangsvermögen bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs relevant. Während vor 2009 noch der § 1374 Abs. 1 Hs. 2 BGB aF galt, gilt seitdem § 1374 Abs. 3 BGB. Demnach ist bei Verschuldung eines

[16] BGH FamRZ 1984, 31.
[17] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 14.
[18] BGH FamRZ 2007, 877.
[19] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 16.

Ehegatten seine Aktiva als ein Negativsaldo in die Bilanz einzustellen, sodass das Schuldenprivileg nicht mehr nutzbar ist.

Zu beachten ist im Rahmen des Anfangsvermögens auch die Möglichkeit des privilegierten Erwerbs. Hierzu zählt jeder Erwerb nach Eintritt des Güterstandes, der das Vermögen mehrt und somit den Zugewinn nicht erhöht. Dabei gilt der Wert als maßgeblich, der bei Eintritt in das Vermögen des ErwAuskunftspflichtigerrs vorlag. Jedoch ist nur der Vermögenserwerb als solcher zugewinnneutral, nicht aber etwaige Gewinne oder reale Wertsteigerungen, die auf dem Erworbenen basieren.

Als privilegierter Erwerb gilt alles, was von Todes wegen nach Eintritt des Güterstandes erworben wird. Hierzu zählt nicht nur Erwerb aus Erbschaft, sondern auch aus Vermächtnis und Pflichtteil. Auch Schenkungen und Ausstattungen nach §§ 516 ff, § 1624 BGB sind privilegierter Erwerb. Schenkungen unter Ehegatten unterfallen nach hM aber nicht dem § 1374 Abs. 2 BGB und werden dem Anfangsvermögen nicht hinzugerechnet, sodass sie beim Zugewinnausgleich ausgeglichen werden.

b) Auskunft über das Vermögen soweit es für die Berechnung des Endvermögens maßgeblich ist.

Schließlich muss auch das Endvermögen der beiden Ehegatten bestimmt werden, um den Zugewinnausgleich durchführen zu können.

Wie beim Anfangsvermögen, wird das Endvermögen durch die Bestimmung von Aktiva und Passiva ermittelt.

Wichtig bei der Berechnung des Endvermögens ist, dass sog. illoyale Vermögensminderungen dem Endvermögen hinzugerechnet werden. Bei illoyalen Vermögensminderungen handelt es sich um Vermögenseinsätze, die das Vermögen des anderen Ehegatten unredlich und unsachgemäß schmälern. Dies gilt trotz des Grundsatzes, dass die Ehegatten frei über ihr Vermögen verfügen können und nicht zum Erreichen eines hohen Zugewinns verpflichtet sind. Findet eine illoyale Vermögensminderung statt, wird sie so behandelt, als bestünde das weggegebene Vermögen noch.[20]

Unentgeltliche Zuwendungen können unter bestimmten Voraussetzungen als illoyale Vermögensminderungen angesehen werden. Daneben regelt § 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 BGB illoyale Vermögensminderungen anderer Art. Hierzu zählen sowohl Verschwendungen, als auch Handlungen mit Benachteiligungsabsicht.

Da § 1375 Abs. 2 BGB keine Außenwirkung entfaltet, sind Rechtsgeschäft dieser Art in der Regel wirksam, es sei denn, es tritt ein Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 138 ein.

[20] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 45.

Stichtag für die Berechnung des Endvermögens ist die Beendigung des Güterstandes.[21]

Bei der Aktiva sind alle rechtlich geschützten Positionen von wirtschaftlichem Wert zu berücksichtigen. Hierzu gehören auch nicht übertragbare und nicht vererbliche Rechte. Auch Ansprüche und Forderungen sind in das Endvermögen einzubeziehen, auch wenn sie noch nicht fällig sind. Selbiges gilt für Ansprüche oder Forderungen gegen den Ehepartner.

Dauerschuldverhältnisse die wiederkehrende Einzelansprüche vermitteln, sind nicht im Endvermögen zu berücksichtigen. Dasselbe gilt für arbeitsrechtliche Abfindungen, die eine Lohnersatzfunktion aufweisen. Erfüllt die Abfindung dagegen eine Entschädigungsfunktion, wird sie dem Endvermögen hinzugerechnet.

Bezüglich der Passiva lässt sich sagen, dass diese dazu führen kann, dass das Endvermögen negativ ausfällt, wie das Anfangsvermögen. Wichtig ist aber, dass der Ehegatte der selbst keinen Zugewinn erzielt hat, keinen Ausgleichanspruch hat, wenn das Vermögen des anderen negativ ausfällt. Auch alle Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes bestehen, schmälern das Endvermögen.

c) Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung

Neben dem Anspruch auf Auskunft über Anfangs- und Endvermögen, besteht auch ein Anspruch auf Auskunft über das Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung. Dies ist Ausgangspunkt für die Vermutung von illoyalen Vermögensminderungen und soll so die Aufdeckung von Vermögensmanipulationen erleichtern bzw. ermöglichen.

Hat sich nämlich das Vermögen bis zum Stichtag der Rechtshängigkeit vermindert, greift die Vermutung, dass die Minderung durch illoyale Handlungen verursacht wurde. Sodann muss der betroffene Ehegatte das Gegenteil dessen beweisen.

Eingeführt wurde dieser Auskunftsanspruch zum 01.09.2009. Er kann mit der Trennung selbst geltend gemacht werden.

Dabei ist dieser Auskunftsanspruch auf die Angabe des Vermögensstandes zum Zeitpunkt der Trennung beschränkt. Sollten etwaige Differenzen zwischen dem Vermögen zum Zeitpunkt der Trennung und dem Endvermögen bestehen, sind diese jedoch nicht Gegenstand des Auskunftsanspruches und somit nicht erläuterungspflichtig. Auskünfte über solche Informationen sind lediglich Gegenstand der Widerlegung der Vermutung über illoyale Vermögensminderungen nach § 1375 Abs. 2 BGB und kann somit im Zuge dieses Auskunftsanspruches nicht gefordert werden. Auch ist ein reiner Auskunftsanspruch unzulässig, sodass in der Ehesache immer ein Stufenantrag gestellt werden muss.

[21] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 39.

Der Zeitpunkt der Trennung wird nach § 1576 BGB bestimmt. Demnach ist ein Getrenntleben anzunehmen, wenn zwischen den Ehegatten keine häusliche Lebensgemeinschaft mehr besteht. Dabei ist neben dem objektiven Erfordernis des Getrenntlebens in Form der häuslichen Trennung noch ein subjektives Merkmal erforderlich. Zu fordern ist, dass zumindest ein Ehegatte die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Dies ist erforderlich, da ein Getrenntleben auch innerhalb einer häuslichen Gemeinschaft vorliegen kann. Um also einen verlässlichen Indikator für ein Scheitern der Ehe gewähren zu können, muss die Mindestanforderung der Ablehnung der ehelichen Lebensgemeinschaft nachgewiesen werden können. In jedem Fall ist indes ein Trennungswillen mindestens eines Ehegatten positiv festzustellen, um ein Getrenntleben anzunehmen.

Die Ehegatten können den Trennungszeitpunkt formlos vereinbaren. Dies ist auch empfehlenswert, da bei fehlendem Feststehen des Zeitpunkts der Trennung kein Anspruch auf Auskunft über das Vermögen in diesem Zeitpunkt besteht.

Es gilt außerdem zu beachten, dass der Auskunftsberechtigte auch Auskunft bezogen auf einen von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Stichtag verlangen kann. Dies ist möglich, sollte er darlegen können, dass eine Modifizierung des Stichtages ausnahmsweise erforderlich ist, um ein grob unbilliges Ergebnis zu vermeiden. Hierfür muss der Auskunftsberechtigte jedoch besondere Gründe vorbringen können, die eine solche Modifizierung rechtfertigen würde.

Die Darlegungs- und Beweislast für den Zeitpunkt der Trennung bzw. für das Getrenntleben innerhalb der Ehewohnung, obliegt dem Auskunftsberechtigten.

Diese Regelung zum Zeitpunkt der Trennung bleibt jedoch nicht unkritisiert und wirft einige Probleme auf.

Zum einen ist der genaue Zeitpunkt der Trennung zumeist nicht taggenau zu bestimmen. Gerade in Fällen des längeren Getrenntlebens, ist eine Ermittlung des Trennungszeitpunktes oft nicht mehr möglich.[22] Vor allem bei schwankenden Vermögenswerten, wie bspw. Aktien oder ähnliche Anlagen, ist jedoch die Bestimmung des exakten Trennungszeitpunktes maßgeblich. Dies wirft erhebliche Ermittlungsschwierigkeiten auf, ebenso wie Darlegungs- und Beweisprobleme.

Auch ist kritisch zu betrachten, dass die Vermutung der illoyalen Vermögensminderung nur dann greift, wenn das Gesamtvermögen zum Zeitpunkt der Trennung höher war, als zum Stichtag der Rechtshängigkeit. Fraglich bleibt in solchen Fällen, wie etwaige Zugewinne in dieser Zeit behandelt werden müssen. Taucht bspw. ein Lottogewinn, der während der Zeit zwischen Trennung und Stichtag der Rechtshängigkeit erzielt wurde nicht in der Stichtagsbilanz auf, greift diese Vermutung nach Wortlaut des Gesetzes nicht ein.[23]

[22] *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 473.
[23] *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 476.

Des Weiteren wird deutlich, wie weit die Verfahren in diesen Fällen ausufern können. Es müssen mithin sechs Vermögenszeitpunkte ermittelt werden, also drei pro Ehegatte, zum dem ggf. noch die Wertermittlungsansprüche der Ehegatten hinzukommen.

d) Auskunft über illoyale Vermögensverfügungen

§ 1375 Abs. 2 BGB ordnet an, dass dem Endvermögen diejenigen Beträge fiktiv angerechnet werden müssen, die ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes aber vor dem Bewertungsstichtag in solcher Weise gemindert hat, die nach Wertung des Gesetzgebers nicht von dem anderen Ehegatten zu akzeptieren ist.

Hat ein Ehegatte also einen der Tatbestände aus § 1375 Abs. 2 BGB erfüllt, ist der andere Ehegatte folglich in der Ausgangsbilanz so zu stellen, als hätte die vermögensmindernde Handlung nicht stattgefunden. Sollte ein überschuldetes Endvermögen vorliegen, so wird der vermögensmindernde Betrag zunächst mit den Passiva verrechnet.

Eine Analogie des § 1375 Abs. 2 BGB ist ausgeschlossen, die Vorschrift ist abschließend.[24]

Die Vorschrift bestimmt, dass die illoyalen Vermögensminderungen bei der Berechnung des Endvermögens mit dem Wert einzubeziehen sind, den sie zum Zeitpunkt der wertmindernden, illoyalen Handlung aufwiesen. § 1375 Abs. 3 BGB besagt, dass illoyale Vermögensminderungen innerhalb der letzten zehn Jahre vor Zustellung des Scheidungsantrags hinzugerechnet werden können. Bei illoyalen Handlungen, die derartig weit zurückliegen, ist fraglich, ob ggf. Inflationswerte und ähnliches mit auf die Werte anzurechnen sind und Verbraucherpreisindizes hinzugezogen werden sollten. [25]

Von der Rechtsprechung wird dies bislang abgelehnt, zumal diese Fallkonstellation in der Praxis meist ohnehin wenig Relevanz aufweist. In der Regel werden illoyale Vermögensminderungen zeitnah zum Zeitpunkt der Trennung durchgeführt, und somit meist auch zeitnah zur Zustellung des Scheidungsantrags.

Im Einzelnen wird bei illoyalen Vermögensminderungen zwischen unentgeltlichen Zuwendungen, Verschwendung und absichtlicher Vermögensbenachteiligung unterschieden.

aa) Unentgeltliche Zuwendungen (§ 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB)

[24] OLG Karlsruhe FamRZ 2004, 461.
[25] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Rn. 46.

Die unentgeltlichen Zuwendungen werden als jede Vermögensminderung definiert, bei der der durch sie bewirkten Verminderungen des Vermögens keine Gegenleistung gegenüber stehen. [26]

Dadurch wird klar, dass sowohl reguläre Schenkungen nach § 516 BGB erfasst werden, als auch gemischte Schenkungen. Bei diesen wird allerdings lediglich der Wertüberschuss hinzugerechnet wird, also nur der als Schenkung anzusehende Betrag.

(1) Der Schenkungsbegriff

Der Begriff der unentgeltlichen Zuwendungen aus § 1375 BGB deckt sich inhaltlich grundsätzlich mit dem vom Gesetzgeber in § 516 Abs. 1 BGB verwendeten Begriff.

Danach müssen eine objektive Bereicherung des Dritten und die subjektive Einigung über die objektive Unentgeltlichkeit der Zuwendung vorliegen. Maßgeblich ist dabei die beim Zuwendungsempfänger eingetretene Bereicherung.[27]

Gegenstand der Zuwendung können alle vermögenswerten Positionen sein, die sich im Eigentum des Schenkers befinden.[28] Hierrunter zu fassen sind zum Beispiel auch der Verzicht auf etwaige Ansprüche oder das bloße Unterlassen der Durchsetzung eines bestehenden Anspruchs.[29] Dabei ist es unerheblich, ob die Zuwendung der vermögenswerten Position durch Rechtsgeschäft erfolgt oder durch ein tatsächliches Handeln seitens des Schenkers.[30]

Häufig übersehen wird, dass auch im Verzicht auf ein Wohnungsrecht oder ein Nießbrauchrecht eine Schenkung liegen kann. Eine Schenkung liegt nach § 517 BGB dann nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt.[31]

Der Entreicherung auf Seiten des Schenkers muss eine Bereicherung auf Seiten des Beschenkten gegenüberstehen. Eine Bereicherung des Beschenkten liegt dann vor, wenn eine objektive, im Wege einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise festzustellende Vermögensmehrung eingetreten ist.[32] Die Bereicherung wird durch einen Vermögensvergleich vor und nach der Schenkung ermittelt.[33] Für den Vermögensvergleich ist auf den Zeitpunkt der Zuwendung abzustellen.

---

[26] BGH FamRZ 1986, 565 (567).
[27] RGZ 128, 187; BGH NJW 1961, 604; 1981, 1956; *Spellenberg* NJW 1986, 2531.
[28] MüKoBGB/*Koch* ,BGB, § 516 Rn. 5.
[29] Burandt/Rojahn/*Najdecki* BGB § 516 Rn. 5; a.A: *Groll/Rösler,* Erbrechtsberatung, C VI Rn. 300; Mayer/Süß/Tanck/Bittler/*Pawlytta* § 7 Rn. 11.
[30] MüKoBGB/*Koch,* BGB, § 516 Rn. 5.
[31] Burandt/Rojahn/*Müller,* BGB, § 2325 Rn. 25.
[32] RGZ 62, 386, 390; 105. 305, 308.
[33] BGH NJW-RR 1986, 1135.

Eine Schenkung liegt allerdings dann nicht vor, sofern die Vertragspartner in ihrer maßgeblichen subjektiven Wertung davon ausgehen, dass Leistung und Gegenleistung nahezu identisch sind. Hier fehlt es an der subjektiven Einigung über die objektive Unentgeltlichkeit.[34]

Auch bei irrtümlicher Annahme, dass die Gegenstände sich im Wert gegenseitig aufwiegen, liegt keine Schenkung vor, da keine unentgeltliche Zuwendung gewollt ist. Eben dieses gilt auch wenn im Zuge der Zuwendung eine spätere Gegenleistung erwartet wird, diese jedoch ausbleibt.

Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung ist eine weitere Tatbestandsvoraussetzung für eine Schenkung. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit ist der Zeitpunkt, in der die Schenkung vollzogen wurde.[35] Schenker und Beschenkter müssen sich subjektiv darüber einig sein, dass die Zuwendung ohne Gegenleistung erfolgt. Eine Einigung über die Unentgeltlichkeit der Schenkung setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weder voraus, dass der ErwAuskunftspflichtigerr über den Gegenstand frei verfügen kann, noch dass der Beschenkte einseitig begünstigt wird.[36]

Häufig erfolgen Schenkungen unter dem Begriff der vorweggenommenen Erbfolge. Unter dem Begriff der vorweggenommenen Erbfolge sind dabei solche Übertragungen zu verstehen, die ein Erblasser zu Lebzeiten an einen oder mehrere Auskunftspflichtigen macht. Sie richten sich nach dem Recht der Rechtsgeschäfte unter Lebenden und nicht nach dem Erbrecht.[37] Die Bezeichnung der Beteiligten, wonach eine Zuwendung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgt, gibt keine Auskunft darüber, ob es sich hiAuskunftspflichtigeri um eine unentgeltliche Übertragung handelt oder nicht.[38] Es handelt sich um eine Tatfrage.

Häufig erfolgen Zuwendungen innerhalb der Familie mit der (unausgesprochenen) Erwartung, dass der Empfänger der Zuwendung etwas tut oder unterlässt. In einem solchen Fall ist zu differenzieren zwischen einer belohnenden Schenkung und einem entgeltlichen Vertrag besonderer Art.[39] Der belohnenden Schenkung liegt lediglich ein Handeln oder Unterlassen des Zuwendungsempfängers zugrunde, während ein entgeltlicher Vertrag Leistung und Gegenleistung voraussetzen.[40] Problematisch ist die spätere „Umwidmung“ einer unentgeltlichen Überlassung in eine entgeltliche Übertagung.

[34] BGH MittRhNotK 1995, 172.
[35] BGH DNotZ 2001, 71, 712; ZEV 2002, 282; Burandt/Rojahn/*Najdecki,* BGB, § 516 Rn. 6.
[36] BGH NJW 2010, 371, 372.
[37] BGH MittRhNotK 1995, 172.
[38] BGH NJW 1995, 1349; NJW-RR 1996, 754; OLGR Braunschweig 2001, 242.
[39] Burandt/Rojahn/*Najdecki,* BGB, § 516 Rn. 9.
[40] OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 323,324; OLG München NJW 1983, 759.

Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs wird es an zulässig erachtet, eine unentgeltliche Zuwendung in eine voll entgeltliche Zuwendung umzuwidmen.[41]

(2) Pflicht- und Anstandsschenkungen

Nicht als unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB werden Schenkungen angesehen, die aufgrund einer sittlichen Pflicht zugewandt werden. Solche Pflichten finden sich in §§ 534, 814, 1425 Abs. 2 und 1641 S. 2 BGB.

(a) Pflichtschenkungen

Eine Pflichtschenkung liegt vor, wenn eine Schenkung nicht nur gerechtfertigt, sondern auch geboten ist.[42] Dabei sind Pflichtschenkungen auch im größeren Umfang möglich.[43]

Für eine Pflichtschenkung ist es nicht ausreichend, dass sich die Schenkung sittlich rechtfertigen lässt, vielmehr müsste das Unterlassen der Schenkung sittlich pflichtwidrig sein.[44] Eine sittliche Pflicht ist etwa anerkannt für den Fall der Sicherung des Lebensunterhalts naher (nicht unterhaltsberechtigter) Verwandter, Ehegatten oder des Lebensgefährten.

Problematisch sind in Bezug auf Pflichtschenkungen die belohnenden Schenkungen. Hier ergibt sich die sittliche Pflicht nicht aufgrund der sozialen Situation oder einer Notlage des Beschenkten, sondern aus dessen vorherigen Verhalten. Soweit diese Schenkung nicht als entgeltlich zu qualifizieren ist, ist darauf abzustellen, ob das Ausbleiben einer Belohnung sittlich anstößig wäre.[45] Nur in diesem Fall wäre eine Pflichtschenkung anzunehmen.

Soweit allein nahe Verwandte gepflegt werden und keine weiteren Umstände hinzutreten, liegt eine sittliche Pflicht zur belohnenden Schenkung nicht vor. Aus der Erfüllung einer eigenen moralischen Pflicht kann eine Pflicht zur belohnenden Schenkung nicht hergeleitet werden.[46] Die tiefe Dankbarkeit des Schenkers allein genügt ebenfalls nicht, um eine belohnende Schenkung als Pflichtschenkung zu qualifizieren.[47]

In diesen Fällen der Pflichtschenkungen, ist jedoch immer eine eingehende Einzelfallprüfung vorzunehmen, zumal diese Ausnahmevorschrift eher großzügig auszulegen ist. Bei dieser Einzelfallprüfung sind in jedem Fall die Vermögens- und

---

[41] RGZ 1972, 191; BGH NJW 1982, 437; NJW-RR 1986, 1135; NJW-RR 1989, 706.
[42] *Reimann,* ZEV 198, 202.
[43] BGH NJW 1984, 2939.
[44] BGH NJW 1984, 2939; OLG Koblenz FamRZ 2006, 1789.
[45] RG JW 1931, 1358; BGH NJW 1986, 1926; NJW 2000, 3488.
[46] *Ludyga,* NZS 2012, 121, 125.
[47] BGH FamRZ 2006, 1186.

Lebenssituationen der jeweiligen Beteiligten zu berücksichtigen, ebenso wie die untereinander bestehenden persönlichen Beziehungen. [48]

In jedem Fall nicht als Pflichtschenkung angesehen wurde bspw. die unentgeltliche Übertragung von Grundbesitz an den eigenen Sohn oder Schenkungen an den neuen Lebenspartner.[49] Schenkungen dieser Art mindern das während der Ehe geschaffene Vermögen zu Lasten des Ehepartners, ohne hinreichende innere Rechtfertigung.

Als sittlich verpflichtende Zuwendungen wurden bisher Unterhaltsleistungen an bedürftige, aber nicht von einem gesetzlichen Unterhaltsanspruch umfasste Verwandte angesehen. Ebenso wurden Schenkungen zu Wahrung des Familienfriedens eingeordnet und Schenkungen an gemeinsame Kinder zum Erhalt des Familienvermögens.[50] Auch werden Spenden zu rein karitativen Zwecken aus sozialer Verantwortung hierzu gezählt, wobei dies auf einen lediglich angemessenen Rahmen begrenzt wurde.

(b) Anstandsschenkungen

Unter Anstandsschenkungen sind Zuwendungen zu üblichen Gelegenheiten zu verstehen, wie Geburtstagen, Weihnachten, Geburt, Hochzeit oder ähnlichem. Bei der Beurteilung, ob eine Schenkung dem Anstand entspricht sind insbesondere die örtlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse, sowie die Ansichten und Gepflogenheiten sozial gleichgestellter in die Bewertung mit einzubeziehen.[51]

Denkbare Anlässe sind etwa Hochzeiten, Weihnachten, Geburtstage, Geburten, Taufen, Jubiläen, Kommunion, Firmung, Konfirmation, Schulabschlüsse, Ausbildungsabschlüsse, Studienabschlüsse, Dienstjubiläen oder Todesfälle. Allerdings ist bei außergewöhnlich werthaltigen Geschenken eine Anstandsschenkung (in der Regel) nicht mehr anzunehmen. Allerdings ist der Einzelfall zu bewerten. Was dazu führen kann, dass auch hochwertige Gegenstände erfasst sein können.

(3) Gemischte Schenkungen

Eine gemischte Schenkung ist anzunehmen, wenn der Wert der Leistung nur zu einem Teil dem der Gegenleistung entspricht. Die gemischte Schenkung unterliegt hinsichtlich ihres überschießenden unentgeltlichen Teils der Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung im Rahmen einer illoyalen Vermögensminderung.

Es handelt sich dann um eine gemischte Schenkung, wenn bei einem gegenseitigen Vertrag die Leistung der einen Partei nur zum Teil durch die Gegenleistung der anderen Partei ausgeglichen wird und sich aus dem Sachverhalt ausreichende

[48] BGH FamRZ 1963, 292; OLG München FamRZ 1985, 814; Johannsen/Henrich/Jaeger, Familienrecht, § 1375 Rn. 26.
[49] OLG Brandenburg FamRZ 2009, 446 (448); *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 51.
[50] OLG München FamRZ 1985, 814.
[51] BGH NJW 1981, 111.

Hinweise ergeben, dass einer Vertragspartei der Mehrwert der von ihr zu erbringenden Leistung im Sinne einer unentgeltlichen Zuwendung bewusst ist.[52]

Bei einem objektiven, über ein geringes Maß deutlich hinausgehenden Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung wird vermutet, dass die Parteien dieses Missverhältnis erkannt haben und sich über die teilweise Unentgeltlichkeit einig waren.[53]

Abzugrenzen ist die gemischte Schenkung vom unvorteilhaften Geschäft. Die Vereinbarung eines für den Verkäufer oder Käufer unvorteilhaften Geschäfts stellt keine gemischte Schenkung dar, da die Beteiligten beim Abschluss des Vertrages nicht von einer teilweisen Unentgeltlichkeit ausgegangen sind.[54]

(4) Schenkung unter Auflage

Anders als bei der gemischten Schenkung, handelt es sich bei der mit einer Schenkung verbundenen Auflage nicht um eine Gegenleistung, sondern um eine rechtlich selbständige Leistungspflicht.[55] Der Schenker hat gemäß § 525 BGB einen Anspruch darauf, dass die Auflage vollzogen wird, wenn er seinerseits geleistet hat. Die Auflage kann auch über den Tod des Schenkers hinaus Wirkung entfalten.

Eine Auflage ist die Verpflichtung des Beschenkten zu einem Tun oder Unterlassen. Die Auflage ist nicht entgeltlicher Teil einer Gegenleistung. Dies gilt auch dann, wenn die Auflage in einer Leistung an den Schenker besteht, die fast den Wert des Geschenkt aufzehrt.

Maßgeblich für eine Schenkung unter Auflage ist, dass der Beschenkte die ihm auferlegte Leistung aus dem Wert der Zuwendung zu erbringen hat. Erbringt der Beschenkte eine eigene Gegenleistung aus seinem eigenen Vermögen liegt eine gemischte Schenkung vor. Die Verpflichtung des Beschenkten den Schenker zum Beispiel (in Grenzen) zu pflegen, wird häufig als Auflage angeordnet.[56]

(5) Ausstattung

Der Begriff der Ausstattung ist vom Gesetzgeber in § 1624 Abs. 1 BGB legal definiert worden. Danach gilt als Ausstattung, was ein Kind mit Rücksicht auf seiner Verheiratung, auf seine Begründung einer Lebenspartnerschaft oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung vom Vater oder von der Mutter erhält.

---

[52] Burandt/Rojahn/*Milatz* ErbStG, § 7 Rn. 11.
[53] BGH NJW 2014, 294.
[54] BGHZ 59, 132; 82, 274.
[55] Schlitt/Müller/*Schlitt*, § 5 Rn. 51.
[56] Kurze/*Papenmeier*, BGB, § 525 Rn. 1.

Eine Ausstattung kann auch bei entfernteren Abkömmlingen, wie etwa Enkeln oder Urenkeln in Betracht kommen.[57] Eine Ausstattung im Sinne des § 1624 Abs. 1 BGB löst keine illoyale Vermögensminderung im Sinne des § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB aus. Für die Einordnung einer Zuwendung als Ausstattung ist nicht die von den Beteiligten gewählte Bezeichnung der Zuwendung entscheidend, sondern ausschließlich der Zuwendungszweck.

Eine Ausstattung wird in der Regel in einer einmaligen Zuwendung von Geld oder anderen Vermögensgegenständen gewährt. Abzugrenzen ist die Ausstattung von der Pflicht der Eltern zur Gewährung des gesetzlichen Unterhalts.[58]

(6) Nachträgliche Entgeltlichkeit

Eine nachträgliche Vereinbarung über die Entgeltlichkeit einer Schenkung kann zulässig sein, mit der Folge, dass dann keine illoyale Vermögensminderung im Sinne des § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB angenommen werden kann.

Dies gilt jedoch nur, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht.[59] Die nachträgliche Vereinbarung über die Entgeltlichkeit ist Ausfluss der Vertragsfreiheit der Beteiligten. Danach ist auch eine Vertragsänderung zulässig, durch die für eine bereits vollzogene Übertragung von Vermögenstücken ein anderer Rechtsgrund festgelegt wird. Durch die nachträgliche Vereinbarung wird das Endvermögen des auskunftspflichtigen Ehegatten geschmälert und somit auch der anschließend zu errechnende Zugewinn.

(7) Rechtsgrundlose Zuwendungen und Verträge zugunsten Dritter

Neben diesen Konstellationen, kann auch ein Vertrag zugunsten Dritter eine unentgeltliche Zuwendung im Sinne des § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB darstellen. Wird bspw. ein Dritter aus einer Lebensversicherung begünstigt, können die gezahlten Prämien dem Endvermögen des Versicherungsnehmers hinzugerechnet werden.[60]

Gleichzusetzen mit den unentgeltlichen Zuwendungen sind die rechtsgrundlosen Zuwendungen. Ist dem leistenden Ehegatten also positiv bekannt, dass seine Pflicht zur Leistung nicht bestanden hat, so wird diese Leistung dem Endvermögen ebenfalls hinzugerechnet. Zu nennen sind hier Fälle der §§ 814, 817 S. 2 BGB. Anderes gilt nur dann, wenn dem Leistenden die Zuwendung durch einen Bereicherungsanspruch ausgeglichen wurde.[61]

Bei Erfüllungen aufgrund offener Schulden, wird eine Unentgeltlichkeit regelmäßig nicht angenommen. Zahlt ein Ehegatte also eine Schuld die bereits verjährt ist oder

[57] OLG Karlsruhe ZEV 531, 532.
[58] BGH NJW 1982, 575; OLG Hamburg NJW 1953, 1353; OLG Celle FamRZ 1965, 390.
[59] BGH NJW -RR 2007, 803.
[60] BGH FamRZ 1995, 1562.
[61] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 50.

eine Spiel- oder Wettschuld, wird keine Zuwendung darin zu sehen ein. Gleiches gilt, für Zahlungen aufgrund von Erpressung.[62]

bb) Verschwendung (§ 1375 Abs. 2 Nr. 2 BGB)

Die zweite Kategorie der illoyalen Vermögensminderung besteht in Form von Verschwendung.

Demnach ist dem Endvermögen auch der Betrag hinzuzurechnen, um den das Endvermögen verringert ist, weil einer der Ehegatten Vermögen verschwendet hat.

Dabei bedeutet Verschwendung die unnütze und ziellose Geldausgabe bzw. die Verfügung über andere Vermögensgegenstände in einem solchen Umfang, welcher in keinem Verhältnis zum Einkommen oder den Vermögensverhältnissen desjenigen Ehegatten steht.[63]

Folglich kann Verschwendung nur anhand konkreter Daten zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Ehegatten und deren Konsum- und Ausgabeverhalten beurteilt werden. Dabei ist aber der Gesetzeszweck zu berücksichtigen, welcher nicht darin liegt, die Lebensführung eines Ehegatten generell dahingehend zu überprüfen, ob der Lebensstil über dessen Einkommensverhältnissen liegt oder nicht. [64]

Maßgeblich sind also nicht nur die allein wirtschaftlichen Gesichtspunkte der Ausgabe, sondern auch die Motivation und die psychischen Ursachen für die aus objektiver Sicht unnütze Geldausgabe.[65]

Eine Verschwendung ist zum Beispiel in Fällen von Ausgaben durch den betrogenen Ehegatten aus Verärgerung, Wut und Enttäuschung verneint worden.[66] Auch kostspielige, aber medizinisch indizierte Eingriffe zählen nicht als Verschwendung.[67]

Sollte eine gemeinsame Veranlagung zur Einkommenssteuer eine geringere SteuAuskunftspflichtigerlastung hAuskunftspflichtigeriführen, ist eine Verschwendung nicht allein durch die Verweigerung des Ehegatten zur Zustimmung dessen gegeben.[68]

Folglich sind an eine Verschwendung im Sinne des § 1375 Abs. 2 Nr. 2 BGB recht hohe Anforderungen zu stellen.

---

[62] AG Köln FamRZ 1999, 95.
[63] BGH FamRZ 2015, 232 und 1272; OLG Schleswig, FamRZ 1986, 1208.
[64] OLG Karlsruhe FamRZ 1986, 167; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 52.
[65] *Börger/Engelsing*, Eheliches Güterrecht, § 2 Rn. 380; Johannsen/Henrich/*Jaeger*, Familienrecht, § 1375 Rn. 27.
[66] OLG Schleswig FamRZ 1986, 1208.
[67] AG Säckingen FamRZ 1997, 1335.
[68] BGH FamRZ 2007, 1227.

cc) Absichtliche Vermögensbenachteiligung (§ 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB)

Schließlich bleibt noch die illoyale Vermögensminderung in Form von absichtlichen Vermögensbenachteiligungen.

In diesem Zusammenhang ist es unerheblich, ob sich die Vermögensbenachteiligung aus einer Minderung der Aktiva oder aus einer Mehrung der Passiva folgt.[69] Denn die Norm unterscheidet nicht hinsichtlich der schädigenden Handlung. Es fallen alle, das Vermögen mindernde Handlungen unter die Vorschrift, die mit der Absicht getätigt werden, den anderen Ehegatten zugewinnrechtlich zu benachteiligen. Diesbezüglich ist der Begriff „Handlung“ weit zu fassen, sodass auch Rechtsgeschäfte als Tathandlung definiert werden kann.[70]

Zentrale Tatbestandsvoraussetzung ist hier die Benachteiligungsabsicht. Eine solche liegt vor, wenn der Wille eines Ehegatten, den anderen zu benachteiligen, das leitende, jedoch nicht das einzige Motiv des Handelns gewesen ist.[71]

Die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast bzgl. des leitenden Benachteiligungsmotivs sind dabei nicht allzu hoch anzusetzen.

Von der Rechtsprechung bisher abgelehnte absichtliche Vermögenbenachteiligungen sind beispielsweise die Aktenzerstörung im Zusammenhang mit einem Selbstmordversuch.[72] Auch eine aufwendige Sanierung des Gebisses oder bei Spielbankverlusten, sollten diese auch vorher zum regelmäßigen Lebensstil der Ehegatten gehört haben.[73]

Dagegen wurden in der Vergangenheit das Verbrennen von Bargeld, aus Wut und Enttäuschung und das Unterlassen von Angaben über Wertpapierdepots im Endvermögen, als absichtliche Vermögensbenachteiligungen nach § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB eingestuft.[74]

Wichtig ist, dass die Vorschrift keine Außenwirkung begründet. Infolge dessen, erwirbt der Vertragspartner grundsätzlich wirksam. Ob er dabei die Benachteiligungsabsicht gekannt hat oder nicht ist ohne Belang.[75] Sollte er von der Benachteiligungsabsicht allerdings Kenntnis gehabt haben, so kommt allenfalls eine Haftung seinerseits gem. § 1390 Abs. 2 BGB in Betracht.

dd) Ausschluss der Hinzurechnung

[69] BGH FamRZ 1986, 565; BGH NJW-RR 1986, 1325, 1326.
[70] BGH FamRZ 1986, 565, 567; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 53.
[71] BGH FamRZ 2015, 232.
[72] OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 1097.
[73] AG Säckingen, FamRZ 1997, 1335; OLG München FuR 2003, 226, 232.
[74] OLG Rostock FamRZ 2000, 228; OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 1858, 1860.
[75] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 53.

Die Anrechnung des fiktiven Vermögens wegen illoyaler Vermögensminderung, kann in bestimmten Fällen auch ausgeschlossen sein. Hierfür ist auf § 1375 Abs. 3 BGB zurückzugreifen.

Zum einen entfällt die Anrechnung, wenn die vermögensmindernde Handlung mehr als zehn Jahre vor Beendigung des Güterstandes vollzogen wurde. Für das Vollziehen reicht es aus, dass die Verpflichtung rechtswirksam begründet worden ist, selbst wenn diese nicht innerhalb dieser zehn Jahre erfüllt worden ist. Hier besteht ein maßgeblicher Unterschied zur Frist des § 2325 III BGB. Ob der Schenker weiterhin im Genuss des verschenkten Gegenstandes ist, ist für die Fristberechnung nach § 1375 III BGB ohne Bedeutung.[76]

Daneben unterbleibt eine Zurechnung des fiktiven Vermögens auch dann, wenn die vermögensmindernde Handlung auf einer unentgeltlichen Zuwendung oder Verschwendung beruht, der andere Ehegatte mit dieser Handlung aber einverstanden war. Dabei kann eine Einwilligung auch durch konkludentes Verhalten erteilt werden. Hierfür reicht es aber nicht aus, wenn der Ehegatte lediglich schweigt oder einen Widerspruch unterlässt.[77]

So kann beispielsweise in Fällen der Verschwendung von einem Einverständnis des Ehepartners ausgegangen werden, wenn dieser sich aktiv am verschwenderischen Lebensstil beteiligt.[78]

ee) Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast obliegt grundsätzlich dem Anspruchssteller. Er muss sein eigenes Endvermögen und das des Gegners und mithin auch das Fehlen von den, vom Auskunftspflichtigen behaupteten, Verbindlichkeiten darlegen und beweisen.[79]

Aus diesem Grunde bezieht sich § 1379 BGB auch auf die Auskunft zu bestehenden Verbindlichkeiten.

Eine mangelnde Angabe von Verbindlichkeiten in der Vermögensauskunft, führt nicht gleichzeitig zu einer Beweislastumkehr.[80] Lediglich eine sekundäre substantiierte Darlegungslast wird hierdurch erzeugt.[81] Nähere Einzelheiten zu Zeit und Ablauf bestimmter Ereignisse muss der Auskunftspflichtige nicht mitteilen, sofern diese nicht relevant sind, für die Rechtsfolge. Schlüssig ist der Vortrag des Auskunftspflichtigen bereits dann, wenn er Tatsachen behauptet, die in Verbindung mit einem Rechtssatz

[76] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 54.
[77] Bamberger/Roth/*Mayer*, BGB, § 1375 Rn. 22; Johannsen/Henrich/*Jaeger*, Familienrecht, § 1375 Rn. 30.
[78] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 54.
[79] BGH FamRZ 2015, 232; BGH FamRZ 2012, 1785; BGH NJW-RR 1986, 1325; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1858.
[80] BGH NJW 1986, 1196, 1197.
[81] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 55.

geeignet sind, die geltend gemachte Verbindlichkeit als entstanden erscheinen zu lassen.

Für die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1375 Abs. 2 BGB ist derjenige darlegungs- und beweislastpflichtig, der sich auf die illoyale Vermögensminderung beruft. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Vermögensminderung nach der Trennung aber vor Beendigung des Güterstandes eingetreten ist. In diesem Fall ist der Auskunftsverpflichtende darlegungs- und beweisbelastet [82]

An die Darlegung der Benachteiligungsabsicht aus § 1375 Abs. 2 Nr. 3 BGB sind hiAuskunftspflichtigeri keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Insbesondere eine Verweisung des darlegungspflichtigen Ehegatten, zu den Motiven des Gegners vorzutragen und diese auch zu bewerten, ist nicht zulässig.[83]

Nach Auffassung des BGH reicht bereits die Behauptung aus, dass das in Frage stehend Geld nicht im Wege einer ordnungsgemäßen Lebensführung verbraucht worden sein kann.[84] HiAuskunftspflichtigeri ist jedoch zweifelhaft, ob darin eine substantiierte Tatsachenbehauptung zu sehen ist, auf die der Gegner wiederum substantiiert reagieren muss.[85]

Der in der Praxis am häufigsten anzutreffende Fall, ist die Manipulation von Konten durch die Minderung der Aktiva und im Umkehrschluss Mehrung der Passiva oder durch die Auflösung von Bausparverträgen und Lebensversicherungen. In diesen Fällen genügt der Zugewinnausgleich begehrende Ehegatte seiner Darlegungspflicht schon dann, wenn er schlüssig und substantiiert konkret behaupten kann, dass der andere Ehegatte eine, sein Vermögen mindernde, objektiv nicht erforderliche Kontobewegung vorgenommen, um ihn zu benachteiligen.[86] Der auskunftspflichtige Ehegatte hat dann schlüssig und substantiiert die sachgerechte Verwendung darzulegen. Der Auskunftsberechtigte muss aber in jedem Fall eine konkrete Vermögensverfügung benennen. Der Auskunftspflichtige muss nicht ungefragt über alle Vermögensverfügungen der letzten 10 Jahre Auskunft erteilen.

Zu beachten ist außerdem noch die Zusatzregelung des § 1375 Abs. 2 S. 2 BGB. Demnach muss der Ausgleichsschuldner Vermögensminderungen zwischen dem Zeitpunkt der Trennung und dem Stichtag für das Endvermögen nachvollziehbar darlegen. Für den begünstigten Ehegatten reicht es aus, zu behaupten, die Vermögensminderung beruhe auf einer illoyalen Handlungsweise. Der Antragsgegner muss anschließend darlegen und beweisen, dass diese Behauptung nicht zutrifft.[87]

---

[82] OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1858; Johannsen/Henrich/*Jaeger*, Familienrecht, § 1375 Rn. 31; Palandt/*Brudermüller*, § 1376 Rn. 33.
[83] OLG Köln FamRZ 1988, 174; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 56.
[84] BGH FamRZ 2015, 232.
[85] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 56.
[86] BGH NJW-RR 1986, 1325; OLG Düsseldorf FamRZ 2008, 1858.
[87] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 4 Rn. 57.

e) Form der Auskunftserteilung

Die Auskunftserteilung kann entweder in Form eines privatschriftlichen Verzeichnisses erfolgen oder in Form eines notariellen Verzeichnisses.

a) privatschriftliches Verzeichnis

Das privatschriftliche Verzeichnis muss den gesetzlichen Vorgaben genügen.

Geschuldet wird vom Anspruchsgegner die Vorlage eines einheitlichen Verzeichnisses der zum jeweiligen Vermögen gehörenden Vermögensgegenstände im Sinne des § 260 BGB. Damit ist regelmäßig ein privatschriftliches Verzeichnis gemeint.

Ein privatschriftliches Vermögensverzeichnis muss die am maßgeblichen Stichtag vorhandenen Aktiva und Passiva beinhalten. Diese müssen dabei geordnet und übersichtlich zusammengestellt sein, so dass es dem auskunftsberechtigten Ehegatten möglich ist, das Anfangs- und Endvermögen des anderen Ehegatten ungefähr zu berechnen und somit den Zugewinn zu ermitteln.[88]

Die Gegenstände sind nach Anzahl, Art und wertbildenden Faktoren jeweils einzeln aufzuführen. Dabei richten sich der Umfang und die Art der notwendigen Einzelangaben nach den Besonderheiten des jeweiligen Vermögensgegenstandes.[89] Wertangaben muss das Vermögensverzeichnis dagegen nicht enthalten, soweit sie nicht wie etwa bei Konten oder Depots offenkundig sind. [90] Lediglich Aktiva und Passiva sind übersichtlich darzustellen.[91]

Bei der Erstellung des Verzeichnisses ist darauf zu achten, dass die Gegenstände und Verbindlichkeiten derart individualisiert und genau bezeichnet und aufgezeichnet werden, sodass das Verzeichnis für die Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung dienen kann und ggf. auch zum Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung nach § 260 Abs. 2 BGB werden kann.[92]

Um die Anforderungen eines Verzeichnisses zu erfüllen reicht es nicht aus, einzelne Schreiben und Schriftsätze aufzusetzen und so die verschiedenen Einzelangaben zusammenzutragen.[93] Es muss vielmehr eine geordnete, vollständige Zusammenstellung aller Vermögensgegenstände ersichtlich sein, die in einem zusammenhängenden Dokument untergebracht ist.

Sollte die Übersichtlichkeit aber auch in mehreren Einzeldokumenten gewahrt worden sein, so ist das Bestandsverzeichnis ausnahmsweise auch in mehreren Teilverzeichnissen zulässig.[94] Sollten erforderliche Ergänzungen nachgetragen werden, müssen diese so ins Verzeichnis integriert werden können, dass die

[88] OLG Hamm FamRZ 2001, 767; OLG Brandenburg FamRZ 2007, 285.
[89] BGH FuR 2003, 348.
[90] BGH FamRZ 1989, 157; OLG Köln FamRZ 2002, 1406; MüKoBGB/*Koch*, § 1379 Rn. 16.
[91] BGH FamRZ 1984, 144, 145; OLG Stuttgart FamRZ 1993, 192, 194.
[92] OLG Hamm FamRZ 1981, 482; OLG Naumburg FamRZ 2001, 1303.
[93] OLG Hamm FamRZ 2006, 865.
[94] BGH NJW 1962, 245; Bamberger/Roth/*Mayer*, BGB, § 1379 Rn. 6.

Aufstellung übersichtlich und schlüssig bleibt. Ist dies nicht möglich, ist für jeden Nachtrag ein neues Gesamtverzeichnis vorzulegen.[95]

Da wertbildende Faktoren im Verzeichnis für die Einzelgegenstände eine tragende Rolle spielen, ist nach jedem Gegenstand einzeln zu beurteilen, welche Faktoren für ihn wertbildend sind. Bei Fahrzeugen sind beispielsweise Typ, Baujahr, km-Stand und Anzahl der Unfälle anzugeben.[96] Bei Grundstücken dagegen Art, Größe und Lage der Bebauung.[97]

Wird lediglich die Auskunft nach § 1379 Abs. 1 S. 1 BGB verlangt, also ein privatschriftliches Verzeichnis, so sind den einzelnen Gegenständen keine Wertangaben beizufügen. Lediglich auf Verlangen hin, müssen Belege vorgelegt werden, wie aus § 1379 Abs. 1 S. 2 BGB hervorgeht.

Mit der Abgabe eines sorgfältig erstellten Vermögensverzeichnisses gibt der Auskunftspflichtige gegenüber dem Auskunftsberechtigten eine Negativerklärung ab, dahingehen, dass weitere Aktiva und Passiva zum benannten Stichtag nicht vorhanden sind. Eine positive Vollständigkeitserklärung ist folglich nicht nötig.[98]

Eine persönliche Unterzeichnung des Vermögensverzeichnisses durch den Auskunftspflichtigen ist nicht erforderlich. Das Schriftformerfordernis aus § 126 BGB ist mithin nicht zu erfüllen.

b) notarielles Verzeichnis

Auf Verlangen des Anspruchsberechtigten hin, kann das Verzeichnis auch durch einen Notar aufgenommen werden, § 1379 Abs. 1 S. 4 BGB. Dabei hat der Auskunftsberechtigte die Kosten für das Verzeichnis selbst zu tragen. Dieser Anspruch auf ein notarielles Verzeichnis kann auch noch längere Zeit nach Vorlage eines privaten Vermögensverzeichnisses verfolgt werden.[99] Zu den genauen Voraussetzungen und den Pflichten des Notars bei Errichtung eines Vermögensverzeichnisses im Zugewinnausgleich, wird weiter unten eingegangen.

3. Belegvorlage

Für alle Auskunftsansprüche besteht ein Anspruch auf Belegvorlage, jedoch nur in dem Umfang, in dem diese vorhanden sind oder es dem Verpflichteten zumutbar ist, sie zu beschaffen.

---

[95] OLG Zweibrücken FamRZ, 2001, 763.
[96] OLG Hamm OLGR 1999, 50.
[97] OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 168.
[98] OLG Brandenburg NJW-RR 2014, 519; *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 11 Rn. 284a.
[99] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 11 Rn. 288.

Sollte es dem Auskunftspflichtigen nicht zumutbar sein, die gewünschten Belege zu beschaffen, so ist die verlangte Leistung tatsächlich unmöglich nach § 306 BGB.[100] Darüber, welche Belege vorzulegen sind, entscheidet der Auskunftsberechtigte selbst.

Dabei umfasst die Vorlagepflicht die Belege, die erforderlich sind, damit sich der andere Ehegatte ein Bild über die Zusammensetzung des Vermögens des auskunftspflichtigen Ehegatten machen kann, einschließlich der wertbildenden Faktoren.[101]

Im Einzelnen kann die Vorlage von Bilanzen nebst Verlust- und Gewinnrechnung bei Unternehmen und freien Berufen verlangt werden.[102] Dabei gilt dies für die letzten drei Jahre vor dem Stichtag.

Auch können Einnahmen-Überschuss-Rechnungen verlangt werden,[103] sowie betriebswirtschaftliche Jahresabschlüsse bei landwirtschaftlichen Unternehmen.[104]

4. Wertermittlung

In § 1379 Abs. 1 S. 3 BGB ist außerdem ein Wertermittlungsanspruch enthalten. Dieser ist allerdings selbstständig geltend zu machen und ist grundsätzlich unabhängig vom Auskunftsanspruch.[105]

In der Praxis ist also darauf zu achten, dass der Wertermittlungsanspruch separat geltend gemacht wird, da er ansonsten nicht geschuldet wird.

Dieser Wertermittlungsanspruch dient dazu, es dem ausgleichsberechtigten Ehegatten zu ermöglichen, sich auch über die Höhe einer Ausgleichsforderung zu vergewissern und die für die Höhe einer solchen Ausgleichsforderung entscheidenden Rechenoperationen vorzunehmen.[106] Dafür müssen aber wertbildende Faktoren Gegenstand der Auskunft sein.

Eine Verpflichtung zur Beauftragung eines Sachverständigen besteht nicht.[107] Jedoch steht es dem Auskunftsberechtigten frei, eine Begutachtung auf seine Kosten durchführen zu lassen. Dabei muss der Auskunftspflichtige die Begutachtung dulden und die erforderlichen Unterlagen herausgeben.[108]

---

[100] *Büte*, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, Kapitel 11 Rn. 280.
[101] Palandt/*Brudermüller*, § 1379 Rn. 12.
[102] BGH FamRZ 1980, 37.
[103] OLG Koblenz FamRZ 1982, 280.
[104] OLG Düsseldorf FamRZ 1986, 168.
[105] *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 520.
[106] *Kogel*, Strategien beim Zugewinnausgleich, Rn. 491.
[107] BGH FamRZ 1991, 316.
[108] BGH FamRZ 2007, 711, 712.

Sofern der Ehegatte seiner Verpflichtung im Rahmen des Wertermittlungsanspruchs nachgekommen ist, trägt der andere Ehegatte die Darlegungs- und Beweislastpflicht für etwaige abweichende Bewertungen.[109]

II. Pflichten des Notars

1. Pflichten bei der Errichtung des Verzeichnisses

Der Notar befindet sich bei der Errichtung eines Vermögensverzeichnisses nach § 1379 BGB in einem erheblichen Spannungsverhältnis. Die Literatur verlangt vom Notar ohne nähere Begründung, dass er diejenigen Pflichten zu erfüllen hat, die ihm bei der Errichtung eines notariellen Nachlassverzeichnisses treffen würden. In diesem Fall hat der Notar den realen und fiktiven Nachlass eigenständig, umfassend und vollständig zu ermitteln und das Ergebnis seiner Ermittlungen im Nachlassverzeichnis darzustellen. Der Auskunftsausspruch des pflichtteilsberechtigten NichtAuskunftspflichtigen ist daher auf den vollständigen realen und fiktiven Nachlassbestand gerichtet, hinsichtlich des fiktiven Nachlasses jedoch nur, wenn er dies ausdrücklich geltend macht. Begründet wird dies damit, dass der Notar bei der Errichtung des notariellen Nachlassverzeichnisses letztlich die Erbrechtsgarantie des pflichtteilsberechtigten NichtAuskunftspflichtigen gewährleistet und daher den realen und fiktiven Nachlassbestand vollständig und richtig zu ermitteln hat. Auch beim Nachlassverzeichnis stellt der Notar das Mittel zur Erfüllung der Auskunftspflicht des Auskunftspflichtigen dar, wobei der Auskunftspflichtiger jedoch umfassend zur Auskunft verpflichtet ist.

Die Literatur verkennt, dass das Pflichtenprogramm des notariellen Nachlassverzeichnisses nicht ohne weiteres auf das Vermögensverzeichnis im Zugewinnausgleich übertragen werden kann. Zunächst fehlt es bereits an der verfassungsrechtlichen Verbürgtheit des Zugewinnausgleichsanspruch. Es handelt es sich hiAuskunftspflichtigeri nicht einen Ausfluss des Grundrechts auf Ehe und Familie. Darüber hinaus kann die Beauftragung des Notars im Ergebnis nicht dazu führen, dass die Substantiierungsanforderungen des Auskunftsberechtigten zu den illoyalen Vermögensverfügungen des Auskunftsverpflichteten ausgehebelt werden.

Der Notar stellt letztlich nur das Mittel der Auskunft dar, mit dem der Auskunftsverpflichtete seinen Auskunftsanspruch erfüllt. Der Inhalt des Auskunftsanspruchs wird dadurch nicht verändert. Es bleibt also dabei, dass der Notar in das Verzeichnis nur solche Angaben aufzunehmen hat, die auch der

[109] BGH FamRZ 1989, 954, 956.

Auskunftsverpflichtete selbst anzugeben hätte. Im Fall des Vermögensverzeichnisses im Zugewinnausgleich kann der Notar demnach nicht verpflichtet sein etwa Kontoauszüge der letzten zehn Jahre durchzusehen, um etwaige illoyale Vermögensverfügungen des Auskunftsverpflichteten zu ermitteln. Soweit sachgerecht sind die Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung auf das Vermögensverzeichnis zu übertragen.

a) Vollständigkeit

Zur Erstellung eines ordnungsgemäßen Vermögensverzeichnisses im Sinne des § 1379 BGB ist es erforderlich, dass das Verzeichnis durch den Notar nach pflichtgemäßem Ermessen und auf der Grundlage seiner selbständigen Ermittlung der Vermögenswerte erstellt wird.[110] Das Vermögensverzeichnis ist daher so zu errichten, dass es den Vermögenssbestand vollständig und umfassend[111] sowie transparent und übersichtlich darstellt.[112] Der Notar erfüllt die ihm obliegenden Amtspflichten daher nur, wenn er alle möglichen Berechnungsfaktoren für die Berechnung in das Vermögensverzeichnis aufnimmt.[113]

Der Notar muss damit sämtliche Vermögenspositionen des Anfangs- und Endvermögens ermitteln und systematisch darstellen. Die Gegenstände sind nach Anzahl und Art aufzulisten.

b) Richtigkeit

Die Aufnahme des Vermögensverzeichnisses durch den Notar soll dem auskunftsberechtigten Ehegatten einen höheren Grad an Richtigkeit der Auskunft gewährleistet.[114] Eine Gewähr für die über das private Bestandsverzeichnis hinaus wird nur dann erreicht, wenn der Notar den Nachlassbestand selbst und eigenständig – ausgehend von den Angaben des Auskunftsverpflichteten – ermittelt. Der Notar hat in der Urkunde zum Ausdruck zu bringen, dass der Inhalt der Urkunde auf seinen eigenen Ermittlungen beruht und er für den Inhalt der Urkunde verantwortlich ist.[115]

Ausgehend vom Rechtsgedanken des § 1375 BGB, wonach eine größtmögliche Richtigkeitsgewähr der Angaben zum Vermögensbestand erreicht werden soll, hat der Notar das Ermittlungsverfahren und die notarielle Urkunde nach pflichtgemäßem Ermessen zu gestalten. Die Aufnahme des Vermögensverzeichnisses durch den Notar soll eine besondere Gewähr dafür bieten, dass der Auskunftsverpflichtete die Angaben

[110] BVerfG MittBayNot 2017, 400.
[111] LG Aachen RNotZ 2016, 266; Schönenberg-Wessel NotBZ 2019, 170.
[112] MüKoBGB/*Lange* § 2314 Rn. 24.
[113] BGHz 33, 374; 89, 24; Palandt/*Weidlich* § 2314, Rn 9.
[114] OLG Oldenburg, NJW-RR 1993, 782 (783); OLG Koblenz, NJW 2014, 1972.
[115] OLG Schleswig, NJW-RR 2011, 946

wahrheitsgemäß erteilt. Über die Wahrheitspflicht hat der Notar den jeweils Auskunftsverpflichteten nachhaltig und eindringlich zu belehren.[116]

Der Notar trägt als Amtsperson die Verantwortung für die Durchführung und die sachgerechte Gestaltung der Aufnahme der einzelnen Vermögensgegenstände und damit den Inhalt des Verzeichnisses. Er entscheidet nach seinem pflichtgemäßen Ermessen, auf welche Weise er die Vollständigkeit des Anfangs- und Endvermögens feststellt.[117]

Unstreitig ist der Notar bei der Ermittlung des Vermögensverzeichnisses in erheblichem Maße auf die Auskünfte des Auskunftspflichtigen angewiesen.[118] Allerdings darf sich die Urkunde des Notars weder auf die Bezugnahme im Sinne des § 14 BeurkG auf das vom Auskunftspflichtigen errichtete privatschriftliche Vermögensverzeichnis beschränken, noch auf die ggf. strukturierte Wiedergabe der Angaben des Auskunftspflichtigen. Der Notar darf sich auch nicht darauf beschränken, die vom dem Auskunftspflichtigen vorgelegten Belege auf ihre Schlüssigkeit hinzuüberprüfen und sich – bei entsprechender Schlüssigkeit – auf die Angaben des Auskunftspflichtigen verlassen. Dies gilt selbst dann, wenn der Notar den Auskunftspflichtigen über seine Pflicht zu vollständigen und wahrheitsgemäßen Angaben belehrt hat.[119] Eine sich in der bloßen Wiedergabe der Angaben des Auskunftspflichten erschöpfende Urkunde ist kein notarielles Vermögensverzeichnis. Der Anspruch des Auskunftsberechtigten nach § 1379 BGB ist damit nicht erfüllt und kann im Wege der Klage und ggf. der Zwangsvollstreckung weiterhin gegen den Auskunftspflichtigen durchgesetzt werden.

Der Anspruch auf Vorlage eines notariellen Vermögensverzeichnisses ist nur dann erfüllt, wenn aus der Urkunde zu entnehmen ist, dass der Notar die Verantwortung für die Richtigkeit der Angaben übernimmt.[120] Sofern der Notar ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Angaben des Auskunftsverpflichteten hat und diese Zweifel durch eigene Ermittlungen nicht ausräumen kann, ist er verpflichtet diese Zweifel in der Urkunde niederzulegen.[121]

c) Ermittlungspflicht

Der Notar entscheidet unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen, welche konkreten Ermittlungen er bei der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses veranlasst. Allgemeingültige Maßstäbe für die Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses gibt es nicht.[122] Die in der Rechtsprechung zum notariellen Nachlassverzeichnis wiederholt vertretenen Ermittlungsansätze sind weder abschließend noch stellen sie einen in jedem Fall durch

[116] OLG Celle DNotZ 2003, 62; OLG Schleswig NJW-RR 2011, 946 (947)
[117] OLG Celle DNotZ 2003, 62; van der Auwera, ZEV 2008, 359; Eilmann/Vaasen/*Limmer* BNotO § 20 Rn. 23
[118] DNotI-Report 2003, 137 (138)
[119] OLG Saarbrücken ZEV 2010, 416; OLG Celle DNotZ 2003, 62; Staudinger/*Haas* BGB § 2314 Rn. 41;
[120] OLG Saarbrücken, ZEV 2010, 416; Erman/*Schlüter* BGB §2314 Rn. 5
[121] Van der Auwera, ZEV 2008, 359; BeckOK BGB/*Litzenburger* BeurkG § 17 Rn. 12
[122] OLG Koblenz MittBayNot 2015, 149

den Notar zu gewährleistenden Mindeststandart dar.[123] Es verbietet sich mithin jede schematische Lösung.

Der Notar hat die ihm zu Verfügung gestellten Unterlagen des Auskunftpflichtigen und dessen Angaben auf Vollständigkeit und Plausibilität hin zu überprüfen.[124] Soweit konkrete Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen bestehen, muss der Notar die in Betracht kommenden Ermittlungsansätze vollständig ausschöpfen.[125] Dabei hat der Notar diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Auskunftsberechtigten für erforderliche halten würde.[126] Art und Umfang der Ermittlungen sind vom Notar in der Niederschrift zu vermerken.

Auf der Grundlage des vollständigen Sachverhalts und des hinreichend substantiierten Vortrags des Auskunftsberechtigten zu illoyalen Vermögensverfügungen entscheidet der Notar nach pflichtgemäßem Ermessen, zu welchen Vermögenswerten er Ermittlungen veranlasst. Dabei müssen die Ermittlungen, wie auch die gesamte Verfahrensgestaltung, dem Zweck des notariellen Vermögensverzeichnisses hinreichend Rechnung tragen.

aa) Befragung

Zu Beginn des Verfahrens sollte der Notar den Auskunftspflichtigen – soweit möglich - umfassend befragen, um sich ein Bild über die Vermögensverhältnisse zu machen und entsprechende Ermittlungsansätze festzustellen.[127] Maßgebliches Kriterium für die Notwendigkeit der Teilnahme des Auskunftspflichtigen am „ersten Termin“ und bzw. oder am „zweiten Termin“ ist der Aufklärungsbedarf des Notars. Soweit dieser noch besteht, ist die Anwesenheit des Auskunftspflichtigen auch notwendig.

d) Vorlage und Besichtigung der Gegenstände und Unterlagen

Zu den umfangreichsten Aufgaben bei der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses gehört die Inventarisierung sämtlicher Gegenstände. Der Notar hat dabei sämtlichen Vermögens und Gegenstände einschließlich Dokumenten einzeln und übersichtlich darzustellen. Die Gegenstände müssen hinreichend klar beschrieben sein, damit eine eindeutige Zuordnung möglich ist und jeder Gegenstand für eine etwaige Wertermittlung eindeutig bestimmt werden kann.

(1) Besichtigung beweglicher und unbeweglicher Sachen

§ 809 BGB begründet einen Anspruch auf Vorlegung oder Besichtigung der Sache. Vorlegung bedeutet, dass die Sache dem Berechtigten ausgehändigt oder so

[123] OLG Koblenz MittBayNot 2015, 146 (150)
[124]OLG Koblenz MittBayNot 2018, 573 mAn. Schönenberg-Wessel.
[125] OLG Bamberg ZEV 2016, 580; OLG Jena NotBZ 2016, 186; LG Berlin ErbR 7/2019, 449 (452); Schönenberg-Wessel NotBZ 2018, 204 (208).
[126] BGH DNotZ 2019, 204 (207).
[127] OLG Saarbrücken ErbR 2010, 326 (327); OLG Nürnberg NJOZ 2010, 1613 (1614); Weidlich ErbR 2013, 134 (140)

vorgezeigt wird, dass sie einer sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich ist.[128] Die Vorlage kommt insbesondere bei beweglichen Sachen in Betracht. Die kann im ersten bzw. zweiten Termin zur Aufnahme des notariellen Vermögensverzeichnisses erfolgen. Der Notar hat im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, wie er die Besichtigung der Gegenstände gestaltet. Dabei darf der Notar die Sachen anfassen, vermessen, wiegen und untersuchen. Unzulässig sind Substanzeingriffe sowie eine den Wert oder die Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigende Untersuchung.[129]

In aller Regel bietet es sich an, von den vorgelegten beweglichen Sachen Lichtbilder zu fertigen und diese dem notariellen Vermögensverzeichnis als Bildband in der Anlage beizufügen. Der Notar sollte sich bei der Aufnahme der vorgelegten Sachen auf eine Wiedergabe seiner sinnlichen Wahrnehmungen beschränken und sich eines Werturteils enthalten. Der Notar wird regelmäßig nicht aus eigener Sachkunde beurteilen können, ob ein Schmuckstück aus „Gold“, ein Stein ein „Diamant“ oder ein Gemälde „echt“ ist. Für das notarielle Vermögensverzeichnis ist es vollkommend ausreichend, wenn der Notar seine sinnlichen Eindrücke beschreibt und den Gegenstand bildlich dokumentiert.

2. Einsicht in Unterlagen

§ 810 BGB regelt den Anspruch auf Einsicht in Urkunden, die sich im Besitz eines anderen befinden. Der Auskunftspflichtiger muss es dulden, dass der Notar sich die erforderliche Kenntnis aus der Urkunde zu verschaffen. Dabei hat der Auskunftspflichtige grundsätzlich dem Notar die Einsichtnahme in das Original zu ermöglichen. Es ist daher nicht ausreichend, wenn der Auskunftspflichtige Abschriften oder Fotokopien der Urkunden oder Unterlagen zur Verfügung stellt.[130]

Verweigert der Auskunftspflichte die Vorlage von Urkunden bzw. die Einsicht in das Original hat der Notar dies im Vermögensverzeichnis zu vermerken. HiAuskunftspflichtigeri sind auch die Gründe für die Verweigerung des Auskunftspflichtigen mit anzugeben.

e) Besichtigung der Ehewohnung

Die Besichtigung der Ehewohnung gehört neben der persönlichen Befragung des Auskunftspflichtigen zu den gängigsten Ermittlungspflichten des Notars[131] Der Notar hat die Ehewohnung aufzusuchen und die dort befindlichen Gegenständen zu inventarisieren. Er kann sich hiAuskunftspflichtigeri zuverlässiger Hilfe, insbesondere

[128] OLG Köln NJW-RR 1996, 382
[129] OLG Karlsruhe NJW-RR 2002, 951; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 1986, 819.
[130] MüKoBGB/Habersack BGB § 810 Rn. 13.
[131] Zimmer NJW 2019, 186.

der des Auskunftspflichtigen bedienen. Er darf sich mangels entgegenstehender Anhaltspunkte insoweit auf die Richtigkeit der Angaben des Auskunftspflichtigen verlassen.[132]

Der Notar darf sich mit Auskünften des Auskunftspflichtigen jedoch nur dann begnügen, wenn andere Erkenntnismöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen. Eine andere und damit vorzugswürdigere Erkenntnismöglichkeit ist die persönliche Inaugenscheinnahme durch den Notar. Der Notar darf sich dann mit den Auskünften begnügen, wenn etwa die Ehewohnung bereits aufgelöst ist oder wenn Gegenstände bereits unter den Eheleuten verteilt wurden.[133]

f) Einsicht in Kontoauszüge

(1) Ermittlung der Konten des Auskunftspflichtigen

Ausgangspunkt der Ermittlungstätigkeit des Notars ist die Feststellung sämtlicher Konten der Ehegatten. Zumeist wird der der Auskunftspflichtiger hierzu über hinreichende Informationen verfügen, so dass sich der Notar bereits auf der Grundlage dieser Informationen ein hinreichendes Bild verschaffen kann. Der Auskunftspflichtiger sollte im ersten Termin befragt werden, zu welchen Banken, Sparkassen und Kreditinstituten der Ehegatten Geschäftsbeziehungen unterhalten hat. Auf der Grundlage dieser Informationen sollte der Notar standartmäßig sämtliche bekannte Institute, zu denen die Ehegatten Geschäftsbeziehungen unterhalten haben, unter übersenden der Vollmacht der Ehegatten anschreiben und eine Ablichtung sämtlicher Kontostände zum Trennungs- und Beendigungszeitpunkt zu ermitteln.

(2) Einsicht in die Kontoauszüge der Ehegatten

In Rechtsprechung und Literatur zum notariellen Nachlassverzeichnis wird nachhaltig darüber gestritten, ob der Notar im Rahmen der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses verpflichtet ist, die Kontoauszüge des Auskunftspflichtigen für einen Zeitraum von zehn Jahren vor dem Tod durchzuarbeiten und etwaige Vermögensverschiebungen zu ermitteln. Dieser Streit kann nicht ohne weiteres auf das Vermögensverzeichnis nach § 1379 BGB übertragen werden. Der Notar ist nicht ohne Anlass verpflichtet nach illoyaler Vermögensverfügungen zu suchen.

g) Registerauskünfte

Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat der Notar zu prüfen, ob und inwieweit er Informationen über den Vermögensstand aus öffentlichen Registern erlangen kann. Die Einsicht in die Register setzt, soweit das jeweilige Register nicht öffentlichen zugänglich ist, den Nachweis eines berechtigten Interesses voraus. Dieses ist in aller Regel durch eine entsprechende Vollmacht des Auskunftspflichtigen nachzuweisen.

[132] Eylmann/Vaasem/Limmer BNotO § 20 Rn. 23; Schreinert RNotZ 2008, 61 (69)
[133] OLG Düsseldorf RNotZ 2008, 105; OLG Karlsruhe ZEV 2007, 329 (300); DNotI-Report 2003, 137 (138).

Der Notar macht in diesem Fall die Auskunftsansprüche beziehungsweise Einsichtsrecht des Auskunftsberichtigten geltend. Es handelt sich hierbei nicht um einen eigenen Anspruch des Notars. Ferner leisten die angefragten Register insoweit auch keine Amtshilfe, so dass für die Auskunft Kosten anfallen. Diese Kosten sind vom auskunftsberechtigten Ehegatten zu tragen.

(1) Grundakten und Grundbuch

Sofern Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Grundvermögen vorhanden ist oder war oder ein Ehegatte dinglich Berechtigter an Grundvermögen war, so ist der Notar verpflichtet diesen Anhaltspunkten anzugehen und eine entsprechende Abfrage vorzunehmen. Sofern das Grundbuch bereits digital erfasst ist, kann der Notar über den entsprechenden online Zugang selbst eine entsprechende Abfrage durchführen. Der Notar hat darauf zu achten, dass er auch insoweit den Ermittlungsverlauf und das Ermittlungsergebnis hinreichend konkret dokumentiert und entsprechende Vermerke für die Akte fertigt. Ist die Ermittlung des Notars erfolgreich gewesen, ist in das entsprechende Grundbuch Einsicht zu nehmen. Der Grundbuchbestand ist vollständig in das notarielle Vermögensverzeichnis mit aufzunehmen. Es empfiehlt sich insoweit die Eintragungen im Grundbuch wortwörtlich in die Urkunde aufzunehmen.

Über die Einsicht in das Grundbuch kann nicht nur aktuelles Grundvermögen ermittelt werden, sondern auch – soweit die Daten im jeweiligen System erfasst sind – auch früherer Grundbesitz und frühere dingliche Berechtigungen.[134] Das Grundbuchamt ist in jedem Fall zu ersuchen entsprechende Grundbuchauszüge die den Ehegatten als Eigentümer oder als dinglich Berechtigten ausweisen bzw. ausgewiesen haben vollständig zu übersenden.

Sofern die Ermittlungen ohne Erfolg geblieben sind sollte das Grundbuchamt gebeten werden, eine entsprechende Negativmeldung zu übersenden. Der Notar sollte auch die Negativantwort möglichst wortgetreu in das Verzeichnis mitaufnehmen, da die Rückantworten zum Teil in ihrem Aussagegehalt sehr voneinander abweichen.

Abhängig von der Eintragung im Grundbuch wird der Notar im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens die der Eintragung zugrundliegenden Urkunden in den Grundakten einsehen. Aus den entsprechenden Urkunden lassen sich eine Vielzahl von Informationen gewinnen, die für die Einordnung des Vorganges und dessen rechtliche Beurteilung von erheblicher Bedeutung sind. Sofern der Notar nicht die Möglichkeit hat selbst die Grundakten einzusehen, besteht die Möglichkeit die entsprechenden Urkunden unmittelbar über das Grundbuchamt anzufordern. Die Urkunden sind dem Verzeichnis beizufügen.

(2) Handelsregister

[134] Schönenberg-Wessel NotBZ 2018, 204 (211).

Sofern sich aus der Befragung Anhaltspunkte dafür bieten, dass ein Ehegatte an einer registrierten Gesellschaft beteiligt war bzw. ist, so hat der Notar die entsprechenden Register einzusehen.

Der Notar ist gehalten alle wertbildenden Faktoren zu ermitteln und diese im notariellen Vermögensverzeichnis mit anzugeben. Art und Umfang der Beteiligung sind, soweit sie sich in den vergangenen Jahren verändert haben, in das Vermögensverzeichnis mit aufzunehmen.

h) Akteneinsicht

Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat der Notar abzuwägen, inwieweit er durch Einsicht in Sach- und Verfahrensakten notwendige Informationen zur Errichtung des notariellen Vermögensverzeichnisses oder zumindest Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen gewinnen kann. Dabei ist ähnlich wie bei gerichtsgeführten Verzeichnissen davon auszugehen, dass der Inhalt einer gerichtlichen oder behördlichen Akte in aller Regel eine höhere Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Vorganges aufweist, als dies mit den Erinnerungen der Beteiligten zu erreichen ist.

(1) Betreuungsakten

Steht einer der Eheleute nach §§ 1869 ff BGB unter Betreuung, so sollte der Notar im Rahmen seiner Ermittlungen erwägen, Einsicht in die Betreuungsakten zu nehmen. Die Betreuungsakten enthalten aus Sicht des ermittelnden Notars insoweit wertvolle Informationen als der gesetzliche Betreuer nicht nur zur Rechnungslegung verpflichtet ist, sondern darüber hinaus auch eine vollständige Vermögensübersicht im Sinne der §§ 1908i Abs 1 Satz 1, 1802 BGB zu erstellen hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Betreuung den Bereich der Vermögenssorge umfasst hat.

Im Vermögensverzeichnis sind sämtliche aktiven und passiven Vermögenswerte des Betreuten aufzuführen.[135] Grundstücke im Eigentum des Betreuten sind mit Grundbuchdaten und dem Einheitswert anzugeben. Die Vermögensgegenstände des Betreuten sind so genau zu bezeichnen, dass keine Zweifel über die Identität aufkommen können.[136] Hausrat und Gegenstände des persönlichen Gebrauchs können im Vermögensverzeichnis zusammenfassend angegeben werden, es sei denn, dass sie von größerem Wert sind.[137] Verändert sich das Vermögen des Betreuten etwa dadurch, dass diesem eine Erbschaft im Laufe der Betreuung zufällt, so hat der Betreuer ein Nachtragsverzeichnis zu errichten und dieses ebenfalls dem Betreuungsgericht einzureichen.[138] Der Betreuer ist verpflichtet das Vermögensverzeichnis schriftlich zu erstellen. Er ist jedoch nicht verpflichtet seiner

[135] MüKoBGB/Kroll-Ludwigs BGB § 1802 Rn 3; OLG Schleswig FGPrax 2004, 238
[136] KG OLGE 24, 45.
[137] Zimmermann, Betreuung und Erbrecht, Rn. 254.
[138] Zimmermann, Betreuung und Erbrecht, Rn, 525

Auskunft etwaige Belege beizufügen.[139] Dem Notar steht mit dem Vermögensverzeichnis des Betreuers eine umfangreiche Informationsquelle zur Verfügung, die in aller Regel verlässliche und belastbare Anhaltspunkte für die weiteren Ermittlungen gibt. Der Notar wird die Angaben im Vermögensverzeichnis nur dann zu hinterfragen haben, wenn das Vermögensverzeichnis des Betreuers erkennbar Mängel ausweist.

Gemäß § 13 Abs. 4 FamFG können dem Notar die Akten nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts in die Amtsräume übersandt werden.[140] Ein Anspruch auf Übersendung besteht nicht.[141] Es ist zulässig, wenn das Gericht für bestimmte Akten die Versendung generell ausschließt[142]. Die Entscheidung nach § 13 Abs. 4 ist nicht anfechtbar.

(2) Akten der Steuerverwaltung

Die Akten der Steuerverwaltung bieten dem Notar eine Vielzahl von Ermittlungsmöglichkeiten. Die Auskunft der Steuerverwaltung setzt jedoch ausnahmslos voraus, dass sämtliche Beteiligte am steuerbaren Vorgang dem Notar eine Vollmacht erteilen und die Finanzverwaltung vom Steuergeheimnis befreien. Der Notar sollte sich bereits im ersten Termin von allen anwesenden Beteiligten eine entsprechend umfassende Vollmacht erteilen lassen, um so die Möglichkeit zu haben, die Steuerverwaltung, um Auskunft zu ersuchen. Ob dies im konkreten Einzelfall notwendig und erforderlich ist, entscheidet der Notar auch insoweit nach pflichtgemäßem Ermessen. Eine Verpflichtung des Notars regelmäßig die Steuerverwaltung anzufragen besteht nicht. Dies gilt auch dann, wenn dem Notar entsprechende Vollmachten durch die Beteiligten erteilt wurden.

i) Grenzen der notariellen Ermittlungen

Der Forderung nach einer umfassenden Ermittlung des stichtagsbezogenen Vermögens durch den Notar stehen dessen eingeschränkten rechtlichen Möglichkeiten gegenüber. Der Notar hat keine Rechte, um die stichtagsbezogenen Vermögenswerte tatsächlich von Amtswegen zu ermitteln. Vielmehr ist er auf die Mitwirkung des Auskunftspflichtigen und derjenigen angewiesen, von denen er jeweils Auskünfte angefordert hat. Die Ermittlungstätigkeit des Notars bei der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses gelangt immer dann an seine Grenzen, wenn der Auskunftspflichtiger nicht oder nicht umfassend mitwirkt oder Auskunftspflichtigertene Auskünfte nicht erteilt werden. Der Notar muss zwar den ernsthaften Versuch eigner Ermittlungen auch dann unternehmen, wenn dies tatsächlich schwierig ist.[143] Er wird im Falle der Verweigerung von Auskünften immer

[139] KG KGJ 36, 38.
[140] LG Stendal ErbR 2019, 121 (123) mAnm Sendke
[141] BeckOK FamFG/Burschel FamFG § 13 Rn. 37
[142] OLG Düsseldorf FGPRax 2008, 252; OLG Hamm ZErb 2013, 39
[143] OLG Düsseldorf RNotZ 2008, 105

zu prüfen haben, ob und inwieweit er die benötigten Informationen auch aus anderen Quellen erhalten kann.

Der Notar hat keine Befugnis, gegen den Willen des Auskunftsverpflichteten zu ermitteln, Räume zu betreten und zu durchsuchen oder die Vorlage von Unterlagen zu erzwingen.[144] Der Notar sollte sich derartige Rechte und Befugnisse nicht anmaßen.[145] Es obliegt allein dem Auskunftsberechtigten die ordnungsgemäße Auskunftserteilung durch den Pflichtigen durchzusetzen und im Wege der Zwangsvollstreckung Druck auf den Pflichtigen auszuüben.[146]

Der fehlenden Mitwirkung des Auskunftspflichtigen kann der Notar nur durch nachdrückliche Belehrungen begegnen. Sollte die Belehrung des Notars nicht zur notwendigen Mitwirkung des Auskunftspflichtigen führen bliebe dem Notar in letzter Konsequenz nur die Amtsverweigerung.[147] Hiervon kann der Notar jedoch erst dann gebrauch machen, wenn er auf der Grundlage, der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und Informationsquellen ein ordnungsgemäßes Verzeichnis tatsächlich nicht errichten kann.

2. Einsatz von Hilfspersonen und Delegation

Zunächst ist zu ermitteln, welche Tätigkeiten zwingend durch den Notar in Person durchgeführt werden müssen, alles Weitere kann delegiert werden. In der Rechtsprechung wird vereinzelt vertreten, dass der Notar ausnahmslos alle erforderlichen Handlungen selbst vorzunehmen hat.[148] Dies ist jedoch abzulehnen, da etwa vorbereitende Arbeiten nicht zwingend vom Notar ausgeführt werden müssen. Zwingend in der Hand des Notars liegen unter anderem die Entscheidung über die Ablehnung der Beurkundung, die Ermessensentscheidungen hinsichtlich der notwendigen Ermittlungen, die Überprüfung der Vollständigkeit der Ermittlungsergebnisse und die rechtliche Bewertung von einzelnen Vermögensgegenständen. Die Besichtigung der Wohnung und die Aufnahme der dort befindlichen Vermögensgegenstände etwa kann auf einen entsprechend eingewiesenen und zuverlässigen Mitarbeiter ganz oder teilweise übertragen werden. HiAuskunftspflichtigeri hat der Notar die Tätigkeit des Mitarbeiters zu überwachen. Die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der notariellen Ermittlungen hat der Notar zu übernehmen.

Checklisten bieten den Mitarbeitern dabei die notwendigen Strukturen, um die delegierten Aufgaben ordnungsgemäß und überprüfbar zu erledigen. Dabei gilt es die

[144] Braun MittBayNot 2008, 351 (353)
[145] Zimmer NotBZ 2005, 208 (210); Braun MittBayNot 2008, 351 (353)
[146] Schreinert RNotZ 2008, 61 (71)
[147] Schreinert RNotZ 2008, 61 (71); Braun MittBayNot 2008, 351 (535).
[148] OLG Düsseldorf, RNotZ 2008, 105

Prozesse anhand von Checklisten so zu organisieren und zu dokumentieren, dass sie nicht nur stabil laufen, sondern bei beim Ausfällen oder Personalwechsel ohne große Reibungsverluste funktionieren.[149]

Neben den Mitarbeitern des Notars kann auch der Auskunftspflichtiger als Hilfsperson mit eigebunden werden. Auf den Auskunftspflichtigen kann etwa die Beschaffung von Kontoauszügen und Bankbelegen, das Beibringen von Vollmachten, die Zusammenstellung von Versicherungsunterlagen, einschließlich des Bedingungswerks, sowie der beim SteuAuskunftspflichtigerrater vorhandenen Unterlagen (Bilanzen, Jahresabschlüsse, Schenkungs- und Erbschaftssteuererklärung, …) übertragen werden. Bei der Delegation von Aufgaben an den Auskunftspflichtigen ist der Notar jedoch im besonderen Maße zu Kontrolle aufgefordert. Eine ungeprüfte Übernahme der Informationen des Auskunftspflichtigen in die Urkunde ist nicht möglich. In diesem Fall läge bereits kein notarielles Vermögensverzeichnis vor.[150]

3. Ermessensausübung und -überprüfung

Der Notar entscheidet unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nach eigenem Ermessen, welche konkreten Ermittlungen er bei der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses veranlasst.[151] Dies hat zur Folge, dass es weder einen gesetzlich vorgegebenen Weg noch allgemeingültige Maßstäbe für die Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses gibt.[152] Der Notar entscheidet grundsätzlich selbst, welche Ermittlungen er im Einzelnen vornimmt, wobei er innerhalb seines persönlichen Pflichtenkreises das ihm Mögliche zu leisten hat und sich nicht auf „Pro-Forma-Anfragen“ beschränken darf.[153]

a) Ermessensentscheidung

Der Notar hat die ihm zu Verfügung gestellten Unterlagen des Auskunftspflichtigen und seine Angaben auf Vollständigkeit und Plausibilität hin zu überprüfen.[154] Soweit konkrete Anhaltspunkte für weitere Ermittlungen bestehen, muss der Notar die in Betracht kommenden Ermittlungsansätze vollständig ausschöpfen.[155] Das Ergebnis dieser eigenen Ermittlungen muss er in der Urkunde niederlegen und als eigenen Erklärung zum Ausdruck bringen, dass nach diesen Ermittlungen weitere Vermögensgegenstände nicht vorhanden sind.[156]

---

[149] Vollrath, MittBayNot 2001,1 (4)
[150] OLG Saarbrücken ZEV 2010, 416; OLG Celle DNotZ 2003, 62; Staudinger/*Haas* BGB § 2314 Rn. 41; DNotI-Report 2003, 137 (138)
[151] Schönenberg-Wessel NotBZ 2018, 204 (213).
[152] OLG Koblenz MittBayNot 2015, 149
[153] Kuhn/Trappe ZEV 2011, 347 (351); a.A. Ahrens ErbR 2009, 248 (251).
[154]OLG Koblenz MittBayNot 2018, 573 mAn. Schönenberg-Wessel.
[155] OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, ZEV 2016, 580; OLG Jena, Beschluss vom 5.2.2016, 1 W 9/16, NotBZ 2016, 186.
[156] OLG Koblenz MittBayNot 2015, 149 (150)

Die Auswahl ob und welche Ermittlungen der Notar durchführt hängen von einer Vielzahl von Faktoren ab, so dass sich die Rechtsprechung auf die Überprüfung des Ermessens konzentrieren sollte, anstatt „Prüfungskataloge“ zu erstellen.

Dem Notar steht im Verfahren zur Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses ein Entschließungsermessen zur Frage zu, ob er zu bestimmten Vermögenswerten Ermittlungen durchführt. Gleichzeitig steht dem Notar auch ein Auswahlermessen zu, welche konkrete Ermittlungsmaßnahme er ergreift. Der Notar muss das ihm zukommende Ermessen erkennen und pflichtgemäß ausüben.

b) Ermessensüberprüfung

Die Ermessensentscheidungen des Notars zu den notwendigen Ermittlungen und den getroffenen Feststellungen im Vermögensverzeichnis unterliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung. Das Gericht überprüft, ob der Notar die erforderlichen Ermittlungen tatsächlich durchgeführt hat und die notwendigen Feststellungen getroffen hat.[157] Maßstab für die gerichtliche Überprüfung ist eine sachgerechte Ausübung des Ermessens angesichts des Sinns und Zweckes eines notariellen Vermögensverzeichnisses.[158] Der Notar hat demnach alle greifbaren Erkenntnismöglichkeiten auszuschöpfen, die Angaben des Auskunftsverpflichteten in aller Regel zu überprüfen und selbst Feststellungen zum Nachlass zu treffen.[159]

Die richtige Ermessensausübung ist Einzelfall abhängig. Die in der Rechtsprechung wiederholt vertretenen Ermittlungsansätze zum notariellen Nachlassverzeichnis sind nicht eins zu eins auf die Auskunft im Zugewinnausgleich zu übertragen. Es verbietet sich mithin jede schematische Lösung. Das Gericht ist, da dem Notar ein Ermessen eingeräumt ist darauf beschränkt die Entscheidungen des Notars auf Ermessensfehler zu überprüfen. Als wesentliche Fehler kommen der Ermessensnichtgebrauch und der Ermessensfehlgebrauch Betracht.

Der Notar ist zur Ausübung seines Ermessens im Rahmen des notariellen Vermögensverzeichnisses nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Verkennt der Notar, dass er Ermessen hat, liegt Ermessensnichtgebrauch vor.[160]

Ein Ermessensfehlgebrauch liegt immer dann vor, wenn sich der Notar von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Das Gericht hat insoweit zu überprüfen, ob der Notar bei seiner Ermessensentscheidung den Zweck des notariellen

[157] OLG Düsseldorf RNotZ 2008, 105 (106); Schreinert RNotZ 2008, 61 (71)
[158] Schreinert RNotZ 2008, 61 (71); Schönenberg-Wessel NotBZ 2018, 204 (213).
[159] Schreinert RNotZ 2008, 61 (71)
[160] BGHZ 33, 373; OLG Saarbrücken FamRZ 2010, 2026

Vermögensverzeichnissen zutreffend und vollständig erfasst hat und sich in diesem normativen Programm gehalten hat.

c) Rechtsfolgen von Ermessensfehlern des Notars

Bei den Rechtsfolgen ermessenfehlerhafter Entscheidungen des Notars ist zu differenzieren zwischen den unmittelbaren Folgen im Bezug auf das vom Notar vorgelegte Vermögensverzeichnis und den haftungsrechtlichen Folgen für den Notar.

Hat der Notar verkannt, dass ihm bei der Errichtung Ermessen eingeräumt ist und hat er hiervon keinen Gebrauch gemacht, liegt bereits kein notariellen Vermögensverzeichnis vor. Der Notar hat in diesem Fall seine weitreichende Ermittlungspflicht nicht erfüllt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Notar lediglich die Angaben des Auskunftsverpflichteten protokolliert und beurkundet und selbst keine Ermittlungen durchgeführt.[161]

Hat der Notar sein Ermessen erkannt und diese fehlerhaft ausgeübt, etwa weil er einen sich bietenden Ermittlungsansatz nicht oder nicht vollständig ausgeschöpft hat, liegt ebenfalls kein notarielles Vermögensverzeichnis vor. Der Notar hat in diesem Fall den stichtagsgenauen Vermögensbestand nicht vollständig ermittelt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Notar Bankauskünfte nicht eingeholt hat, obwohl Hinweise auf eine Geschäftsbeziehung zu dem Kreditinstitut vorliegen.

In beiden Fällen, dem Ermessensnicht- und dem Ermessensfehlgebrauch, liegt kein ordnungsgemäßes Vermögensverzeichnis vor. Der Auskunftsanspruch des pflichtteilsberechtigten NichtAuskunftspflichtigen ist nicht erfüllt.[162] Das Vermögensverzeichnis ist unvollständig und der Notar muss erneut weitere Ermittlungen vornehmen. Der Auskunftspflichtiger kann hierzu durch Zwangsmittel nach § 888 ZPO angehalten werden.[163] Gegen die Weigerung des Notars, ergänzend tätig zu werden, ist die Beschwerde – zumindest des Auskunftsverpflichteten - nach § 15 Abs.2 BNotO möglich.[164]

Darüber hinaus sind Ermessensfehler auch geeignet einen Haftungsanspruch gegen den Notar zu begründen. Wenn der Notar zumindest fahrlässig die ihm insoweit obliegende Pflicht zur ordnungsgemäßen Ermessensausübung verletzt, ist er nach § 19 BNotO zum Schadenersatz verpflichtet. Der Notar kann, sofern er nach § 15 Abs.1 BNotO zur Urkundstätigkeit verpflichtet ist, sich der damit verbundenen

[161] BVerfG MittbayNot 2017, 400; OLG Koblenz NJW 2014, 1972; MittBayNot 2018, 573 (576) m.Anm. Schönenberg-Wessel.
[162] OLG München, ZEV 2016, 331; Schönenberg-Wessel NotBZ 2018, 204 (213).
[163] OLG Nürnberg NJOZ 2010, 1613; OLG Stuttgart ZEV 2016, 330.
[164] Horn ZEV 2018, 376; Schönenberg-Wessel NotBZ 2018, 204 (213).

Haftungsrisiken nicht entziehen. Es kommen insoweit auch Ansprüche des Auskunftsberechtigten gegen den Notar in Betracht.

Hat der Notar im Rahmen seiner Tätigkeit den Ermessensfehler lediglich fahrlässig begangen, ist er nur dann zum Schadenersatz verpflichtet, wenn dem Geschädigten keine andere zumutbare Ersatzmöglichkeit zur Verfügung steht. Der Notar haftet nach § 19 BNotO nur subsidiär.[165] Die fehlende Haftung entbindet den Notar im Falle eines fahrlässigen Ermessensfehler jedoch nicht davon ergänzende Ermittlungen zu veranlassen, wenn sich herausstellt, dass das Verzeichnis nicht vollständig ist.[166]

4. Pflichten und Risken bei der Errichtung des Vermögensverzeichnisses

a) Schadenersatz bei Amtspflichtverletzung

Als Träger eines öffentlichen Amtes haben Notare ihr Amt nach Gesetz und Recht auszuüben. Bei der Verletzung seiner Amtspflichten haftet der Notar – privat – allein aus § 19 BNotO. Eine Haftung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts besteht daneben nicht.[167] Die Haftung des Notars kann dabei sowohl an positives Tun als auch an pflichtwidriges Unterlassen anknüpfen. Der Notar haftet daher nach § 19 BNotO auch im Falle der rechtswidrigen Amtsverweigerung für den daraus entstehenden Schaden.[168]

Der Anspruchssteller trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Amtspflichtverletzung des Notars. Der Notar muss den Sachvortrag des Anspruchsstellers substantiiert bestreiten. Die Anforderungen an die Substantiierung notariellen Bestreitens sind recht hoch. Der Notar sollte daher auch im Rahmen der Errichtung des notariellen Vermögensverzeichnisses etwaige erteilte Belehrungen in der Urkunde oder in den Nebenakten dokumentieren.[169]

Die Verletzung von Amtspflichten durch den Notar begründet Haftungsansprüche derjenigen Personen, die in den Schutzbereich der verletzten Amtspflicht einbezogen sind. Um zu ermitteln, wer in den Schutzbereich der Amtspflicht einbezogen ist, ist die sog. Zwecktheorie maßgebend. Danach ist der Schutzzweck zu objektivieren. Geschützt wird nicht jeder, dessen Belange durch die Amtshandlung berührt werden, sondern nur derjenige, dessen Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts gerade durch die statuierten Amtspflichten gegen Beeinträchtigungen

[165] Diehn/Sandkühler BNotO § 19 Rn. 94.
[166] OLG München, ZEV 2016, 331.
[167] Scherer/Spall MAHb Erbrecht § 71 Rn 61; Diehn/Sandkühler BNotO § 19 Rn 2
[168] Diehn/Sandkühler BNotO § 19 Rn. 6
[169] Diehn/Sandkühler BNotO § 19 Rn. 7

geschützt werden sollen.[170] Dies ist beim Auskunftspflichtigen, der den Notar mit der Errichtung des Vermögensverzeichnisses beauftragt hat unstreitig der Fall.

Fraglich ist, ob dies auch für den pflichtteilsberechtigten NichtAuskunftspflichtigen gilt. Dieser ist an der Errichtung des notariellen Vermögensverzeichnisses unmittelbar nicht beteiligt. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind in den Kreis der geschützten Personen jedoch auch Dritte mit einbezogen, deren Interessen durch das Amtsgeschäft nach dessen besonderer Natur berührt wird und in deren Rechtskreis eingegriffen werden kann. Dies gelte nach dem BGH auch für Dritte , die durch die Amtsausübung nur mittelbar betroffen werden und bei der Beurkundung nicht zugegen waren.[171] Haftungsvoraussetzung ist außer der persönlichen Betroffenheit, die beim pflichtteilsberechtigten NichtAuskunftspflichtigen angekommen werden kann, dass die Amtspflichtverletzung auch den sachlichen Schutzbereich der Amtspflicht betrifft. Es muss sich um nachteilige Folgen handeln, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die notarielle Amtspflicht im Einzelfall dient. Notwendig ist einen inneren Zusammenhang mit der durch den Notar geschaffenen Gefahrenlage, nicht nur eine bloße zufällige äußere Verbindung.[172] Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass eine Haftung auch gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten besteht, allerdings bestände eine Haftung nur für Schäden, die dem Berechtigten aus der Amtspflichtverletzung entstanden sind.

Nach der vom BGH verwendeten Formel ist zu prüfen, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Notars genommen hätten und wie die Lage des Betroffenen wäre, wenn der Notar die Pflichtverletzung nicht begangen hätte, sondern pflichtgemäß gehandelt hätte.[173] Ferner muss die Amtspflichtverletzung für den entstandenen Schaden adäquat kausal sein. Das ist der Fall, wenn eine Tatsache im Allgemeinen oder nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolgs geeignet war.[174] An einem kausalen Schaden wird es jedoch in aller Regel fehlen, da der Auskunftspflichtiger allein die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des notariellen Vermögensverzeichnisses trägt.[175]

Ob der Betroffene einen Schaden erlitten hat, beurteilt sich nach der sog. Differenzhypothese. Zu Vergleichen ist der Zustand, der ohne die Amtspflichtverletzung bestehen würde mit demjenigen, der sich infolge der

[170] BGH NJW-RR 1998, 133
[171] BGHZ 58, 343 (535); BGH NJW 1981, 2705; NJW-RR 1988, 1206; NJW-RR 1998, 133 (134)
[172] BGH DNotZ 1990, 661 (663)
[173] BGH DNotZ 1990, 661 (663)
[174] BGH NJW 1990, 2882 (2883): Diehn/Sandkühler BNotO § 19 Rn 81.
[175] OLG Koblenz ZEV 2018, 413 mAnm Weidlich; OLG Koblenz MittBayNot 2018, 573 mAnm. Schönenberg-Wessel OLG Stuttgart RNotZ 2016, 470

Amtspflichtverletzung ergeben hat. Der Schaden ist konkret zu berechnen. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Schaden und dessen Höhe trägt nach Maßgabe des § 278 ZPO der Betroffene.

Das Verschulden des Notars muss sich stets auf die Verletzung der Amtspflicht beziehen. Ein Verschulden in Bezug auf den Schadenseintritt ist nicht erforderlich.[176] Es genügt, dass die Amtspflicht schuldhaft verkannt wird. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Notars sind allgemein so hoch, dass der objektiv typisierende Fahrlässigkeitsgrad in der Regel erfüllt sein wird. Maßstab für die Beurteilung ist der erfahrene, pflichtbewusste und gewissenhaft Durchschnittsnotar.[177] Der „Durchschnittsnotar“ ist nach dem BGH derjenige Amtsinhaber, der über die für die Ausübung seines Berufs erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt.[178] Bei der Komplexität der gesetzlichen Regelungen im Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsrecht dürfte die Schwelle zur Fahrlässigkeit, also die mangelnden Rechtskenntnis, leicht überschritten werden.

Im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses nach § 1379 BGB fehlt es bisher an Rechtsprechung. Der Notar ist als in diesem Fall verpflichtet die Fachliteratur und anerkannte Lehrmeinungen zur Rechtsprüfung heranzuziehen.[179] Um sich über den Stand der Diskussion im Schrifttum zu unterrichten, ist es erforderlich, die üblichen Erläuterungsbücher auszuwerten. Stellt der Notar fest, dass die maßgebliche Frage in der Literatur streitig dargestellt wird, muss er seine Nachprüfungen ausweiten.[180] Dabei muss der Notar stets die neusten Auflagen heranziehen und auswerten.

b) Prüfungs- und Belehrungsplichten

Prüfungs- und Belehrungspflichten haben auch im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses eine herausragende Bedeutung. Ein Verstoß gegen die Kardinalspflichten der §§ 17 bis 21 BeurkG begründet die Haftung des Notars.[181] Ausgehend von § 17 BeurkG hat der Notar den Sachverhalt vollständig aufzuklären und diesen vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig in der Urkunde wiederzugeben.[182] Dem Notar obliegt grundsätzlich keine Pflicht zur Amtsermittlung im Sinne des § 127 FamFG; jedoch verpflichtet ihn die Rechtsprechung zum notarielle Nachlassverzeichnis bei der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses umfassende eigene Ermittlungen durchzuführen. Dies dürfte ohne weiteres auch für

[176] Haug/Zimmermann/Zimmermann Die Amtshaftung Rn 74.
[177] BGH NJW 2008, 1321 (1323); NJW 2005, 3495 (3496); NJW 2001, 70 (72)
[178] BGH NJW 2001, 71 (72); Deutsch JZ 1968, 103 (104)
[179] BGH DNotZ 1958, 23+
[180] Haug/Zimmermann/Zimmermann Die Amtshaftung des Notars Rn 82; Diehn/Ganter HdB Notarhaftung Rn 2155.
[181] Haug/Zimmermann/Zimmermann Die Amtshaftung des Notars Rn 449
[182] BGH BeckRS 2016, 02702

die Verzeichnisses nach § 1379 BGB gelten. In jedem Fall ist der Notar verpflichtet den Auskunftspflichtigen sachgerecht zu befragen.[183]

Die Pflicht zur Unparteilichkeit im Sinne des § 14 BNotO markiert insoweit die Grenzen der Belehrungspflicht des Notars.[184] Der Notar hat bei der Ermittlung des Willens der Beteiligten, bei der Beratung und Aufklärung über die rechtliche Tragweite der beabsichtigten Erklärungen und bei der Unterbreitung von Gestaltungsvorschlägen unvoreingenommen und objektiv vorzugehen. Insbesondere bei gegenläufigen Vorstellungen und Interessen, wie sie dem Verhältnis zwischen Ehegatten immanent sind, hat der Notar zu allen Beteiligten die gleiche Distanz zu wahren.[185] Die sich aus § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG ableitenden Pflicht zum Ausgleich des Notars setzt dann ein, wenn die Fähigkeiten der Beteiligten, die rechtliche Tragweite ihrer Erklärungen einzuschätzen, unterschiedlich ausgeprägt ist. Aber auch in diesem Fall, darf der Notar nicht die Interessen des schwächeren einseitig schützen. Allerdings ist es Aufgabe des Notars etwaige Defizite zwischen den Beteiligten im Hinblick auf das konkrete Amtsgeschäfts auszugleichen, um auf diese Weise die Autonomie der Beteiligten zu schützen und die Voraussetzungen für eine ausgewogene und interessensgerechte Urkunde zu schaffen.[186]

c) Tatsachenbeurkundungen

Tatsachenbeurkundungen nach § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO dienen dazu über die amtlich von dem Notar wahrgenommenen Tatsachen Zeugnis abzulegen. Dabei hat der Notar die von ihm amtlich wahrgenommenen Tatsachen zu beurkunden. Die hierüber errichtete Urkunde erbringt den vollen (formellen) Beweis nach § 418 ZPO. Gegenstand sind gegenwärtige oder vergangene Vorgänge der Außenwelt, die unmittelbar mit den Sinnesorganen wahrgenommen werden können.[187]

Der Notar hat sich bei der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses strikt darauf zu beschränken, das Geschehene oder Gehörte objektiv wiederzugeben, also jede Wertung auszuschließen.[188] Dabei sind die Feststellung im notariellen Vermögensverzeichnis so abzufassen, dass nur das wahrgenommene festgestellt wird und keine darüberhinausgehenden Vermutungen festgestellt werden. Der Notar wird in aller Regel nicht beurteilen können, ob die ihm vorgelegten Schmuckstücke, Wertsachen, o.ä. tatsächlich echt sind. Hier muss sich der Notar zur Vermeidung einer Haftung strikt auf die Beschreibung des Gegenstandes beschränken und diesen nicht bewerten. Feststellungen zu Größe und Gewicht muss der Notar selbst treffen, diese

[183] Diehn/Sandkühler BNotO § 19 Rn 39
[184] Scherer/Spall MAHb Erbrecht § 71 Rn. 30
[185] Haug/Zimmermann/Zimmermann Die Amtshaftung Rn. 427.
[186] Baumann MittRhNotK 1996, 7 (23); Starke Beck´sches Notar-HdB L.I. Rn 53
[187] Haug/Zimmermann/ Eggenstein Die Amtshaftung Rn 664
[188] Haug/Zimmermann/Eggenstein, Die Amtshaftung Rn 664.

können nicht von der Aufschrift auf den Gegenstand übernommen werden. Das Beifügen von Lichtbildern erleichtert insoweit die Aufgabe des Notars.

Sofern der Notar die fehlerhafte Feststellung trifft, dass es sich tatsächlich um ein Original handelt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Pflichtteilsberechtigte im Haftungsprozess erfolgreich auf die notarielle Feststellung berufen kann.[189] In jedem Fall sind klarstellende Vermerke oder Formulierungen geboten. Der Notar kann sich auch nicht auf die Echtheit etwa mit vorgelegten Expertisen oder Zertifikate verlassen. Vorsorglich sollte der Notar in der Urkunde vermerken, dass er die Expertise des Wertgegenstanden mangels eigener Sachkunde nicht überprüfen kann. Bei der Vorlage von Wertpapieren ist der Notar gehalten das äußere Erscheinungsbild und die Formalien des Wertpapiers zu überprüfen. Der Notar sollte daher auch insoweit nur feststellen, dass er die „wie folgt bezeichneten Papiere“ oder das vom Auskunftspflichtigen „als Original bezeichnete Zertifikat“ wahrgenommen hat.[190]

Das Vorstehende gilt ausschließlich für die eigenen Feststellungen des Notars. Sofern der Notar in das notarielle Vermögensverzeichnis Erklärungen des Auskunftspflichtigen darüber aufnimmt, ob etwas ein Original oder etwas wertvoll ist, so muss die Erklärung des Auskunftspflichtiger richtig wiedergegeben werden und in der Urkunde als Erklärung des Auskunftspflichtigen gekennzeichnet werden. Der Notar hat jedoch nicht dafür einzustehen, dass die Aussage des Auskunftspflichtigen inhaltlich richtig ist.

(1) Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins

Auch bei Tatsachenbeurkundungen hat der Notar die Pflicht, einen falschen Anschein zu vermeiden. Danach darf der Notar durch seine Tätigkeit keinen Anschein erwecken, durch den der Auskunftspflichtiger als geschützter Dritter in die Gefahr eines folgenschweren Irrtums geraten könnten.[191] Die Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins wurzelt in der Pflicht zur redlichen Amtsführung. Diese lässt sich zusätzlich darauf stützen, dass die vom Notar aufgenommene Urkunde die begrenzte Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit für sich hat.[192]

Die Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins ist auch dann verletzt, wenn eine Urkunde entgegen dem äußeren Anschein unvollständig ist.[193] Daher muss der Notar, um einen falschen Anschein zu vermeiden, die Wahrheit deutlich sagen und seine Feststellungen so wiedergeben, dass diese von den Beteiligten nicht verkannt werden

[189] Haug/Zimmermann/Eggenstein, Die Amtshaftung Rn 668.
[190] Haug/Zimmermann/Eggenstein, Die Amtshaftung Rn 670 zum Verwahrgeschäft.
[191] BGHZ 134, 100 (107); BGH DNotZ 1969, 507 (509); 1973, 245 (248); 1985, 48; 1990, 437
[192] Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter HdB Notarhaftung Rn 820
[193] BGH DNotZ 2001, 486

können.[194] Der Anschein der Vollständigkeit besteht allerdings nicht, wenn und soweit eine Aussage zu dem betreffenden Punkt nicht erwartet werden kann. Insofern ist eine Lücke in einem notariellen Vermögensverzeichnis dann auch nicht als Verstoß gegen die Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins zu werten.

Die Pflicht, bei seinen Amtshandlungen die Entstehung eines falschen Anscheins zu vermeiden, trifft den Notar gegenüber jedermann, der sich befugtermaßen auf die Amtshandlung verlässt.[195] Bei fehlerhaften Beurkundungen sind alle Personen als Dritte in den Schutzbereich des § 19 Abs. 1 BNotO einbezogen, die auf den falschen Rechtschein vertrauen durften und deshalb einen Schaden erleiden.[196]

(2) Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung

Im Rahmen des notariellen Vermögensverzeichnis wird die Pflicht zur Vermeidung eines falschen Anscheins ergänzt durch die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung. Aufgrund der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung ist der Notar gehalten, die Wahrheit in Vermögensverzeichnis niederzulegen.

Fehlerhafte Tatsachenbeurkundungen können gegenüber dem anderen Ehegatten, der auf die Richtigkeit der Feststellungen im Vermögensverzeichnis vertraut, eine Amtshaftung begründen. Der BGH stellt höchste Anforderungen nicht nur an die Richtigkeit der notariellen Feststellungen, sondern auch daran, dass dieses nicht geeignet sind, einen falschen Anschein zu erwecken.[197] Sofern der Notar auf der Grundlage seiner Ermittlungstätigkeit Bedenken gegen die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben und der Ermittlungsergebnisse hat, ist er verpflichtet diese mit den Beteiligten zu erörtern. Die Bedenken des Notars, sowie auch die Erklärungen des Auskunftspflichtigen sollten so dann in der Urkunde dokumentiert werden.

d) Einhaltung der Verfahrens- und Formvorschriften; Beschleunigungspflicht

Der Notar muss gemäß § 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten gewährleistet ist. Der Notar ist insbesondere dem Auskunftspflichtigen gegenüber verpflichtet, den Sachverhalt umfassend und vollständig aufzuklären und den Nachlass klar und unzweideutig im Verzeichnis darzustellen. Bei der Aufnahme eines notariellen Vermögensverzeichnisses richtet sich die Qualität des Verzeichnisses nach den materiell-rechtlichen Anforderungen.[198] Das notarielle Vermögensverzeichnis ist durch den Notar selbst zu errichten.[199] Hierbei soll die Beteiligung des Notars zu einer

[194] BGH NJW-RR 1992, 1176 (1177); Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter HdB Notarhaftung Rn 821.
[195] Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter HdB Notarhaftung Rn 828
[196] Schippel/Bracker/Schramm BNotO § 19 Rn.4; Haug/Zimmermann/Zimmermann Die Amtshaftung Rn. 50
[197] BGH DNotZ 1973, 245; DNotZ 1997, 221 (225); Schippel/Bracker/Schramm BNotO § 19 Rn. 42
[198] OLG Celle DNotZ 2003, 6
[199] BVerfG MittBayNot 2017, 400

höheren Richtigkeitsgewähr des Verzeichnisses führen.[200] Die Gestaltung des Verfahrens steht im freien Ermessen des Notars, da es über die dienst- und beurkundungsrechtlichen Vorschriften kein gesetzlich normiertes Verfahren gibt.

Der Notar muss die Errichtung des notariellen Vermögensverzeichnisses zeitnah und mit der nach den Umständen möglichen Beschleunigung vornehmen. Eine starre Frist innerhalb derer ein Vermögensverzeichnis durch den Notar zu errichten ist, gibt es nicht Ein Verstoß gegen die Beschleunigungspflicht kann für den Auskunftspflichtigen zu erheblichen finanziellen Nachteilen führen.

5. Amtsverweigerung

a) Ablehnung des Beurkundungsauftrags

Der Notar ist kraft seiner Stellung im Rechtssystem verpflichtet dem Rechtsuchenden seine Amtstätigkeit auch tatsächlich zur Verfügung zu stellen. Der Notar ist daher nur ausnahmsweise berechtigt seine Amtstätigkeit zu verweigern. § 15 BNotO regelt die Berechtigung des Notars, eine Urkundstätigkeit zu verweigern und eröffnete dem Rechtssuchenden die Möglichkeit, die Entscheidung des Notars gerichtlich überprüfen zu lassen.[201]

aa) Berechtigung zur Verweigerung

§ 15 BNotO verbietet die Ablehnung einer notariellen Tätigkeit ohne ausreichenden Grund. Ausreichende Gründe können dabei zwingende Gründe für die Versagung einer Amtstätigkeit sein oder solche, bei denen der Notar ein Ermessen hinsichtlich der Vornahme der Amtshandlung hat. Die Entscheidung des Notars ist in jedem Fall durch das Beschwerdegericht voll überprüfbar.[202]

Ferner ist der Notar auch dann zwingend zur Ablehnung der Beurkundungstätigkeit verpflichtet, wenn die Beurkundungstätigkeit nicht mit den Amtspflichten des Notars vereinbar wäre. Sofern das Beurkundungsgesetz dem Notar eine Beurkundungstätigkeit untersagt, ist der Notar zur Amtsverweigerung verpflichtet. Dies betrifft sowohl die sog. „Muss-Vorschriften“ wie auch die „Soll-Vorschriften“. Für die Verpflichtung der Amtsweigerung sind die unterschiedlichen, mit den Vorschriftenarten verbundenen Rechtsfolgen für die Wirksamkeit der Urkunde ohne Bedeutung. Hierzu zählen etwa § 4 BeurkG; die Mitwirkungsverbote von § 3 Abs. 1 BeurkG; § 11 Abs. 1 BeurkG; § 40 Abs. 1 BeurkG, sowie § 25a BeurkG.[203] Gleiches gilt, wenn die Beteiligten von dem Notar eine Abweichung von für ihn zwingenden Verfahrensvorschriften des BeurkG verlangen.[204] Auch aus den Standrichtlinien der Notarkammer können sich für den Notar zwingende Gründe zur Versagung seiner Amtstätigkeit ergeben.

---

[200] BVerfG MittBayNot 2017, 400 (401); Weidlich ZEV 2017, 241
[201] Diehn/Seger BNotO § 15 Rn. 1
[202] OLG Naumburg FGPrax 2005, 272; Diehn/Seger BNotO § 15 Rn. 28
[203] Schippel/Bracker/Reithmann § 15 BNotO 46
[204] Eylmann/Vaasen/Frenz BNotO § 15 Rn 24.

Auch im Fall der festgestellten und nicht ausgleichbaren Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten ist der Notar zur Ablehnung des Beurkundungsauftrages verpflichtet.[205] Im Falle der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses ist in Bezug auf die Geschäftsfähigkeit des Auftraggebers kritisch zu prüfen, ob sich hieraus die Verpflichtung zur Ablehnung des Beurkundungsauftrages ergibt. In aller Regel wird die Beauftragung durch einen Bevollmächtigten oder Betreuer ausreichen und der Notar wird die Beurkundung nicht ablehnen können. In diesem Fall kann es für den Notar ausreichend sein, einen informierten Beauftragten zu befragen. Maßgebliches Kriterium für die Notwendigkeit der persönlichen Befragung des Auskunftspflichtigen ist der Aufklärungsbedarf des Notars. Soweit dieser noch besteht, ist die Anwesenheit des Auskunftspflichtigen notwendig. Eine Ausnahme hiervon gilt immer dann, wenn der Auskunftspflichtiger etwa aufgrund seines Alters oder seines Gesundheitszustandes selbst nicht in der Lage ist die Auskunft zu erteilen. Gelangt der Notar ermessensfehlerfrei zu der Auffassung, dass er ohne die Mitwirkung des Auskunftspflichtigen im Verfahren ein ordnungsgemäßes Vermögensverzeichnis nicht errichten kann, so hat der Notar die Beurkundungstätigkeit abzulehnen.

Außerhalb dieser zwingenden Gründe verbleiben nur wenige, aber allgemein anerkannte Fälle, in denen der Notar aufgrund einer eigenen Ermessensentscheidung verweigern darf. Hierzu gehören:

- Enthaltung wegen Befangenheit im Sinne des § 16 Abs.2 BNotO,

- Beurkundung in fremder Sprache, und zwar auch dann, wenn der Notar sie beherrscht;

- Nicht zu beseitigenden Zweifel rechtlicher oder tatsächlicher Art;

- Nichtleistung eines berechtigterweise anforderten Kostenvorschusses gemäß § 15 GNotKG, sowie

- Verhinderung aus tatsächlichen Gründen, wie Krankheit oder vorrangige andere Amtsgeschäfte.[206]

(1) Verweigerung wegen Nichtleistung eines Kostenvorschusses

Die geringe Lukrativität eines Auftrages rechtfertigt die Ablehnung eines Beurkundungsauftrages unter keinen Umständen.[207] Der Notar kann jedoch von seinem Recht auf Leistung eines Kostenvorschusses gebraucht machen und seine Amtstätigkeit bis zur Zahlung des Vorschusses verweigern.[208]

[205] Winkler MittBayNot 1998, 141.
[206] Eylmann/Vaasen/Frenz BNotO § 15 Rn 25.
[207] Diehn/Seger BNotO § 15 Rn. 39
[208] Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter HdB Notarhaftung Rn 513

§ 15 GNotKG regelt die Erhebung von Vorschüssen durch den Notar. Danach muss der Notar grundsätzlich sein Tätigwerden von der Zahlung eines die Gebühren und Auslagen deckenden Vorschusses abhängig machen.[209] Der Notar kann grundsätzlich jeder Zeit einen Vorschuss von den Beteiligten anfordern. Dies gilt jedoch nicht in den Fällen des § 16 GNotKG, also insbesondere in den Fällen, in denen dem Antragsteller Verfahrenskosten bewilligt ist oder die Zahlung eines Vorschusses dem Auftraggeber Schwierigkeiten begründen würde. Im Rahmen des notariellen Vermögensverzeichnisses wird in der Regel die Anforderungen eines Kostenvorschusses möglich sein. Eine Ausnahme dürfte für den Fall gelten, dass der Nachlass dürftig ist.

Der Kostenvorschuss kann lediglich einen Teil oder auch sämtliche Gebühren erfassen.[210] § 15 GNotKG eröffnet dem Notar die Möglichkeit die Vornahme seiner Tätigkeit im Rahmen des notariellen Vermögensverzeichnisses von einer Vorauszahlung des Vorschusses abhängig zu machen. Der Vorschuss wird mittels Kostenberechnung nach § 19 GNotKG erhoben. Die Vorschusskostenberechnung erfolgt dabei auf der Basis einer Schätzung[211] des Notars, da der Wert des zu errichtenden Vermögensverzeichnis zu Beginn noch nicht präzise feststehen wird.

Ob der Notar seine Tätigkeit von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig macht, entscheidet er nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Ausschlussgründe des § 16 GNotKG. Der Notar kann seine Entscheidung über den Kostenvorschuss vor Beginn jeder Tätigkeit treffen. Auch im laufenden Verfahren kann er diese Entscheidung treffen und seine Tätigkeit dann solange unterbrechen, bis der Vorschuss bezahlt ist.

Adressat der Vorschussanforderung ist jeder Kostenschuldner im Sinne der § 29 ff GNotKG. Bei der Errichtung eines Vermögensverzeichnisses ist der Vorschuss vom Auftraggeber, mithin dem Auskunftspflichtigen zu fordern. Mehrere Auftraggeber haften gemäß § 32 Abs. 1 GNotKG als Gesamtschuldner. Der Kostenvorschuss wird mit der endgültigen Gebührenschuld aus dem einzelnen Geschäft verrechnet. Die Verrechnung ist in der endgültigen Kostenrechnung ausdrücklich anzugeben. Ein etwaiger Überschuss ist auch dann an den Kostenschuldner zurückzuzahlen, wenn noch weitere Forderungen aus anderen Geschäften gegen den Schuldner bestehen.[212]

[209] BGH NJW 1989, 2615 (2616).
[210] Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn GNotKG § 15 Rn. 1
[211] Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn GNotKG § 15 Rn. 3
[212] Korintenberg/Hey´l § 15 Rn 10

Gegen den Inhalt der Vorschussrechnung kann Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 127 GNotKG gestellt werden. Das Abhängig machen der Amtstätigkeit von der Zahlung des Kostenvorschusses kann seinerseits mit der Untätigkeitsbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gerichtlich zu Überprüfung gestellt werden.[213]

(2) Verhinderung aus tatsächlichen Gründen

Die „Unlust"[214] einiger Notar zur Erstellung eines notariellen Vermögensverzeichnisses ist unter keinen Umständen geeignet die Amtsverweigerung des Notars zu begründen. Der Notar darf eine Urkundstätigkeit ablehnen, die er unter Berücksichtigung des im zumutbaren Arbeitspensums, seiner Mitarbeiter und anderer ihm bereits früher angetragener Amtstätigkeiten nicht rechtzeitig und /oder ordnungsgemäß vornehmen kann.[215] Hindern ihn vorrangige andere Amtsgeschäfte an der ordnungsgemäßen Erledigung des Beurkundungsauftrages darf der Notar den Auftrag ablehnen.[216] Der Notar muss ablehnen, wenn eine persönliche Amtsausübung nicht möglich ist.[217]

Eine Ablehnung aus tatsächlichen Gründen muss stets hinreichend konkret begründet werden. Das LG Lübeck nimmt an, dass es Fälle geben kann, dass die konkreten Ermittlungen im Rahmen eines notariellen Vermögensverzeichnisses jeden zeitlichen Rahmen sprengen können und hierdurch der Auftrag für den Notar unzumutbar sein könnte.[218] Dabei hat das Landgericht Lübeck es allerdings offen gelassen, welchen Maßstab es bei der Beurteilung anzulegen beabsichtigt. Die einfache Mitteilung, der Notar habe für die Errichtung des notariellen Vermögensverzeichnisses keine Zeit, ist als Begründung unter keinen Umständen ausreichend.

Es dürfte im Zusammenhang mit der Errichtung eines notariellen Vermögensverzeichnisses in der Regel nicht darstellbar sein, dass der beauftragte Notar aus tatsächlichen Gründen an der Errichtung des Verzeichnisses gehindert ist. Eine kurzfristig Arbeitsauslastung des Notars ist als Begründung schon deshalb kaum haltbar, da das Verfahren sich mithin bis zu zwölf Monaten oder länger erstrecken kann.[219] Durch eine hinreichende Struktur und Organisation des Verfahrens dürfte es in der Regel möglich sein, ein notarielles Vermögensverzeichnis auch in einem gut ausgelasteten Notariat zu errichten. Etwas anderes mag bei besonders umfangreichen und zeitintensiven Ermittlungstätigkeiten, etwa bei der Aufnahme einer großen Sammlung oder eines Schlosses gelten, wenn und soweit der Notar nicht über hinreichende personelle Kapazität verfügt und er diese auch nicht zumutbar beschaffen kann.

[213] Korintenberg/Hey´l GNotKG § 15 Rn. 11
[214] Keim ZEV 2018, 501; OLG Düsseldorf ZEV 2017, 101.
[215] Diehn/Seger BNotO § 15 Rn. 40.
[216] Ganter/Hertel/Wöstmann/Ganter HdB Notarhaftung Rn 516
[217] Winkler MittBayNot 1998, 141 (143)
[218] LG Lübeck ZEV 2018, 416
[219] Horn ZEV 2018, 376 (377); a.A. Keim ZEV 2018, 501

bb) Amtsverweigerung

Eine Amtsverweigerung im Sinne von § 15 Abs. 1 BNotO ist immer dann gegeben, wenn der Notar die Erfüllung einer ihm nach den §§ 20 bis 22 BNotO zugewiesenen Aufgabe ablehnt.[220] Die Ablehnung eines Beurkundungsauftrages ist nur in den engen Grenzen des § 15 Abs. 1 BNotO möglich. Danach kann der Notar seine Tätigkeit nur aufgrund eines ausreichenden Grundes verweigern. In allen Fällen der Urkundstätigkeit besteht eine Amtsausübungspflicht des Notars.

Der Begriff des ausreichenden Grundes steht rechtlich neben den zwingenden Versagungsgründen. Maßstab für die Beurteilung des ausreichenden Grundes ist die Stellung des Notars in der Rechtspflege. Im Hinblick auf seine Monopolstellung hat der Notar die Frage, ob der Ablehnungsgrund ausreicht ehr eng zu beurteilen und gründlich zu prüfen.[221] Wie aus der Stellung des Notars in der Rechtspflege die zwingenden Versagungsgründe abgeleitet werden müssen, so sind allein hieraus die Schranken für die Berechtigung des Notars, den Beurkundungsauftrag abzulehnen zu ermitteln.[222] Zur Verweigerung seiner Beurkundungstätigkeit ist der Notar daher nur dann berechtigt, wenn die nachgesuchte Urkundstätigkeit zwar die gesetzlichen Grenzen der zwingenden Versagensgründe noch nicht erreichen, aber ihrer Art nach oder mit einzelnen Begleitumständen dieser Grenze so nahe kommen, dass es dem Notar nicht zugemutet werden sollte, die ungelösten Bedenken auf seiner Verantwortung liegen zu lassen.[223] Mangelnde Zeit oder die Abneigung gegen den Auftrag zur Errichtung des Vermögensverzeichnisses dürften diese Schwelle in der Regel nicht erreichen. Dies gilt auch, wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung des Verzeichnisses nicht absehbar ist, welchen voraussichtlichen Zeitaufwand der Notar im Rahmen der pflichtgemäßen Ermittlungen wird betreiben müssen. Soweit das LG Lübeck einen Zeitaufwand „der jeden Rahmen sprengen wird“, als ausreichenden Grund benennt, der die Urkundstätigkeit für den Notar „unzumutbar“ machen würde, so ist dieser Grund ungeeignet.[224] Ob der Zeitaufwand für das konkrete Vermögensverzeichnis jeglichen Rahmen gesprengt hat, wird der Notar erst am Ende beurteilen können. Die Verweigerung der Urkundsttätigkeit nach § 15 Abs. 1 BNotO muss ohne schuldhaftes Zögern erfolgen.

Ebenso berechtigt die mangelnde Erfahrung oder Fachkompetenz im Bereich des Vermögensverzeichnisses den Notar nicht seine Tätigkeit zu verweigern.[225] Das Verfahren und die Errichtung des Verzeichnisses gehört zur originären Amtstätigkeit des Notars, so dass die in der Kommentarliteratur angenommenen Fälle, in denen der

[220] Eylmann/Vaasen/Frenz BNotO § 15 Rn. 18; Haug/Zimmermann/ Brüning Rn 749.
[221] Haug/Zimmermann/ Brüning Rn 749.
[222] Schippel/Bracker/Reithmann BNotO § 15 Rn. 49
[223] Schippel/Bracker/Reithmann BNotO § 15 Rn. 49
[224] LG Lübeck ZEV 2018, 416 (417).
[225] Schippel/Bracker/Reithmann BNotO § 15 Rn. 53

Mangel an Spezialkenntnissen die Verweigerung nach § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO eröffnen kann, von vornherein ausgeschlossen sind.[226]

Eine Urkundstätigkeit darf der Notar auch nicht in den Fällen verweigern, in denen die dafür vorgesehenen gesetzlichen Gebühren den wirtschaftlichen Aufwand nicht rechtfertigen oder unübersehbare Risiko mit sich bringen.[227] Auch eine etwaige Unlust[228] des Notars zur Erstellung eines entsprechenden Vermögensverzeichnisses, stellt keinen hinreichenden Grund zur Amtsverweigerung dar.[229]

Als Verfahrensentscheidung kann die Ablehnung nur vom Notar ausgesprochen werden und sollte für den Auskunftspflichtigen klar erkennbar sein. Ein schuldhaftes Hinauszögern der Erklärung kann eine Amtspflichtverletzung darstellen, die Schadenersatzansprüche des auslösen kann. Auch in der andauernden Untätigkeit des Notars kann eine Ablehnung des Beurkundungsauftrages gesehen werden.[230] Von einem andauernden Untätigbleiben ist zu dem Zeitpunkt auszugehen, wenn der Verfahrensbeteiligt nach der Lange des Falls eine Verfahrenshandlung des Notars erwarten konnte.[231]

b) Pflicht zur Ablehnung des Beurkundungsauftrags bei unzureichender Mitwirkung des Auskunftspflichtigen

Die Ablehnung des Beurkundungsauftrages kann in jeder Phase des Verfahrens erfolgen. Die Ablehnung kann daher vor der Durchführung des Beurkundungsverfahrens, während des Beurkundungsverfahrens oder auch nach Beendigung des Beurkundungsverfahrens erfolgen.[232] Der Notar hat daher in jeder Phase des Beurkundungsauftrages zu prüfen, ob zwingende Ablehnungsgründe, die im Sinne von § 14 Abs. 2 BNotO nicht mit den Amtspflichten des Notars vereinbar wären vorliegen. Auch kann durch das Verhalten des Auskunftspflichtigen im Verfahren ein ausreichender Grund eintreten, der zu einer Verweigerung der Amtstätigkeit berechtigt.

Der Auskunftspflichtiger hat gegenüber dem von ihm beauftragten Notar seine Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Er muss den Notar über das Vermögen zu Beginn und am Ende des Güterstandes sowie im Zeitpunkt der Trennung informieren. [233] Verweigert der Auskunftspflichtiger seine Mitwirkung kann der Notar das

[226] Eylmann/Vaasen/Frenz BNotO § 15 Rn 26.
[227] Schuppel/Bracker/Reithmann BNotO § 15 Rn 61
[228] Keim, ZEV 2018, 501 (502); Kuhn/Trappe ZEV 2011, 347 (350); Zimmer ZEV 2008, 365; vgl. OLG Düsseldorf ZEV 2017, 101
[229] Horn ZEV 2018, 376
[230] Schippel/Reithmann BNotO § 15. Rn. 49; Eylmann/Vassen/ Frenz BNotO § 15 Rn 21.
[231] Diehn/Seger BNotO § 15 Rn. 23; Eylmann/Vassen/ Frenz BNotO § 15 Rn 21.
[232] Eylmann/Vassen/ Frenz BNotO § 15 Rn 18.
[233] OLG Nürnberg NJOZ 2010, 1613 (1614); MüKoBGB/Lange BGB § 2314 Rn 32; BeckOK-BGB/J.Mayer § 2314 Rn. 15a; Damm notar 2016, 219; Damm Notarielle Verzeichnisses § 2 Rn 181

Vermögensverzeichnis nicht ordnungsgemäß erstellen. Der Notar muss in diesem Fall als ultima ratio den Beurkundungsauftrag auch im laufenden Verfahren ablehnen. Die Ablehnung folgt in diesem Fall aus § 4 BeurkG, da der Notar seine Amtspflicht, ein umfassendes und inhaltlich richtiges Verzeichnis vorzulegen im Falle der fehlenden Mitwirkung des Auskunftspflichtigen nicht erfüllen kann.[234]

c) Ablehnungsentscheidung

Die Ablehnung der Amtstätigkeit ist stets eine Verfahrensentscheidung des Notars. Sie kann daher nur von ihm persönlich ausgesprochen werden. Eine Delegation der Entscheidung ist nicht zulässig.[235] Die Ablehnung der Amtstätigkeit ist an keine Form gebunden.[236]

Die Beschwerdemöglichkeit gemäß § 15 Abs. 2 BNotO gegen die ablehnende Entscheidung des Notars eröffnet ein Verfahren nach dem FamFG.[237] Die Notarbeschwerde wegen Amtsverweigerung setzt keine formale Ablehnungsentscheidung voraus. Ausreichend ist vielmehr ein schlüssiges Verhalten des Notars, dass die Ablehnungsabsicht erkennen lässt. Auch die bloße Ankündigung einer Amtsverweigerung im Sinne eines Vorbescheides ist der Verweigerung gleichgestellt. Erklärt der Notar per Vorbescheid, dass er in einer bestimmten Weise zu verfahren beabsichtige, so liegt darin zugleich die Ablehnung, in anderer Weise zu verfahren.[238] § 15 Abs. 2 BNotO begründet selbständig die Statthaftigkeit einer Beschwerde gegen notarielle Amtsweigerung. Gleichwohl sollte der Notar im Sinne der Transparenz und der Rechtssicherheit die Ablehnungsentscheidung immer durch Vorbescheid oder Verfahrensentscheidung (Beschluss) treffen.

III. Geltendmachung des Anspruchs

Der Auskunftsanspruch sollte zweckmäßig als Stufenklageantrag gem. § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 254 ZPO geltend gemacht werden. Ein isoliertes Auskunftsverlangen im Verbund ist nicht zulässig.[239] Der Auskunftsanspruch nach § 1379 Abs. 2 BGB kann nur isoliert geltend gemacht werden.

1. Antrag auf Auskunft und Belegvorlage zum Zeitpunkt der Trennung gemäß § 1379 BGB

[234] Schreinert RNotZ 2008, 61 (71); Damm notar 2016, 219
[235] Eylmann/Vassen/ Frenz BNotO § 15 Rn 19.
[236] Diehn/Seger BNotO § 15 Rn. 21
[237] Müller-Magdeburg ZNotP 2009, 216; Regler MittBayNot 2010, 261.
[238] Sandkühler DNotZ 2009, 595; Reithmann ZNotO 2005, 57 (58)
[239] BGH FamRZ 1997, 811, 812.

An das Amtsgericht

- Familiengericht

Antrag[240]

In Sachen

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen güterrechtlicher Ansprüche

zeige ich an, dass ich die Antragstellerin vertrete. Auftrags und im Namen der Antragstellerin wird beantragt:

I. Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin Auskunft zu erteilen über den Bestand seines Vermögens am (Zeitpunkt der Trennung) durch Vorlage eines vollständigen und geordneten notariellen Bestandsverzeichnisses unterteilt nach Aktiva und Passiva und mit genauer Beschreibung der wertbildenden Faktoren.

II. Der Antragsgegner ist verpflichtet, die Auskunft durch Vorlage von gegebenenfalls noch zu bezeichnenden Belege zu belegen.

III. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Vollständigkeit und Richtigkeit seines Vermögensverzeichnisses an Eides statt zu versichern.

IV . Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Begründung:

Die Beteiligten haben am die Ehe miteinander geschlossen. Sie leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft.

Der Antragsgegner hat sich am von der Antragstellerin getrennt. Er ist an diesem Tag - für die Antragstellerin völlig überraschend - aus der ehelichen Wohnung ausgezogen.

Beweis: Beteiligteneinvernahme

[240] BeckOF Prozess, Form. 7.3.1 Anm. 1-9 Rn. 1-9, beck-online

Offenbar hat der Antragsgegner seinen Auszug gut vorbereitet. Er hat all seine persönlichen Sachen mitsamt sämtlichen Unterlagen zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen mitgenommen. Die Antragstellerin hatte auch während des Zusammenlebens der Parteien nur einen rudimentären Überblick über die Vermögensverhältnisse des Antragsgegners. Der Antragsgegner hat ihr auf Fragen stets geantwortet, sie sei abgesichert, er habe Immobilien und andere Wertanlagen.

Aufgrund der nunmehr bestehenden Trennung der Beteiligten hat die Antragstellerin existenzielle Ängste. Der Antragsgegner wurde deshalb mit Schreiben vom aufgefordert, Auskunft über den Bestand seines Vermögens am Tag seines Auszuges zu erteilen und diese Auskünfte auch zu belegen.

Beweis: Schreiben vom

Nachdem der Antragsgegner auf dieses Schreiben nicht reagiert hat, ist die gerichtliche Geltendmachung geboten.

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

2. Stufenantrag im Scheidungsverbundverfahren

An das Amtsgericht

- Familiengericht -

..

Az..

In Sachen

..

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

..

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:..

hier: Folgesache Güterrecht

wird für die Antragstellerin beantragt:

I. Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin

1. Auskunft zu erteilen über sein Anfangsvermögen am (Tag der Eheschließung) und über späteren privilegierten Erwerb durch Vorlage eines schriftlichen (und von einem Notar errichteten) Bestandsverzeichnisses, gegliedert nach Aktiva und Passiva.

2. den Wert aller Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bezogen auf das Anfangsvermögen mitzuteilen.

3. Belege vorzulegen, die nach Auskunftserteilung noch näher bezeichnet werden.

II. Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin

1. Auskunft zu erteilen über sein Endvermögen am (Zeitpunkt der Zustellung des Scheidungsantrages) durch Vorlage eines schriftlichen (und von ihm persönlich unterzeichneten) Bestandsverzeichnisses, gegliedert nach Aktiva und Passiva.

2. den Wert aller Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten bezogen auf das Endvermögen mitzuteilen.

3. Belege vorzulegen, die nach Auskunftserteilung noch näher bezeichnet werden.

III. Der Antragsgegner wird verpflichtet, die Vollständigkeit und Richtigkeit seines Vermögensverzeichnisses an Eides statt zu versichern.

IV. Der Antragsgegner wird verpflichtet, nach Erledigung der Anträge Ziffer I bis III einen noch zu beziffernden Zugewinnausgleich zu bezahlen.

Begründung:

Die Beteiligten haben am die Ehe miteinander geschlossen. Sie leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Dem Antragsgegner wurde am der Scheidungsantrag zugestellt.

Die Antragstellerin verfolgt ihre Ansprüche im Wege des Stufenantrages, und zwar ihren Auskunfts- Wertermittlungs- und Belegvorlageansprüche sowohl zum Anfangs-

als auch zum Endvermögen in der ersten Stufe , ihren Anspruch auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in der zweiten Stufe und ihren Zahlungsanspruch in der dritten Stufe.

Der Antragsgegner wurde mit Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vom unter Fristsetzung zum zur Auskunftserteilung sowohl über sein Anfangs, als auch Endvermögen, zur Wertermittlung sowie zur Belegvorlage aufgefordert.

Beweis: Schreiben vom

Eine ordnungsgemäße Auskunft hat der Antragsgegner bis heute nicht erteilt, weshalb eine gerichtliche Regelung erforderlich ist.

Der Auskunfts-, Wertermittlungs- und Beleganspruch wird auf § 1379 Abs. 1 BGB gestützt.

..

Rechtsanwältin/Rechtsanwalt

JETZT beantragen:

www.brak.de/fuer-anwaelte/qualitaet-durch-fortbildung/fortbildungszertifikat/