

Berlin, 30. Juni 2006

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz)

Ihre Schreiben vom 17. August 2005 und 14. Februar 2006

Az.: RA2/RA5 – 3800/9I – R5 102/2006

Der Deutsche Notarverein dankt für die Zusendung des Entwurfs eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz) und für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Wie von Ihnen gewünscht, erhalten Sie unsere Anmerkungen zu den kostenrechtlichen Teilen des Entwurfs (Art. 2 und 40) mit separatem Schreiben vom heutigen Tag.

Die nachfolgende Stellungnahme beginnt mit einigen grundsätzlichen Vorbemerkungen zum Konzept und den tragenden Prinzipien des Reformprojektes (A.). Anschließend nehmen wir zu den einzelnen Büchern des FamFG sowie den Änderungen in anderen Gesetzen Stellung und folgen dabei dem Aufbau des FGG-Reformgesetzes (B.). Angesichts des Umfangs des Entwurfes beschränken wir uns dabei im Wesentlichen auf die für die notarielle Praxis relevanten Vorschriften.

A. Allgemeine Vorbemerkungen

Mit dem vorliegenden FGG-Reformgesetz wird ein Gesetzentwurf vorgelegt, der den Vergleich mit den Reichsjustizgesetzen der Phase nach der Reichsgründung 1871 nicht zu scheuen braucht. Insbesondere der in den §§ 1-124 FamFG enthaltene Allgemeine Teil des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine große rechtssystematische Leistung, denn der bisher in einer Vielzahl von Einzelgesetzen geregelt und daher eher unzugänglichen Rechtsmaterie wird damit eine einheitliche Klammer vorangestellt. Es handelt sich zudem um eine Regelungstechnik, die dem deutschen Juristen auch aus anderen Bereichen wohl vertraut ist.

Gerade die Schaffung eines Allgemeinen Teils des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit (nachfolgend auch „FG-Verfahren“ genannt) ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins eine großartige Gelegenheit, die tragenden Prinzipien und Besonderheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit an prominenter Stelle zu kodifizieren. Damit können die Vorzüge dieses eher im Verborgenen blühenden und auch den meisten Juristen eher unbekanntem Rechtsgebietes herausgestellt und bekannt gemacht werden. Gleichzeitig können Unstimmigkeiten und Brüche im bisherigen FG-Verfahren beseitigt werden.

Die Notare verstehen sich traditionell als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit und tragen in partnerschaftlicher Zusammenarbeit mit den Gerichten zur funktionierenden vorsorgenden Rechtspflege in Deutschland bei. Notare sind aufgrund ihrer Qualifikation und Rolle im besonderen Maße geeignet, die Zielsetzungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu fördern. Unbürokratisch, serviceorientiert, orts- und bürgernah sorgen Notare in wesentlichen Rechtsfragen mit der (vollstreckbaren) notariellen Urkunde für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden und entlasten damit die streitige Gerichtsbarkeit. Das im Beurkundungsgesetz geregelte notarielle Beurkundungsverfahren wird mit Recht als ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezeichnet (*Eylmann/Vaasen*, Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2004, Einl. BeurkG, Rn. 4). Vielfach werden Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch notarielle Urkunden vorbereitet, wie etwa beim Erbscheins- oder Adoptionsantrag. Gegenüber den Gerichten treten die Notare in diesen Fällen häufig als Bevollmächtigte der Beteiligten auf, was aus Sicht der Gerichte die Kommunikation vereinfacht und den Zeitaufwand erheblich verringert. Die Entlastungswirkung durch Einschaltung des Notars wird besonders deutlich in den Registersachen, bei denen Notare den Registergerichten bzw. den Grundbuchämtern als rechtlich qualifizierte „Filter“ vorgeschaltet sind. Schließlich ist der Notar auf Grund seiner Rolle als neutraler Vermittler und seiner besonderen Qualifikationen als Vertragsgestalter auch besonders geeignet, konfliktvermeidende oder konfliktlösende Elemente im FG-Verfahren zu stärken.

Diese besondere Rolle des Notars im System der vorsorgenden Gerichtsbarkeit kommt auch im vorliegenden Reformentwurf zum Ausdruck. Naturgemäß begrüßen wir dies. Wir betrachten es als einen großen Vertrauensbeweis der Politik, wenn etwa im vereinfachten Scheidungsverfahren (vgl. dazu unten unter B.2.) in Zukunft verstärkt auf die notarielle Beratung und Begleitung der scheidungswilligen Ehegatten zurückgegriffen werden soll. Auch die aktuellen Überlegungen zur Aufgabenverlagerung im Bereich des Nachlasswesens (vgl. die JUMIKO-Beschlüsse vom November 2005 und Juni 2006) zeigen die Wertschätzung des Bundes und der Länder für die notarielle Tätigkeit im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege. Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch noch auf die Mitwirkung

der Notare bei der Einführung des derzeit startenden elektronischen Registerverkehrs hingewiesen. Die schon bisher sehr enge Zusammenarbeit von Registergerichten und Notaren wird hier im elektronischen Bereich fortentwickelt, wiederum mit Entlastungseffekten für die Justiz, der in Zukunft von den Notaren unmittelbar verwendbare Strukturdaten auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt werden.

Aufgrund der geschilderten engen Einbindung der Notare in das FG-Verfahren haben diese ein hohes Interesse an einer funktionstüchtigen, transparenten und den Besonderheiten der vorsorgenden Rechtspflege gerecht werdenden Verfahrensordnung. Der Deutsche Notarverein begrüßt daher das mit dem Entwurf verfolgte Konzept einer Systematisierung und Vereinheitlichung der bisher zersplitterten Rechtsmaterie.

Einige allgemeine Punkte von übergreifender und systematischer Bedeutung sollen vorab angesprochen werden:

1. Flexibilität des FG-Verfahrens erhalten

Bisher gehört zu den entscheidenden Vorzügen des FG-Verfahrens dessen enorme Flexibilität. So wird das FG-Verfahren in der Gesetzesbegründung (S. 334) zutreffend als „bürgernah, möglichst unformalistisch und pragmatisch“ beschrieben. Diese Flexibilität ermöglicht zum Wohle der beteiligten Personen insbesondere in nicht-streitigen Angelegenheiten vorsorgende und vorbeugende Regelungen und trägt damit zur Rechtssicherheit und zum Rechtsfrieden bei.

Diese Flexibilität konnte in den vergangenen Jahrzehnten auch ohne eine einheitliche und integrierende Verfahrensordnung gewährleistet werden. Gerade das Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist bislang sehr stark von Richterrecht und Rechtswissenschaft geprägt, wobei auch die wissenschaftliche Erschließung dieses Gebietes, von wenigen Ausnahmen abgesehen, in den Händen der Praktiker, das heißt der Richter und Notare liegt. Zugespitzt könnte man von der freiwilligen Gerichtsbarkeit als der großen Domäne des *Common Law* im deutschen Verfahrensrecht sprechen. Das ist kein Nachteil. Zahlreiche offene Rechtsfragen des materiellen Rechts konnten im stillen Zusammenwirken zwischen Notaren und Gerichten „hinter den Kulissen“ einer obergerichtlichen Klärung zugeführt werden – ja dieses Zusammenwirken ist Voraussetzung für den Erfolg im Sinne einer Fortbildung des Rechts zum Zwecke des

gemeinen Nutzens. Nicht zuletzt im Korpsgeist der Organe der FG erweist sich diese als der am meisten „englische“ Zweig deutscher Gerichtsbarkeit.

Wenn nun die Flexibilität des FG-Verfahrens auch vom Gesetzgeber als ihr großer Vorteil gesehen wird, so muss sich, um diesen Vorteil bewahren und für andere Verfahrensarten nutzen zu können, eine Kodifikation darum bemühen, das Überkommene zu bewahren und behutsam weiter zu führen. So sollte das FamFG nicht alle Streitfragen entscheiden wollen, sondern Raum lassen für eine an den Bedürfnissen der Praxis ausgerichtete Rechtsfortbildung.

2. Das Verhältnis des FamFG zum Beurkundungsrecht

Offen bleibt das Verhältnis zwischen Beurkundungsverfahren und freiwilliger Gerichtsbarkeit. Stellt das BeurkG eine Sonderregelung dar oder gilt subsidiär und analog das FamFG (ausdrücklich gilt das FamFG nach § 1 nur für die den Gerichten zugewiesenen Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit)? Die Frage war schon bisher ungeklärt.

Entscheidungserheblich wird sie dann, wenn der Notar nicht, wie in § 1 BNotO als Regelfall vorausgesetzt, als Berater und Betreuer der Beteiligten tätig wird, sondern als „Entscheider“. Beispielsfälle hierzu sind:

- Umschreibung von Vollstreckungstiteln;
- (*de lege ferenda*) Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung;
- Vermittlungsverfahren (Teilung von Nachlässen und Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft sowie – insbesondere - Vermittlungsverfahren nach dem SachenRBerG);
- Entscheiderrolle im Vollzug (Verfügung über hinterlegte Gegenstände nach §§ 54c und 54d BeurkG, Entscheidung über bestimmte Nachweise zur Erbringung der Gegenleistung, Feststellungen durch Eigenurkunde, etwa zum genauen Beschrieb des Kaufobjekts bei Teilflächenkauf, des Pfandobjekts bei Grundpfandrechten oder zur Bezeichnung des dienenden oder herrschenden Grundstücks bei Dienstbarkeiten, Vorsorglich erklärte Löschung der Eigentumsvormerkung mit Vollzugsanweisung im Leistungsstörungsfall);
- Gewährung oder Versagung von Amtstätigkeit (§ 4 BeurkG).

Sonderregelungen hierfür finden sich in § 15 BNotO, §§ 54, 54c und 54d BeurkG.

Das sind aber nicht die einzigen denkbaren Fälle. Gerade das SachenRBerG hat die Frage nach dem Verhältnis von notariellem und allgemeinem Verfahrensrecht nicht entschieden. Ist in den anderen Fällen der Notar zum Erlass einer „Endentscheidung“ befugt? Wenn ja, welche Vorschriften gelten für das von ihm hierfür zu beachtende Verfahren? Hat der Notar dann, wenn in einem vor ihm geführten Verfahren ein Beteiligter plötzlich handgreiflich wird – und das kommt vor –, nur das zivilrechtliche Hausrecht, die Befugnisse nach §§ 32, 34 und 35 StGB sowie § 127 StPO oder steht ihm daneben (statt dessen?) die Sitzungspolizei nach GVG zu, wenn ja in welchem Umfang?

Bedeutung hat dies insbesondere für die vorgesehene Übertragung der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung. Jedenfalls hier sollte dann die Geltung der §§ 14 ff. FamFG klargestellt werden.

3. Das Verhältnis des FamFG zur ZPO

Ausdrückliches Ziel der FGG-Reform ist die Harmonisierung der Verfahrensordnungen. Der Deutsche Notarverein steht diesem Reformziel grundsätzlich positiv gegenüber, erleichtert sie doch perspektivisch die Rechtsanwendung, weil Unterschiede und Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Verfahrensordnungen besser herausgearbeitet werden können.

Rechtstechnisch wird das Harmonisierungsziel im FamFG entweder durch eigene Regelungen im FamFG erreicht (etwa im Rechtsmittelrecht) oder aber durch Verweisungen auf die Zivilprozessordnung.

Damit stellt sich die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis zwischen ZPO und FamFG, die im Entwurf allenfalls punktuell gelöst ist. Im Gegensatz zum bisherigen FGG lassen gerade die zahlreichen speziellen Verweisungen des FamFG auf die ZPO den Schluss zu, dass ansonsten die ZPO gerade nicht gilt. Das wäre eine Änderung zum früheren Rechtszustand, in dem die Frage weder in der einen noch in der anderen Richtung entschieden war.

Hierin liegt möglicherweise die Gefahr, dass wichtige allgemeine Grundsätze, die der

ZPO entnommen werden können, für das FamFG erst entwickelt werden müssten. Z. B. stellt sich die Frage, wie Streitgenossenschaft, Streitverkündung, Nebenintervention, Interventionswirkung, Erledigung in der Hauptsache, Teilobsiegen und Teilunterliegen, Verbindung, Trennung, Aussetzung, Unterbrechung und Ruhen des Verfahrens, Inhalt und Beweiskraft des Sitzungsprotokolls, Parteiwechsel, Änderung des Verfahrensgegenstands etc. im Rahmen des FamFG zu lösen sind (vgl. dazu weiter unten auch die Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen des 1. Buches des FamFG).

Es scheint daher angebracht, etwa in der Gesetzesbegründung herauszustellen, dass die im FamFG enthaltenen Verweisungen zu keinem Umkehrschluss berechtigen und vielmehr die Lösung der Frage nach dem Verhältnis von FamFG und ZPO Rechtspraxis und Rechtswissenschaft überlassen bleibt.

4. Isoliert anfechtbare Zwischenentscheidungen - Vorbescheide und Zwischenverfügungen

Soweit ersichtlich, bricht das FamFG weitgehend mit der bisherigen Praxis der selbständig anfechtbaren Zwischenentscheidungen, insbesondere des anfechtbaren Vorbescheids. Nach geltendem Recht sind Zwischenentscheidungen, wie etwa Vorbescheide oder Zwischenverfügungen im Registerverfahren, ohne weiteres mit der Beschwerde nach § 19 FGG anfechtbar (*Bumiller/Winkler*, FGG, 8. Aufl. 2006 § 19, Rn. 6 ff.).

Dies soll *de lege ferenda* anders werden, denn nach § 62 Abs. 1 Nr. 1 FamFG sollen grundsätzlich nur noch „Endentscheidungen“ mit der Beschwerde angefochten werden können. Andere Entscheidungen sollen nur beschwerdefähig sein, wenn dies „im Gesetz ausdrücklich zugelassen ist“ (§ 62 Abs. 1 Nr. 2 FamFG). Dies ist jedoch bisher nur sehr vereinzelt vorgesehen, etwa in den §§ 6 Abs. 2 und 23 Abs. 1 FamFG. Der Deutsche Notarverein plädiert entschieden dafür, weitere anfechtbare Zwischenentscheidungen zuzulassen, und schlägt dazu folgende Ergänzungen im FamFG vor:

a) Die Zwischenverfügung im Rahmen der Verfahren der öffentlichen Register (Grundbuch und Registersachen)

Gerade im Rahmen der Eintragungsverfahren in öffentliche Register haben

sich selbständig anfechtbare Zwischenentscheidungen, hier „Zwischenverfügungen“ genannt, außerordentlich bewährt.

- (1) Im Grundbuchverfahrensrecht der GBO ist die Zwischenverfügung in § 18 GBO ausdrücklich geregelt. Diese ist nach geltendem und zukünftigem Recht selbständig anfechtbar, denn im Grundbuchverfahren werden die allgemeinen Rechtsmittelvorschriften der §§ 62 ff. FamFG durch die (unbefristete) Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO verdrängt. Danach können nicht nur Endentscheidungen (§ 62 FamFG), sondern „Entscheidungen“ des Grundbuchamtes angefochten werden, wozu die Zwischenverfügung unstreitig gehört.

Die Zwischenverfügung im Grundbuchrecht hat (bei behebbaren Mängeln) entscheidende Vorteile gegenüber einer Endentscheidung. Zunächst einmal hat sie rangwahrende Funktion. Weiter erweist sie sich regelmäßig als die angemessenere, verhältnismäßigere, flexiblere und schnellere Maßnahme sowohl aus Sicht des Gerichts als auch aus Sicht der Beteiligten. Die Zwischenverfügung bietet zudem die Möglichkeit, eine der Sache nach angemessene Frist zur Behebung des Hindernisses zu setzen, während die befristete Beschwerde hier wenig Spielraum setzt. Weiter ist zu bedenken, dass der Grundbuchrechtspfleger bei seiner Entscheidung haftungsrechtlich nicht in den Genuss des Richterprivilegs nach § 839 Abs. 2 BGB kommt (kein „Urteil“). Daher hat auch der Rechtspfleger ein Interesse daran, etwa streitige Rechtsfragen auf der Grundlage einer Zwischenverfügung klären zu können. Auch der Antragsteller kann sich überlegen, ob er das gerügte Eintragungshindernis beseitigen möchte, oder ob er die Rechtsansicht des Grundbuchamtes gerichtlich überprüfen lassen möchte. Geht die Überprüfung zu seinem Nachteil aus, kann er immer noch das Eintragungshindernis beheben und die rangwahrende Eintragung erreichen.

- (2) In den Registersachen (insbesondere: Handelsregister, Genossenschaftsregister, Partnerschaftsregister, Vereinsregister), die nunmehr in den §§ 400 ff. FamFG geregelt werden sollen, gibt es *de lege lata* ebenfalls die Möglichkeit von isoliert anfechtbaren Zwischenverfügungen (vgl. etwa *Haferland/Schmidt/Tiedtke*, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 4. Aufl. 2003, Rn 620). Obwohl diese gesetzlich nicht geregelt sind, macht die Praxis davon äußerst regen Gebrauch. Immerhin findet sich untergesetzlich in § 26 Satz 2 Handels-

registerverordnung folgende Regelung: *„Ist eine Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister unvollständig oder steht der Eintragung ein Hindernis entgegen, so kann zur Behebung der Anstände eine Frist gesetzt werden.“* (vgl. auch § 25 HRV zur Frist, innerhalb derer der Registerrichter zu entscheiden hat) Zwischenverfügungen des Registergerichts können mit der Beschwerde nach § 19 FGG angefochten werden.

Hier ist zu befürchten, dass diese Anfechtbarkeit in Zukunft entfallen wird, weil es an einer gesetzlichen Regelung der Anfechtbarkeit im Sinne von § 62 Abs. 1 Nr. 2 FamFG fehlt. Möglicherweise ist dies im Referentenentwurf übersehen worden, denn die gleichen Gründe, die für eine Zwischenverfügung im Grundbuchverfahren sprechen, lassen sich auch im Registerverfahren anführen. Ein sachlicher Grund für eine Differenzierung ist nicht ersichtlich. Auch der Registerrichter hat aufgrund des fehlenden Haftungsprivilegs ein Interesse an der Möglichkeit gerichtlicher Klärung im Vorfeld der eigentlichen Registereintragung.

Wir schlagen daher zur Erhaltung des bewährten Rechtszustandes, der alleine auch die gewünschte Flexibilität des Registerverfahrens gewährleistet, vor, § 408 Abs. 3 FamFG wie folgt zu fassen:

„(3) Die einen Eintragungsantrag ablehnende Entscheidung erfolgt durch Beschluss. Ist ein Eintragungsantrag unvollständig oder steht der Eintragung ein Hindernis entgegen, so kann zur Behebung eine angemessene Frist gesetzt werden (Zwischenverfügung). Gegen die Zwischenverfügung ist die sofortige Beschwerde statthaft. Die Zwischenverfügung ist mit einer Rechtsbehelfsbelehrung nach § 39 zu versehen.“

Absatz 3 Satz 2 übernimmt die bisher untergesetzliche Regelung des § 26 Satz 2 Handelsregisterverordnung in das FamFG, vergleichbar der Regelung im Grundbuchverfahren (§ 18 GBO). Absatz 3 Satz 3 ist für die Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung erforderlich und stellt eine gesetzliche Regelung im Sinne von § 62 Abs. 1 Nr. 2 FamFG dar. Absatz 3 Satz 4 stellt klar, dass auch die Zwischenverfügung mit einer Belehrung nach § 39 FamFG zu versehen ist, da § 39 FamFG unmittelbar nur auf in Beschlussform ergangene Endentscheidungen (vgl. § 38 Abs. 1 FamFG) anzuwenden ist.

b) **Allgemeine Befugnis zum Erlass eines anfechtbaren Vorbescheids**

Auch über die Zwischenverfügungen im Registerverfahren hinaus dürfte die Möglichkeit anfechtbarer Zwischenverfügungen weiterhin sinnvoll sein, auch wenn das FamFG für das Erbscheinsverfahren und für die Genehmigung von Rechtsgeschäften nunmehr Ersatzlösungen zur Verfügung stellt (vgl. dazu unten die Anmerkungen zu § 40 FamFG). Die Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat nämlich mit Recht das Instrument des Vorbescheids über das Erbscheinsverfahren hinaus erstreckt. Der Vorbescheid bietet sich immer dann an, wenn durch eine möglicherweise unrichtige Endentscheidung erhebliche Nachteile drohen.

Dazu zwei Beispiele:

- Von einer Adoption sind möglicherweise auch künftige Erben des Annehmenden betroffen (diese können Beteiligte nach § 8 FamFG sein). Hier mag es vorkommen, dass eine Anhörung nach § 201 FamFG besondere Konflikte zu Tage fördert. Hier böte sich ein Vorbescheid gerade im Verhältnis zu den künftigen Erben an.
- Auch in Handelsregistersachen wurde - jedenfalls vor der Einführung des Freigabeverfahrens bei aktienrechtlichen Anfechtungsklagen (§ 246a AktG) - seitens der Handelsregister mit Vorbescheiden gearbeitet, wenn die Aussetzung des Eintragungsverfahrens wegen Voreiligkeit der Anfechtungsklage zu erheblichen Rechtsnachteilen für die Gesellschaft geführt hätte (so etwa die Praxis der Handelsregister Berlin-Charlottenburg, Düsseldorf und München). Genau genommen hatte das flexible FG-Verfahren die Bedrohung der Gesellschaften durch „räuberische Aktionäre“ schon vor Erlass des UMAG weitgehend entschärft. Im GmbH-Recht oder im Recht der Personenhandels-gesellschaften ist dies auch jetzt noch so.

Wir schlagen daher vor, in den Allgemeinen Teil des FamFG eine allgemeine Befugnis der Gerichte zum Erlass selbständig anfechtbarer Vorbescheide aufzunehmen. Diese sollten jedenfalls dann selbständig anfechtbar sind, wenn das Gericht dies so angeordnet bzw. die Entscheidung mit einer Rechtsbehelfs-belehrung versehen hat. Unter „Vorbescheiden“ verstehen wir dabei Bescheide, in denen das Gericht in einem entscheidungsreifen Verfahren ankündigt, es werde

eine bestimmte Entscheidung erlassen, wenn gegen die Ankündigung nicht innerhalb einer bestimmten Frist Rechtsmittel eingelegt werde (vgl. etwa *Bumiller/Winkler*, a. a. O., § 19, Rn. 9).

Ein möglicher Regelungsstandort wäre etwa § 62 Abs. 1 FamFG. Hier könnte nach Nummer 1. eine Nummer 2. mit folgendem Wortlaut eingefügt werden (die bisherigen Nummern 2. und 3. würden dann zu Nummern 3. und 4.):

„2. es sich um einen vom Gericht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung (§ 39) versehenen Vorbescheid handelt,“

Eine Legaldefinition des Vorbescheids halten wir nicht für erforderlich. Hier kann weiter mit den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Kriterien gearbeitet werden. Der Formulierungsvorschlag macht aber deutlich, dass zu einem Vorbescheid jedenfalls eine Rechtsbehelfsbelehrung nach § 39 FamFG gehört. § 39 FamFG, der unmittelbar nur für Beschlüsse (= Endentscheidungen nach § 38 Abs. 1 FamFG) gilt, ist damit auf den Vorbescheid entsprechend anwendbar.

Die Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat das Instrument des Vorbescheides nicht ohne Grund entwickelt, und dieses Instrument macht einen Gutteil der Flexibilität des FG-Verfahrens aus. Er sollte daher nicht ohne Not aufgegeben werden. In der gerichtlichen Praxis wird sich dann erweisen, ob weiterhin Bedarf für den Vorbescheid besteht oder nicht.

c) Vorbescheide durch Notare

Auch im Zuständigkeitsbereich der Notare wird traditionell erfolgreich mit Vorbescheiden gearbeitet.

Einige Beispiele:

- Der Notar möchte seine Urkundstätigkeit nach § 15 Abs. 1 BNotO verweigern, etwa weil er meint, das beabsichtigte Rechtsgeschäft sei sittenwidrig. In diesen Fällen erlässt der Notar einen beschwerdefähigen Vorbescheid und gibt damit

dem Mandanten Gelegenheit, die Rechtsauffassung des Notars gerichtlich überprüfen zu lassen.

- Der Notar verwahrt für Beteiligte Kostbarkeiten gemäß § 23 BNotO. Er wird aufgefordert, die Kostbarkeiten wieder herauszugeben. Der Notar hat aber Zweifel, ob die Herausgabevoraussetzungen vorliegen. In diesem Fall kann er einen beschwerdefähigen Vorbescheid erlassen (vgl. etwa *Eylmann/Vaasen*, BNotO/BerkG, 2. Aufl. 2004, § 23, Rz. 49). Damit ist ein effektiver präventiver Rechtsschutz möglich; der Notar kann die Rechtslage vor Herausgabe klären lassen und damit seine Haftung auf den Verzögerungsschaden begrenzen, der in der Regel wesentlich geringer sein dürfte als der Schaden bei einer falschen Herausgabe (ähnliches gilt bei der Verwahrung nach § 54a BeurkG)
- Der Notar hat rechtliche oder tatsächliche Zweifel, ob er eine Vollstreckungsklausel erteilen darf. Auch hier kann er sein beabsichtigtes Handeln mittels Vorbescheids zur gerichtlichen Überprüfung stellen und damit präventiv eine Klärung der Rechtslage herbeiführen (vgl. *Eylmann/Vaasen*, a. a. O., § 54, Rz. 4).

Die Zulässigkeit des isoliert anfechtbaren notariellen Vorbescheids ist von der Rechtsprechung anerkannt (vgl. BayObLG, MittBayNot 1998, 200 f). Wir gehen davon aus, dass auch das Bundesjustizministerium den notariellen Vorbescheid nicht abschaffen möchte. Gleichwohl könnte der in den §§ 15 Abs. 2 BNotO und 54 BeurkG enthaltene Verweis auf das Beschwerdeverfahren nach dem FamFG zumindest für Irritationen sorgen, wenn man davon ausgeht, dass es den isoliert anfechtbaren Vorbescheid im FamFG-Verfahren zukünftig nicht mehr geben wird.

Der Deutsche Notarverein möchte daher anregen, im Gesetzestext klarzustellen, dass auch zukünftig notarielle Vorbescheide mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar sein sollen (vgl. dazu die Formulierungsvorschläge zu § 54 Abs. 1 BeurkG und § 15 Abs. 2 BNotO weiter unten).

Alternativ sollte zumindest eine Klarstellung in der Begründung (zu den Änderungen in § 15 BNotO und § 54 BeurkG) erfolgen. Dazu könnte darauf hingewiesen werden, dass der Verweis auf das Beschwerdeverfahren nach dem FamFG nur für das „Verfahren“ gilt, nicht aber für die „Statthaftigkeit“ einer sofortigen Beschwerde gegen notarielle Vorbescheide, die sich weiterhin nach dem

BeurkG bzw. der BNotO richten soll.

5. Anregungen zum Verfahren zur Bestellung von Betreuern und Pflegern

Nachfolgend zwei Beobachtungen aus der notariellen Praxis, die im weiteren Gesetzgebungsprozess diskutiert werden könnten.

- a) In der notariellen Praxis kann beobachtet werden, dass die Gerichte bei der Bestellung von Betreuern und Pflegern regional sehr unterschiedlich verfahren. Dies insbesondere bei der Auswahl der Person des zu bestellenden Betreuers oder Pflegers.

Teilweise werden Vorschläge und Wünsche der Beteiligten/Betroffenen ernsthaft in die Auswahlentscheidung mit einbezogen; teilweise gibt es Gerichte, die die zu bestellenden Betreuer und Pfleger immer wieder aus einem bestimmten Personenkreis auswählen und auf Wünsche und Vorschläge aller Erfahrung nach nicht eingehen. Dies hat zum Teil für die von der gerichtlichen Entscheidung Betroffenen erhebliche finanzielle Auswirkungen, denn während als Betreuer oder Pfleger bestellte Berufsträger (etwa Rechtsanwälte) „normal“ abrechnen, begnügen sich die von den Betroffenen vorgeschlagene Personen, die häufig ähnlich qualifiziert und neutral sind, durchaus mit bescheidenen Honoraren oder verzichten gar ganz auf ein solches. Für die Betroffenen ist die Auswahlentscheidung des Gerichts zumeist auch nicht nach-

vollziehbar. Schließlich ist die Ermessensentscheidung des Gerichts auch kaum justiziabel. Lediglich in den Fällen, in denen keine natürliche Person zum Betreuer bestellt wird, gibt § 303 FamFG (bisher: § 69c FGG) dem Betroffenen die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung.

Der Deutsche Notarverein gibt zu Bedenken, ob nicht das Auswahlermessen des Gerichts in analoger Anwendung des § 1778 BGB eingeschränkt werden könnte. Nach § 1776 BGB können Eltern in der Form einer letztwilligen Verfügung (§ 1777 Abs. 3 BGB) für den Fall ihres Versterbens für ihr dann etwa noch minderjähriges Kind einen Vormund benennen. Die Eltern haben also ein Vorschlagsrecht, von dem in der Praxis in notariellen Verfügungen von Todes wegen auch häufig Gebrauch gemacht wird. Ist nun in einem

solchen Fall tatsächlich einmal ein Vormund zu bestellen, ist das Gericht grundsätzlich an den Vorschlag der Eltern gebunden und kann davon nur in den in § 1778 BGB geregelten Fällen abweichen.

Zusätzlich wäre zu regeln, welchen Personen bei der Bestellung von Pflegern und Betreuern ein § 1776 BGB entsprechendes Vorschlagsrecht eingeräumt werden könnte.

Bei der Schenkung an Minderjährige im Wege der vorweggenommen Erbfolge könnte etwa im Hinblick auf den zu bestellenden Ergänzungspfleger ein Vorschlagsrecht des Schenkers vorgesehen werden. Bislang haben hier etwa Eltern, die ihren Kindern einen KG-Anteil schenken wollen, keinen Einfluss auf die Auswahl des evtl. erforderlichen Ergänzungspflegers für die Schenkung und für die Vertretung bei bestimmten Gesellschafterbeschlüssen, obwohl die Preisgabe von Interna einer Familiengesellschaft an einen Dritten, der nicht das allseitige Vertrauen der Gesellschafter genießt, sondern dem auswählenden Gericht „nahe steht“, das Recht der informationellen Selbstbestimmung als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit und die Berufsausübungsfreiheit betrifft.

In den Betreuungsfällen könnte man über ein gemeinsames Vorschlagsrecht der gesetzlichen Erben nachdenken.

- b) Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass der „Verfahrenspfleger“ seit einigen Jahren eine geradezu inflationäre Entwicklung erlebt. Mögliche Interessenkonflikte des Betreuers oder Pflegers werden zum Anlass genommen, weitere Personen am Verfahren zu beteiligen, was häufig finanziell erheblich zu Lasten des Betroffenen geht, ohne das ein entsprechender Nutzen immer erkennbar wäre. Der Deutsche Notarverein möchte daher anlässlich der FGG-Reform das Institut des Verfahrenspflegers einer Prüfung zu unterziehen mit dem Ziel, es auf eng gefasste Ausnahmetatbestände zu beschränken. Dies stünde auch im Einklang mit dem wiederholt geäußerten gesetzgeberischen Wunsch, die explodierenden Kosten im Betreuungs- und Pflegschaftsbereich (vgl. zu entsprechenden Statistiken etwa *Coepicus*,

Faszinierende Zahlen im Betreuungsrecht, Rechtspfleger 2000, S. 50-54) zu begrenzen. Damit würden nicht nur die Justizhaushalte erheblich entlastet, sondern auch das von der älteren Generation für ihren Lebensunterhalt angesparte Vermögen geschont.

Der Deutsche Notarverein möchte sich zu den angesprochenen Gesichtspunkten noch nicht abschließend äußern, steht aber für weitere Diskussionen gerne zur Verfügung.

6. Fragen der formellen und materiellen Rechtskraft

Das FamFG führt allgemein das fristgebundene Rechtsmittel ein. Damit ergibt sich die Möglichkeit, das Institut der „res iudicata“ aus den früheren echten Streitsachen der FG zum allgemeinen Prinzip zu erheben. Konsequenz ist die Regelung in § 45 FamFG über die formelle Rechtskraft. Die Einführung formeller Rechtskraft von Entscheidungen im FG-Verfahren schafft im Grundsatz Rechtssicherheit und ist daher begrüßenswert.

Allerdings geben wir zu bedenken, dass die Umkehrung des bisherigen Regel-Ausnahme-Verhältnisses nicht nur Probleme löst, sondern zugleich neue schafft. Dies hängt vor allem mit den Besonderheiten des FG-Verfahrens zusammen, die eine Übertragung von Grundsätzen aus der streitigen Gerichtsbarkeit nicht ohne weiteres erlauben.

So ist der „Streitgegenstand“ der ZPO schon nicht mit der „Angelegenheit“ des FG-Verfahrens (§ 1 FamFG) vergleichbar. Im streitigen ZPO-Verfahren geht es regelmäßig um die Beurteilung eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhaltes geht. Hier sorgen formelle und materielle Rechtskraft für eine endgültige und abschließende Entscheidung über den „Streitgegenstand“. Anders dagegen das typische FG-Verfahren. Hier geht es um Rechtsfürsorge im persönlichen Bereich. Die einer Entscheidung (etwa der Anordnung einer Betreuung) zu Grunde liegenden Verhältnisse können sich ändern. Das FG-Verfahren muss daher eine flexible Anpassung von Entscheidungen an sich ändernde Verhältnisse ermöglichen. Dazu sollen im Gesetzentwurf die §§ 48-52 FamFG dienen.

Weiter kennt das FG-Verfahren eine Reihe von rechtsgestaltenden Entscheidungen mit rechtsbegründender oder rechtsbezeugender Wirkung, wie z.B. die Eintragungen in

öffentliche Register (Grundbuch, Handels- und andere Register), aber auch Statusakte wie die Annahme an Kindes statt (vgl. §§ 205 Abs. 3, 409 Abs. 3). In all diesen Fällen wirkt das Institut der formellen Rechtskraft wie ein Fremdkörper, da die Entscheidungen sämtlich sofort wirksam und unanfechtbar sein müssen.

Offen bleiben schließlich Fragen der materiellen Rechtskraft. Materielle Rechtskraft bedeutet die Maßgeblichkeit des Ergebnisses einer formell rechtskräftigen Entscheidung für künftige Streitfälle unter denselben Beteiligten über denselben Gegenstand (vgl. zur Definition *Bumiller/Winkler*, a. a. O., § 31, Rn. 13). Bislang galten im FG-Verfahren Entscheidungen nur ausnahmsweise als materiell rechtskräftig (*Bumiller/Winkler*, a. a. O., § 31, Rn. 13 ff.). Ändert sich dies durch Einführung des § 45 FamFG? Führt die generelle Einführung formeller Rechtskraft zu einer Zunahme auch materiell rechtskräftiger Entscheidungen? Auf die Prozessrechtswissenschaft warten interessante dogmatische Fragen.

Die vorstehenden Erörterungen zeigen, dass über Fragen der formellen und materiellen Rechtskraft noch weiter nachgedacht werden sollte. Ist es wirklich sinnvoll, ein allgemeines Institut der formellen Rechtskraft einzuführen? Oder sollte man die der formellen Rechtskraft fähigen Entscheidungen nicht besser enumerativ aufzählen? Oder sollte man gar bei der bisherigen Lösung bleiben und ganz auf eine Regelung zur formellen und materiellen Rechtskraft verzichten und die damit zusammenhängenden Fragen der weiteren Erörterung durch Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Der Deutsche Notarverein möchte sich hier nicht abschließend äußern, jedoch zur weiteren Diskussion anregen.

7. Abgrenzung der Anordnung der sofortigen Wirksamkeit von der einstweiligen Anordnung

Das FamFG gibt dem Gericht in einer Reihe von Verfahren die Möglichkeit in Eilfällen die sofortige Wirksamkeit von Entscheidungen anzuordnen (vgl. etwa §§ 40 Abs. 3, 27 Abs. 2 Satz 2, 225 Abs. 1 Satz 2, 337 Abs. 2 und 449 Abs. 2 FamFG). Hintergrund ist hier, dass die vorgenannten Entscheidungen grundsätzlich erst mit (formeller) Rechtskraft wirksam werden.

In diesen Fällen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Anordnung der

sofortigen Wirksamkeit und der einstweiligen Anordnung. Könnte das Gericht alternativ auch zum Mittel der einstweiligen Anordnung greifen? Aus Sicht der Beteiligten durchaus eine nicht unwichtige Frage, denn die Rechtsschutzmöglichkeiten sind ganz unterschiedlich ausgestaltet. Während die einstweilige Anordnung (mit Ausnahme von § 61 Abs 1 Satz 1 FamFG) mit der Beschwerde anfechtbar ist, wird dem betroffenen Beteiligten gegen die Entscheidung über die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit (im Gegensatz zum Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO) keine Rechtsschutzmöglichkeit gewährt. Dies sollte nochmals überdacht werden, da gerade die Anordnung der sofortigen Wirksamkeit die faktische Vorwegnahme der angefochtenen Entscheidung ermöglicht und damit unter Umständen massiv in Rechte der Beteiligten eingreift.

Ansonsten sollte überlegt werden, in den §§ 53 ff. FamFG explizit auf § 945 ZPO zu verweisen, um Missbräuche (gerade in Betreuungs- und Unterbringungssachen) zu verhindern. Schaden in diesem Sinne wäre dann auch ein immaterieller Schaden durch Freiheitsberaubung oder Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit.

B. Zu Einzelregelungen des FGG-Reformgesetzes

Nachfolgend möchten wir zu Einzelregelungen des FGG-Reformgesetzes Stellung nehmen. Dabei folgen wir zur leichteren Lesbarkeit dem Aufbau des FGG-Reformgesetzes.

1. FamFG – Buch 1, Allgemeiner Teil

Zu § 2 FamFG, Örtliche Zuständigkeit

Angeregt wird, den Begriff der „Befassung des Gerichts“ gesetzlich näher auszugestalten. Zum einen könnte damit vermieden werden, dass für die Auslegung dieses

durchaus zentralen Begriffs auf die Begründung des Gesetzes bzw. die bisherige (in sich zum Teil jedoch widersprüchliche) Rechtsprechung zurückgegriffen werden muss. Dies würde insbesondere der Anwenderfreundlichkeit als einem der grundlegenden Ziele des Gesetzesentwurfs dienen.

Zum anderen würde eine Legaldefinition Unsicherheiten in den Fällen vermeiden, in denen sich die Befassung des Gerichts nicht aus dem Antrag eines Beteiligten ergibt, sondern aus der Kenntnis von Tatsachen, die eine Verpflichtung des Gerichts begründen, ein Verfahren einzuleiten. Es droht ansonsten der Aufwand, dass für jeden Fall einer möglichen Doppelzuständigkeit im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine eigene Kasuistik entwickelt werden muss, für welchen Verfahrensabschnitt welche Tatsachen eine Zuständigkeit begründen:

Beispiel: Bei einer mögliche Doppelzuständigkeit von Nachlassgerichten nach § 355 Abs. 3 FamFG (Belegenheit von Nachlassgegenständen in mehreren Bezirken), wäre zu klären, ob die Kenntnis des Todesfalls z. B. für Verfahren der amtlichen Erbenermittlung schon ausreicht, oder welche weiteren erheblichen Tatsachen vorliegen müssen.

Der Begriff der „Befassung“ könnte dabei auch geringfügig abweichend von der bisherigen Rechtsprechung definiert werden, indem z. B. nicht auf die – zeitlich schwer zu fixierende – Kenntnis des Gerichts sondern auf dessen erste aktenkundige Tätigkeit (z.B. Eröffnung eines Verfahrens/Akte) abgestellt wird. Die Neuregelung würde sich dennoch von dem bisherigen Begriff des „Tätigwerdens“ (§ 4 FGG) unterscheiden, da schon gerichtsinterne verfahrensleitende Schritte die „Befassung“ begründen würden.

Zu § 3 Abs. 1 FamFG, Verweisung bei Unzuständigkeit

Die Regelung, die sich am Wortlaut des § 281 ZPO orientiert, aber dessen Antragsprinzip durch den Zusatz der Anhörungspflicht (Satz 2) ersetzt, könnte bei Anträgen, die versehentlich bei einem unzuständigen Gericht gestellt wurden, zu einem – in den meisten Fällen wohl entbehrlichen - Mehraufwand führen.

Insbesondere für die Fälle, bei denen zu vermuten ist, dass die Beteiligten mit einer Weitergabe an das zuständige Gericht einverstanden sind (z. B. weil sie eine bestimmte inhaltliche Genehmigung des Betreuungsgerichts anstreben, den Antrag aber zunächst bei einem örtlich unzuständige Gericht gestellt haben), sollte klargestellt werden, dass auch eine formlose Abgabeverfügung weiterhin möglich ist.

Da einer formlosen Abgabeverfügung keine Bindungswirkung gemäß § 3 Abs. 3 FamFG zukäme, ist in diesen Fällen auch aus rechtsstaatlichen Gründen eine Anhörung nicht zwingend erforderlich, so dass Verfahren in der Regel beschleunigt werden können. Die wünschenswerte Flexibilität des FG-Verfahrens bliebe damit erhalten (vgl. auch oben A. 1.)

Zu § 7 FamFG, Akteneinsicht

Nach § 7 Abs. 5 haben Rechtsanwälte, Notare und beteiligte Behörden ein privilegiertes Einsichtsrecht (Überlassung der Akten in die Kanzleiräume). Daran knüpft inhaltlich auch Art. 7 Abs. 6 mit dem Verweis auf § 299 Abs. 3 ZPO an, in dem der elektronische Zugriff auf den Inhalt der Akten gestattet werden kann.

Allerdings erfasst die ZPO nach dem Wortlaut nur Rechtsanwälte als Mitglied einer Rechtsanwaltskammer, nicht die hauptberuflichen Notare und die beteiligten Behörden. § 7 Abs. 6 sollte daher klarstellen, dass auch Notaren/Behörden entsprechend Abs. 5 der Zugriff gestattet werden kann.

Mit der Verweisung auf die ZPO könnten ferner Unsicherheiten entstehen, wer im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit den elektronischen Zugriff gestatten kann. Entsprechend dem weiten Tätigkeitsfeld der Rechtspfleger im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (z.B. im Grundbuchrecht) sollte überlegt werden, ob der jeweils zuständige Richter bzw. Rechtspfleger die Entscheidung treffen kann.

Der Wortlaut von § 7 Abs. 6 könnte damit wie folgt gefasst werden:

„Werden die Gerichtsakten elektronisch geführt, kann das Gericht entsprechend § 299 Abs. 3 der Zivilprozessordnung den in Absatz 5 genannten Beteiligten den Zugriff gestatten.“

Zu § 8 FamFG, Beteiligte

Eine Zentralvorschrift des Allgemeinen Teils ist § 8. Die Vorschrift fasst die von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft herausgearbeiteten formalen Kriterien in durchaus gelungener Weise zusammen. Man sollte die Reichweite der Vorschrift allerdings nicht überschätzen. Der Beteiligtenbegriff ist über das materielle Recht verwoben mit dem Begriff der Rechtsbeeinträchtigung (vgl. auch § 63 Abs. 1 FamFG, letzter Satzteil). Wer materiell Beteiligter ist, ergibt sich daher aus dem materiellen

Recht. Besondere Bedeutung hat dies in Registersachen, aber auch in Kindschafts- oder Adoptionssachen.

Beispiele:

- a) Wer ist Beteiligter an einer Geschäftsführerneuanmeldung, verbunden mit einer Abmeldung des bisherigen Geschäftsführers (wenn die Wirksamkeit des zugrunde liegenden Beschlusses streitig ist)?
- b) Wer ist Beteiligter der Anmeldung der Kapitalerhöhung einer AG, die von zwei vertretungsberechtigten Vorständen und dem Aufsichtsratsvorsitzenden angemeldet wurde?
- d) Ist das leibliche Kind, dessen Eltern einen Dritten an Kindes statt annehmen wollen, um einen Grund zu schaffen, eine dem Kind gegenüber bindend gewordene Verfügung von Todes wegen anzufechten, wegen dieser Möglichkeit „unmittelbar“ betroffen?

Der Entwurf scheint die Möglichkeit einer begrifflichen Scheidung zwischen Beteiligtenstellung und Rechtsbeeinträchtigung vorauszusetzen. Das ist jedoch genau die Frage. Auch die hierin liegenden Probleme des bisherigen Rechts in der Differenzierung zwischen der Beschwerdeberechtigung und der Beschwer sind letztlich nicht gelöst – und wohl angesichts der bestehenden Unterschiede zwischen der typischerweise multipolaren freiwilligen Gerichtsbarkeit und einem echten streitigen bipolaren Verfahren nach der ZPO auch nicht ohne weiteres durch den berühmten *Kirchmann'schen* „Federstrich des Gesetzgebers“ lösbar.

Insgesamt wird sich durch Einführung des § 8 FamFG gegenüber dem bisherigen Recht nicht allzu viel verändern, dies auch deshalb, weil § 8 im Besonderen Teil des FamFG für einzelne Verfahren weiter konkretisiert wird (vgl. etwa § 357 FamFG für das nachlassgerichtliche Verfahren).

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass insbesondere im Verfahren der gerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften weitere Konkretisierungen des Beteiligtenbegriffs erforderlich sein dürften (vgl. dazu unten die Ausführungen zu § 40 FamFG).

Zu §§ 11, 12 FamFG, Bevollmächtigte, Verfahrensvollmacht

Auf die besondere Stellung der Notare im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit bezieht sich bereits § 11 Abs. 2 Satz 3 und Abs. 3 Satz 2.

Dies wird ergänzt um den § 404, der die bisherigen registerrechtlichen Antragsrechte zusammenfasst. Aus dem in den §§ 71, 129, 147, 159, 161 FGG sowie § 15 GBO und § 25 SchiffsRegO normierten Antragsrecht wurde in der Praxis aber in der Regel der weitergehende Schluss gezogen, dass Notare im Zweifel beauftragt sind, auch sonstige Anträge zum Vollzug Ihrer Urkunden (z.B. bei der Einholung von Genehmigungen) zu stellen (vgl. z.B. *Bumiller/Winkler*, a. a. O., § 13 Rn. 15). Diese Vermutung sollte (über § 404 FamFG hinaus) auch in der Neufassung des Gesetzes zum Ausdruck kommen, beispielsweise durch Ergänzung von § 12 um einen neuen Absatz 3:

„(3) Notare gelten als bevollmächtigt, die zur Durchführung der von ihnen beurkundeten oder beglaubigten Erklärungen erforderlichen Anträge zu stellen, zu ändern und zurückzunehmen.“

Die Vermutungen in § 404 FamFG und § 15 GBO, die sich speziell auf die Registerverfahren beziehen, würden daneben als Spezialregelungen bestehen bleiben. In den Registerverfahren gilt dann ergänzend (zu § 404 FamFG und § 15 GBO) § 24 Abs. 3 BNotO, der insbesondere die Form der notariellen Rücknahmeerklärung im Registerverfahren regelt.

Zu § 15 Abs. 2 FamFG, Einleitung des Verfahrens

Die Normierung gewisser Mindestanforderungen, insbesondere der Unterschrift und der Begründung eines Antrags erscheint grundsätzlich sinnvoll. Allerdings sind gerade im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zahlreiche Anträge vorstellbar, die auch ohne Begründung für das Gericht verständlich sind. Ferner stellt sich angesichts der Formulierung („sind zu begründen“ in Satz 1 im Unterschied zu „sollen“ in Satz 2 und 3) die Frage, welche Rechtsfolgen mit einem „Verstoß“ gegen das Begründungsgebot verbunden sind – die Unwirksamkeit des Antrags? Es wäre daher ggf. empfehlenswert, die Regelung so zu fassen, dass Anträge grundsätzlich begründet werden sollen bzw. auf Verlangen des Gerichts näher zu begründen sind (vergleichbar dem § 129 ZPO). Ferner sollte dann die Rechtsfolge einer Nicht-Begründung (trotz Verlangen des Gerichts) geregelt werden.

Zu § 24 FamFG, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Das FamFG verwendet an zahlreichen Stellen den Begriff der „Notfrist“. Es erfolgt insoweit aber keine ausdrückliche Verweisung auf die ZPO (etwa auf § 224 Abs. 1 ZPO). Was gilt hier? Wird in § 24 FamFG bewusst der Begriff der „gesetzlichen Frist“ verwendet oder sollte hier nicht auch besser (vgl. § 233 ZPO) von „Notfristen“ die Rede sein?

Zu §§ 29, 30 FamFG, Beweiserhebung, förmliche Beweiserhebung

Das FamFG will die Flexibilität des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Familiensachen nutzen. Kern dieser Flexibilität ist der Freibeweis anstelle des Strengbeweises nach der ZPO (hier kraft Spezialverweisung insoweit anwendbar). Diesem Ziel scheint § 30 Abs. 3 zuwiderzulaufen. Das Strengbeweisverfahren ist erheblich aufwändiger und teurer. Das Freibeweisverfahren greift nicht in Verfahrensgrundrechte eines Beteiligten ein. Statt *„hat ferner dann stattzufinden“* wäre

„soll dann stattfinden“

oder noch besser

„kann insbesondere dann stattfinden“

ausreichend. So bliebe noch ein Ermessensspielraum des Gerichts, der wichtig für ein flexibles und ressourcenschonendes Verfahren wäre.

Zu § 38 FamFG, Entscheidung durch Beschluss, Begründungspflicht

Die Einführung einer einheitlichen (End-)Entscheidungsform für den gesamten Bereich der FG (mit Ausnahme der Registersachen; dort Eintragungsverfügung) ist zu begrüßen und trägt zur Vereinfachung und Anwenderfreundlichkeit bei.

Aus Gründen der Justizentlastung und der Verfahrensökonomie sieht § 38 Abs. 4 Ausnahmen von der Begründungspflicht vor. Dazu folgende zwei Anregungen:

- a) § 38 Abs. 4 Nr. 1 nennt die Versäumnisentscheidung als Fallgruppe, in der eine Begründung entbehrlich sein soll. Dies erweckt den Eindruck, als sei die Säumnisentscheidung eine in vielen FG-Verfahren mögliche Entscheidungsvariante. Dem ist aber nicht so. Soweit ersichtlich, gibt es außerhalb der familiengerichtlichen Verfahren nach Buch 2 des FamFG (vgl. §§ 138, 151 Abs. 1 S. 2, 152) keine Säumnisentscheidungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, so dass wir anregen, die Ausnahme vom

Begründungszwang für den Fall der Säumnisentscheidung ebenfalls im 2. Buch zu regeln.

- b) Nach § 38 Abs. 4 Nr. 2 soll eine Begründung bei gleichgerichteten Anträgen der Beteiligten oder bei ausdrücklich erklärter Zustimmung aller Beteiligten entbehrlich sein.

Bei einer Vielzahl von möglichen Beteiligten dürfte es für das Gericht mitunter mühsamer sein, die ausdrückliche Zustimmung aller Beteiligten einzuholen als eine Begründung zu schreiben.

Wir regen daher zur Justizentlastung an, eine Begründung weitergehend für entbehrlich zu halten, wenn der Beschluss nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht. § 38 Abs. 4 Nr. 2 könnte dann lauten:

„2. gleichgerichteten Anträgen der Beteiligten stattgegeben wird oder der Beschluss nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht“.

Einen Begründungszwang gäbe es dann nur, wenn sich Beteiligte ausdrücklich im Verfahren widersprechend äußern.

Zu § 40 FamFG, Wirksamwerden, insbesondere zur Genehmigung von Rechtsgeschäften nach § 40 Abs. 2 FamFG

§ 40 FamFG regelt das Wirksamwerden von Beschlüssen im FG-Verfahren. Für die notarielle Praxis wichtig ist insbesondere § 40 Abs. 2 FamFG, der anordnet, wann die gerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäftes wirksam wird.

Beispiele aus der notariellen Praxis:

- Zur Verfügung über ein Grundstück des minderjährigen Kindes oder eines Miteigentumsanteils daran, zu seiner Belastung und bereits zur Eingehung einer Verpflichtung zu einer solchen Verfügung bedürfen Eltern der Genehmigung des Familiengerichts (§§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nummern 1., 4. und 5. BGB).

- § 1643 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1822 BGB ordnet die Genehmigungsbedürftigkeit für weitere Rechtsgeschäfte an, wie etwa die Verfügung über einen Erbteil. Auch dies in der notariellen Praxis kein seltener Fall.
- Genehmigungsbedürftig sind auch bestimmte Rechtsgeschäfte eines Vormunds (§§ 1821, 1822 sind unmittelbar anwendbar), Pflegers (vgl. die Verweisung in § 1915 BGB) oder Betreuers (vgl. die Verweisung in § 1908i BGB). Hier ist derzeit vor allem das Vormundschaftsgericht zuständig; zukünftig soll die Genehmigung vom Familiengericht oder vom Betreuungsgerichts erteilt werden.

Aus Sicht des Notars (Haftungsrisiko!) und der Vertragsbeteiligten ist bei den zuvor genannten Rechtsgeschäften folgender Gesichtspunkt entscheidend: Der Zeitpunkt, in dem die gerichtliche Genehmigung wirksam (sowie unanfechtbar und nicht mehr abänderbar) wird, muss sicher feststellbar sein. Aus Gründen des Verkehrsschutzes dürfen einmal gerichtlich genehmigte Rechtsgeschäfte nicht mehr durch eine spätere Anfechtung des Genehmigungsbeschlusses wieder in Frage gestellt werden können. Die Vertragsparteien müssen auf die Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung vertrauen dürfen.

Nachfolgend wird zunächst dargestellt, wie dieses Ziel von der notariellen Vertragspraxis *de lege lata* erreicht wird (a). Anschließend wird gezeigt, dass es die *lege ferenda* vorgesehene Lösung noch nicht ganz ausgereift erscheint (b). Zuletzt versuchen wir, Lösungsmöglichkeiten vorzuschlagen (c).

- a) Gerade bei Grundstücksgeschäften, bei denen der Notar die Zug-um-Zug-Abwicklung sicherstellen und ungesicherte Vorleistungen verhindern soll, ist die gerichtliche Genehmigung in die notarielle Vertragsabwicklung integriert. Dies geschieht auf der Grundlage des geltenden Rechts mit Hilfe der so genannten „Doppelvollmacht“, die Bestandteil des notariell beurkundeten Vertrages ist. Eine Doppelvollmacht lautet etwa (Formulierung entnommen aus Beck'sches Notarhandbuch, 4. Auflage 2006, A I, Rn 75):

„Der Notar hat die Beteiligten darüber belehrt, dass der Vertrag der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht/Familiengericht bedarf und die vormundschaftsgerichtliche/familiengerichtliche Genehmigung erst wirksam wird, wenn sie dem Käufer vom Vormund (den Eltern, dem Pfleger, dem Betreuer) mitgeteilt worden ist. Der Vormund (Eltern, Pfleger,

Betreuer), der die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung beantragt, bevollmächtigt den Notar, diese Genehmigung für ihn in Empfang zu nehmen und sie dem Käufer mitzuteilen. Dieser bevollmächtigt den Notar zur Entgegennahme der Mitteilung.“

Hintergrund dieser Vertragsklausel ist zunächst § 1828 BGB, wonach die Genehmigung dem Vormund (den Eltern, dem Pfleger, dem Betreuer) gegenüber erklärt werden muss. Dieser hat die Genehmigung auch zu beantragen. Der Vormund bevollmächtigt nun den Notar die Genehmigung für ihn entgegenzunehmen. Damit ist die Genehmigung aber noch nicht „voll“ wirksam, denn § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt, dass die Genehmigung dem anderen Vertragsteil gegenüber erst wirksam wird, wenn sie ihm vom Vormund mitgeteilt wird. Entsprechend bevollmächtigt der Vormund den Notar zur Mitteilung und die übrigen Vertragsbeteiligten bevollmächtigen den Notar zur Entgegennahme der Mitteilung. Auf diese Art und Weise kann der Notar das Wirksamwerden des Rechtsgeschäftes überwachen und nach Eingang der gerichtlichen Genehmigung die weitere Vertragsabwicklung betreiben. Die „Doppelvollmacht“ wird weiter flankiert von den §§ 55, 62 FGG, wonach die einmal einem Dritten gegenüber wirksam gewordene gerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts nicht mehr angefochten oder geändert werden kann. Der Notar darf mit Eingang der Genehmigung also sicher vom Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts ausgehen. Probleme der Gewähr effektiven Rechtsschutzes (richterliche Überprüfbarkeit der nicht mehr anfechtbaren Entscheidung des Rechtspflegers) werden im geltenden Recht durch Erlass eines isoliert anfechtbaren Vorbescheides gelöst. Die beabsichtigte Entscheidung des Gerichts wird den Beteiligten vorab angekündigt mit der Belehrung über das einzulegende Rechtsmittel.

- b) Das FamFG möchte nun neue Wege beschreiten. Dies wird ermöglicht durch die Einführung der befristeten Beschwerde und die damit verbundene Regelung zur formellen Rechtskraft (§ 45 FamFG). Nach § 40 Abs. 2 FamFG soll die gerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts erst mit formeller Rechtskraft wirksam werden. Ein gerichtlicher Vorbescheid wäre dann nicht mehr erforderlich, weil effektiver Rechtsschutz durch die befristete Beschwerde gegen den noch nicht wirksamen Genehmigungsbeschluss gewährt würde.

Wie werden sich die neuen Vorschriften auf die notarielle Vertragspraxis auswirken? Lässt sich auch jetzt sicher der Zeitpunkt bestimmen, in dem die gerichtliche Genehmigung wirksam, unanfechtbar und nicht mehr abänderbar ist?

Zunächst einmal würde der Notar (bevollmächtigt vom Vormund), die gerichtliche Genehmigung beantragen. Mit Eingang der Genehmigung beim Notar (dieser ist wieder zur Entgegennahme der Genehmigung vom Vormund bevollmächtigt, § 1828 BGB) wäre diese jedoch nach § 40 Abs. 2 FamFG noch nicht wirksam. Hinzukommen muss die formelle Rechtskraft des Beschlusses nach § 45 FamFG. Der Notar wird also mit der weiteren Abwicklung des Vertrages erst fortfahren können (oder dürfen), wenn formelle Rechtskraft eingetreten ist.

Wie stellt der Notar den Eintritt der Rechtskraft fest? Hier könnte möglicherweise § 46 FamFG weiterhelfen, denn das für das Rechtsmittel zuständige Gericht hat auf Anfrage ein Rechtskraftzeugnis nach Art. 46 Abs. 1 FamFG zu erteilen. Der Notar wird dann also in der Regel ein entsprechendes gerichtliches Zeugnis in Händen halten. Ist damit die Genehmigung aber tatsächlich wirksam und un-anfechtbar geworden? Kann sich der Notar auf das gerichtliche Zeugnis verlassen? Kann das Gericht die Rechtskraft tatsächlich sicher feststellen? Wir haben hier folgende Bedenken:

aa) Relative Wirkung der formellen Rechtskraft; Unschärfe des Beteiligtenbegriffs

Zunächst sei darauf hingewiesen, dass formelle Rechtskraft immer nur im Verhältnis zu einem bestimmten Beteiligten eintreten kann. Die formelle Rechtskraft hat also nur relative Wirkungen. Der Genehmigungsbeschluss wird damit also erst dann wirksam, wenn allen (!) Beteiligten gegenüber formelle Rechtskraft eingetreten ist.

Wer aber ist nun Beteiligter im Genehmigungsverfahren? Zunächst einmal mit Sicherheit der Vormund (die Eltern, der Pfleger, der Betreuer), dem gegenüber die Genehmigung nach § 1828 BGB zu erklären bzw. nach § 41 Abs. 1 FamFG bekannt zu geben ist.

Weiter ordnet § 41 Abs. 3 FamFG an, dass der Beschluss auch dem Vertretenen (für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird) bekannt zu geben ist.

Möglicherweise gibt es aber noch weitere Beteiligte nach § 8 FamFG, denen gegenüber ebenfalls formelle Rechtskraft herbeigeführt werden müsste?

Zwei Beispiele aus dem Schenkungsrecht:

(1) An einen Minderjährigen (Ergänzungspfleger muss bestellt werden) soll eine Schenkung erfolgen. Ziel ist es, eine bindend gewordene Verfügung von Todes wegen zu unterlaufen (§ 2287 BGB). Sind die benachteiligten Vertragserben Beteiligte im Sinne des § 8 FamFG?

(2) An einen Betreuten soll eine Schenkung mit dem Ziel einer Gläubigerbenachteiligung erfolgen. Sind Anfechtungsberechtigte nach dem Anfechtungsgesetz Beteiligte im Sinne des § 8 FamFG?

In den vorgenannten Fällen wirkt sich der unscharfe Beteiligtenbegriff direkt auf die Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung aus mit den entsprechenden negativen Folgen für die gerade bei der gerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften erforderliche Rechtssicherheit.

bb) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 24 FamFG

Das vom Gericht nach § 46 Abs. 1 FamFG erteilte Rechtskraftzeugnis hilft nicht weiter, wenn ein Beteiligter trotz Ablaufs der Notfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 24 FamFG verlangen kann. Weder das Gericht und erst Recht nicht der Notar können sicher beurteilen, ob nicht möglicherweise Wiedereinsetzungsgründe vorliegen. Denkbar wäre etwa, dass die Rechtsbehelfsbelehrung fehlerhaft war (§ 24 Abs. 2 FamFG).

Auch § 52 FamFG (Ausschluss von Abänderung und Wiederaufnahme nach Wirksamkeit gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB) dürfte insoweit

nicht weiterhelfen, da dort die Wiedereinsetzung gerade nicht genannt wird.

Der Notar und mit ihm die Vertragsparteien können sich folglich nicht mit Sicherheit auf die endgültige Wirksamkeit des mit einem Rechtskraftzeugnis versehenen gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses verlassen. Ein für die Vertragspraxis aus Verkehrsschutzgründen nicht hinnehmbarer Zustand mit möglichen Folgen bis hin zu falschen Eintragungen im Grundbuch.

- c) Letztlich handelt es sich hier um einen Konflikt zwischen Verkehrsschutzüberlegungen (die Vertragsparteien müssen sich auf die endgültige Wirksamkeit der erteilten Genehmigung verlassen können) und Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz für die Beteiligten (Wiedereinsetzungsmöglichkeit, Erfassung aller in Betracht kommenden Beteiligten).

De lege lata wird ein Interessenausgleich über den Vorbescheid versucht. Die im Rahmen dieser Lösung verbleibenden Mängel aus Beteiligtsicht (wird der Vorbescheid tatsächlich allen Beteiligten bekannt gemacht? Es gibt keine Wiedereinsetzungsmöglichkeit) werden zu Gunsten der Rechtssicherheit hingenommen.

Unseres Erachtens sollte ernsthaft überlegt werden, ob diese Lösung nicht auch *de lege ferenda* in das FamFG integriert werden sollte. Die Vorbescheidslösung bietet gegenüber dem beabsichtigten Verfahren auch den Vorteil, dass sie weit unbürokratischer gehandhabt werden kann und damit justizentlastend wirkt. Insbesondere entfällt der Schritt, dass ein Rechtskraftzeugnis erteilt werden muss. Im Zweifel führt die Vorbescheidslösung auch zu einer schnelleren Erteilung der gerichtlichen Genehmigung und damit zu einem aus Sicht der Vertragsbeteiligten wünschenswerten Ergebnis.

Möchte man nicht zu dieser bewährten Vorbescheidslösung zurückkehren, sollten zugunsten des Verkehrsschutzes zumindest Änderungen im Entwurf des FamFG vorgenommen werden. Der Deutsche Notarverein regt an, über folgende mögliche Änderungen nachzudenken:

- (1) Zunächst sollte der Beteiligtenkreis in den jeweiligen Genehmigungsverfahren gesetzlich auf den Vertreter (Vormund, Eltern, Pfleger,

Betreuer) und den Vertretenen beschränkt werden. Damit könnten die aus § 8 FamFG folgenden Unsicherheiten im Genehmigungsverfahren minimiert werden.

- (2) Weiter wäre klarzustellen, dass nach Wirksamwerden der gerichtlichen Genehmigung gegenüber Dritten (vgl. § 52 FamFG) auch eine Wiedereinsetzung nach § 24 FamFG ausgeschlossen ist. Eine entsprechende Vorschrift würde aber rechtssystematisch nicht in den vierten, sondern in den dritten Abschnitt des ersten Buches gehören.
- (3) Alternativ zu (1) und (2) könnte die Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung nicht an die formelle Rechtskraft, sondern an die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nach § 46 Abs. 1 FamFG geknüpft werden. Das Rechtskraftzeugnis hätte dann aus Gründen des Verkehrsschutzes konstitutive Wirkung. Hauptunterschied zur Vorbescheidslösung wäre dann, dass die Wahrung der Rechte der Beteiligten (Eintritt der formellen Rechtskraft?) bei der Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nochmals ausdrücklich geprüft und gerichtlich bestätigt würde. Aus Sicht der vertragsgestaltenden Praxis dürfte man sich dann aber auf das Rechtskraftzeugnis verlassen.

Zu § 51 FamFG, Wiederaufnahme

Der Deutsche Notarverein regt an, die Verweisung in § 51 Abs. 1 Nr. 2 FamFG auf § 579 ZPO klarer zu fassen. § 579 ZPO regelt die Nichtigkeits- nicht die Restitutionsklage. Diese ist in ihren Wirkungen anders geartet (*ex tunc* statt *ex nunc*). Man wird sich eventuell fragen, ob es sich hier um eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung handelt mit der Folge, dass eine Aufhebung einer Entscheidung aufgrund Nichtigkeit, d.h. mit Wirkung *ex tunc*, möglicherweise gar keine Aufhebung im Sinne des § 47 FamFG ist, sondern eben die Feststellung der Nichtigkeit der Ausgangsentscheidung. § 47 FamFG würde dann nicht gelten.

Zu § 65 FamFG, Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit

Abs. 3 kann knapper gefasst werden:

„Das Gericht des ersten Rechtszuges lässt die Beschwerde zu, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts erfordert.“

Abs. 3 Nr. 2 ist entbehrlich, weil sich diese Voraussetzung bereits aus Abs. 2 ergibt.

Weitere Entlastung der Beschwerdegerichte

Eine weitere Entlastung der Beschwerdegerichte könnte erreicht werden, wenn eine § 522 ZPO entsprechende Vorschrift in das Beschwerdeverfahren integriert würde.

Zu §§ 73 ff. FamFG, Rechtsbeschwerde

Hier wird entsprechend den Regelungen in der ZPO eine zulassungsabhängige dritte Instanz geschaffen. Dem Reformziel einer Harmonisierung der Prozessordnungen zuwider ist jedoch die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde anders ausgestaltet als in der ZPO.

- a) Zunächst entsprechen die Zulassungsgründe in § 73 Abs. 2 FamFG denjenigen in § 576 Abs. 2 ZPO. Während jedoch im ZPO-Verfahren das Rechtsbeschwerdegericht an die Zulassungsentscheidung gebunden ist (§ 576 Abs. 3 S. 2 ZPO), soll im FG-Verfahren eine doppelte Prüfung erfolgen, nämlich einmal durch das Beschwerdegericht nach § 73 FamFG und ein weiteres Mal durch das nicht an die Zulassungsentscheidung gebundene Rechtsbeschwerdegericht nach § 77 Abs. 1 FamFG. Bevor es also zu einem Rechtsbeschwerdeverfahren kommt, muss die Zulässigkeit gleich doppelt bejaht werden.
- b) Weiter sieht das FamFG die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde nicht vor, das heißt im Falle der negativen Zulassungsentscheidung findet keine weitere Überprüfung statt.

Vordergründig betrachtet kennt auch das ZPO-Rechtsbeschwerdeverfahren eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht. Im Bereich des ZPO-Verfahrens wird dies jedoch damit begründet, dass es bei der ZPO-Rechtsbeschwerde regelmäßig lediglich um die Anfechtung von Nebenentscheidungen gehe. Die

Rechtsbeschwerde im FG-Verfahren richtet sich jedoch gegen Endentscheidungen und ist daher funktional eher mit der Revision im ZPO-Verfahren vergleichbar. Bei der Revision gibt es aber im sehr wohl eine Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO).

Der Deutsche Notarverein regt daher an, die Beschränkung des Rechtsmittels nochmals zu überdenken. Angesichts der der Revision im ZPO-Verfahren vergleichbaren Bedeutung der Rechtsbeschwerde nach dem FamFG sollte darüber nachgedacht werden, zunächst eine Bindung an die Zulassungsentscheidung des Beschwerdegerichts festzulegen und weiter im Hinblick auf angegriffene Endentscheidungen (§ 62 Abs. 1 Nummer 1 FamFG) eine Nichtzulassungsbeschwerde vorzusehen.

Gerade die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde könnte das mit der Rechtsbeschwerde verfolgte Ziel (Klärung grundsätzlicher Rechtsfragen, Wahrung bzw. Schaffung einer einheitlichen Rechtsprechung) befördern. Die Frage, ob in einem konkreten Fall eine Rechtsbeschwerde zur Wahrung der Rechtseinheit oder zur Klärung einer grundsätzlichen Frage zulässig ist, sollte nicht alleine den Beschwerdegerichten überlassen bleiben, sondern justiziabel sein.

Zu § 79, Verfahrenskostenhilfe

Die eigenständige Regelung über die Verfahrenskostenhilfe im FamFG ist aus unserer Sicht zu begrüßen, da damit den Besonderheiten des FG-Verfahrens gegenüber dem ZPO-Verfahren Rechnung getragen werden kann.

Wir regen jedoch an § 17 Abs. 2 BNotO, der auf die ZPO-Prozesskostenhilfe verweist, aus systematischen Gründen ebenfalls entsprechend anzupassen, da die Tätigkeit der Notare zum Rechtsgebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört (vgl. bereits oben unter A.).

§ 17 Abs. 2 BNotO würde dann lauten:

„Einem Beteiligten, dem nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen

Gerichtbarkeit die Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen wäre, hat der Notar seine Urkundstätigkeit in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtbarkeit vorläufig gebührenfrei oder gegen Zahlung der Gebühren in Monatsraten zu gewähren“

Zu § 119 FamFG, Internationale Zuständigkeit:

Die mit § 119 verbundene Änderung der internationalen Zuständigkeit in Nachlassangelegenheiten mit der „Abschaffung“ der Gleichlauftheorie entspricht den ganz überwiegenden Vorschlägen der Literatur, ist dogmatisch sicherlich richtig und dürfte auch der Tendenz einer möglicherweise europarechtlichen Vereinheitlichung entsprechen. Die Abschaffung wird daher vom Deutschen Notarverein ausdrücklich begrüßt.

Bereits heute sind Notare bei der Errichtung von Testamenten und Erbverträgen oder der Beantragung von (bislang) gegenständlich beschränkten Fremdrechtserscheinen häufig mit ausländischen Rechtsordnungen konfrontiert und finden gemeinsam mit den Mandanten zu sachgerechten Lösungen. Selbst wenn es durch die Abschaffung der Gleichlauftheorie zu einer Zunahme des Prüfungsaufwandes in Erbfällen mit Auslandsberührung kommen sollte, sind die Notare darauf gut vorbereitet, zumal sie bei schwierigen Fällen auf das beim Deutschen Notarinstitut (DNotI) in Würzburg gesammelte Expertenwissen gerade im Bereich des Internationalen Privatrechts zurückgreifen können.

Vorsorglich sei darauf hingewiesen, dass mit der Abschaffung der Gleichlauftheorie aber auch der Anwendungsbereich des § 123 Abs. 1 Nr. 1 FamFG (Versagung der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung) eingeschränkt werden dürfte, da nach der so genannten „Spiegelbildtheorie“ auch ausländischen Nachlassgerichte künftig wohl häufiger konkurrierend international zuständig sind. Vielleicht wäre die Änderung der internationalen Zuständigkeit die passende Gelegenheit, auch die zum Teil umstrittene und unsicher behandelte Frage der „Anerkennung“ ausländischer Erbschaftszeugnisse näher zu regeln.

Weitere Anmerkungen, Wegfall von § 7 FGG

Soweit ersichtlich, fehlt im FamFG eine § 7 FGG vergleichbare Regelung, wonach vom unzuständigen Gericht vorgenommene Handlungen nicht wegen der fehlenden Zu-

ständigkeit unwirksam sind. § 7 FGG wird analog angewendet auf die beim örtlich unzuständigen Gericht eingereichte Ausschlagung der Erbschaft (*Bumiller/Winkler*, a. a. O., § 7 Rn 3), wo gerade wegen der kurzen Fristen die Unwirksamkeitssanktion nicht angemessen wäre. Wir regen daher an, eine § 7 FGG entsprechende Vorschrift auch in das FamFG zu übernehmen.

Unklar bleibt auch die Rechtsfolge, falls es trotz der Regelung in § 2 Abs. 1 FamFG doch einmal zu divergierenden Entscheidungen in derselben Angelegenheit kommt (z.B. im Betreuungsrecht, wenn verschiedene Beteiligte bei verschiedenen Gerichten Entscheidungen zu ihren Gunsten anstreben oder zu beeinflussen suchen). Da § 7 FGG nicht übernommen wurde, stellt sich die Frage ob eine Entscheidung wegen Unzuständigkeit des Gerichts unwirksam ist, oder ob beide Entscheidungen – dem Grundsatz der „formalen Rechtskraft“ folgend – wirksam bleiben, wenn nicht Beschwerde eingelegt wird.

2. §§ 143 ff. FamFG, das vereinfachte Scheidungsverfahren

Die geplante Einführung eines vereinfachten Scheidungsverfahrens wird vom Deutschen Notarverein ausdrücklich begrüßt.

Nachfolgend sollen die auf der Hand liegenden Vorteile des neuen Verfahrens aufgezeigt und gleichzeitig deutlich gemacht werden, dass die vor allem in der Medienöffentlichkeit geltend gemachten angeblichen Nachteile nicht bestehen. Alle vorgetragene Bedenken beruhen zumeist auf einer unzureichenden Kenntnis der Sach- und Rechtslage und lassen sich daher sämtlich entkräften.

Etwaige Vor- und Nachteile des vereinfachten Scheidungsverfahrens sind immer vor dem Hintergrund des Anwendungsbereichs der neuen Vorschriften zu erörtern. Daher soll dieser ausdrücklich klargestellt werden (a). Das vereinfachte Scheidungsverfahren wird die Qualität der rechtlichen Beratung gegenüber dem status quo verbessern, weil sich die notarielle

Beratung gerade für die mit dem vereinfachten Scheidungsverfahren angesprochenen Personen als besonders geeignet erweist (b). Weiter gewährleistet die notarielle Beratung in besonderer Weise den Schutz von rechtlich unerfahreneren Beteiligten (c). Darüber hinaus wird das vereinfachte Scheidungsverfahren ohne Qualitätseinbußen sowohl für die Bürger als auch für die Justizverwaltungen zu Einspareffekten führen (d). Die Institution der Ehe wird durch Einführung eines vereinfachten Verfahrens im Übrigen nicht gefährdet (e). Schließlich dürfte die Reform auch aus Sicht der Familiengerichte/Familienrichter keine nachteiligen Auswirkungen haben (f).

a) Klarstellung des Anwendungsbereiches

Bisweilen entsteht der Eindruck, als würde der genaue Anwendungsbereich des neuen Verfahrens in der öffentlichen Diskussion bewusst im Dunkeln gehalten werden. Daher hier nochmals kurz eine Klarstellung:

Das vereinfachte Scheidungsverfahren kommt lediglich in Betracht für Ehepartner ohne gemeinsame Kinder (bisher ca. 50 % aller geschiedenen Ehen). Weiter müssen die Ehepartner eine einvernehmliche Regelung der Scheidungsfolgen treffen (bisher ca. 71 % aller Scheidungen) und dem Familiengericht vorlegen.

Die bewusste Beschränkung des Anwendungsbereichs der neuen Vorschriften auf die vorgenannten Fälle bedeutet in der Praxis in der Regel eine Reduktion der Komplexität gegenüber den nicht erfassten Scheidungsfällen. Insbesondere Regelungen zum Kindesunterhalt sowie zum Sorge- und Umgangsrecht sind im Rahmen des vereinfachten Scheidungsverfahrens nicht zu treffen. Zudem dürften in kinderlosen Ehen häufig beide Ehepartner während der Ehe berufstätig sein, mit der Folge einer gewissen wirtschaftlichen Unabhängigkeit beider Ehegatten. Damit verlieren insbesondere die sich stellenden unterhaltsrechtlichen Fragen in der Regel ihre existenzielle Brisanz.

Weiter konzentriert sich das vereinfachte Scheidungsverfahren auf einigungsbereite Ehegatten, die grundsätzlich an einer einvernehmlichen Regelung interessiert sind.

b) Verbesserte Qualität der rechtlichen Beratung

Die Einführung eines vereinfachten Scheidungsverfahrens wird die Qualität der rechtlichen Beratung gegenüber dem status quo verbessern. Dies liegt zunächst daran, dass die nach geltendem Recht häufig faktisch bestehenden asymmetrischen Vertretungs-

strukturen beseitigt werden (aa). Weiter eignet sich die notarielle Beratungssituation gerade für diejenigen Ehegatten, die ihre Scheidungsfolgen einvernehmlich regeln wollen (bb). Notare sind außerdem Experten auf dem Gebiet der Vertragsgestaltung und des Familienrechts. Diese besonderen Kompetenzen der Notare werden in das vereinfachte Scheidungsverfahren eingebracht (cc). Die Einschaltung der Notare bietet sich auch deshalb an, weil viele Ehegatten zur Regelung ihrer Scheidungsfolgen aufgrund materiell-rechtlicher Formvorschriften ohnehin den Notar aufsuchen (dd). Schließlich steht auch das neue Recht der Einschaltung von einseitig beratenden Rechtsanwälten nicht entgegen, so dass deren Beratung – wenn erforderlich – zusätzlich in Anspruch genommen werden kann (ee).

aa) Beseitigung der asymmetrischen Vertretungsstruktur

Bereits nach geltendem Recht werden viele Ehen einvernehmlich geschieden, weil sich die Eheleute über die wesentlichen Scheidungsfolgen einig sind. Der Einigungsprozess wird dabei aber nicht immer auf beiden Seiten rechtlich begleitet. Vielmehr lässt sich in vielen Fällen – um Kosten zu sparen – nur einer der Ehepartner vor Gericht anwaltlich vertreten. Dieser Ehepartner stellt dann – anwaltlich vertreten (§ 78 ZPO) den Scheidungsantrag, der andere Ehepartner erklärt seine Zustimmung zur Scheidung in der mündlichen Verhandlung zur Niederschrift des Gerichts, eine anwaltliche Vertretung ist insoweit nicht erforderlich (§ 630 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Gerade in den Fällen, die zukünftig dem vereinfachten Scheidungsverfahren unterliegen sollen, wird von der einseitigen anwaltlichen Vertretung besonders häufig Gebrauch gemacht.

Die geschilderte asymmetrische Vertretungsstruktur hat vielfach eine einseitige rechtliche Beratung zur Folge. Der beauftragte Rechtsanwalt ist alleine seinem Mandanten verpflichtet. Es ist ihm berufsrechtlich (§ 43a Abs. 4 BRAO) sogar verboten, widerstreitenden Interessen zu vertreten. Dies ist den scheidungswilligen Eheleuten aber nicht unbedingt bewusst. Hinzu kommt, dass der Rechtsanwalt in den meisten Fällen von dem ohnehin wirtschaftlich stärkeren (dieser bezahlt dann auch die Anwaltsrechnung) und rechtlich erfahreneren Ehepartner beauftragt wird und somit gerade der unerfahrenere (schwächere) Partner ohne anwaltliche Beratung bleibt.

Im neuen vereinfachten Scheidungsverfahren werden die vorstehend genannten systemimmanenten Mängel behoben. Durch die Einschaltung eines Notars wird die

unabhängige und neutrale rechtliche Beratung beider (!) Eheleute sichergestellt. Der Notar hat gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG den gesetzlichen Auftrag, die Rechte des Schwächeren zu schützen. Das vereinfachte Scheidungsverfahren wird eine aus Sicht der scheidungswilligen Eheleute qualitative Verbesserung der Beratungssituation zur Folge haben, bei gleichzeitig sinkenden Kosten (vgl. unten d) aa)).

bb) Die notariellen Beratungssituation ist optimal geeignet für einigungsorientierte Beteiligte

Der Personenkreis, der mit dem vereinfachten Scheidungsverfahren angesprochen werden soll, strebt eine einvernehmliche Regelung der Scheidungsfolgen an. Die betroffenen Eheleute wollen also eine Einigung erzielen. Die notarielle Beratungssituation eignet sich gerade für diesen Personenkreis.

Dagegen ist die anwaltliche Beratungssituation vom Ausgangspunkt her stärker konfliktorientiert. Pointiert könnte man vielleicht wie folgt formulieren: *Wer sich streitet, geht zum Anwalt. Wer sich einigen will, geht zum Notar.*

Ehegatten, die eine einvernehmliche Scheidung anstreben, sind in der Regel nicht an jeweils einseitigen Beratern interessiert, die möglicherweise über wechselseitigen Schriftwechsel sogar Streitverschärfend wirken, sondern sie möchten rechtliche Hilfe und Unterstützung bei der Umsetzung ihrer eigenen Regelungsvorstellungen. Genau diesem Anliegen wird mit der notariellen Beratung/Beurkundung Rechnung getragen. Die Eheleute erhalten eine qualifizierte und einigungsorientierte rechtliche Beratung, die ihnen Raum lässt, ihre Wünsche und Vorstellungen einzubringen und mit den rechtlichen Rahmenbedingungen abzugleichen.

Es handelt sich also um genau die einigungsorientierte Situation, mit der Notare auch in anderen Rechtsbereichen täglich zu tun haben, etwa wenn sich Käufer und Verkäufer über einen Immobilienkaufvertrag oder einen GmbH-Geschäftsanteilskaufvertrag einigen (wollen), oder wenn im familiären Bereich Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen wird.

In der Praxis wird der notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung regelmäßig mindestens ein gemeinsamer Besprechungstermin vorausgehen. Der Notar wird

Wert darauf legen, dass an diesem Termin beide Ehegatten teilnehmen. Der Notar wird zunächst gemeinsam mit den Beteiligten den Sachverhalt aufklären und dann die Regelungswünsche der Eheleute in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erörtern und Regelungsvorschläge unterbreiten. Nach den Wünschen der Parteien wird der Notar sodann einen Entwurf anfertigen. Sind die Parteien mit dem Entwurf grundsätzlich einverstanden, wird ein Beurkundungstermin vereinbart, in dem der Notar den Urkundstext den Parteien vorliest und nochmals erläutert. Erst dann kommt es zur Unterschrift der Ehegatten und des Notars.

Dass die Einschaltung eines neutralen Dritten zur Herbeiführung einer Einigung sehr hilfreich sein kann, zeigt auch ein Blick auf § 144 FamFG. Dieser sieht sogar in streitigen Scheidungsfällen vor, dass das Gericht den Ehegatten die Durchführung einer außergerichtlichen Streitbeilegung, insbesondere einer Mediation, nahe legt. Auch der Mediator wirkt dann – dem Notar vergleichbar – als neutraler und unparteiischer Berater der Parteien. Wenn der Gesetzgeber sogar in streitigen Fällen die Einschaltung eines neutralen Dritten als besten Weg zur Herbeiführung einer Einigung ansieht, dann muss dies erst recht für diejenigen Fälle gelten, in denen die Ehepartner von vorneherein einigungsbereit sind.

cc) Fachliche Kompetenzen der Notare nutzen

Notare verfügen auf Grund ihrer täglichen Beurkundungspraxis über genau die rechtlichen Spezialkenntnisse, die im Rahmen des vereinfachten Scheidungsverfahrens erforderlich sind. Diese Spezialkenntnisse betreffen zunächst das Familienrecht, gehen aber weit darüber hinaus. Insbesondere auf den Gebieten der Vertragsgestaltung, der vermögensrechtlichen/güterrechtlichen Auseinandersetzung, dem Immobilien- und Grundbuchrecht sowie dem Erbrecht verfügen Notare über genau die Qualifikationen, die sich im Zusammenhang mit einvernehmlichen Scheidungsfolgenregelungen als erforderlich erweisen.

Das im Rahmen einer Scheidungsfolgenregelung primär angesprochene Familienrecht gehört zum täglichen Arbeitsfeld eines Notars. Eheverträge sind wegen § 1410 BGB notariell beurkundungspflichtig. In notariellen Eheverträgen sind regelmäßig nicht nur Vereinbarungen zum ehelichen Güterstand, sondern

auch zum Versorgungsausgleich und Unterhalt enthalten. Neben Eheverträgen beurkunden Notare auch nach geltendem Recht bereits eine Vielzahl von Scheidungsfolgenvereinbarungen zur Vorbereitung von einverständlichen Scheidungen nach § 630 ZPO.

Obwohl im vereinfachten Scheidungsverfahren nach § 143 FamFG güterrechtliche Vereinbarungen, etwa über den Zugewinnausgleich, dem Gericht nicht vorzulegen sind, wird jeder Notar die mit der Scheidung zusammenhängenden güterstandsrechtlichen Fragen erörtern. Schon bei der nach § 17 BeurkG vorzunehmenden Sachverhaltsaufklärung ist die Frage nach dem Güterstand der Ehegatten unerlässlich. Vielfach gehen die Vorstellungen der scheidungswilligen Ehegatten dahin, zusammen mit den übrigen Scheidungsfolgen auch die Auseinandersetzung des Güterstandes vorzunehmen. In diesem Zusammenhang wird dann auch der gesetzlich vorgesehene Zeitpunkt der güterstandsrechtlichen Auseinandersetzung (§ 1384 BGB: Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages) durch Vereinbarung von Gütertrennung auf den Zeitpunkt der Scheidungsfolgenvereinbarung vorgezogen. Befürchtungen, wegen der nicht vollständigen Auflistung der Scheidungsfolgen in § 143 FamFG werde es zu unvollständigen und streitanfälligen notariellen Scheidungsfolgenvereinbarungen kommen, sind daher unbegründet.

Kernkompetenz der Notare ist weiter die Vertragsgestaltung, die Umsetzung des laienhaft geäußerten Willens der Beteiligten in einen juristischen Text. Gerade bei der einvernehmlichen Regelung von Scheidungsfolgen kommt es genau darauf an. Nur juristisch einwandfreie Formulierungen vermeiden späteren Streit und sorgen für Rechtssicherheit und Rechtsfrieden.

Die notariellen Kompetenzen im Schnittbereich von Vertragsgestaltung und Familienrecht werden auch deutlich, wenn man sich dazu die wissenschaftliche Fachliteratur ansieht. Führende Veröffentlichungen in diesem Bereich stammen von Notaren. Als „Klassiker“ wäre hier etwa *Langenfeld* mit seinem „Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen“ zu nennen. In neuester Zeit hat *Münch* sein exzellentes Buch „Ehebezogene Rechtsgeschäfte“ vorgelegt.

Scheidungsfolgenvereinbarungen enthalten zudem häufig nicht nur familienrechtliche Regelungen, sondern gehen weit über das Familienrecht hinaus. Einige Beispiele:

Sind die Ehegatten Eigentümer von Immobilien (Eigenheimen, Eigentumswohnungen), stellt sich sofort die Frage, wie die Eigentumsverhältnisse an den Immobilien zukünftig gestaltet werden sollen. Da die Immobilien zumeist mit Grundpfandrechten belastet sein dürften, sind vielfach noch Regelungen zur weiteren Bedienung der zu Grunde liegenden Kredite zu treffen. Alle in diesem Zusammenhang zu treffenden Regelungen sind dem Notar aus seiner täglichen Praxis im Immobilienrecht bestens vertraut. Auch hier ist nicht zu befürchten, dass Notare die vorgenannten Fragestellungen im Rahmen der Scheidungsfolgenregelung ausblenden.

Im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung stellen sich zudem häufiger erbrechtliche Fragen. So haben viele Ehegatten während der Ehe alleine oder gemeinsam Verfügungen von Todes wegen getroffen. Die Ehegatten wollen nun wissen, ob und inwieweit diese Verfügungen während der Trennungsphase oder nach der Scheidung noch Wirkungen entfalten. Vielfach wird hier der Wunsch geäußert, bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungsfolgenvereinbarung auch erbrechtlich getrennte Wege zu gehen. Häufig möchten die Ehegatten das Risiko ausblenden, dass z. B. im Falle des Unfalltods eines Ehegatten nach Trennung und vor Beantragung der Scheidung (erst dann endet gem. § 1933 BGB frühestens das gesetzliche Erb- und damit Pflichtteilsrecht des Ehegatten) der überlebende Ehegatte am Nachlass teilhat. Dies kann nur durch einen Pflichtteilsverzicht erreicht werden, der gem. §§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB der notariellen Beurkundung bedarf. Der Notar ist demnach bereits ein Experte im Bereich der Schnittfläche von Erb- und Scheidungsfolgenrecht. Solche Verknüpfungen zwischen dem Familien- und Erbrecht weist weiter auch § 1586b BGB auf, wonach das erbrechtliche Pflichtteilsrecht Auswirkungen auf familienrechtliche Unterhaltsansprüche haben kann.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung rechtliche Kenntnisse alleine im Familienrecht oft nicht ausreichend sind. Eine qualifizierte rechtliche Beratung scheidungswilliger Eheleute setzt vielmehr voraus, dass die familienrechtliche Qualifikation ergänzt wird durch profunde Kenntnisse vor allem im Immobilien- und Erbrecht. Weiter dürfen die Eheleute von ihrem Berater zu Recht erwarten, dass er ihre Vorstellungen im Wege der Vertragsgestaltung in einen juristisch einwandfreien Text „übersetzt“. Notare verfügen bereits aufgrund ihrer bisherigen täglichen Praxis über sämtliche vorstehend geschilderten Kenntnisse und sind daher geradezu die idealen Berater

für scheidungswillige Ehegatten, die eine einvernehmliche Regelung der Scheidungsfolgen anstreben.

dd) Bestehende Beurkundungszuständigkeiten als Anknüpfungspunkt für die verfahrensrechtliche Vereinfachung

Die vorstehend beschriebene Fachkompetenz der Notare auf dem Gebiet des Scheidungsfolgenrechts knüpft an entsprechende Beurkundungskompetenzen des Notars an. Dies gilt etwa für Vereinbarungen zum Zugewinnausgleich (§ 1378 Abs. 3 S. 2 BGB), zum Versorgungsausgleich (§ 1587o Abs. 2 BGB), zum Immobilienrecht (§ 311b BGB, § 29 GBO) oder im Erbrecht (§§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB).

Viele scheidungswillige Ehegatten werden daher schon aufgrund materiellrechtlicher Vorgaben einen Notar aufsuchen, um die Scheidungsfolgen zu regeln. Es ist daher nur konsequent und begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber dem ohnehin in vielen Fällen bereits am Scheidungsverfahren beteiligten Notar nun auch verfahrensrechtlich eine zentrale Funktion im vereinfachten Scheidungsverfahren zuweisen möchte.

Soweit vorgetragen wird, Notare seien mit dem Unterhaltsrecht möglicherweise nicht ausreichend vertraut, sei zunächst darauf hingewiesen, dass bereits heute die meisten notariellen Scheidungsfolgenvereinbarungen wegen des Sachzusammenhangs mit den anderen Scheidungsfolgen auch Regelungen zum Trennungs- und Ehegattenunterhalt enthalten. Soweit mit Einführung des vereinfachten Scheidungsverfahrens möglicherweise verstärkt unterhaltsrechtliche Fragen auf die Notare zukommen werden, wird der notarielle Berufsstand durch entsprechende Fortbildungsveranstaltungen dafür Sorge tragen, dass diese Aufgaben mit der gewohnten Qualität erfüllt werden können. Schließlich sei angemerkt, dass *de lege ferenda* Vereinbarungen zum Ehegattenunterhalt vor Rechtskraft der Scheidung sogar beurkundungspflichtig werden sollen (vgl. § 1585c BGB in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts).

ee) Anwaltliche Beteiligung am vereinfachten Scheidungsverfahren, insbesondere § 17a BeurkG n. F.

Der Wegfall des Anwaltszwanges im vereinfachten Scheidungsverfahren bedeutet nicht, dass Anwälte zukünftig nicht mehr an diesem Verfahren beteiligt wären.

Jedem Ehegatten steht es selbstverständlich frei, über die notarielle Beratung hinaus, anwaltlichen Rechtsrat einzuholen.

Der Notar soll durch den neu einzuführenden § 17a BeurkG sogar gesetzlich verpflichtet werden, die Parteien auf die mögliche einseitige und die jeweiligen Parteiinteressen wahrnehmende anwaltliche Beratung hinzuweisen. In geeigneten Fällen wird der Notar darüber hinaus die zusätzliche Einschaltung von Rechtsanwälten sogar empfehlen.

Die Belehrungsinhalte des geplanten § 17a BeurkG n. F. sind bereits Gegenstand der allgemeinen Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG, wonach der Notar die Beteiligten über seine Rolle und die mögliche zusätzliche Inanspruchnahme anwaltlicher Beratung aufzuklären hat. In denjenigen Fällen, in denen der Notar eine anwaltliche Beratung sogar ausdrücklich empfiehlt, wird er dies im Einzelfall in der Urkunde vermerken (vgl. beispielhaft den entsprechenden Formulierungsvorschläge für notarielle Eheverträge bei *Gageik*, RNotZ, 2004, S. 317: „*Der Notar hat uns darauf hingewiesen, dass jeder von uns die Möglichkeit hat, den Vertrag durch einen Rechtsanwalt seines Vertrauens als Vertreter seiner Interessen prüfen zu lassen*“).

Der Deutsche Notarverein beurteilt die ausdrückliche Verankerung einer entsprechenden Belehrungspflicht im Beurkundungsgesetz skeptisch. In der Praxis wird dies faktisch dazu führen, dass die Notare – schon um die Erfüllung der Pflicht zu dokumentieren – jeweils entsprechende Vermerke in jede einzelne Urkunde mit aufnehmen, auch wenn dies gesetzlich nicht vorgeschrieben ist. Unseres Erachtens sollte es der jeweiligen Einschätzung im Einzelfall überlassen bleiben, entsprechende Belehrungsvermerke in die Urkunde mit aufzunehmen.

Wenn der Gesetzgeber dennoch eine entsprechende Belehrungspflicht in das Beurkundungsgesetz mit aufnehmen möchte, wäre u.E. ein neuer § 17 Abs. 2a S. 3 BeurkG der richtige Standort. Damit käme zum Ausdruck, dass die besondere Belehrungspflicht im vereinfachten Scheidungsverfahren – wie diejenige beim Verbrauchervertrag – eine Ausprägung des allgemeinen in § 17 Abs. 1 und 2 genannten Grundsatzes darstellt. § 17 Abs. 2a S. 3 BeurkG könnte wie folgt formuliert werden:

“Der Notar soll die Ehegatten vor der Beurkundung einer Erklärung nach

§ 143 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Durchführung eines vereinfachten Scheidungsverfahrens darauf hinweisen, dass jeder Ehegatte zusätzlich eine Beratung durch einen Rechtsanwalt als Vertreter seiner Interessen in Anspruch nehmen kann.“

Der bisherige § 17 Abs. 2a S. 3 BeurkG würde dann zum S. 4.

b) Gerade das vereinfachte Scheidungsverfahren gewährleistet den Schutz der schwächeren und unerfahrenen Partei

§ 17 Abs. 1 BeurkG lautet:

“Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.“

Wenn trotz dieses eindeutigen Wortlautes immer wieder zu lesen ist, „der Notar müsse neutral sein und dürfe die schwächere Partei nicht schützen“ bzw. der Notar sei „nicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung verpflichtet, sondern belehre nur abstrakt über die Rechtsfolgen einer Erklärung“, zeugt dies von der Unkenntnis der Rechtslage und der Rechtswirklichkeit. Nicht selten lehnt ein Notar Beurkundungersuchen ab, und noch viel häufiger mahnt er mit Nachdruck und Erfolg eine überambitionierte Partei zur Mäßigung.

Gerade die umfassende Sachverhaltsaufklärung und der Schutz einer unerfahrenen und rechtlich ungewandten Vertragspartei gehört zu den wesentlichen Aufgaben des Notars, die dieser täglich in seiner Beurkundungspraxis wahrnimmt.

Ein besonderes Schutzbedürfnis kann sich selbstverständlich auch daraus ergeben, dass die Eheleute aufgrund der mit Trennung und Scheidung verbundenen emotionalen Ausnahmesituation möglicherweise nicht in der Lage sind, ihre Interessen sachgerecht wahrzunehmen. Dies könnte dann Anlass sein, längere Bedenkzeiten zu empfehlen. Weiter könnte der Notar anregen, dass eine oder beide Vertragsparteien anwaltlichen Rat in Anspruch zu nehmen. Einen entsprechenden Hinweis des Notars auf die

mögliche Inanspruchnahme anwaltlichen Rechtsrates sieht das Reformgesetz mit dem neu einzuführenden § 17a BeurkG ohnehin vor.

Die Einschaltung des Notars stellt somit gerade eine Verbesserung gegenüber dem geltenden Recht dar, das praktisch in vielen Fällen auf eine lediglich einseitig anwaltliche Beratung hinausläuft (vgl. bereits oben unter 2.a)). Der Anwalt kommt zukünftig immer dann ins Spiel, wenn die Parteien dies wünschen und/oder für erforderlich halten. Außerdem wird der Notar in den Fällen, in denen dies erforderlich erscheint, zielgerichtet auf die Einschaltung anwaltlicher Vertreter hinwirken. Gewiss sind die Fälle nicht selten, in denen die Parteien nur meinen, sie wären sich einig, bei näherer Diskussion etwa des Versorgungsausgleichs aber erkennbar wird, dass sich die Ehegatten eigentlich nur über den Scheidungswunsch als solchen im Einvernehmen befinden. Der Notar ist von seiner Qualifikation und seinem Amtsverständnis her bestens geeignet, die Fälle, die sich wirklich für das vereinfachte Scheidungsverfahren eignen, von denjenigen zu trennen, in denen ernsthafte widerstreitende Interessen bestehen.

Wollte man einen mit der notariellen Beratung vergleichbaren Schutz der Ehegatten durch anwaltliche Beratung sichern, müsste man die zwingende Einschaltung von jeweils einem Rechtsanwalt durch jeden Ehegatten vorsehen. Diese Forderung wird aber selbst von den Anwaltsverbänden bislang nicht erhoben, denn die damit für den Bürger und die Justizhaushalte (über die Prozesskostenhilfe) verbundenen Kosten wären kaum vermittelbar. Die Forderung wird aber auch deshalb nicht erhoben, weil – wie oben gezeigt – eine zwingende (!) anwaltliche Beratung beider Vertragsparteien in der Mehrzahl der vom vereinfachten Scheidungsverfahren betroffenen Fälle schlicht nicht erforderlich und auch der Ausgangssituation von Eheleuten, die eine Einigung anstreben, nicht angemessen sein dürfte.

Die gegenwärtige Lösung der einvernehmlichen Scheidung mit nur einem Anwalt wird der Rolle des Anwalts als Interessenvertreter *einer* Partei nicht gerecht und birgt die Gefahr, dass der im Ausgangspunkt schwächere Ehegatte durch die asymmetrische Vertretung weiter geschwächt wird.

c) Kostenersparnis für die Bürger und die Justiz

Wird für ein Gesetzgebungsvorhaben mit Kostenersparnissen geworben, sollte dieses Argument kritisch hinterfragt werden, denn die Einsparung von Kosten sollte auch in

Zeiten knapper öffentlicher Kassen nicht einen Qualitätsverlust zur Folge haben.

Ein solcher ist jedoch nicht zu befürchten. Im Gegenteil: Die Einführung des vereinfachten Scheidungsverfahrens wird die rechtliche Beratung scheidungswilliger Ehegatten verbessern (vgl. bereits unter a). Wenn gleichsam als Nebeneffekt auch noch das Portemonnaie des Bürgers (aa) und die öffentlichen Kassen (bb) geschont werden können, ist dies uneingeschränkt zu begrüßen.

aa) Entlastung der Bürgers

Aus Sicht des Bürgers bietet das vereinfachte Scheidungsverfahren einen zweifachen Kostenvorteil. Erstens sollen die Gerichtskosten im vereinfachten Scheidungsverfahren *de lege ferenda* von 2,0 auf 1,0 Gebühren abgesenkt werden (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 FamGKG). Zweitens können scheidungswillige Ehegatten Kosten sparen, indem Sie auf eine anwaltliche Vertretung verzichten. Gegenüber dem geltenden Recht können die Ehegatten dadurch mindestens die Gebühren für einen Anwalt einsparen, dessen Einschaltung (im Hinblick auf den Scheidungsantrag, § 78 Abs. 2 ZPO) bislang zwingend erforderlich ist. Eine weitere Ersparnis wird jedoch daraus resultieren, dass **bei identischem Streit- bzw. Geschäftswert** die von der KostO bestimmten **Notargebühren im Regelfall unter den RVG-Gebühren** liegen dürften. Die zum 1. Juli 2006 in Kraft tretende Änderung des RVG wird hierauf keinen Einfluss haben, da sie, ebenso wie das für Ende des Jahres zu erwartende EuGH-Urteil in Sachen *Cipolla*, nur die Kosten für außergerichtliche anwaltliche Tätigkeiten betreffen.

Die Kosteneinsparungen im Scheidungsverfahren haben zudem den durchaus wünschenswerten Effekt, dass das gesparte Geld unmittelbar der Finanzierung der Scheidungsfolgen dienen kann. Was ohne Qualitätsverlust bei den Anwalts- und Gerichtsgebühren gespart werden kann, steht z.B. für Unterhaltszahlungen zur Verfügung. Gerade in der bereits trennungsbedingt oft angespannten wirtschaftlichen Situation von Ehegatten (doppelte Kosten für Wohnung, PKW etc. bei oft niedrigeren Einkünften wegen des Wegfalls von Steuerbegünstigungen) erschließt das vereinfachte Scheidungsverfahren hier finanzielle Ressourcen, die im Gesamtpaket der Einigung zwischen den Ehegatten sinnvoll eingesetzt werden können.

bb) Entlastung der öffentlichen Haushalte

Wie bereits in der Begründung des Referentenentwurfes zutreffend ausgeführt, sind staatliche Kostenvorteile in zweierlei Hinsicht zu erwarten. Erstens werden die kosten- und verfahrensrechtlichen Anreize des vereinfachten Scheidungsverfahrens in Zukunft zu einer vermehrten Zahl einvernehmlicher Scheidungen führen. Dadurch werden voraussichtlich die Familiengerichte entlastet, da im vereinfachten Scheidungsverfahren die wesentlichen Scheidungsfolgen bereits vorab unter notarieller Mitwirkung einvernehmlich geregelt werden. Zweitens werden mittelbar auch die Länderjustizverwaltungen entlastet, denn durch den Wegfall des Anwaltszwangs und die Absenkung der Gerichtsgebühren werden insgesamt die auf staatlicher Seite anfallenden Kosten für die Prozesskostenhilfe bzw. die Verfahrenskostenhilfe deutlich sinken.

d) Keine Gefährdung der Institution der Ehe

In der Presse sind wiederholt Äußerungen laut geworden, durch Einführung des vereinfachten Scheidungsverfahrens würde die Institution der Ehe geschwächt. Je einfacher eine Scheidung sei, desto weniger „wert“ sei die Ehe. Diese Argumentation ist unseres Erachtens nicht zutreffend.

Zunächst ist in diesem Zusammenhang klarzustellen, dass das neue Verfahren – entgegen mancher Darstellung in der Presse – nicht zu einer Scheidung durch den Notar führen wird. Die Scheidung wird auch nach der Reform nicht vom Notar, sondern vom Gericht ausgesprochen.

Weiter geht mit der Vereinfachung des Verfahrens keine Vereinfachung des materiellen Rechts einher. Mit der Eheschließung gehen die Ehepartner auch in rechtlicher Hinsicht Bindungen ein, die im Falle einer Scheidung Folgen haben. Diese Scheidungsfolgen (Versorgungsausgleich, Unterhalt, Zugewinnausgleich, Hausrat etc.) sind auch im vereinfachten Scheidungsverfahren einer Regelung zuzuführen.

Durch die Vorschrift des § 143 Abs. 1 Nr. 2 b) FamFG wird es im Hinblick auf die Regelung der Scheidungsfolgen sogar zu einer Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht kommen. Während bislang Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt formlos geschlossen werden können, sollen derartige Vereinbarungen im vereinfachten Verfahren notariell beurkundet werden. Gerade im Unterhaltsrecht kommen die auch über die Beendigung der Ehe hinauswirkenden Rechtsfolgen der Institution Ehe treffend

zum Ausdruck. Durch die zwingende Einschaltung des Notars wird dieser (auch wirtschaftlichen) Bedeutung der Unterhaltsfragen Rechnung getragen.

Soweit eine Ehescheidung im vereinfachten Scheidungsverfahren für den Bürger kostengünstiger wird als nach geltendem Recht, stellt auch dies keine Entwertung der Institution Ehe dar. Denn das Verfahrensrecht ist „dienendes Recht“. Das Verfahrensrecht dient der optimalen Durchsetzung und Umsetzung des materiellen Rechts. Kann das Verfahren – ohne Qualitätsverlust – einfacher und kostengünstiger gestaltet werden, so ist dies aus Sicht des Bürgers und Steuerzahler uneingeschränkt zu begrüßen. Will man aus rechtspolitischen Gründen die Institution der Ehe stärken, so sollte dies im materiellen Recht geschehen. Die Errichtung oder Beibehaltung verfahrensrechtlicher „Hürden“ für eine Ehescheidung sind insoweit nicht der richtige Ansatzpunkt. Künstlich hoch gehaltene Kosten führen vielmehr zu einer sozialen Diskriminierung. Vermögende Ehegatten können sich eine Scheidung leisten, wirtschaftlich schlechter gestellte Ehegatten nicht. An Anwälte oder das Gericht zu zahlende Gebühren stehen im Übrigen gerade für die Finanzierung der nahehelichen Rechtsfolgen, wie etwa Unterhaltszahlungen nicht zur Verfügung.

e) Keine Mehrbelastung der Familiengerichte/Familienrichter durch das vereinfachte Scheidungsverfahren

Aus Sicht der zuständigen Familiengerichte/Familienrichter wird das vereinfachte Scheidungsverfahren nicht zu Mehrbelastungen führen. Insbesondere Befürchtungen, der Wegfall des Anwaltszwanges dürfte sich nachteilig auf die Durchführung des vereinfachten Scheidungsverfahrens auswirken, sind nicht gerechtfertigt. Dies soll kurz erläutert werden.

aa) Möglicher Entlastungseffekt durch Zunahme einvernehmlicher Scheidungen

Sollte sich das neue vereinfachte Scheidungsverfahren auf Grund der oben beschriebenen qualitativen und auch kostenrechtlichen Vorteile als attraktiv erweisen, dürfte es zu einer weiteren Zunahme von einvernehmlichen Scheidungen mit einem entsprechenden Entlastungseffekt für die Familiengerichte kommen. In

welcher Größenordnung ein solcher Effekt zu erwarten ist, bleibt abzuwarten.

bb) Richtig formulierte Scheidungsanträge aufgrund notarieller Beratung

Der nach geltendem Recht bestehende (einseitige) Anwaltszwang sorgt im Scheidungsverfahren bislang dafür, dass bei den zuständigen Familiengerichten ordnungsgemäß formulierte Antragsschriften eingehen.

Entfällt im vereinfachten Scheidungsverfahren der Anwaltszwang, könnte aus Sicht der Gerichte die Sorge bestehen, dass zukünftig die nicht mehr anwaltlich vertretenen Parteien unzureichend formulierte Antragsschriften einreichen, die den Anforderungen der §§ 131 FamFG, 253 ZPO nicht entsprechen.

Derartige Bedenken gegen das vereinfachte Scheidungsverfahren können jedoch ohne weiteres ausgeräumt werden.

- (1) Bereits die Entwurfsbegründung (S. 477 und 478) führt richtig aus, dass die prozessualen Anforderungen an den Scheidungsantrag nicht so hoch sind, dass sie zwingend die Einschaltung eines Rechtsanwaltes erfordern würden. Nach § 131 FamFG i.V.m. § 253 ZPO muss die Antragsschrift lediglich die Bezeichnung der Beteiligten (Ehegatten) und des Gerichts sowie die Angabe des Gegenstandes (Scheidung) sowie des zu stellenden Antrages (Antrag auf Scheidung der Ehe) enthalten.
- (2) Weiter werden die Ehegatten bei der Formulierung des Scheidungsantrages durch den Notar ihrer Wahl rechtlich beraten sein. Im Zusammenhang mit der notariell zu beurkundenden Wahl des vereinfachten Scheidungsverfahrens sowie der Einigung über den Unterhalt werden die Ehegatten alle mit dem weiteren gerichtlichen Verfahren zusammenhängenden Fragen mit dem Notar besprechen. Dieser wird insbesondere auf eine korrekte Stellung des Scheidungsantrages hinwirken und beispielsweise entsprechende Vordrucke/Muster für die Parteien bereithalten. Auch kann der Notar im Gespräch mit den Ehegatten klären, welches Familiengericht für das Scheidungsverfahren örtlich zuständig ist, so dass es auch nicht zu Anträgen an unzuständige Familiengericht kommen wird.

- (3) Zusätzlich wäre sogar denkbar, den Scheidungsantrag (§ 131 FamFG) mit in die notarielle Urkunde nach § 143 FamFG aufzunehmen. Dadurch würde den juristisch möglicherweise nicht vorgebildeten Parteien jede eigene Formulierungsarbeit abgenommen.

In notariellen Urkunden enthaltene Anträge an ein Gericht sind im Übrigen nichts Ungewöhnliches. So sind etwa Anträge auf grundbuchamtlichen Vollzug oder auf vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen regelmäßig in notariellen Urkunden enthalten. Die notarielle Urkunde würde zudem zwingend bereits in ihrem Rubrum die nach § 131 FamFG i.V.m. § 253 ZPO erforderlichen Angaben zu den Beteiligten enthalten.

Wird der Scheidungsantrag mitbeurkundet, könnte die Scheidung ohne weiteres durch Einreichung der notariellen Urkunde nach § 143 FamFG rechtshängig gemacht werden. Das Gericht würde ein (!) Dokument erhalten, das sowohl den Scheidungsantrag als auch die Erklärungen nach § 143 FamFG enthielte.

- (4) Die notarielle Mitbeurkundung des Scheidungsantrages würde darüber hinaus die Nutzung des elektronischen Gerichtspostfaches ermöglichen. Der beurkundende Notar könnte nämlich die von ihm errichtete Urkunde in elektronischer Fassung bei Gericht einreichen (vgl. § 143 FamFG i.V.m. § 253 Abs. 5 S. 2 ZPO). Die Notare wären technisch ohne weiteres dazu in der Lage, entsprechende elektronische Dokumente zu erstellen und zu versenden. Schon aufgrund des in § 15 BNotO verankerten Urkundsgewährungsanspruches (vgl. insbesondere § 15 Abs. 3 BNotO) müssen die Notare seit dem 01.04.2006 für den elektronischen Rechtsverkehr gerüstet sein. Dies steht im Gegensatz etwa zu den Rechtsanwälten, die bislang von den Möglichkeiten des elektronischen Rechtsverkehrs nur eher zögerlich Gebrauch machen, wie etwa der jüngste Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz zu einem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs zeigt.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Wegfall des Anwaltszwanges im Hinblick auf den bei Gericht einzureichenden Scheidungsantrag zu keiner Mehrbelastung des Gerichts führen wird. Vielmehr wird durch die vorangehende notarielle Beratung ohne weiteres eine korrekte Antragstellung sichergestellt. Eine

gegenüber der derzeitigen Rechtslage vereinfachtes und beschleunigtes Verfahren würde sich schließlich dadurch ergeben, dass der Notar den Scheidungsantrag mitbeurkundet und anschließend seine Urkunde elektronisch bei Gericht einreicht. Die verstärkte Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs ist zudem ein ausdrückliches Anliegen des Bundes und der Länder, dem mit einer solchen Verfahrensgestaltung Rechnung getragen würde.

cc) Kein Mehraufwand im Hinblick auf den Versorgungsausgleich

Von Gerichtsseite wird die Befürchtung geäußert, ein Mehraufwand würde im Hinblick auf den vom Gericht durchzuführenden Versorgungsausgleich anfallen, weil nunmehr erhöhte Erörterungs- und Belehrungspflichten gegenüber nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten bestünden.

Hier ist wieder darauf hinzuweisen, dass nach derzeitiger Praxis in den meisten Fällen, die zukünftig für das vereinfachte Scheidungsverfahren in Betracht kommen, gerade nicht beide Parteien anwaltlich beraten sind, sondern lediglich eine Partei. In diesen asymmetrischen Vertretungsfällen trifft das Gericht bereits heute eine erhöhte Erörterungs- und Belehrungspflicht gegenüber der nicht vertretenen Partei. Ein erheblicher Mehraufwand durch Einführung des vereinfachten Scheidungsverfahrens wird also nicht zu befürchten sein.

dd) Rechtsmittelverzicht der Beteiligten ohne anwaltliche Beteiligung möglich

Aus Sicht der Gerichte dürfte auch eine Rolle spielen, ob unmittelbar in der mündlichen Verhandlung von den Beteiligten ein Rechtsmittelverzicht erklärt werden kann. Der Charme eines solchen Verzichts besteht in der sofortigen Rechtskraft der Scheidung, eine gerade in einvernehmlichen Fällen oft angestrebtes Ziel. Nach bisherigem Recht ist für einen Rechtsmittelverzicht auf beiden Seiten (!) anwaltliche Vertretung erforderlich, § 78 ZPO. § 630 Abs. 2 S. 2 ZPO gilt nur für die Zustimmung zur Scheidung, nicht aber für den Rechtsmittelverzicht. In der Praxis führt diese Situation gelegentlich dazu, dass die nur einseitig anwaltlich vertretenen Parteien in der mündlichen Verhandlung einen zufällig im Gericht anwesenden Anwalt hinzuziehen, der dann für den nicht vertretenen Ehegatten den Rechtsmittelverzicht erklärt. Diese im Gerichtsalltag gängige Vorgehensweise offenbart die Schwächen des gegenwärtigen Systems der einvernehmlichen Scheidung.

Nach neuem Recht soll das gesamte vereinfachte Scheidungsverfahren vom Anwaltszwang befreit (§ 130 Abs. 1 S. 2 FamFG) sein. Damit werden die Beteiligten auch ohne anwaltliche Vertretung einen Rechtsmittelverzicht erklären können. Die Mandatierung auf dem Gerichtsflur wird dadurch entbehrlich.

ee) Keine Mehrbelastung durch vermehrte spätere Abänderungsklagen

In den Medien und von den Anwaltsverbänden wurde wiederholt die Befürchtung geäußert, als Folge des vereinfachten Verfahrens würde es zukünftig zu einer Vielzahl späterer Abänderungsklagen und damit zu einer Zusatzbelastung für die Familiengerichte kommen.

- (1) Als Ausgangspunkt ist festzustellen, dass gerade dem Unterhaltsrecht die Möglichkeit einer späteren Abänderung systemimmanent ist. Ändern sich die der Unterhaltsberechnung zu Grunde liegenden Verhältnisse, sind ggf. Anpassungen vorzunehmen (vgl. § 323 ZPO). Spätere Abänderungsklagen lassen sich daher auch durch die beste rechtliche Beratung und Vertragsgestaltung nicht vollständig verhindern. Dies ist vor dem Hintergrund der sich ständig wandelnden wirtschaftlichen Verhältnisse auch gar nicht wünschenswert. Denn wenn infolge erheblicher Veränderungen in der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten oder der Bedürftigkeit des Berechtigten der bisherige Titel nicht mehr den realen Gegebenheiten entspricht, ist die Abänderungsklage nicht nur tolerabel, sondern wünschenswert. Das Konstrukt der materiellen Rechtskraft wurde geschaffen, um die neuerliche Befassung der Gerichte mit *demselben* Streitgegenstand zu verhindern, nicht hingegen, um nachträglich unrichtig gewordene Entscheidungen zu perpetuieren. An diesem Gedanken haben sich Erwägungen zur Verschlankung der Justiz messen zu lassen.

Ist der Unterhalt durch Urteil titulierte, ist die Durchbrechung der Rechtskraft mittels einer Abänderungsklage nach § 323 ZPO erforderlich. Ist der Unterhalt bislang nur durch eine nicht der Rechtskraft fähigen Parteivereinbarung bestimmt, erfolgt die Abänderung derselben wegen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage. Die Rechtsprechung hat diese beiden Vorgehensweisen weitgehend harmonisiert: Bei beiden Methoden sind Aspekte präkludiert, die

bereits im Ausgangsurteil bzw. der Ausgangsvereinbarung berücksichtigt wurden (egal ob in materiellrechtlich zutreffender Weise). In beiden Fällen wird ferner gefordert, dass die Veränderung eine gewisse Erheblichkeit erreicht hat, um nicht monatlich neu verhandeln zu müssen. Diese Parallelität der Abänderungsmöglichkeiten zeigt, dass die Anfälligkeit einer Unterhaltsfestsetzung nicht davon abhängt, ob sie in einem streitigen Urteil, einem einvernehmlichen Urteil oder einer nicht rechtskräftigen Vereinbarung erfolgt ist, sondern zuvörderst davon, wie sehr sich die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten ändern.

- (2) Wurde bereits im Zusammenhang mit der Scheidung die Unterhaltsregelung notariell beurkundet, ist es nicht unwahrscheinlich, dass die geschiedenen Eheleute sich im Hinblick auf späteren Anpassungsbedarf wiederum vom Notar beraten lassen und erneut eine einverständliche Regelung treffen. Nur wenn es Streit über eine Änderung des Unterhaltstitels gibt, ist eine gerichtliche Abänderungsklage überhaupt erforderlich. Diese wäre dann aber in gleicher Weise erhoben worden, wenn der Ausgangstitel ein streitiges Urteil oder das Ergebnis eines einvernehmlichen Scheidungsverfahrens nach bisherigem Recht gewesen wäre. Die Stärkung der notariellen Kompetenzen im Unterhaltsrecht werden daher in Zukunft eher zu weniger als mehr Abänderungsstreitigkeiten führen.

- (3) Auch die in den vergangenen Jahren ergangene obergerichtliche und verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zu notariellen Eheverträgen, die von Gegnern des vereinfachten Scheidungsverfahrens gerne zitiert wird, taugt nicht als Indiz für eine mangelhafte und unausgewogene notarielle Vertragsgestaltung. Denn zum einen wurden Eheverträge mit sehr weitreichendem Verzicht bis ins Jahr 2000 in ständiger Rechtsprechung als nicht sittenwidrig bewertet. Vor dem Hintergrund der Urkundsgewährungspflicht (§§ 15 Abs. 1 Satz 1, 14 Abs. 2 BNotO) musste (!) der Notar bis zur Änderung der Rechtsprechung solche Verträge beurkunden, es sei denn, man wollte es als Teil der notariellen Dienstpflicht verstehen, künftige Rechtsprechungsänderungen vorherzusehen und in die Vertragsgestaltung einzubinden. Vor allem aber ist bislang keine einzige Entscheidung ergangen, die einen notariellen Ehevertrag bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses für sittenwidrig erklärt hätte. Vielmehr geht es in der gesamten Ehevertragsrechtsprechung um die richterliche Anpassung (§

242 BGB) von notariellen Eheverträgen an geänderte tatsächliche Verhältnisse. Hier wird dem Notar von den Gerichten also nicht der Vorwurf mangelhafter Vertragsgestaltung gemacht, sondern der Anpassungsbedarf ergibt sich, weil das bei Vertragsschluss von den Ehegatten favorisierte und dem Notar geschilderte Ehemodell ein anderes war als das tatsächlich gelebte.

ff) Mehrbelastung des einzelnen Richters verhindern

Aus Sicht der betroffenen Familienrichter könnte die Befürchtung bestehen, dass ihnen zukünftig nach Inkrafttreten der vereinfachten Scheidung gerichtsintern mehr Verfahren als bislang zugewiesen werden, ohne dass die Arbeitsbelastung pro Verfahren sinken würde.

Dazu ist festzustellen, dass der Arbeitsaufwand des Gerichts wahrscheinlich im „vereinfachten Scheidungsverfahren“ ziemlich identisch sein dürfte mit dem Arbeitsaufwand im Rahmen einer einverständlichen Scheidung nach geltendem Recht. In beiden Fällen ist eine mündliche Verhandlung durchzuführen und vom Gericht eine Entscheidung über den Versorgungsausgleich zu treffen.

Gerichtsintern bzw. in der jeweiligen Landesjustizverwaltung wäre daher darauf zu achten, dass nicht die bloße Begrifflichkeit („vereinfachtes“ Verfahren, verminderte Gerichtskosten) zu höheren Fallzuweisungen an den einzelnen Richter führt. Die Gerichte haben es bisher stets geschafft, durch Führung einer entsprechenden Statistik die Arbeitsbelastung einigermaßen homogen auf die einzelnen Richter zu verteilen. Projekte wie PEBB§Y zeigen, dass die Justizverwaltungen, erforderlichenfalls mit Unterstützung durch externe Berater, durchaus gewillt und in der Lage sind, die Arbeitsintensität der einzelnen Verfahrensarten nach einem präzisen und differenzierten Schlüssel zu erfassen.

g) Zusammenfassung

Der Deutsche Notarverein begrüßt die beabsichtigte Einführung eines vereinfachten Scheidungsverfahrens. Die Vorteile dieses Verfahrens gegenüber der bisherigen Rechtslage lassen sich in vier Punkten wie folgt zusammenfassen:

- (1) Das vereinfachte Scheidungsverfahren wird die Qualität der rechtlichen Beratung der Ehepartner verbessern, weil
 - asymmetrische Vertretungsstrukturen beseitigt werden;

- sich die notarielle Beratungssituation gerade für einigungsbereite Ehegatten besonders eignet;
 - die bereits vorhandenen fachlichen Kompetenzen der Notare in den einschlägigen Rechtsgebieten genutzt werden können;
 - es an ohnehin bestehende materielle rechtliche notarielle Formerfordernisse anknüpft und so einen materielle rechtlichen und verfahrensrechtlichen Gleichlauf herstellt;
 - eine anwaltliche Beratung im Einzelfall ergänzend in Anspruch genommen werden kann.
- (2) Das vereinfachte Scheidungsverfahren ist besonders geeignet, den Schutz von schwächeren oder unerfahreneren Ehepartnern zu gewährleisten.
- (3) Das vereinfachte Scheidungsverfahren führt bei gleichzeitiger Verbesserung der rechtlichen Beratung zu einer finanziellen Entlastung der Bürger und der öffentlichen Haushalte.
- (4) Das vereinfachte Scheidungsverfahren gefährdet im Übrigen weder die Institution der Ehe noch wird es bedingt durch den Wegfall der Anwaltpflicht zu einer Mehrbelastung der Familiengerichte kommen.

3. FamFG – Buch 2: Verfahren in Familiensachen, Sonstige Regelungen

Allgemeines

Der Deutsche Notarverein begrüßt die mit der FGG-Reform verbundene Erweiterung der Zuständigkeiten des Familiengerichts, eine in der familienrechtlichen Literatur seit langem erhobene Forderung.

Durch die Zuständigkeitskonzentration beim Großen Familiengericht (§§ 161, 194, 219, 278 FamFG, § 23b GVG-E wird erreicht, dass alle mit Ehe und Familie sachlich zusammenhängenden Rechtsstreitigkeiten vor ein und demselben Gericht entschieden werden. So wird das Große Familiengericht zukünftig etwa auch über Ansprüche aus einer Ehegatteninnengesellschaft oder aus ehebedingten Zuwendungen oder aus Schwiegerelternzuwendungen entscheiden (§ 277 FamFG).

Gerade aus notarieller Sicht ist diese Zuständigkeitskonzentration zu begrüßen, denn Notare haben in ihren Urkunden bereits heute die Sachzusammenhänge zu beachten, für die nun demnächst einheitlich das Große Familiengericht zuständig sein wird. So werden etwa Schwiegerelternzuwendungen oder Ehegatteninnengesellschaften in der neueren notariellen Literatur als „ehebezogene Rechtsgeschäfte“ bezeichnet (vgl. etw *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Handbuch der Vertragsgestaltung, 1. Aufl. 2004). Es wird also zukünftig im familienrechtlichen Verfahren einen größeren Gleichlauf zwischen notariellen Beurkundungszuständigkeiten und dem familiengerichtlichen Verfahren geben.

Folge der Aufgabenkonzentration beim Großen Familiengericht ist weiter die Auflösung des Vormundschaftsgerichts. Auch dies ist eine sinnvolle Regelung, denn damit entfallen die in der notariellen Praxis in der Vergangenheit aufgetretenen Abgrenzungsprobleme zwischen Vormundschafts- und Familiengericht etwa bei der Genehmigung der Rechtshandlungen eines für minderjährige Kinder bestellten Ergänzungspflegers (vgl. etwa den Vorlagebeschluss des BayObLG in RNotZ 2004, 326).

Zu § 144 FamFG, Außergerichtliche Streitbeilegung über Folgesachen

Wir begrüßen die neuen Vorschriften im familiengerichtlichen Verfahren, die auf eine möglichst frühzeitige Streitschlichtung hinwirken sollen. Gerade, wenn die scheidungs-willigen Ehegatten wegen gemeinsamer Kinder eine „Beziehung“ auch über das Ende der Ehe hinaus fortführen müssen, scheint es uns sinnvoll, eine konsensuale Konfliktlösung anzustreben. § 144 FamFG ist in diesem Zusammenhang zu sehen.

Wie bereits oben im Zusammenhang mit dem vereinfachten Scheidungsverfahren ausführliche dargestellt (vgl. B. 2. b) bb)), eignet sich besonders die notarielle Beratungssituation für eine außerprozessuale Einigung. Im Gegensatz zu anderen Personen oder Stellen, die außergerichtliche Streitschlichtung anbieten, kann der Notar das Ergebnis der Einigung in einer notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung festhalten. Eine aus Sicht der Beteiligten rechtssichere und kostengünstige Lösung.

Wir regen daher an, § 144 Abs. 2 FamFG um einen Hinweis auf die notarielle Scheidungsfolgenvereinbarung zu ergänzen:

„Das Gericht soll in geeigneten Fällen den Ehegatten eine außergerichtliche

Streitbeilegung anhängiger Folgesachen insbesondere durch Abschluss einer notariell beurkundeten Scheidungsfolgenvereinbarung vorschlagen.“

Selbst wenn die Beteiligten nicht unmittelbar einen Notar aufsuchen, sondern eine andere Person als Mediator einschalten, wird in vielen Fällen am Ende des Einigungsprozesses eine notariell beurkundete Scheidungsfolgenvereinbarung stehen; dies schon wegen der bestehenden Beurkundungserfordernisse im Scheidungsfolgenrecht (vgl. dazu oben B. 2. b) dd)). Es erscheint daher nur sachgerecht, wenn das Gericht die Ehegatten auf diesen Zusammenhang hinzuweisen hat.

Zu §§ 249 ff. FamFG, Abänderung von Unterhaltstiteln

Die §§ 249 ff. FamFG lösen für den Bereich der Unterhaltstitel die Regelung in § 323 ZPO ab, der seinerseits aber ebenfalls angepasst wird (vgl. Art. 25 Nr. 10 FGG-Reformgesetz). Diese Änderung ist auch von Bedeutung für die notarielle Urkunde und als Fortschritt zu bezeichnen. Der bisher eher missverständliche § 323 Abs. 4 ZPO wird abgelöst durch § 250 FamFG (bzw. § 323a ZPO). § 250 FamFG stellt nunmehr auch gesetzlich klar, dass sich die Abänderung notarieller Titel nach materiellem Recht (§ 313 BGB bzw. Abänderungsklauseln in der Urkunde) richtet.

4. FamFG – Buch 3: Verfahren in Betreuungs- und Unterbringungssachen

Zunächst sei auf unsere Ausführungen unter A.5 verwiesen. Dort hatten wir allgemein auf diskussionswürdige Fragen rund um die Bestellung von Betreuern und Pflegern hingewiesen.

Zu §§ 284 und 285 FamFG sowie § 72 GVG

Die Vorschriften zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit in Betreuungssachen sollen eine möglichst geringe räumliche Entfernung zwischen zuständigem Gericht und betreuter Person sicherstellen. Dieses Ziel ist zu begrüßen, denn gerade im Betreuungsrecht kommt es darauf an, dass sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von den Lebensumständen der betroffenen Person verschaffen kann.

Wir halten es daher für sachgerecht, in Betreuungsverfahren vom sonst üblichen Instanzenzug im FG-Verfahren abzuweichen (§ 72 GVG-E) und die Landgerichte anstelle der Oberlandesgerichte als Beschwerdegerichte zu bestimmen.

Bei Zuständigkeitswechseln (§ 285 FamFG) ist das Prinzip der Ortsnähe abzuwägen mit dem Gesichtspunkt, dass es bereits ein in die persönlichen Umstände des Betroffenen intensiv eingearbeitetes Gericht gibt. Es ist daher aus Sicht der Praxis wünschenswert, dass nicht jeder kurzfristige Ortswechsel zu einem Zuständigkeitswechsel führt. Die notwendige Flexibilität dürfte sich jedoch durch die einschränkenden Formulierungen in § 285 Abs. 1 S.1 erreichen lassen („...in der Regel...“, „ und die Aufgaben des Betreuers im Wesentlichen am neuen Aufenthaltsort des Betroffenen zu erfüllen sind...“).

Zu § 290 FamFG, Anhörung des Betroffenen

Das Gericht soll den Betroffenen im Betreuungsverfahren anhören. Nach Abs. 2 soll es den Betroffenen in geeigneten Fällen auch auf die Möglichkeit einer Vorsorgevollmacht hinweisen. Hier könnte man ergänzend noch die nach § 78a Abs. 1 BNotO mögliche Registrierung der Vorsorgevollmacht erwähnen.

Zu §§ 291 ff. FamFG, Ermittlungen des Betreuungsgerichts

In den §§ 291 FamFG wird der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 14 FamFG) für das Betreuungsverfahren konkretisiert, indem die vom Betreuungsgericht vorzunehmenden Ermittlungen beschrieben werden. Hier könnte man etwa den § 291 noch um einen fünften Absatz ergänzen, dass vom Gericht auch eine Auskunft des Zentralen Vorsorgeregisters nach § 78a Abs. 1 BNotO eingeholt werden soll. Die Überschrift des § 291, die bisher nur von Anhörungen spricht, wäre ebenfalls zu ergänzen.

Dies würde die Vorsorgevollmacht weiter stärken und die Subsidiarität des Betreuungsverfahrens gegenüber der privaten Vorsorge verdeutlichen.

5. FamFG – Buch 4: Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen

Zunächst ist zu begrüßen, dass im 4. Buch des FamFG das bisher verstreut geregelte Recht des Nachlassverfahrens zusammengefasst wird.

Zu § 355 FamFG Örtliche Zuständigkeit

§ 355 regelt die örtliche Zuständigkeit wie bisher § 73 FGG, mit der Besonderheit, dass daraus nach § 119 FamFG in Zukunft auch die Internationale Zuständigkeit abgeleitet werden soll. Den damit verbundene Wegfall der Gleichlauftheorie halten wir für richtig (vgl. bereits oben die Ausführungen zu § 119 FamFG).

Zu § 356, Besondere Zuständigkeitsregelungen

§ 356 übernimmt die bisherigen § 2258a Abs. 2 und 3 sowie § 2300 BGB (Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen) aus systematischen Gründen in das FamFG. Es fehlen u.E. aber in Art. 43 FGG-Reformgesetz (Änderungen des BGB) die entsprechenden Folgeänderungen in den §§ 2258 und 2300. Diese müssten ergänzt werden.

Zu §§ 360 ff., Erbscheinsverfahren

Die Formulierung in § 360 Abs. 2 FamFG ist unklar. Ausweislich der Begründung (S. 589) soll die sofortige Wirksamkeit ausgesetzt werden, wenn der Beschluss dem erklärten Willen eines der Beteiligten „widerspricht“. So sollte auch im Gesetzestext formuliert werden:

“Widerspricht der Beschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten, (...)“

Die Regelung in § 360 Abs. 2 soll die Erteilung eines Vorbescheides entbehrlich machen. Der Deutsche Notarverein spricht sich für den Erhalt des Instituts des Vorbescheides aus (vgl. oben A.4)). Der Vorbescheid könnte auch neben der Regelung des § 360 Abs. 2 bestehen. Dies würde die Flexibilität im FGG-Verfahren erhalten bzw. sogar erhöhen. In der Praxis könnte dann je nach Fallgestaltung variiert werden.

Im Übrigen stellen sich die oben im Zusammenhang mit § 40 Abs. 2 FamFG diskutierten Probleme im Erbscheinsverfahren nicht mit der gleichen Schärfe. Anders als bei der gerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften kann eine unrichtige Erbscheinserteilung später noch korrigiert werden. Ein Ausgleich zwischen effektivem Rechtsschutz und Verkehrsschutzgesichtspunkten wird hier bereits über das materielle Recht (Öffentlicher Glaube des Erbscheins; Einziehung unrichtiger Erbscheine) erzielt.

Zu den §§ 371 ff., Verfahren in Teilungssachen

Teilungsverfahren sind bisher zumeist bei den Gerichten angesiedelt. Zum Teil existieren aber landesgesetzliche Vorschriften (vgl. § 193 FGG bzw. § 502 FamFG), wonach für Nachlassauseinandersetzungen oder Auseinandersetzungen einer Gütergemeinschaft neben oder anstelle der Gerichte die Notare zuständig sind.

Dies hat einen guten Grund, denn im Grunde handelt es sich bei der Auseinandersetzungsvermittlung um eine typisch notarielle Tätigkeit. Dies ergibt sich schon daraus, dass das Gericht Vereinbarungen jeweils zu beurkunden hat (die Gesetzesbegründung zu § 378 FamFG verweist hierzu auf das Beurkundungsgesetz).

Wir möchten daher anregen, im Hinblick auf das Teilungsverfahren neben der gerichtlichen eine bundeseinheitliche notarielle Zuständigkeit zu schaffen. Sollte dies in Erwägung gezogen werden, müssten einige Vorschriften angepasst werden (etwa die §§ 372, 374, 379). Ein Vorbild könnten insoweit das Vermittlungsverfahren nach den §§ 87 ff. SachenRBerG sein, das viele Parallelen zum Teilungsverfahren aufweist (Ladung, Erörterung, Ermittlung etc.).

6. FamFG - Buch 5: Verfahren in Registersachen und unternehmensrechtlichen Verfahren

Zu § 404 FamFG, Antragsrecht der Notare

Hier möchten wir eine klarstellende Textänderung in § 404 anregen. Bislang ist nämlich auf Grund des Wortlautes von § 129 FamFG in der Literatur umstritten (vgl. *Bumiller-Winkler*, a. a. O., § 129, Rz. 1), ob die Vollmachtsvermutung entsprechend anwendbar ist, wenn keine „Verpflichtung“, sondern nur ein Recht zur Anmeldung besteht (etwa nach §§ 3 Abs. 2, 25 Abs. 2 HGB oder § 79 GmbHG) und der Notar die Erklärung beurkundet/beglaubigt hat. Hier sollte daher das Kriterium der „Verpflichtung“ gestrichen werden. Weiter sollte ebenfalls klargestellt werden, dass die Vollmachtsvermutung ebenfalls für die Änderung und die Zurücknahme eines Antrages (vgl. auch § 24 Abs. 3 BNotO) gilt. § 404 FamFG würde dann lauten:

„Ist die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von einem Notar beurkundet oder beglaubigt, gilt dieser als ermächtigt, im Namen des Anmeldenden die Eintragung zu beantragen, Anträge zu ändern oder zurückzunehmen.“

Zu § 406 FamFG, Beteiligung der berufsständischen Organe

§ 406 regelt die Mitwirkung der berufsständischen Organe. Obwohl die Begründung (S. 599) im Hinblick auf Abs. 2 von einem Ermessen spricht, lässt der Wortlaut „sind (...) anzuhören“ das Gegenteil vermuten. Wir regen daher an, das Wort „sind“ in „können“ zu ändern.

Noch weitergehend könnte die Anhörung entsprechend der Regelung des § 23 HRV von vorneherein im Gesetzestext auf Zweifelsfälle beschränkt werden. Genau dies ist laut Begründung (S. 599), die ebenfalls auf § 23 HRV verweist, wohl auch beabsichtigt

Bleibt es dagegen bei der bisherigen Textfassung wird das erklärte Ziel des Gesetzgebers, das Registerverfahren weiter zu beschleunigen, nicht erreicht.

Zu § 408 FamFG, Entscheidung über Eintragungsanträge

Wichtig und sicherlich richtig ist die Bestimmung in § 408 Absatz 1 Satz 2, dass § 40 auf die Eintragungen nicht anzuwenden ist. Allerdings enthält sich das Gesetz einer Aussage darüber, wann die Eintragung wirksam wird. Lediglich in der Begründung wird auf § 8 a HGB -E als Spezialregelung zum Wirksamwerden für das elektronisch geführte Register hingewiesen. Hier sollte klargestellt werden, dass die Eintragung sofort wirksam wird.

Zu § 409 FamFG, Bekanntgabe, Beschwerde

Bedeutsam und richtig ist hier vor allem die Bestimmung des § 409 Absatz 3, wonach die Eintragung nicht anfechtbar ist. In der Begründung heißt es hierzu, dass die Anfechtbarkeit nur ausgeschlossen ist, soweit der Eintragung die Wirkungen des § 15 HGB zukommen. Dies ist der Gesetzesbestimmung nicht anzusehen. Eine derartige Einschränkung ist auch nicht erforderlich.

Zu § 410 FamFG, Einsicht in das Register

Es ist vorgesehen, dass die Einsicht in die in § 400 FamFG genannten Register „sowie die hierzu eingereichten Dokumente“ jedem zu Informationszwecken gestattet ist. Die Vorschrift wird in der Begründung als Klarstellung bezeichnet.

In der Tat enthält z.B. § 9 Absatz 1 HGB bereits eine entsprechende Bestimmung. Gleichwohl ist u.E. nicht ganz eindeutig, ob durch die Vorschrift bewirkt wird, dass neben dem bisherigen Sonderband der Handelsregisterakten auch alle weiteren sich in den Registerakten befindlichen Dokumente (hierbei könnte es sich um alle hierzu einst eingereichten Dokumente handeln, also je nach Praxis eines Notariats auch um die zum Register gereichten Geschäftsanteilskaufverträge) vom Einsichtsrecht mit umfasst sind. Letztere können nämlich nach bisheriger Rechtslage nur bei Vorliegen eines berechtigten Interesses eingesehen werden (§ 34 FG).

Es wird daher angeregt ,in der Begründung noch deutlicher herauszustellen, dass durch § 410 FamFG die bisherige Rechtslage nicht geändert werden soll.

Zu § 419 FamFG, Löschung einer Firma

In der Begründung zu § 419 Absatz 3 heißt es, dass künftig nicht nur der den Widerspruch zurückweisende, sondern auch der dem Widerspruch stattgebende Beschluss mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar ist. Aus dem Gesetzeswortlaut ist dies wegen des nachträglichen Einschubes von § 419 Abs. 3 S. 2 FamFG nicht ohne weiteres abzulesen. § 419 Abs. 3 FamFG Satz 2 und Satz 3 sollten daher getauscht werden.

Weiter ist unklar, ob bei Zurückweisung des Widerspruchs dem Beteiligten zwingend die Kosten des Widerspruchsverfahrens aufzuerlegen sind (dies wäre eine Ausnahme zu § 83 Abs. 1 FamFG) oder ob § 419 Abs. 3 S. 2 FamFG lediglich anordnet, dass die Kostenentscheidung zusammen mit der Widerspruchsentscheidung erfolgen soll. Eine kategorische Kostenfolge dürfte wohl nicht in jedem Fall einzelfallgerecht sein. Vorzugswürde wäre daher eine Formulierung, wonach dem Beteiligten die Kosten des Widerspruchsverfahrens auferlegt werden können.

Zu § 421 - Löschung unzulässiger Eintragungen

Im Hinblick auf die in Absatz 4 vorgesehene Möglichkeit gegen einen ablehnenden Beschluss, der auf Antrag ergangen ist, sofortige Beschwerde einzulegen, hat der

Deutscher Notarverein rechtssystematische Bedenken. Da es sich um ein Amts-löschungsverfahren handelt, wird dieses nicht aufgrund eines „Antrages“ eingeleitet. Der Wortlaut des § 421 Absatz 4 FamFG ist daher unklar.

Ein Antragsrecht auf Einleitung eines Löschungsverfahrens erscheint im Übrigen auch nicht sachgerecht. Zunächst müsste nämlich definiert werden, welches rechtliche Interesse zur Antragstellung berechtigt. Selbst wenn man den Kreis möglicher Antragsteller klein hält, wäre zu befürchten, dass künftig reihenweise Löschungsverfahren aufgrund von Anträgen eingeleitet werden müssen. Dadurch würde bei den hiervon betroffenen Gesellschaften eine große Verunsicherung entstehen, die rechtspolitisch nicht gewünscht sein kann.

7. Zu Artikel 20, Änderungen der BNotO

Gegen die zumeist redaktionellen Folgeänderungen (etwa Nr. 4, Nr. 5 Nr. 6) bestehen keine Bedenken.

Zu Art. 20 Nr. 1

Hier verweisen wir zunächst auf unsere Ausführungen oben unter A.4.c). Aus notarieller Sicht ist wichtig, dass der notarielle Vorbescheid auch in Zukunft isoliert anfechtbar ist. Dies sollte im Gesetzestext klargestellt werden. Wir regen daher an, § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO wie folgt zu fassen:

“Gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars oder einen entsprechenden Vorbescheid des Notars findet die sofortige Beschwerde statt.“

Alternativ sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass die bisherigen Möglichkeiten des Notars, einen isoliert anfechtbaren Vorbescheid zu erlassen, durch das FGG-Reformgesetz nicht beeinträchtigt werden sollen.

Zu Art. 20 Nr. 3 und 7

Nummer 3 ist im Zusammenhang mit Nummer 7 (versehentlich im Gesetzentwurf als Nummer 6 bezeichnet) zu lesen. Die Anfechtung von Verwaltungsakten nach der Bundesnotarordnung soll sich in Zukunft nicht mehr nach dem FG-Verfahren, sondern nach der Verwaltungsgerichtsordnung richten. Dies ergibt sich aus der Verweisung in § 111 Abs. 4 S. 2 BNotO auf § 40 Abs. 4 BRAO-E, der wiederum auf die VwGO verweist. Entsprechend wird die Terminologie in den §§ 50 und 111 BNotO angepasst („Klage“ anstatt „Antrag auf gerichtliche Entscheidung“, „Berufung“ anstatt „Beschwerde“). Die Änderung erscheint sachgerecht, zumal der Verweis auf die BRAO zukünftig auch für einen verfahrensrechtlichen Gleichlauf im Bereich der rechtsberatenden Berufe führt.

Vorschlag zu § 17 Abs. 2 BNotO

Zunächst sei auf die Ausführungen zu § 79 FamFG verwiesen. Dort wurde angeregt, dass § 17 Abs. 2 BNotO nicht die auf Prozesskostenhilfavorschriften der ZPO, sondern auf die neuen Verfahrenskostenhilfavorschriften des FamFG verweisen sollte. Dies würde der Sachnähe der Notare zum FG-Verfahren entsprechen.

8. Zu Artikel 22 Änderung des BeurkG

Zu Art. 22 Nr. 1

Die Einführung von § 17a BeurkG-E steht im Zusammenhang mit der Einführung des vereinfachten Scheidungsverfahrens.

Dort (vgl. oben 2. a) ee)) wurde bereits ausgeführt, dass § 17a BeurkG-E entbehrlich ist. Die entsprechende Hinweispflicht ergibt sich bereits aus § 17 BeurkG. § 17a BeurkG-E wird nur dazu führen, dass demnächst Notare standardmäßig in ihre Urkunden entsprechende Passagen über die erfolgte Belehrung aufnehmen und damit der Umfang der Urkunden unnötig anwächst.

Möchte der Gesetzgeber an § 17a BeurkG-E festhalten, wurde bereits oben angeregt, die Hinweispflicht aus systematischen Gründen in § 17 Abs. 2a BeurkG als neuen Satz 3 anzufügen und im Wortlaut etwas präziser zu fassen. § 17 Abs. 2a S. 3 BeurkG würde dann lauten:

“Der Notar soll die Ehegatten vor der Beurkundung einer Erklärung nach § 143 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe a des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Durchführung eines vereinfachten Scheidungsverfahrens darauf hinweisen, dass jeder Ehegatte zusätzlich eine Beratung durch einen Rechtsanwalt als Vertreter seiner Interessen in Anspruch nehmen kann.“

Der bisherige § 17 Abs. 2a S. 3 BeurkG würde dann zum S. 4.

Zu Art. 22 Nr. 2

In § 54 BeurkG soll ebenfalls eine fristgebundene Beschwerde eingeführt werden. Dazu wird auf das FamFG (dort §§ 62 ff.) verwiesen.

Hier ist aus notarieller Sicht ebenfalls entscheidend, dass der Vorbescheid auch in Zukunft isoliert anfechtbar ist. Dies sollte im Gesetzestext klargestellt werden (vgl. auch oben die Ausführungen unter A.4.c) und unseren Vorschlag zu § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO in Art. 20 Nr. 1 FGG-Reformgesetz). § 54 Absatz 1 BeurkG könnte dann wie folgt gefasst werden:

“(1) Gegen die Ablehnung der Erteilung der Vollstreckungsklausel oder einer Amtshandlung nach den §§ 45, 46, 51, gegen die Ersetzung einer Urschrift sowie gegen entsprechende Vorbescheide des Notars findet die sofortige Beschwerde statt.“

Alternativ sollte zumindest in der Begründung klargestellt werden, dass die bisherigen Möglichkeiten des Notars, einen isoliert anfechtbaren Vorbescheid zu erlassen, durch das FGG-Reformgesetz nicht beeinträchtigt werden sollen.

9. Zu Art. 31 und 32 Änderungen der Grundbuchordnung und Schiffsregisterordnung

Zumeist handelt es sich hier um redaktionelle Folgeänderungen. Aus notarieller Sicht für richtig halten wir die Neuordnung der Rechtsmittel.

Die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte als Beschwerdegericht sowie die Möglichkeit der Rechtsbeschwerde zum BGH wird hier –mehr als das bisherige Rechtsmittelrecht – für eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung sorgen. Auch hier sollte man darüber nachdenken, das Rechtsbeschwerdegericht an die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht zu binden (vgl. oben die Ausführungen zu § 73 ff. FamFG).

10. Zu Artikel 43, Änderungen des BGB

Die Änderungen erfolgen hier insbesondere im Hinblick auf die geänderte Terminologie: Das Vormundschaftsgericht gibt es nicht mehr; stattdessen sind die Familiengerichte bzw. die Betreuungsgerichte zuständig. Weiter sind Korrekturen bezüglich der Entscheidungsform „Beschluss“ erforderlich.

Zu Art. 43 Nummer 29:

Die Frist in § 1829 Abs. 2 BGB wird im Hinblick auf die früheste Wirksamkeit der Genehmigung nach zwei Wochen (vgl. § 40 Abs. 2 S. 3 FamFG) um weitere zwei Wochen auf vier Wochen verlängert. Hier sei auf unsere Ausführungen zu § 40 Abs. 2 FamFG verwiesen.

Noch zu ergänzende Regelungen

§ 356 FamFG (vgl. bereits oben unter 5.) übernimmt die bisherigen §§ 2258a Abs. 2 und 3 sowie 2300 BGB (Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen) aus systematischen Gründen in das FamFG. Es fehlen soweit ersichtlich aber in Art. 43 FGG-Reformgesetz die entsprechenden Folgeänderungen in den §§ 2258 und 2300 BGB. Diese müssten ergänzt werden.

Für etwaige Rückfragen und weitergehende Erörterungen steht der Deutsche Notarverein selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.