

43/SN-78/ME



**VEREINIGUNG DER ÖSTERREICHISCHEN RICHTER  
BUNDESSEKTION RICHTER UND STAATSANWÄLTE IN DER GÖD**

Justizpalast, Museumstr. 12, 1016 Wien  
Tel. 01 / 52152 / 3644, Fax. 01 / 52152 / 3643  
E-mail: river@magnet.at, Homepage: www.richtervereinigung.at

An das  
Präsidium des Nationalrats  
Dr. Karl Renner Ring 3  
1010 Wien

Wien, am 31.11.2000

**Betreff:** Entwurf eines Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in  
Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz);  
Begutachtungsverfahren  
GZ 14.005/122-I 8/2000

In der Anlage wird eine Stellungnahme der Vereinigung der österreichischen Richter und der Bundessektion Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft Öffentlicher Dienst zu o.a. Gesetzentwurf in 25facher Ausfertigung zu Ihrer Kenntnisnahme übermittelt.

Hochachtungsvoll

(Dr. Barbara Helige)

Präsidentin der Vereinigung der österreichischen Richter

(Dr. Klaus Schröder)

Vorsitzender der Bundessektion Richter und Staatsanwälte in der Gewerkschaft  
Öffentlicher Dienst

Anlage (25fach)



# VEREINIGUNG DER ÖSTERREICHISCHEN RICHTER BUNDESSEKTION RICHTER UND STAATSANWÄLTE IN DER GÖD

Justizpalast, Museumstr.12, 1016 Wien  
Tel. 01 / 52162 / 3644, Fax. 01 / 52162 / 3643  
E-mail: river@magnet.at, Homepage: www.richtervereinigung.at

Wien, am 31.11.2000

**Betreff:** Entwurf eines Bundesgesetzes über das gerichtliche Verfahren in  
Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz);  
Begutachtungsverfahren  
GZ 14.005/122-I 8/2000

## Begutachtung des Entwurfs

### Einleitung

#### *I. Allgemeines*

##### *A. Grundlagen*

Der vorliegende Entwurf ist die erste einigermaßen vollständige Neufassung (nicht Neukodifikation) des Außerstreitverfahrensrechtes seit 150 Jahren. Es handelt sich um ein umfangreiches Gesetzeswerk, bei dem zu jedem einzelnen Paragraphen Stellungnahmen denkbar wären und - die Stellungnahmen einzelner Kollegen haben dies gezeigt - auch unterschiedliche rechtspolitische Zielsetzungen zu verschiedener Beurteilung führen können.

Bisweilen wird die Notwendigkeit einer Neufassung des Außerstreitverfahrensrechtes bestritten, meist mit dem Argument, dass die Rechtsprechung ohnedies einen gangbaren Weg gefunden hat, mit dem alten, vom Gesetzestext her gewiss unzureichenden Instrumentarium des 1854er-Gesetzes auszukommen und die zwingenden Gebote eines modernen rechtsstaatlichen Verfahrens durch die Rechtsprechung beeindruckend in das alte Gesetz hineininterpretiert wurden. Wäre dieser Befund indes in jeder Hinsicht richtig, könnte man sich die übergroßen Schwierigkeiten mit der Wiederaufnahmeproblematik im Außerstreitverfahren, die Tatsache, dass es immer noch wesentliche Beweisergebnisse gibt, von denen die Parteien im Verfahren erster Instanz nichts erfahren und die Tatsache, dass manche Rekursenate in der Umwürdigung in erster Instanz unmittelbar gewonnener Beweise aufgrund der Aktenlage nicht nur nichts finden, sondern diese auch als zwingende Notwendigkeit einer ökonomischen Verfahrensgestaltung verteidigen, überhaupt nicht



erklären. Der vorliegende Entwurf ist nicht etwa als Misstrauen gegenüber der nicht nur zu billigenden, sondern mit höchstem Respekt zu behandelnden Leistung aller Instanzen, das "alte Weistum" Außerstreitgesetz (*Kralik*) im Großen und Ganzen zu einem rechtsstaatlich tauglichen Instrumentarium für den Vollzug der außerstreitigen Materien umgestaltet zu haben, zu verstehen, sondern als endlich doch erkannte und verwirklichte Übernahme einer Aufgabe durch den Gesetzgeber, die er längst hätte erfüllen müssen, hätten ihm die Organe der Rechtsprechung nicht in vielen Bereichen die dringendsten Rechtsschutzdefizite weginterpretiert. Will man also ein Verfahren außer Streitsachen neu gestalten, so wird vieles festgeschrieben werden müssen, was dem Rechtsanwender bisher die praktische Vernunft sagte. Ermessensspielräume werden dadurch geringer, die Phantasie des einzelnen gestaltenden Richters nicht mehr so deutlich und in jedem Fall zur Originalität aufgerufen. Daher muss am Anfang der Appell stehen, dort wo eine flexible Verfahrensgestaltung das Belassen von Ermessensspielräumen erheischt, keine Überregulierung durchzuführen. Alles in allem ist dies aber dem vorliegenden Entwurf - zumindest in den besonderen Verfahrensarten - durchwegs gelungen.

### *B. Allgemeine Gestaltung*

Sprachlich und systematisch ragt der Entwurf unter den Werken zeitgenössischer Gesetzeskunst sicher über den Durchschnitt hinaus. Die Landesvertretung muss bei dieser Gelegenheit auch dafür danken, dass der Fachgruppe Außerstreit- und Familienrecht der Vereinigung der österreichischen Richter reichlich Gelegenheit zuteil wurde, aktiv an der Gestaltung des Textes teilzunehmen; diese Chance wurde genützt und führte zu einem Entwurf, dem man im Prinzip die Gefolgschaft nicht versagen sollte. Einzelne Punkte, in denen das nicht so ist, werden gleich ausgeführt.

Dass es sich dennoch nicht um ein Werk aus einem Guss, das vom ersten bis zum letzten Paragraphen bruchlos ineinanderfließt, handelt, dürfte vor allem zwei Gründe haben:

Der allgemeine Teil und die einzelnen besonderen Verfahrensarten ressortieren zu verschiedenen Abteilungen im BMJ, was sich auf den Stil und die Regelungsdichte der einzelnen Abschnitte spürbar ausgewirkt hat. Hier wäre eine homogene Endredaktion noch zu wünschen.

Ein solches Verfahrensgesetz entsteht nicht von heute auf morgen, sondern in einigen Zeitschichten. In der Zwischenzeit ist das Kindschaftsrechtsänderungsgesetz 2000 geändert worden, sodass die im Entwurf vorliegende Fassung einzelner Paragraphen über das Pflegschaftsverfahren nicht mit dem Text übereinstimmt, der nun vorweg im Rahmen des KindRÄG 2000 in parlamentarischer Beratung steht; dass dies selbstverständlich noch anzupassen sein wird, bedarf keiner weiteren Erörterungen. Aber auch Erwägungen zum Zivilprozessrecht sind mittlerweile in ein Stadium geraten, in dem die rasche und zügige



Verfahrensgestaltung mehr Gewicht erhält als skrupulöse Vermehrung von Rechtschutzeinrichtungen; mit dem Budgetbegleitungsgesetz 2000 sind viele "überwertige" Zustellungen zurückgedrängt worden, was in den vorliegenden Entwurf noch gar nicht eingeflossen ist; darüber hinaus sind in diesem Bereich wohl keine homogenen Wertungen getroffen worden, die zu einer bruchlosen Linie bei der Frage, welche Erledigungen oder Ladungen bzw. Aufforderungen mit und ohne Zustellnachweis, zu eigenen Händen oder mit der Möglichkeit einer Ersatzzustellung zugestellt werden sollen.

Die Konkretisierungsaufforderung des § 4 Abs. 2 Entw ist wie eine Klage (also mit RSa) zuzustellen, ebenso die Aufforderung nach § 15 Entw und verfahrenseinleitende Anträge (§ 7 Abs. 2 Entw), nicht aber von Amts wegen eingeleitete Verfahren. Dagegen ist zum Beispiel ein Inventar überhaupt nicht mehr mit Zustellnachweis zuzustellen, was aber jedenfalls dann nicht stimmen kann, wenn gleichzeitig über die Nachlasszugehörigkeit von Sachen entschieden wird, setzt dann doch die Zustellung eine Rechtsmittelfrist in Kraft. Die Anordnung derart zahlreicher RSa-Zustellungen ist abzulehnen; sie bringen nur weitere Hinterlegungen und damit unnötige - teilweise nur durch Urlaubstage wahrnehmbare - Wege der Parteien zur Post. Mit dem beschworenen hilfeorientierten Charakter des Verfahrens außer Streitsachen lässt sich derartiges nicht vereinbaren.

#### *C. Grundsätzliche Einwände*

In einigen Punkten kann die Landesvertretung keine Zustimmung geben, und zwar

1. betreffend die Gestaltung des Verlassenschaftsverfahrens als grundsätzlich gerichtliches: Die österreichische Richterschaft spricht sich für die gänzliche Ausgliederung bzw. Abschaffung des Abhandlungsverfahrens aus!

2. betreffend die Ausdehnung des Verfahrens zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen über Ehescheidung, Obsorge und Besuch: Ein solches Verfahren über die von Brüssel II vorgegebenen (örtlichen, nämlich auf die Mitgliedstaaten beschränkten, und inhaltlichen, nämlich nur Verbundentscheidungen umfassenden) Grenzen hinaus wird abgelehnt!

3. die freiwillige Feilbietung wäre zu beseitigen!

4. die Rolle des Staatsanwalts ist zu hinterfragen: Dieser ist aus dem Verfahren außer Streitsachen herauszuhalten, anstatt dass völlig anachronistische Rechte der Anklagebehörde in das hilfeorientierte Verfahren außer Streitsachen hineingetragen werden.

5. betreffend die überaus schwach begründete Vermutung der Erläuterungen, die neue Verfahrensgestaltung werde längerfristig keine Mehrbelastung mit sich bringen. Dieser Vermutung ist strikt entgegenzutreten.



## **II. Zur Materiendiskussion**

Die Frage, welche gerichtlichen Verfahren außer Streitsachen überhaupt vorzusehen sind, ist im vorliegenden Entwurf auf eine äußerst konservative Weise geregelt. Es scheint hier die Idee vorgeherrscht zu haben, möglichst alles, was schon bisher im Verfahren außer Streitsachen ist, dort zu belassen und noch ein kleines Paket dazuzugeben.

Der Grundfrage, für welche der bisherigen Verfahren außer Streitsachen überhaupt ein gerichtliches Verfahren erforderlich ist, wurde dabei nicht näher getreten. Dazu ist im Einzelnen auszuführen:

### **A. Verfahren, deren Übernahme in das außerstreitige Verfahren begrüßt wird:**

1. Durch die Übernahme des Volljährigenunterhaltes fallen subtile Abgrenzungsfragen, die die bisherige Rechtsprechung bemüht haben, ohne dass dadurch ein meritorischer Erkenntnisgewinn erzielbar gewesen wäre, weg. Eine solche "Flurbereinigung" ist jedenfalls zu begrüßen. Für die Streitigkeiten aus dem Miteigentum ist hingegen äußerst fraglich, aus welchem inneren Grund vertragliche Ansprüche (aus einer Benützungsvereinbarung) in das Verfahren außer Streitsachen übernommen werden müssen.

2. Bekennt sich man sich zum Einantwortungskonzept der Verlassenschaftsabhandlung und hält man insoweit ein gerichtliches Abhandlungsverfahren in jedem (vom Vermögen her einigermaßen lohnenden Fall) für unverzichtbar, so ist auch die Konsequenz der Eliminierung der Erbrechtsklage zu begrüßen, obwohl sie den Außerstreitrichtern gegenüber der bisherigen Rechtslage erhebliche Mehrarbeit verursacht. Ein Konzept, in dem das Außerstreitverfahren ein vollwertiger zweiter Rechtsweg neben dem streitigen ist, kann die Frage, wer Erbe ist, nicht von der Frage, wem einzuantworten ist, trennen und für beide verschiedene Verfahrensarten vorsehen. Dass dies darüber hinaus auch Doppelgleisigkeiten vermeidet, einerseits weil nicht mehr negativ der Erbrechtstitel eines Beklagten (nach dem anderen) bekämpft werden muss, sondern positiv das Erbrecht festgestellt wird, andererseits weil mit derselben Frage nicht mehrere Gerichte (BG als Abhandlungsgericht, in der Regel LG als Streitgericht, daher auch LG als Rekurs- und OLG als Berufungsgericht) befasst werden müssen. Schon hier ist aber zu betonen, dass die Übernahme des Verfahrens über das Erbrecht nur zu schaffen ist, wenn gleichzeitig die Belastung mit der Klärung der Gültigkeit mündlicher Testamente wegfällt.

3. Die Übernahme der Abstammungssachen in das Verfahren außer Streitsachen ist rückhaltlos zu begrüßen. Hier konnte das streitige Verfahren ohnedies nicht ohne ganz grundsätzliche Änderungen seiner Prinzipien auskommen (insbesondere nicht ohne den Untersuchungsgrundsatz), und andererseits hat das Zwei-Parteien-Korsett des streitigen Verfahrens eine Einbeziehung aller rechtlich Interessierten, insbesondere auch der Mutter,



als Partei nicht möglich gemacht. Dies ist im vorliegenden Entwurf weitaus befriedigender gelöst

*B. Verfahren, die ins streitige Verfahren übertragen werden könnten:*

Einige Verfahren außer Streitsachen passen nicht in dieses! Ein Großteil der "MSch-Verfahren", also der außerstreitigen Mietangelegenheiten, sind in Wahrheit echte Streitsachen, deren Verweis in das außerstreitige Verfahren keine überzeugenden rechtspolitischen Gründe für sich hat; auch manche dem Firmenbuch überwiesene Streitigkeit zwischen Gesellschaftern hat nichts Rechtsfürsorgerisches an sich. Selbst bei der Bestimmung der Enteignungsentschädigung liegt die Vermutung nahe, dass sich der Staat nicht "im Namen der Republik!" und mit Urteil zu einer Entschädigungssumme verpflichten lassen wollte. Ohne weiteres hätte man aber auch hier einen Ersatzprozess vorsehen können.

Der Gesetzgeber mag dennoch gut beraten gewesen sein, solchen Rückbau des Außerstreitverfahrens nicht anzudiskutieren, weil er damit die Reformdiskussion von einem besonders heißen Eisen freihalten konnte. Angemerkt muss das darin bestehende Diskussionsdefizit indes dennoch werden.

*C. Verfahren, in denen auf gerichtliche Rechtsdurchsetzung gänzlich verzichtet werden könnte:*

1. Letztlich kann man nicht einmal für das Abhandlungsverfahren eine ganz überzeugende rechtspolitische Begründung finden. Das Einantwortungskonzept, das ein Abhandlungsverfahren voraussetzt, ist ein Austriacum, um das uns andere Rechtsordnungen keineswegs beneiden. Man kann nun gewiss Gründe finden, die für eine Beibehaltung dieses Abhandlungskonzeptes sprechen, wenngleich es nicht Wunder nimmt, dass es vor allem die Rechtspfleger und die Notare sind, die solche Begründungen finden. Eine politische Vorgabe, Aufgaben aus den einzelnen Ressorts auszugliedern, lässt aber doch zu Recht immer wieder gerade an das Abhandlungsverfahren als Ganzes denken. Auch wenn es ausdrückliche Erklärungen des derzeitigen Ressortleiters gibt, dass eine solche Ausgliederung des Verlassenschaftsverfahrens nicht beabsichtigt ist, muss zumindest aus der Sicht der Richterschaft betont werden, dass die Argumente gegen die Ausgliederung keineswegs überzeugend sind. Ganz im Gegenteil sollte nun die in Kanzlei- und Schreibdienst wegfallende Belastungen im Sinne der Rationalisierung hinzudenken.

2. Eine weitere Entlastungsmöglichkeit für die Gerichte ist noch ernsthafter zu erläutern: Die Übertragung von echten gerichtlichen Entscheidungen an den Notar als Gerichtskommissär scheint von der Verfassung nicht verboten. Darüber hinaus hat der so genannte Reindl-Entwurf durchaus Wege gefunden, eine gerichtliche Zuständigkeit für Rechtsschutzansprüche mit einer weitestgehenden Übertragung der mehr oder weniger



beurkundenden Tätigkeit an den Gerichtskommissär allein zu verbinden. Auch insofern ist der vorliegende Entwurf viel zu zurückhaltend. Noch mehr Aufgaben könnten dem Gerichtskommissär übertragen werden, das Gericht sollte nur für echte Streitfragen herangezogen werden, etwa die Frage, wer von mehreren Antretenden nun Erbe ist. Die durchaus begrüßenswerten Ansätze des Entwurfes, zahlreiche bisher gerichtliche Beschlüsse durch Vorschreibungen oder Beurkundungen des Gerichtskommissärs zu ersetzen, geht hier nicht weit genug. Noch mehr Rückbau des Abhandlungsverfahrens beim Richter bzw. Rechtspfleger wäre gefragt gewesen.

3. Auch bei den Vorschriften über die Beurkundung lässt sich zwanglos an die Aufgabe dieser gerichtlichen Zuständigkeit als Ganzes denken. Wenn aber eine Kosten-Nutzen-Analyse ergebe, dass derartige Verfahren deutlich mehr Einnahmen als Ausgaben mit sich ziehen, dann ist freilich die Ressortleitung wieder nachdrücklich zu erinnern, dass die Personaleinsparungen im nichtrichterlichen Bereich bereits die klaglose Abwicklung u.a. des Beglaubigungsverkehrs in einzelnen Gerichten zu gefährden beginnen.

4. Gänzlich unverständlich ist die Beibehaltung des Verfahrens über die freiwillige Feilbietung. Während sie bisher deshalb nicht völlig aufgehoben werden konnte, weil die Teilungsexekution auf die alte Feilbietungsordnung verwiesen hat, ist dieses Problem durch die EO-Novelle 2000 beseitigt. Das zukünftige Außerstreitverfahren würde nur noch die echte freiwillige Feilbietung regeln, auf die aber wie auf die freiwillige Schätzung insoweit verzichtet werden könnte, als keine gerichtliche Hilfe notwendig ist. Das Gericht hat ja keine Möglichkeit, einen teilungsunwilligen Miteigentümer zur Einwilligung in Versteigerungsbedingungen zu zwingen; der Zuschlag durch das Gericht verschafft - anders als im Zwangsversteigerungsverfahren - kein Eigentum. Eine Situation mit mehreren Bietern ist heutzutage freihändig durchaus üblich, wenngleich häufiger auf Verkäufer- und Werkunternehmerseite (Vergaberecht). Dass ein höherer Bieterkreis nur mit gerichtlicher Hilfe erreicht werden könnte, kann in Zeiten des www, in denen das Edikt in die "Ediktsdatei zu stellen" ist, nicht mehr ernsthaft als Argument herangezogen werden.

Kurz gesagt: Das Verfahren über die freiwillige Feilbietung ist ersatzlos zu streichen.

### **III. Zuständigkeitsänderungen**

#### **A. Rückkehr zur Regel: Bezirksgericht als Erstgericht**

Hinzunehmen ist die Zunahme gerichtlicher Zuständigkeiten des Bezirksgerichts: Im Todeserklärungsverfahren und durch den Wegfall der Erbrechtsklage.

Hier ist zu erwarten, dass die Tatsache des Wegfalles erstgerichtlicher Zuständigkeiten bei den Landesgerichten immerhin dadurch kompensiert wird, dass dort entsprechend mehr Anfall in den R-Senaten, also in zweiter Instanz entstehen wird.



Eine zumindest qualitativ deutlich spürbare Mehrbelastung würde die Bezirksgerichte aber treffen, wenn sie für die Anerkennung ausländischer Scheidungs-, Obsorge und Besuchsentscheidungen im derzeit vorgesehenen Rahmen zuständig gemacht würden.

#### ***B. Neue Zuständigkeiten des Landesgerichtes***

Die Übertragung der Enteignungsentschädigung an die Landesgerichte ist ebenfalls hinzunehmen; da Enteignungsentschädigungen mitunter auch in den Landesgesetzen geregelt sind, auf die der hier angesprochene Gesetzgeber gar keinen Einfluss hat, wird dies allerdings zu einer unerfreulichen Rechtszersplitterung führen.

#### ***IV. Abgrenzung Richter und Rechtspfleger***

Im Wesentlichen ist die neue Abgrenzung folgerichtig; dass der Unterhalt, den Eltern von ihren Kindern fordern könnten, nicht Rechtspflegersache wird, ist ebenso zu begrüßen, wie die Tatsache, dass der Unterhalt volljähriger Kinder nunmehr vom Rechtspfleger durchgeführt wird. Die Rechtsfragen sind nicht grundsätzlich andere als beim Minderjährigen-Unterhalt, studierende Unterhaltsberechtigte sind schon bisher vorgekommen. Die Mehrarbeit könnte durch den langfristigen, bei In-kraft-treten des Außerstreitgesetzes aber schon bald wirksamen Wegfall eines Unterhaltsvorschussjahres einigermaßen ausgeglichen werden.

Für die Todeserklärung ist eine Rechtspflegerezuständigkeit wohl abzulehnen.

Ob in Verlassenschafts- und Vermögenspflegschaftsangelegenheiten überhaupt noch eine Wertgrenze vorgesehen werden soll, sollte noch einmal überdacht werden. Die Rechtsfragen um einen Nachlass oder ein Kindesvermögen unter 100.000 Euro müssen zwar nicht einfacher sein als darüber, doch zeigt etwa auch der durchschnittliche Cg-Fall mehr Schwierigkeiten als der durchschnittliche C-Fall. Solche Erwägungen sprechen für die Beibehaltung einer - freilich eher höher angesetzten - Wertgrenze.

Wenn die bisherige Richterzuständigkeit im Verlassenschaftsverfahren mit dem Vorliegen widerstreitender Erbserklärungen für das gesamte weitere Verfahren vorgesehen wurde, war dies nicht überzeugend, doch spricht nach dem neuen Konzept nicht mehr gleich viel dafür: Nunmehr ist zwischen der Verteilung der Klägerrolle (mit dem Abwarten des Erbrechtsstreites) und dem Fortgang des Abhandlungsverfahren kein wesentlicher Unterschied mehr zu machen, vielmehr wird es einige Fälle geben, in denen die Klärung des wahren Erbrechtes und die Einantwortung Hand in Hand gehen. Dies - und damit das Vermeiden eines zweistufigen Verfahrens - wird durch die Neufassung des Richtervorbehaltes aber nicht gefördert. Der Richter wäre für die Erlassung der Einantwortung nur insoweit zuständig, als er das restliche Verfahren an sich ziehen kann, vom Gesetz wegen müsste er nur das Verfahren über das Erbrecht durchführen. Diese Differenzierung



erscheint nach dem neuen Konzept nicht mehr überzeugend; es sollte daher von ihr Abstand genommen werden.

#### ***V. Zum gesetzestechnischen Verhältnis zwischen ZPO und Außerstreitgesetz***

Es war eine besonders wichtige und von der Lehre auch uneingeschränkt begrüßte Grundsatzentscheidung des Entwurfes, ein selbständiges, von der ZPO möglichst unabhängiges Verfahren zu konzipieren. Dennoch hat sich in vielen Bereichen, die von der jüngeren Lehre oft als Verfahrensbausteine bezeichnet werden, ein Verweis auf die Zivilprozessordnung als zweckmäßig erwiesen. Durch die Einzelanknüpfung finden sich aber nunmehr doch recht viele Verweise auf die ZPO und ihr jeweiliges Verhältnis zu den Sonderregelungen des Außerstreitverfahrens ist auch nicht immer ganz klar geblieben. Warum etwa § 30 Entw die Unterbrechung des Verfahrens ein wenig anders regelt als die einschlägigen Bestimmungen der ZPO, ist nicht ganz deutlich geworden. Ein ähnlicher Befund trifft etwa die Bestimmungen über das Verbesserungsverfahren (§ 22 Abs. 4 Entw), über die Anleitungs- und Belehrungspflicht (§ 16 Entw) oder über die Fristenverlängerung (§ 23 Entw). Schließlich lässt sich auch über die Notwendigkeit, bei der Verfahrenshilfe die Geltung der §§ 70 und 71 ZPO auszuschließen, noch reichlich streiten. Der allgemeine Teil könnte deutlich schlanker gehalten werden, wenn man auf einige Abweichungen von der ZPO verzichtet, die etwas krampfhaft erscheinen, keine zwingende Notwendigkeit für sich ins Treffen führen können und daher den Vorwurf ausgesetzt sind, bloß „l'art pour l'art“ zu sein. Das Problem eines Globalverweises auf die ZPO ist ja nicht, dass damit das Verfahren zu sehr dem streitigen angenähert ist, sondern die Herangehensweise bei der Gesetzwerdung. Ist man sich einmal im Klaren, welche Abweichungen von der ZPO für das außerstreitige Verfahren gänzlich unverzichtbar sind, so ist der wichtigste konzeptive Schritt getan und ein eigenständiges Verfahrensgesetz konzipiert. Ein darüber hinaus geltender Generalverweis auf die ZPO schadet dann nicht mehr.

#### ***Zum Allgemeinen Teil***

##### ***VI. Zu den Verfahrensgrundsätzen***

###### ***A. Dispositionsgrundsatz - Einleitung von amtswegen***

Dass das Antragsprinzip als Grundsatz, das Amtswegigkeitsprinzip nur als Ausnahme vorgesehen ist, ist zu begrüßen. Ob allerdings eine Regelung über die Anhängigkeit des Verfahrens (§ 5 Entw) überhaupt nötig ist, bleibt offen; Prozesshindernis ist sie nicht, Zweigleisigkeiten können durch die Regeln über den positiven Kompetenzkonflikt beseitigt werden.



Von manchen wird die Einführung einer Regelung über die Antragszurücknahme gefordert. Dass in Verfahren mit Antragsgrundsatz Anträge auch zurückgenommen werden können, ist selbstverständlich. Eine Unterscheidung in zustimmungsbedürftige Zurücknahmen ohne Anspruchsverzicht und jederzeit mögliche Zurücknahmen mit Anspruchsverzicht scheint zwar - mangels genereller Kostenersatzpflicht - nicht unbedingt nötig, ist aber einer jener Fälle in denen eine generelle Verweisung auf die ZPO letztlich hilfreich wäre.

Die Relativierung des Bestimmtheitserfordernisses durch § 4 Entw ist sich keiner ungeteilten Zustimmung sicher. Manche erachten sie als zu perfektionistisch geregelt (Vorschlag: *"Wird eine Geldleistung begehrt, so ist dies zu beziffern, sobald die Verfahrensergebnisse das zulassen"*), viele vermissen eine klare Abgrenzung zur Bestimmtheit des Rekursantrags.

Die Bestimmungen über den Vergleich werden prinzipiell begrüßt. Ob in Obsorgesachen tatsächlich Vergleiche (oder Beschlüsse auf Grund des Einvernehmens) vorzuziehen wären, wird verschieden beurteilt. Da ein Vergleich jedenfalls erst mit gerichtlicher Genehmigung wirksam wird, handelt es sich eher um ein konstruktives als um ein inhaltliches Problem. Für eine beschlussmäßige Erledigung fehlt aber bei Einvernehmen der Parteien im Grunde schon die Rechtsgrundlage (bei Einigung keine richterliche Gestaltung), zumindest aber das Rechtsschutzbedürfnis.

#### **B. Amtsbetrieb**

Eine Regelung darüber, dass das Gericht von selbst und ohne an Anträge gebunden zu sein, für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen hat, ist in heutigen Zeiten offensichtlich so selbstverständlich, dass sie nicht in den Entwurf aufgenommen wurde. Hier könnte aber einerseits eine generelle Norm Klarheit schaffen, andererseits Sonderregelungen, wie etwa bei der Unterbrechung des Verfahrens (§ 31 Abs. 2, § 32 Entw) oder beim Innehalten (§ 34 Abs 5 Entw) erspart werden, die ohnehin zu einer überkomplizierten Normtextierung führen. Die Anordnung des Ruhens amtswegig einleitbarer Verfahren erscheint verzichtbar.

#### **C. Untersuchungsgrundsatz**

In diesem Bereich sind die Kritikpunkte einzelner stellungnehmender Kollegen einigermaßen kontrovers; dennoch muss dem Entwurf insgesamt Beifall gezollt werden. Der allgemeine Untersuchungsgrundsatz ist ein für das Verfahren außer Streitsachen essentielles Kennzeichen. Durch Mitwirkungspflichten der Parteien, Präklusionsvorschriften und Beschleunigungsmaßnahmen gelingt es aber, die nachteiligen Folgen eines zu weit verstandenen Untersuchungsgrundsatzes abzufedern, weil eine endlose Ermittlung trotz dokumentiertem Desinteresse der Parteien nicht erforderlich ist. Dass dabei manches nicht besonders systematisch aneinandergereiht ist und die in diesem Bereich eher spärlichen Überschriften über die Paragraphen nicht immer das Richtige treffen, muss jedoch angemerkt



werden. So sind die Bestimmungen über den Sachverständigenbeweis in ihrer krampfhaften Orientierung an der ZPO aus sich heraus kaum verständlich.

Letztlich fehlen auch an sich dringend notwendige Bestimmungen über die Reichweite der Verschwiegenheitspflichten; erinnert sei nur an die in ihren Auswirkungen nicht unproblematische Frage, wie weit das Ärztegeheimnis im Pflegschaftsverfahren (nicht des Untersuchten, sondern einer Person, über die der Untersuchte die Obsorge anstrebt) reichen können (SZ 70/223).

#### *D. Anleitungs- und Belehrungspflicht*

Es ist dem Entwurf sicher zuzustimmen, dass die Anleitungs- und Belehrungspflicht jedenfalls nicht hinter typischen zivilprozessualen Standards zurückbleiben kann; die Orientierung an die höchst mögliche Anleitungs- und Belehrungspflicht im streitigen Verfahren, nämlich am ASGG, hat daher durchaus etwas für sich. Die dort gewählte Verweisungstechnik, in einem Paragraphen die "qualifizierten Vertreter" aufzuzählen, und bei allen Vorschriften, in denen zwischen "vertretenen" und "unvertretenen" Parteien differenziert wird auf die Legaldefinition des qualifizierten Vertreters zu verweisen, hätte auch für diesen Entwurf viel für sich; eine Bestimmung wie § 16 Abs. 2 Entw könnte dann entfallen bzw. in die Vertretungsregel übernommen werden; im Verlaufe des Entwurfes wäre dann nicht streitig, wie die Formulierung "die Parteien, die nicht durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten sind" im Einzelnen zu verstehen sind. Notare haben ja nicht in allen zweit- und drittinstanzlichen Verfahren Vertretungsbefugnis, der Präsident des Oberlandesgerichtes ist im Verfahren weder durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten. All dies ließe sich durch eine Anlehnung an das ASGG etwas klarer darstellen. Dass die Notare sich dadurch sagen lassen müssten, in manchen Verfahren "nicht qualifiziert" zu sein, würde nur, bei übertriebenen Ständesdünkel als Gegenargument taugen; auch der Präsident des Obersten Gerichtshofes kann in Grundbuchs-, Enteignungsentschädigungs- oder Pflegschaftssachen keinen Revisionsrekurs an den Obersten Gerichtshof mehr als Vertreter einbringen, wird aber die "Abqualifizierung" ohne Empörung hinnehmen. Das Argument der Notare, als selbst Entscheidende ja wohl ausreichend qualifiziert zu sein, müsste ernst genommen zur Forderung führen, auch alle Außerstreitrichter und -rechtspfleger als Parteienvertreter zuzulassen!

Vorzuziehen wäre wohl, dass für alle Parteien eine autonome, an § 182 ZPO (an dessen Einschränkung dem Vernehmen nach aber gerade gearbeitet wird) zu treffen und für die nicht qualifiziert Vertretenen darüber hinausgehende Anleitungs- und Belehrungspflichten zu normieren, die sich ja durchaus am ASGG und der derzeitigen Textfassung orientieren könnten.



Schwer fiel der völlige Abschied vom Gehalt des bisherigen § 5 AußStrG: Die Aufforderung für Unbelehrbare, sich einen Vertreter zu nehmen, hatte schon auch segensreiche Wirkung. Ob dies durch § 18 Abs. 2 Entw ebenso vollständig abgedeckt ist, wird von der Kollegenschaft bezweifelt.

#### *E. Mündlichkeit, Öffentlichkeit*

Die hier gewählten Vorschriften, insbesondere § 26 und § 27 Entw sind beifallswert. Vereinzelt wurde die Befürchtung geäußert, ein böswilliger Verfahrensbeteiligter könne als Vertrauensperson gerade diejenigen wählen, deren Ausschluss man durch den Ausschluss der Öffentlichkeit anstrebt, etwa das Kind, um dessen Obsorge es geht. Es ist aber doch zu erwarten, dass derartige Aktionen durch eine sinnvolle Gesetzesauslegung verhindert werden können.

Die nun gewählte Fassung der Möglichkeit eines Ausschlusses von Parteien und deren Vertretern an der Vernehmung einer Person (§ 28 Entw) ist zu wenig weitgehend. Nicht nur bei der Vernehmung des Gefährdeten selbst kann sich der Ausschluss der Parteien und ihrer Vertreter als wichtig erweisen.

#### *F. Unmittelbarkeitsgrundsatz*

Trotz vereinzelter Gegenstimmen aus der Lehre ist der Gesetzgeber sicher gut beraten, keinen strikten Unmittelbarkeitsgrundsatz für die Verfahren außer Streitsachen einzuführen. Ein solcher kann im Verfahren außer Streitsachen nur zu unnötigen Verfahrensverzögerungen durch Beweiswiederholungen führen, die man durchaus vermeiden sollte. Soweit der Unmittelbarkeitsgrundsatz auch in die zweite Instanz hineingetragen wird, geschieht dies mit Augenmaß; es darf freilich nicht verschwiegen werden, dass sich einige begutachtende Kollegen strikt gegen die Übernahme des § 488 ZPO durch § 51 Abs. 3 Entw ausgesprochen haben, weil dies zu einer Komplizierung und Verzögerung des Verfahrens führen würde. Dies ist zwar als objektiver Befund sicher zutreffend, dennoch kann eine Umwürdigung von in erster Instanz unmittelbar aufgenommenen Beweisen durch Aktenverfahren vor dem Rekursgericht den rechtsstaatlichen Prinzipien wahrlich nicht standhalten. Abgrenzungen in Einzelfällen werden immer nur funktionieren, wenn man das Gesetz mit der gebotenen Großzügigkeit handhabt.

#### *G. Rechtliches Gehör*

Man geht sicher nicht fehl, wenn man den § 7 Entw als Kernstück der Verfahrensreform ansieht, gleichzeitig aber auch davor warnt, dass durch Einhaltung des rechtlichen Gehörs in jeder Instanz eine Verlängerung und Komplizierung des Verfahrens eintreten wird. Muss bereits in erster Instanz Gelegenheit gegeben werden, zu allen Verfahrensergebnissen Stellung zu nehmen, so führt dies entweder zu einer Vielzahl von



Zustellungen oder zu einer größeren Anzahl mündlicher Verhandlungen als bisher. Dies wird zu einer Verteuerung und Verlängerung des Verfahrens führen.

Damit soll aber nicht gesagt werden, dass diese Ausformung des rechtlichen Gehörs abzulehnen ist, sondern nur deren notwendige Konsequenzen aufgezeigt werden. Wird für den nötigen Personalstand gesorgt oder eingeräumt, dass mit dem bisherigen Kapazitäten nur eine langsamere Abwicklung der Verfahren außer Streitsachen möglich sein wird als bisher, so ist diese Neuregelung nicht zu beanstanden. Verabsolutiert man dagegen den Zeitgeist eines schlanken Staates, einer Planstelleneinsparung und einer Beschleunigung des Verfahrens auch in den sensiblen Rechtsfürsorgematerien, so läuft der Entwurf diesen hochmodernen Zielen sicher dawider und mündet in einen unauflösbaren Widerspruch.

Zu warnen ist davor, Beweisaufnahmen vor Verständigung der Gegenparteien unter keinen Umständen zuzulassen. Die amtswegige Wahrheitsforschung im Interesse Pflegebefohlener kann in Gefährdungsfällen Vorrang vor sofortiger Gehörgewährung haben.

## **VII. Die Entscheidung**

### **A. Formfragen**

Beschlüsse werden *gefasst*, nicht gefällt, Entscheidungen *getroffen*. Nicht verstorbene Parteien sind stets "gegenwärtig", nur nicht immer "*anwesend*". Aber § 36 Entw ließe sich ohnehin besser formulieren: "*Die Entscheidungen werden in Form von Beschlüssen getroffen. Diese ergehen schriftlich, können jedoch auch mündlich verkündet werden.*" Nicht zu besorgen ist, dass die Richter ihre Beschlüsse in Abwesenheit aller Parteien verkünden werden.

Müssen wirklich alle oder nur die Sache erledigende, verkündete Beschlüsse ausgefertigt werden (zu § 38 Entw)?

### **B. Bindung**

Ist die anderslautende Bindungsvorschrift (§ 40 Entw im Vergleich zu § 406 ZPO) wirklich unverzichtbar?

## **VIII. Rechtsmittelverfahren**

### **A. Rekurslegitimation**

Die Vorschrift, die nicht aktenkundige ("übergangene") Parteien aus dem Verfahren lässt, hat praktische Weisheit für sich (§§ 38 Abs. 2, 46 Abs. 2 Entw), ebenso die Erwägung, sie dann noch einsteigen zu lassen, wenn irgendeine Parteiprozesshandlungsfrist im Verfahren noch offen ist. Zur Wahl stehen ja nur zwei Modelle: Man lässt die übergangene Partei noch einsteigen, oder verweist sie auf neue Anträge und nimmt im



Rechtsmittelverfahren bewusst in Kauf, dass durch die Verfahrenslage Überholtes (allenfalls noch in zwei Instanzen) überprüft wird.

#### *B. Rekursfrist*

Bravo für die Beibehaltung der 14 Tage!

#### *C. Rekursgründe*

Auch hier ist der Entw wohltuend undogmatisch und beschreibt Wirkungen, aber keine lehrbuchhaften Aufzählungen.

#### *D. Rekursbeantwortung*

Gegen rechtliches Gehör der Rekursgegner lässt sich nicht gut etwas einwenden; dass das Rekursverfahren dadurch naturgemäß deutlich länger und komplizierter wird, muss daher betont werden, ist aber hinzunehmen.

#### *E. Rekuserledigung*

##### 1. Durch das Erstgericht

Zu klären wäre noch, ob es nicht noch mehr Fälle gibt als die in § 48 Entw aufgezählten, wo man der ersten Instanz die Entscheidung überlassen dürfte; weiters wäre die funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Aufhebung seiner Beschlüsse festzuschreiben. Dies dem Erstrichter zu übertragen, hätte keine prozessökonomische Wirkung.

##### 2. Aktendoppel

Zu begrüßen ist der Gedanke, in erster und zweiter Instanz gleichzeitig am Akt arbeiten zu können (§ 49 Abs. 3 Entw), doch ist die vorgeschlagene Lösung 1. zu starr (oft wird es besser sein, selbst mit Kopien zu arbeiten und der Instanz alle Originale vorzulegen) und 2. nicht in der richtigen Rechtsquelle zu finden (so etwas gehört der Geo, nicht dem Gesetz).

##### 3. Zurückdrängung der Aufhebungsbeschlüsse

Es ist sehr zu begrüßen, dass die Aufhebungsbeschlüsse möglichst zurückgedrängt werden (§ 54 Entw); auch die mündliche Rekursverhandlung ist eine erfreuliche Hilfe zur Erreichung dieses Ziels. Allerdings muss klar sein, dass ein solches Verfahren zweiter Instanz mit den bisherigen Kapazitäten der Rekursenate nicht geleistet werden kann.

Nicht ausschließlich zustimmend waren die Äußerungen zur *reformatio in peius*.

#### *F. Revisionsrekurs*

Mit der sklavischen Übernahme des bisherigen Revisionsrekursrechts durch das AußStrG 2000 wird neuerlich deutlich, dass dieses Zugangssystem zum OGH wenig attraktiv ist: kasuistisch, übervorsichtig, kompliziert türmt sich hier ein System auf, das mit der Forderung nach Rechtsmittelklarheit im Zivilgerichtsverfahren (*Fasching*) nichts mehr zu tun hat. Schade um die derzeit noch vertane Chance!



### **IX. Verfahrensbausteine und moderne Bürotechnik**

Wie schon anhand der Zustellungen ausgeführt, ist der Entwurf zumindest in seinem allgemeinen Teil noch sehr dem Gedanken früherer rechtsschutzfreundlicher Zeiten verhaftet, ohne eine Zukunftsperspektive moderner IT näher zu reflektieren. Dass etwa Zustellungen durch öffentliche Bekanntmachungen in Zeiten der Ediktsdatei keine komplizierten Vorgänge mit dem Amtsblatt zur Wiener Zeitung (einschließlich Kostenregelungen) mehr erfordern, sondern ein einfaches "Ins-Netz-Stellen", macht diese Zustellung ungleich attraktiver als bisher: dass überwertige Zustellungen in höchstem Maß im Verfahren außer Streitsachen vorkommen, ist ebenfalls schon mehrfach betont worden und könnte auch im Rahmen des Gesetzes eingeschränkt werden. Auch Vorschriften über Gleichschriften und Verbesserungsverfahren mangels Unterschrift sind in Zeiten elektronischen Rechtsverkehrs bereits in Gefahr, milde belächelt zu werden. Hier und im technischen Bereich ist der Entwurf mehr nostalgisch als zukunftsorientiert. Manche Vorschriften über die Begründungspflicht, über den äußeren Aufbau von Entscheidungen, über die Frage, ob Entscheidungen über die Einantwortung und über damit zusammenhängende Endbeschlüsse gemeinsam oder abgesondert ausgefertigt werden sollen, haben in diesem Entwurf ein viel zu starkes Eigenleben entwickelt. Hier ließe sich vieles dem Verordnungsweg und den mit vielen erfahrenen Praktikern bestückten ADV-Arbeitsgruppen überlassen.

Paradigmatisch zeigt sich das am Anfang und am Ende der Abhandlung: Dass die Sterbefallmitteilung nicht über Intranet den Gerichtskommissären und den Gerichten gleichzeitig zugemittelt werden könnte, dass es für die amtswegige Verbücherung von Verlassenschaftsergebnissen darauf ankommen könnte, ob es den Parteien, dem Gerichtskommissär, dem Verlassenschaftsgericht oder dem Buchgericht leichter fällt, die Unbedenklichkeitsbescheinigung der Finanzämter zu erlangen, sind keine zukunftsorientierten Überlegungen. Hier geht wertvolle Gedankenkleinarbeit in Unwesentliches auf, während bei einem übergreifenden Konzept solche Konstrukte überflüssig würden.

### **X. Rechtskraftfragen**

#### **A. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand**

§ 29 Entw ist nicht unschädlich, weil er darauf hinweist, dass im Verfahren außer Streitsachen öfters durch einen neuen Antrag oder durch einen Hinweis, vom Neuerungsverbot ausgenommen zu sein, Wiedereinsetzungsanträge überflüssig werden.

#### **B. Eintritt der Entscheidungswirkungen**

Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses (§ 44 Entw) ist der bisherigen, völlig undurchschaubaren Lösung des § 12 AußStrG durchaus vorzuziehen. Es



bleibt der Erfahrung langjährig tätiger Praktiker vorbehalten, ob es Verfahrensbereiche gibt, in denen damit nicht das Auslangen gefunden werden kann. Dringend bleibt zu überlegen, ob der Aufwand, der sich durch ständiges Einholen von Rechtskraftbestätigungen für die Gerichte, insbesondere für die Gerichtskanzleien, entwickeln wird, durch den Zugewinn an Rechtsstaatlichkeit wirklich mit einem nachvollziehbaren Plus abgegolten ist. Für die praktische Arbeit ist aber auch hier wieder entscheidend, wie Muster und Formulare, insbesondere im Jutextbereich, gestaltet werden.

Wünschenswert wäre eine Aufzählung jener Verfahren, die (nicht als Legaldefinition) als Personenstandssache umschrieben werden.

### *C. Abänderungsverfahren*

#### 1. Grundsätzliche Zulässigkeit von Wiederaufnahme und Nichtigkeitsanträgen

Dass jener Rechtsprechung, die bisher die Übernahme des Wiederaufnahmeverfahrens ins außerstreitige Verfahren mit wenig überzeugenden Argumenten verhindert hat, im Entwurf eine deutliche Absage erteilt wird, ist durchaus zu begrüßen.

Auch das Konzept, nicht zwischen Rescindens und Rescissorium zu teilen, ist überaus positiv. Etwas deutlicher als im § 75 Entw könnte diese Trennung aber noch werden, weil die Vorprüfung, ob ein Abänderungsgrund vorliegt, hier zumindest sprachlich zu sehr verselbständigt wird. Es mag sicher auch Fälle geben, in denen die Frage, ob ein Abänderungsgrund vorliegt oder nicht, schwieriger zu beantworten ist, als die Frage, ob er sich sein Vorliegen unterstellt, auf die Entscheidung zum Nachteil des Abänderungswerbers ausgewirkt hat. Eine Zusammenfassung der Absätze 1 und 2 des § 75 wäre daher vorzuziehen.

#### 2. Einschränkung der abänderungsfähigen Beschlüsse

Dringenden Bedürfnissen der Verfahrenspraxis folgend erweist sich der Abänderungsantrag aber in zweierlei Hinsicht subsidiär, einerseits, soweit ihm eigene Rechtsbehelfe vorgehen (insbesondere die Erbschaftsklage, die Löschungsklage, der Unterhaltserhöhungsantrag), andererseits dadurch, dass einige Verfahrensarten von der Anwendbarkeit des Abänderungsantrages ausgeschlossen sind (Obsorgestreit, Besuchsregelung, Grundbuch und Firmenbuch usw.). Ob man hier nicht beim Obsorgeverfahren (unterschiedliche Anknüpfungspunkte des § 177 ABGB und § 176 ABGB) zu weit, bei der Pflegschaftsrechnung dagegen nicht weit genug gegangen ist (§ 150 Abs. 1 bis 3 Entw können hier als Negativbeispiel allzu subtiler Differenzierungen herausgestrichen werden), wird noch zu überlegen sein.



### 3. Übergangsbestimmungen

Es ist sicherlich zu begrüßen, das Abänderungsverfahren nicht auch für Altverfahren gelten sollen, weil der Grundsatz der Einheitlichkeit der Verfahrensgestaltung hier vorzuziehen ist. Es sollte aber zumindest in den Erläuterungen ganz deutlich werden, dass damit für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Wiederaufnahmeantrages nach altem Recht keinerlei Präjudiz geschaffen wird.

## **XI. Vertretungspflicht, Kostenersatz und Verfahrenshilfe**

### **A. Vertretungspflicht**

Es ist nicht Aufgabe der Richterschaft, Schiedsrichter zwischen den Standesinteressen der Notare und der Rechtsanwälte und dem Gesetzgeber zu sein. Die Frage, in welchen Verfahrensarten nur Rechtsanwälte, in welchen Rechtsanwälte und Notare vertreten können, wird daher bewusst hier nicht durch einen Lösungsvorschlag belastet.

Für die rechtssuchende Bevölkerung, aber auch für die Justiz ist sicher wichtig, dass die Lösung so gestaltet ist, dass vom ersten Verfahrensschritt an klar ist, ob der für die erste Instanz gewählte Vertreter auch im Rekurs- und Revisionsrekursverfahren wird vertreten können. Ein in diesem Sinne noch nicht gelöstes Problem stellt das Verfahren über das Erbrecht dar. § 171 Entw ist ja wohl als Sonderregelung zu § 20 Entw bzw. § 5 NO idF Entw gedacht. Geht man aber davon aus, dass im Verfahren über das Erbrecht die Notare keine Vertretungsbefugnis haben, so wird es für den Erbanwärter nicht sehr zweckmäßig sein, sich eingangs des Verfahrens von einem Notar vertreten zu lassen. Dies sollte doch noch überlegt werden.

Für die Justiz ist es jedenfalls von Vorteil, dass keine anderen als qualifizierte Personen im Rekurs und Revisionrekursverfahren auftreten können. Die Vertretung durch irgendwelche Vereine, Interessenvertreter oder mit dem gerichtlichen Verfahren minder vertraute Personen ist wenig produktiv; gegen eine relative Pflicht zur qualifizierten Vertretung ist daher gewiss nichts einzuwenden.

Die absolute Anwaltpflicht in letzter Instanz wird vom Obersten Gerichtshof gewünscht; auch für die Erstgerichte ist es gewiss eine Erleichterung, wenn die Möglichkeit entfällt, außerordentliche Revisionsrekurse zu Protokoll nehmen (und in gewissem Ausmaß für deren Erfolg einstehen) zu müssen. Dass aber eine absolute Anwaltpflicht in einem gewissen Spannungsfeld zum Nichtersatz der Vertretungskosten steht, liegt auf der Hand.

### **B. Kostenersatz**

Obwohl man der Formulierung der §§ 82 f Entw anmerkt, dass sie nach "langem schweren Leiden" entstanden ist, ist sie als Signal voll und ganz zu akzeptieren: Ersatz der Vertretungskosten bleibt die Ausnahme! Die Formulierung scheint auch gerade noch genug



Entscheidungsspielraum für die Gerichte zu lassen, obwohl ein Abstellen auf die Billigkeit vorzuziehen wäre. Einer weitergehenden Anordnung von Vertretungskostenersatz wird entgegengetreten.

### *C. Verfahrenshilfe*

Die Übernahme der bisherigen Verfahrenshilferegungen der ZPO wäre im noch größeren Ausmaß als nach dem vorliegenden Entwurf vorzuziehen. Der Ausschluss der §§ 70 und 72 ZPO ist durch den Charakter des Außerstreitverfahrens keineswegs zwingend geboten und hätte nachteilige Auswirkungen auf die Ernsthaftigkeit der Prüfung der Verfahrenshilfevoraussetzungen und ihre Anfechtbarkeit. Soweit ein besonderer Hilfecharakter für Minderjährige angebracht ist, wird er durch die Vorschriften des besonderen Teiles ohnedies verwirklicht.

## ***Zu den besonderen Verfahrensarten***

### ***XII. Abstammungsverfahren***

#### *A. Übernahme in das Verfahren außer Streitsachen*

Diese wird nachdrücklich begrüßt. Zu klären bleibt besonders hier die Aktenführung, der PAR-Wert usw.

#### *B. Verfahrensbestimmungen*

##### **1. Mündlichkeitsprinzip**

Die Vorschrift einer mündlichen Verhandlung (§ 89 Abs. 1 Entw) ist durchaus hinzunehmen.

##### **2. "Vätertausch" (§ 90 Entw)**

Die Bestimmungen, die es ermöglichen, nahtlos an die Ehelichkeitsbestreitung auch die Vaterschaftsfeststellung anzuschließen, sind ebenfalls nachdrücklich zu begrüßen und auch erfreulich kurz gefasst.

Entfallen könnte die Fortsetzung von Amts wegen (§ 90 Abs. 3 Entw)

##### **3. Mitwirkungspflichten (§ 91 Entw)**

Die Tatsache, dass eine Blutabnahme wegen eines Verkehrsunfalles mit Toten oder erheblich Verletzten in weitaus größerem Ausmaß möglich ist als bei einer Abstammungsfeststellung, befremdet doch einigermaßen. Die Interessenslagen sollten doch wohl eher zugunsten des Kindes, dessen Abstammung festgestellt werden soll, ausschlagen. So gesehen wäre eine weitergehende Anordnung von Blutabnahmemöglichkeiten durchaus sachgerecht und es müsste auch eine Verfassungsmehrheit dafür zu erlangen sein.

Andererseits kann man diesen Einwänden den Vorwurf nicht ersparen, dass sie nicht zukunftsorientiert sind; der wissenschaftliche Trend geht weg von der zwangsweisen



Blutabnahme und dem Blutgutachten; vielmehr wird genetisches Material über Abstriche von Speichel und über Haare einschließlich Haarwurzeln von den derzeitigen Gutachtern bevorzugt. Für solche Eingriffe scheint die vorliegende Bestimmung durchaus ausreichend zu sein. Insoweit könnte man den vorliegenden Vorwurf um das Durchbringen einer Verfassungsbestimmung entlasten.

#### 4. Mitwirkung des Staatsanwaltes

Dass der vorliegende Entwurf allerdings die Rolle des Staatsanwaltes im Abstammungsverfahren (§ 88 Abs. 2) nicht mehr problematisiert, in Diskussion gestellt und letztlich deutlich eingeschränkt oder abgeschafft hat, ist indes intensiv zu bedauern. Hier hätte der politische Grundsatz "Mehr privat, weniger Staat" durchaus seine Berechtigung und könnte auch eine gewisse Entlastung der Staatsanwaltschaften herbeiführen. Das öffentliche Interesse an der blutmäßigen Feststellung war bei Einführung der Bestimmungen über die Mitwirkung der öffentlichen Ankläger von Interessen getragen, deren Wahrung heutzutage keinesfalls mehr Anliegen eines Rechtsstaates sein kann. Es kann gewiss nicht das richtige Signal sein, den Hüter rassistischer Reinheit in ein modernes Verfahrensgesetz zu übernehmen!

Entsprechend könnte auch § 92 Entw entfallen. Abgesehen davon wäre er selbst dann überflüssig, wenn man den Staatsanwalt als Amtspartei beließe; welcher der Grundlagen der Gesetzesinterpretation auch nur einigermaßen Kundige käme auf die Idee, den Staatsanwalt persönlich zum Kostenersatz zu verpflichten? Überflüssiges ist aber wegzulassen.

*Schließlich bleibt anzuregen, die Aufnahme des Religionsbekenntnisses in § 87 Entw zu streichen.*

#### **XIII. Annahme an Kindesstatt**

Die recht komplizierten Regeln der §§ 94 und 95 Entw wären noch einmal zu überdenken.

#### **XIV. Legitimation durch den Bundespräsidenten**

Die gänzliche Abschaffung der Reskriptslegitimation wäre vorzuziehen. Was spricht in Zeiten völliger rechtlicher Gleichberechtigung ehelicher und unehelicher Kinder noch dafür, das Staatsoberhaupt zur Ehelicherklärung zu bemühen? Wäre es nicht eher anzustreben, die Gleichheit in der Bevölkerung bewusst zu machen als künstlich Unterschiede aufrechtzuerhalten, die dann mit der Geste eines Gnadenakts beseitigt werden?



### **XV. Scheidung im Einvernehmen**

Die Verfahrensunterbrechung nach § 101 Entw geht bei richtigem Verständnis wohl im Innehalten nach § 34 Entw auf, zumal dieses ja nicht bloß im Liquidations-, sondern auch im Reintegrationsinteresse der Ehe geschehen kann. Die Zweigleisigkeit von Unterbrechung und Innehalten sollte daher aufgegeben werden.

Zu § 103 Entw fällt auf, dass die Verbindung des Scheidungsausspruches und der Herabstufung zum Ausfallsbürgen in der Regel nicht tunlich ist. Da die Herabstufung nur für den Fall der Rechtskraft wirkt, müsste eine Rechtskraftbestätigung gesetzt, also neuerlich zugestellt werden. Ein Rekurs des Gläubigers gegen eine Herabstufung vor Rechtskraft der Scheidung kann frustriert werden, die Globalerledigung widerspricht auch ein bisschen dem beifallswerten Diskretionsgedanken, der § 103 Abs. 6 Entw zugrundeliegt: ab wann die Parteien ihre eheliche Gemeinschaft aufgehoben haben, welche Kinder der Ehe entstammen, wie die Obsorge und der Unterhalt geregelt sind, geht den Gläubiger einer Schuld, für die beide Ehegatten solidarisch haften, nicht das Geringste an.

Dazu ist aber auch noch grundsätzlich anzumerken, dass der Ausstellung einer Amtsurkunde der Vorrang vor einer begründungslosen Beschlussausfertigung gebührt.

Wenn § 103 Abs. 5 Entw auch ein wenig kränkend als Misstrauensbeweis gegenüber der Richterschaft aufgefasst werden könnte, scheint er doch unschädlich und prinzipiell geeignet, die -- gewiss völlig überzogenen -- Vorwürfe zu entschärfen, bei den "Einvernehmlichen" würden Parteien "über den Tisch gezogen". In diesem sensiblen Bereich darf man zusätzliche Reparaturmöglichkeiten nicht als unerheblich abtun.

§ 103 Abs. 7 Entw ist schon deshalb zu begrüßen, weil durch seine Aufnahme in den Abschnitt über die Scheidung ein Redaktionsversehen des EheRÄG repariert wird. Zu hoffen bleibt, dass der letzte Satz des Abs. 7 - ein geradezu klassisches Beispiel für eine *lex fugitiva* - auch in das Bewusstsein der Sozialversicherungsrechtsanwender eindringt, hätte er doch seinen Platz eher im ASVG als im Außerstreitgesetz.

### **XVI. Anerkennung ausländischer Entscheidungen über den Bestand einer Ehe sowie Vollstreckbarerklärung ausländischer Entscheidungen über die Regelungen der Obsorge und das Recht auf persönlichen Verkehr**

Diese beiden Abschnitte werden durch die Verordnung Brüssel II der EU nur im geringem Ausmaß vorgegeben; sowohl die Ehescheidungsanerkennung als auch die Anerkennung von Obsorge- und Besuchsregelungsaussprüchen geht über den Anwendungsbereich von Brüssel II nämlich deutlich hinaus, beschränkt sie sich doch weder (geographisch) auf Entscheidungen der Mitgliedstaaten noch (inhaltlich) auf sogenannte Verbundsachen. Insbesondere ist nicht recht einzusehen, warum ausländische



Entscheidungen von Nicht-Brüssel-Staaten dem gleichen Verfahren unterworfen werden müssen. Hier ist ja nicht in erster Linie an Nachbarstaaten wie Ungarn oder die tschechische Republik zu denken, sondern etwa auch an Entscheidungen aus Restjugoslawien, der Türkei, dem Iran oder einzelnen US-amerikanischen Staaten, deren Zustandekommen, ja selbst deren äußeres Erscheinungsbild überaus zweifelhaft sein kann. Die Anerkennungsproblematik verschiebt hier wertvolle Arbeitskraft von der meritorischen Klärung des Kindeswohls auf formalistische Vorfragen; zu befürchten ist, dass ähnlich permissive Regelungen anderer Staaten nicht existieren. Dabei soll in keiner Weise gegen den Status als EU-Musterknabe polemisiert, sondern nur die unmotivierte Ausdehnung über die EU hinaus abgelehnt werden.

Auch ist zu betonen, dass die Anerkennung ausländischer Eheentscheidungen bisher Sache des Justizministeriums war, was zwar gewaltenteilungsmäßig problematisch gewesen sein mag, jedenfalls aber zu einer Planstellenverschiebung führen muss. Dabei ist es vom Personal- und Sachaufwand her wenig ökonomisch, schwierige, aber doch relativ seltene international-rechtliche Fragen auf alle Bezirksgerichte zu verteilen (selbst wenn dies in Zukunft deutlich weniger - Bezirksgerichte, nicht Rechtsfragen - werden sollten).

Die kuriosen Rekursfristen der § 105 Abs. 4 und § 125 Abs. 3 Entw wären noch einmal zu überdenken, jedenfalls mit den Grundbuchsrekursfristen abzustimmen.

Der Perfektionismus, der den §§ 107 und 127 Entw innewohnt, wäre aufzugeben. Dass die einschlägigen Bestimmungen nicht anzuwenden sind, "soweit nach Völkerrecht oder in Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften anderes bestimmt ist", versteht sich so von selbst dass es nicht zwei weitere Paragraphen wert sein sollte.

### ***XVII. Aufteilungs- und Abgeltungsverfahren***

Gegen die relative Anwaltpflicht (§ 108 Abs. 1 Entw) spricht nichts; die Beziehungsvorschrift für den Kreditgeber (§ 108 Abs. 2 Entw) ist klarer gefasst als nach der bisherigen Rechtslage.

Die Abgrenzung zum Streitverfahren (§ 109 Entw), also die Übernahme des § 235 AußStrG, scheint eher überflüssig, weil sein Normgehalt auch schon dem § 40a JN abzugewinnen wäre. Darüber hinaus richtet sich die Bestimmung gerade nicht an das Außerstreit-, sondern an das Prozessgericht; ein Grund mehr, seinen Inhalt in die JN statt in das AußStrG zu stellen!



### **XVIII. Unterhalt**

#### **A. Besondere Verfahrensbestimmungen, die zwischen Volljährigen und Minderjährigen unterscheiden**

Kann man auf diese nicht verzichten, obwohl sie allein durch vorausseilende sklavische Wahrung bisheriger Besitzstände im Standesinteresse, aber nicht durch zwingende strukturelle Erfordernisse erklärbar sind, so wäre zumindest eine dem § 29 JN entsprechende Abgrenzung wünschenswert, nämlich eine Differenzierung danach, ob der Berechtigte bei Antragstellung minderjährig war. Ein Umschlagen innerhalb eines Verfahrens sollte nämlich vermieden werden. Eine Mehrbelastung des JWT mit Vertretungen ist dadurch der bisherigen Rechtslage gegenüber nicht zu befürchten.

Erfreulich wäre auch eine eindeutige Stellungnahme dazu, in welchem Verfahren Einwendungen gegen den Anspruch (§ 35 EO) geltend zu machen sind. Auch insoweit spricht nichts gegen die Zulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs, zumal nicht einzusehen ist, worin für den (zu zuviel) Verpflichteten der Unterschied liegt, ob er den (Mehr-)Titel vor oder nach Exekutionsbewilligung bekämpft.

#### **B. Auskunftspflichten**

§§ 111 und 112 Entw könnten konsistenter sein: dass in allen Bestimmungen dieselben Kreise der Auskunftspflichtigen angesprochen sind, könnte deutlicher werden; eine Auskunftspflicht der Sozialhilfeträger wäre eine wünschenswerte Ergänzung. § 111 Abs. 4 Entw könnte wegfallen.

#### **C. Unbestimmter Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers**

Die Bestimmung des § 113 Entw ist in zweierlei Hinsicht verbesserungsbedürftig:

Einerseits gilt auch hier der Untersuchungsgrundsatz, sodass die indikative Formel: "wenn ihm trotz seiner Auskunftsrechte die ziffermäßige bestimmte Angabe des Begehrens nicht möglich ist", kontraproduktiv erscheint. Besser wäre, dem Jugendwohlfahrtsträger hier eine Darlegungslast aufzubürden ("*... wenn er dartut, dass ihm trotz seiner Auskunftsrechte ... nicht möglich ist*").

Andererseits wird darauf zu achten sein, dass ein bestimmtes Begehren noch nicht möglich ist, wenn bei Zusammentreffen von Einkünften aus selbständiger und unselbständiger Arbeit bloß die Gehaltsauskunft aber noch kein Buchgutachten vorliegt.

### **XIX. Obsorge und Besuchsregelung**

#### **A. "Kind als Partei"**

Auch wenn begrüßt werden soll, dass der Minderjährige (über 14 Jahren) selbständige Parteienrechte hat, muss doch davor gewarnt werden, ihm diese Parteienrechte aufzudrängen. Es könnte in § 114 Entw noch deutlicher gemacht werden, dass der



Minderjährige dem Verfahren - über seine Anhörung hinaus - nur dann beizuziehen ist, wenn er dies auch wünscht, was anlässlich der Anhörung zu klären wäre.

Bei der Anhörung könnte die Einschränkung hinsichtlich noch nicht 10 Jahre alter Minderjähriger auch entfallen. Mehr Sorgfalt bei der Terminologie ließe es nicht zu, im Text des § 117 Entw von hören, in der Überschrift aber von Befragung (statt Anhörung) zu reden.

Auf eine Ermittlungspflicht des JWT wäre in § 117 Entw ebenfalls zu rekurrieren.

#### ***B. Vertraulichkeit***

Die Außerstreit- und Familienrichter hoffen schwer, dass mit § 118 Entw ein wirksames und praktikables Instrument gegen die Austragung von Obsorgestreitigkeiten in den Medien geschaffen wurde.

#### ***C. Ablehnung des Besuches***

Zu § 119 Entw wäre eine Regelung vorzuziehen, die beide Fälle einigermaßen gleich behandelt, also die Ablehnung des Besuches durch den mündigen Minderjährigen ebenso wie jene durch den besuchsverpflichteten, nicht obsorgeberechtigten Elternteil. Warum enthält Abs. 1 eine Sonderregelung auch für die Durchsetzung, Abs. 2 aber nur für die Titelschaffung, wenn ohnehin Gleichbehandlung intendiert ist?

Über die Verfahrensgestaltung hinaus harrt das Verhältnis des Rechtes des Kindes auf persönlichen Verkehr zu § 773a ABGB (Pflichtteilsminderung) weiterhin einer eindeutigen Klärung durch den Gesetzgeber.

#### ***D. Besuchsbegleitung***

Auch bei diesem Paragraphen gibt es gewisse Vorbehalte in der Richterschaft, die optimale Fassung dürfte hier noch nicht gefunden sein. Vorentwürfen wurde mehr Beifall gezollt.

Der Erfolg der Besuchsbegleitung steht und fällt mit der Finanzierung. Das mag der Staat derzeit nicht gern hören, umso größer ist die Pflicht derer, denen die Wahrung des Kindeswohls am Herzen liegt, es bei jeder Gelegenheit zu betonen.

#### ***E. Besondere Verfahrensbestimmungen***

Die reformatio in peius (§ 122 Abs. 1 Z 2 Entw) wurde von einigen Kollegen begrüßt, von anderen als bedenklich erachtet ("Das imperium schlägt zurück" und nimmt - gegenüber neuem Vorgehen - eine Instanz).

Die Möglichkeit einer vorläufigen Obsorge- oder Besuchsregelung (§ 122 Abs. 2 Entw) sollte auch inhaltlich determiniert werden (etwa durch Einfügen einer Passage wie: "*in dringenden Fällen*", oder: "*wenn dies zur Wahrung des Kindeswohles unvermeidlich ist*"), um unnötige vorläufige Zuteilungen und damit einen mehrfachen Rechtsmittelweg zu vermeiden.

Im Übrigen ist gerade dieser Verfahrensabschnitt noch einmal mit den Ergebnissen der Beratungen zum KindRÄG 2000 abzustimmen.



## **XX. Verfahren über die Sachwalterschaft für behinderte Personen**

### **A. Erstanhörung**

Nachdem der Oberste Gerichtshof bereits Richter nach Buenos Aires geschickt hat, um eine Erstanhörung durchzuführen, ist die Bestimmung des § 129 Abs. 3 Entw zur Führung eines einigermaßen ökonomischen und sinnvollen Erstanhörungsverfahrens durchaus zu begrüßen, wobei die Delegation an Sachverständige freilich als zu weitgehend empfunden wurde und daher noch einmal überprüft werden sollte.

### **B. Vertretungsvorsorge und vorläufige Maßnahmen**

Die nunmehr erfolgte Trennung zwischen dem einstweiligen Sachwalter für das Verfahren und dem einstweiligen Sachwalter in dringenden Angelegenheiten (§§ 130 f Entw) ist sehr zu begrüßen; zu kritisieren bleibt, dass die Person, die das Verfahren angeregt hat, nicht zum Verfahrenssachwalter bestellt werden soll. Dies ist eine ganz und gar überschießende Misstrauensregelung, die unterbleiben sollte, zumal sie durch Strohmänner derzeit übergangen werden kann (was wohl gerade in jenen wenigen Fällen geschehen wird, die nicht unbedenklich sind).

Sehr zu begrüßen ist die Herausnahme der Bestimmungen über die besondere Form der Testamente aus den auf den einstweiligen Sachwalter anzuwendenden Bestimmungen. Dies erleichtert auch das Haftungsrisiko des Bundes für einen umstrittenen (vom OGH entwickelten) Problemfall.

### **C. Mündliche Verhandlung**

Die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung bei der Sachwalterbestellung ist durchaus hinzunehmen, doch enthält § 132 Entw manche ärgerliche Bevormundung der Richterschaft. Dass der Befund auch außerhalb der mündlichen Verhandlung aufgenommen werden kann, ist ja wohl selbstverständlich - oder will man den Richter zwingen, die volksöffentliche Untersuchung einer weiblichen Betroffenen zu leiten ?

Abs. 5 ist ebenfalls vollkommen überflüssig. Wozu soll denn eine mündliche Verhandlung sonst dienen als zur Erörterung der Ergebnisse der Beweisaufnahme? Will der Gesetzgeber eigenes Misstrauen gegen die Funktionsfähigkeit der neuen Bestimmungen des allgemeinen Teils des AußStrG 2000 erklären?

Schließlich bleibt wieder einmal der Wunsch, in Fällen, in denen schon nach den bisherigen Krankengeschichten die Bestellungsbedürftigkeit keinem Zweifel unterliegt, vom Gutachtens-, jedenfalls aber vom Mündlichkeitsprinzip auszunehmen. Wem nützt die mündliche Verhandlung über die Bestellung eines SW für Apalliker?



#### *D. Bestellungsbeschluss*

##### 1. Fassung

Die Kostenentscheidung sollte eher vom Bestellungsbeschluss gesondert werden, schon allein deshalb, um Erörterungen über die Vermögenslage des Betroffenen aus dem Bestellungsbeschluss herauszuhalten, der doch vielen Dritten zukommen wird.

##### 2. Zustellung

Die nunmehr erweiterte Zustellungsdefinition des § 135 Abs. 2 Entw ist sehr zu begrüßen, weil sie eine uralte Rechtsunsicherheit beseitigt.

##### 3. Wirksamkeit (§ 136 Entw)

Die Kollegenschaft spricht sich für eine weniger verklausulierte Anordnung des Eintritts der Wirksamkeit erst mit Rechtskraft aus.

##### 4. Verständigung (§ 137 Abs. 1 Entw)

Glaubt der Gesetzgeber, dem Ansehen der Richterschaft und ihrer Motivation etwas Gutes zu tun, wenn er ihr befiehlt, etwas auf geeignete Weise zu tun? So etwas ist ja wohl nur dann nötig, wenn sonst zu befürchten wäre, die Richter würden auf ungeeignete Weise vorgehen.

#### *E. Rekurslegitimation*

Vereinzelte wird beklagt, dass der Vertreter des Betroffenen nicht mehr als rekurslegitimiert genannt wird (§ 138 Entw). Nun rekurriert der Vertreter aber doch zweifellos im Namen des Betroffenen und ist nicht selbst Partei, sodass es nicht nur dogmatisch unrichtig wäre, ihn weiterhin aufzuzählen, sondern auch überflüssig und irreführend. Daher ist die Fassung des Entw zu bevorzugen, falls man ihn nicht als selbstverständlich völlig streichen will.

#### *F. Beendigung, Einschränkung und Erweiterung der Sachwalterschaft*

Nachdrücklich zu begrüßen ist, dass hier die formellen Kautelen der Bestellungsverfahrens nicht mehr uneingeschränkt gelten (§ 139 Entw). Hierin könnte man aber noch etwas weiter gehen, den persönlichen Eindruck nur dann verlangen, wenn das Gericht dies für erforderlich hält. Es alternativ vom Antrag des Betroffenen oder seines Vertreters abhängig zu machen, könnte unterbleiben. Hier reicht die nachträgliche Kontrolle durch das Rekursgericht gewiss aus.

#### *G. Berichtspflicht (§ 140 Entw)*

Diese Bestimmung regelt nur Selbstverständliches und könnte gestrichen werden.



### **XXI. Pflegschaftsrechnung**

Zu diesen Vorschriften wurde schon in der - aktuelleren - Fassung des Kindschaftsrechtsänderungsgesetzes 2000 substantiell Stellung genommen. Dennoch einige inhaltliche Ausführungen:

1. Nirgends wird ausreichend deutlich normiert, dass dieser Abschnitt für Minderjährige wie für unter Sachwalterschaft Stehende gilt; Das könnte man zum Anlass nehmen, nocheinmal darüber nachzudenken, ob bei der Vermögensverwaltung und Pflegschaftsrechnung zwischen den Gruppen nicht schon stärker differenziert werden sollte.

2. Bedenklich erscheint, dass eine Antrittsrechnung zum Ablauf des ersten vollen Kalenderjahres nach Antritt der Obsorge reichlich spät kommt, wird ein Sachwalter etwa am 2 1 bestellt, wird die Antrittsrechnung 729 Tage (!) nach der Sachwalterbestellung fällig; etwas viel Vertrauen!

3. Eine Bestimmung, wie weit antrittswillige Erben des verstorbenen Pflegebefohlenen Akteneinsicht erlangen können, wäre wünschenswert;

4. Neben dem Entzug der Obsorge wäre die Sachwalterschaftsumbestellung als mögliche Sanktion zu nennen (Erläut § 148 Entw).

Im Übrigen sind die Bestimmungen zumindest in ihrer Intention ganz begrüßenswert; sehr wichtig ist auch die materiell-rechtliche Zielsetzung, nicht immer nur auf die Mehrung des Vermögens abzustellen; das ist bei gesunden Minderjährigen ein vollkommen richtiger Gesichtspunkt. Bei den Besachwalterten, aber auch bei Minderjährigen, die keine Chance haben, nach Vollendung ihres 19. (bzw. 18.) Lebensjahres mit einem Startkapital voll geschäftsfähig ins "Freie" zu treten (zum Beispiel bei einem Verkehrsunfall verletzte Pflegefälle) wäre die Mehrung des Kapitals statt großzügiger Bedürfnisbefriedigung bloß im Interesse der Erben angeordnet.

Wenig Freude macht indes die komplizierte Bestimmung des § 150 Abs. 1 bis 3 über den überaus subtil differenzierten Ausschluss des Abänderungsverfahrens.

### **XXII. Verlassenschaftsverfahren**

#### **A. Allgemeines**

Wie schon oben ausgeführt, wäre eine Rücknahme der Abhandlungserfordernisse vorzuziehen, sei es durch Beseitigung des Abhandlungsverfahrens, sei es durch seine gänzliche Übertragung an den Gerichtskommissär. Unter der Prämisse, dass diese Lösungen vom Standpunkt der Richterschaft aus vorzuziehen wären, erscheint die Regelung des vorliegenden Entwurfes als die gewissermaßen drittbeste Lösung, weil politisch durchsetzbar.

Kann man sich zu den anderen beiden Lösungen nicht durchringen, so darf sie als einigermaßen gelungen bezeichnet werden.



Insbesondere die Überwachungsmöglichkeit (Berichtspflichten, Abhilfeantrag) zwischen Gericht und Gerichtskommissär sind positiv. Auch die sogenannte ex-lege-Zuständigkeit des Gerichtskommissär kann nur positiv, weil weniger bürokratisch, bewertet werden. In Zeiten der IT sollten auch die Fragen um die Übermittlung der Sterbefallmitteilung von den Gemeinden an den Gerichtskommissär bzw. Gerichte kein Problem mehr sein. Die Gefahr, dass dadurch das Verfahren über die Abhandlung zu schnell wird wie Anwaltskreise befürchten, kann die Richterschaft nicht sehen und sie entspricht nicht der erlebten Realität. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Klage, bei Gericht „ginge etwas zu schnell“, den Bemühungen durchaus zur Ehre gereicht und voll im Geiste der so häufig geforderten Verfahrensbeschleunigung steht. Zusammenfassend wird das Abhandlungsverfahren sicher einfacher und die Fülle von Zwischenerledigungen reduziert sich drastisch, was zahlreiche Aktentransfers erspart und das Verfahren insgesamt beschleunigt und das Budget entlastet.

Allgemein mag man zu dem vorliegenden Entwurf noch zweierlei bemerken.

1. So begrüßenswert es ist, dass die Vorschriften gestrafft, vereinfacht und äußerst knapp gehalten sind, so sehr die darin enthaltenen Handlungsanleitungen für den Rechtspfleger und den Richter ausreichen dürften, so sehr ist zu befürchten, dass eine genügende Handlungsanleitung für den Gerichtskommissär mit dem vorliegenden Gesetzestext - zumindest nach bisherigem Feedback - nicht gegeben ist. Hier wäre eine weitere Überarbeitungsphase im Interesse eines weitgehend gleich laufenden praktischen Verfahrensablaufes, der nicht nur den Gerichtskommissären, sondern ebenso den Gerichten angelegen sein muss, angezeigt.

2. Keine Bedenken bestehen gegen die angestrebten terminologischen Änderungen. Das Argument, dass sich der Ausdruck Erbserklärung in der Praxis eingelebt habe, übersieht, dass die Vorschriften über die Erbantrittserklärung ja auch zu einer weitgehenden (zumindest formellen) Umgestaltung dieses Instituts führen, sodass neue Namen für neue Dinge nur gut tun. Das mag auf die Bezeichnung Todesfallaufnahme oder erbloser Nachlass statt Heimfall weniger zutreffen. Das weiter oben angeführte Argument lässt auch außer Acht, dass die altertümlichen Bezeichnungen lediglich in Justizkreisen, keinesfalls aber in der Bevölkerung verankert sind.

#### *B. Einleitung des Verfahrens*

1. Die Einleitung des Verfahrens ohne Sterbefallmitteilung (§ 152 Entw) ist gewiss nicht ohne praktisches Bedürfnis, sollten doch etwa Maßnahmen zur Nachlasssicherung nicht erst nach Rechtskraft der Todeserklärung, sondern ab Antragstellung möglich sein. Welche ausländischen Mitteilungen als Sterbefallmitteilung ausreichen, wird auf untergesetzlicher Ebene zu klären sein (Erlässe, StV, Rsp).



2. Eine begrüßenswert praktikable Beschränkung der inländischen Gerichtsbarkeit findet sich in § 152 Abs. 2 Entw.

#### *C. Wertfeststellung*

Die Mahnung, zur Ermittlung der Wertgrenzen weder allzu großen Aufwand zu betreiben noch einen Sachverständigen zu bestellen, soweit dies nicht unvermeidlich ist (§ 154 Abs 2 Entw), ist zu begrüßen. Ein ausdrückliches Verbot der SV-Bestellung wird nicht zu befürworten sein. Allenfalls ließe sich zur Ermittlung der Werte ein dem § 7 RATG nachgebildetes Verfahren einführen, geht es doch primär um Gebührenbemessung; dies könnte dann auch noch für die Wertgrenze der Rechtspfleger nützlich sei, sofern man darauf nicht ganz verzichtet, jedenfalls aber auch für die Anwendung der Wertgrenze des § 164 Entw

#### *D. Nachlass-Sicherung*

1. Das Verfügungsverbot des § 156 Abs 3 Entw bezieht sich wohl nicht auf nach § 810 ABGB Berechtigte, was aber klarer auszusprechen wäre.

2. Noch deutlicher sollte (in § 158 Entw) der Kampf gegen das Rotsiegel aufgenommen werden. Es bringt nicht mehr an Rechtssicherheit, kann doch jedermann eine Sachwalterbestellungsurkunde ebenso leicht fälschen wie einen Freigabebeschluss, weshalb das sture Beharren auf das Rotsiegel den Bankleuten so deutlich wie möglich ausgetrieben werden sollte. Selbst offiziöse Stellen begnügen sich mit jeder gerichtlichen Ausfertigung (zB des Obsorgebeschlusses), was ist an Bankguthaben wichtiger?

Sehr zu begrüßen ist es, die Freigaben den Gerichtskommissären zu überlassen, weil dies den Gerichtsbetrieb doch sehr deutlich entlasten kann.

3. Eine deutlichere Regelung des Verfahrens über die Bestimmung der Verwahrergebühren (in § 156 Abs. 3 Entw) wäre zu wünschen.

#### *E. Verfahren ohne Abhandlung*

1. Das Ausfolgungsverfahren (§ 159 Entw) wird mit gekränktem Ausland (zB Jugoslawien) nicht sehr gut funktionieren, doch ist eine bessere Lösung nicht leicht zu finden.

2. Zu § 182 Abs. 2 Entw vermisst man die Ermächtigung, zur Verlassenschaft gehörende Rechte aufzugeben (etwa Mietrechte an der erblasserischen Wohnung). Im übrigen sind die Verständigungspflichten notwendig und hinreichend geregelt.

#### 3. Überlassung an Zahlungsstatt

Der Versuch des Gesetzgebers, eine Mischung aus jure-crediti-Einantwortung und kridamäßiger Verteilung zu schaffen, ist jedenfalls theoretisch begrüßenswert. Dass es nicht in jedem Fall ein Zustimmungserfordernis aller Beteiligten geben soll, ist schon begrüßenswert, dass aber die einzige Unterscheidung zwischen Verlassenschaften mit Aktiven bis und über 10.000 Euro die Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger sein kann,



bleibt zweifelhaft. Die Trennung in ein einfacheres Verfahren bei "unbedeutenden" (besser wertgrenzenmäßig bestimmten) Verlassenschaften und einer Art stillem Ausgleich bei größeren hatte schon viel praktische Vernunft für sich.

4. Nicht zu beanstanden ist freilich, dass sich auch das zukünftige Außerstreitrecht einer Bestimmung enthält, von wem und aus welchen Gründen ein Konkursantrag betreffend die Verlassenschaft zu stellen ist.

#### *F. Erbantrittserklärung*

##### 1. Vertretungsvorsorge

Gegen die Abgrenzung der Bestellungsbefugnisse des Abhandlungs- und des Pflugschaftsgerichts werden keine Einwände erhoben.

Ob es stets notwendig ist, einen Verlassenschaftskurator zu bestellen, sollte noch einmal überdacht werden. Jedenfalls sollte die Vorschrift des § 192 Abs. 3 Entw bereits in § 166 Entw integriert werden: Hier ist ja der Ort der Regelung jenes Instituts, bei dessen Gelegenheit der Inventarsübermittlungsantrag zu stellen wäre.

##### 2. Antrittsfrist

Die Jahresfrist des § 166 Abs. 2 Entw ist nicht zu beanstanden, ebensowenig die nun klar gefassten Folgen der Fristversäumung in Abs. 3. Noch einmal sollte man sich aber überlegen, ob die Regel des § 173 Abs. 1 Entw (Beachtlichkeit einer Antrittserklärung nach Fassung des Einantwortungsbeschlusses, aber vor seiner Rechtskraft) unbeschadet ihrer derzeitigen Geltung, wirklich in das neue Gesetz übernommen werden muss; wer bis zur Fassung des Beschlusses nicht angetreten hat, sollte auf die Erbschaftsklage verwiesen sein.

#### *G. Verfahren über das Erbrecht (§§ 169 ff Entw)*

Wie bereits ausgeführt, ist diese Integrierung des Erbrechtsstreites in das Abhandlungsverfahren letztlich zu begrüßen, obwohl sie den Außerstreitrichtern viel Arbeit machen wird.

Die Entscheidung über das Erbrecht kann in der Regel dem Einantwortungsbeschluss vorbehalten bleiben, um den Erbrechtsstreit nicht zu sehr zu einem Verfahren im Verfahren zu machen.

Problematisch ist die Möglichkeit, das Abhandlungsverfahren ruhen zu lassen. Dagegen entspricht ein Ruhen des Verfahrens über das Erbrecht praktischen Bedürfnissen. Das Ineinandergreifen dieser beiden Überlegungen ließe sich leichter als in § 170 Abs. 2 und § 172 Abs. 1 Entw eben dadurch lösen, dass Ruhen der Abhandlung ausgeschlossen wird.

§ 170 Abs. 2 könnte lauten: *"Die Verlassenschaftsabhandlung ist bezüglich all jener Maßnahmen, die von der Feststellung des Erbrechts unabhängig sind, ungeachtet des Verfahrens über das Erbrecht fortzuführen."*



#### *H. Inventar und Vermögenserklärung*

Sehr positiv ist die ex-lege-Konvokation bei Inventarserichtung (§ 174 Abs. 2 Entw).

§ 175 Entw erscheint in der Reduktion auf abhandlungsinterne Rechtswirkungen gelungen, wobei die Entscheidung über die Nachlasszugehörigkeit anfechtbar ist, weshalb insoweit jedenfalls eine Zustellung vorgenommen werden muss, während die Übermittlung des Inventars ohne Zustellnachweis erfolgt. Eine mit Rechtskraftwirkung ausgestattete endgültige Klärung innerhalb des Abhandlungsverfahrens wäre keinesfalls vorzuziehen. Sie ließe die Inventarisierung höchst kompliziert werden, ohne dass - zumindest bei nova reperta - neues Vorbringen in späteren Prozessen gänzlich ausgeschlossen werden könnte.

Nachdrücklich zu begrüßen ist die durch § 177 Entw eingeräumte Möglichkeit, dass der Gerichtskommissär sprengelübergreifend Sachverständige bestellen kann.

Die Regel über die Vermögenserklärung (§ 179 Entw) ist dem bisherigen eidesstättigen Vermögensbekenntnis durchaus vorzuziehen.

#### *I. Benützung, Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft*

Die Neuregelungen der §§ 180 ff Entw sind den bisherigen Bestimmungen deutlich vorzuziehen, für den Gerichtskommissär aber sicher nicht leicht zu vollziehen.

Ob hier nicht noch eine klarere und einfachere Fassung gewählt werden könnte, wäre nachzuprüfen. Insbesondere dürften Veräußerungsgeschäfte im Rahmen des ordentlichen Wirtschaftsbetriebs keinesfalls genehmigungsunterworfen sein, was deutlicher werden könnte. Dass auch bei minderjährigen Antretenden nicht auch noch das Pflugschaftsgericht heranzuziehen ist (§ 181 Abs. 2 Entw), ist letztlich auch zu begrüßen, allerdings nur im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung und -ökonomie, nicht im Interesse umfassenden Schutzes des Minderjährigen.

Ob § 181 Abs. 4 und 5 Entw nicht doch zur Überforderung des GKOärs, Rechtsunsicherheit und überzogenem Haftungsrisiko führt, muss offen bleiben.

#### *J. Erbteilungsproblematik*

Obwohl nach bisherigem Recht der Erbteilungsausweis keine Einantwortungsvoraussetzung ist, wäre es vorzuziehen, den Parteien zumindest eine Einigung über die Erbteilung vor Einantwortung zu empfehlen (§ 185 Entw). Dies entspricht einerseits dem Schutz Pflegebefohlener, ist aber andererseits auch durch die Steuerrechtslage indiziert (Erbteilungen vor Einantwortung sind von der Grunderwerbssteuer ausgenommen). Hier mag der vorliegende Entwurf etwas zu viel an Schlankheitskur betrieben haben.

In diesem Sinne wäre auch § 190 Abs. 1 Entw noch diskussionsbedürftig; Erbteilungsvereinbarungen nach Einantwortung müssen nicht unbedingt als vom



Abhandlungsverfahren umfasst angesehen werden. Warum diese Übereinkommen dennoch vom Gerichtskommissär zu protokollieren sind, bleibt daher offen.

#### *K. Einantwortung und Endbeschluss*

Die Trennung von Einantwortungsurkunde und Endbeschluss ist ein liebgewordenes Kind der Praxis. Sie ist durch das bisherige Gesetz nicht zwingend vorgegeben und durch das neue Gesetz nicht zwingend verboten. Insoweit erübrigt sich jede eingehendere Diskussion darüber, es sei denn im Hinblick auf eine möglichst einheitliche Gestaltung der Beschlüsse und auf das Interesse an Diskretion; warum soll eigentlich jeder im Endbeschluss Genannte die Gelegenheit haben, auch alle anderen Endbeschlusssteile zur Kenntnis zu nehmen?

Solche Diskretion - sie darf auch der, dem eingewantwortet wurde, für sich fordern - erzielt sich wohl am besten durch gesonderte Ausfertigungen, die auf technischem Weg eigentlich leicht herstellbar sein müssen. Hier ist vor Ende der Diskussion unbedingt darüber zu entscheiden, wie das Ausfertigungsmodell in der Praxis funktionieren kann.

Soweit der Entwurf dahin angelegt ist, eine möglichst praxisperechte Gestaltung der Endentscheidung herbeizuführen, ist weitere Diskussionsbereitschaft einzufordern. Dass alles, was nach Auskunft EDV-geschulter Beobachter möglich wäre, auch prompt und ohne Reibungsverluste von den zuständigen ADV-Teams der Zentralstelle geleistet werden wird, lässt sich nämlich bei aller Anerkennung der Verdienste um die IT in der Justiz nicht verlässlich unterstellen. Eines ist aber festzuhalten: Die äußerliche Gestaltung der Beschlüsse sollte nicht unbedingt bis ins Letzte vom Gesetz vorgegeben, sondern der technischen Entwicklung ein Spielraum eingeräumt werden, der sich durch Verordnung oder Erlass konkretisieren lässt. Außerdem kann, wer Diskretion einfordert, auch verpflichtet werden, entsprechende Beschlussentwürfe vorzulegen.

Herauszureklamieren sind zwei Dinge:

1. der Hinweis auf eine bestehende Sachwalterschaft (§ 187 Abs. 2 Z 1 letzter HS Entw) ist entbehrlich,

2. die "Verbücherungsanordnung" (Z 3) sogar schädlich; dieses Gespenst bisheriger Praxis gehört in den Orkus. Allenfalls wäre *"ein Hinweis, auf welchen Grundbuchskörpern Eintragungen zur Herstellung der Grundbuchsordnung vorzunehmen sein werden"* zu geben.

#### *L. Verbücherung des Abhandlungsergebnisses*

Besonderen Aufruhr hat der Vorschlag des Gesetzgebers verursacht, die Verbücherung auf das Grundbuchsgericht zu übertragen.

Die Regelung, die sich derzeit in § 189 Entw und § 29 LTG idF Entw findet, zwingt jedenfalls nicht zu einer persönlichen Anhörung der Parteien, die bisher keine Anträge gestellt haben, vor dem Grundbuchsgericht, wie dies vielleicht nach § 28 LTG nahe läge



(dessen Neufassung man bei dieser Gelegenheit aber auch noch einmahnen könnte, ist es doch nicht einzusehen, dass in diesem Bereich nur eine persönliche Anhörung in Frage kommt und nicht jede Äußerungsmöglichkeit ausreicht).

Insbesondere bei Vorliegen von Zwischeneintragungen oder subtileren Erwägungen von grundbücherlichen Eintragungshindernissen bleibt die Zuständigkeit des Grundbuchsgerichtes vorzuziehen; ist dagegen die Rechtskraft oder gar eine Teilrechtskraft oder die Frage des Vorliegens eines Erbteilungsübereinkommens zweifelhaft, so wäre die Zuständigkeit des Abhandlungsgerichtes vorzuziehen. Was von beiden häufiger auftritt, wäre sorgfältig zu erheben.

Eine Wahlzuständigkeit für Anträge mag dabei nicht die übelste Lösung sein.

Ganz allgemein wäre auch die Verständigung des Grundbuchsgerichtes vom Tod des Erblassers anzuordnen.

### ***XXIII. Freiwillige Feilbietung***

Der Entfall dieses Hauptstückes, also die Auslagerung der Aufgaben der freiwilligen Feilbietung aus dem Aufgabenkreis der Gerichtsbarkeit, wird dringend nahegelegt.

### ***XXIV. Beurkundungen***

Selbstverständlich sind die Aufgaben der §§ 201 und 204 Entw Sache der Justiz. Ob § 205 Entw überflüssig ist, bleibt zu erörtern. Die Beglaubigung von Abschriften und von Unterschriften könnte zwar auch gänzlich in die Zuständigkeit der Notare übertragen werden, würde aber vermutlich mehr (entgangene Gerichtsgebühren) kosten als sie (Personaleinsparung) bringt. Keinesfalls kann aber ein Weg weiter beschritten werden, auf dem Personal eingespart, aber alle Aufgaben beibehalten werden.

### ***XXV. Zu den übrigen Gesetzen***

#### ***A. ABGB***

1. Die Abstammungsregelungen sind gelungen.
2. Die Einschränkung der Möglichkeit mündlicher Testamente ist nachhaltig zu begrüßen. Ohne eine solche Einschränkung der mündlichen Testamente wäre eine Übertragung des Verfahrens über das Erbrecht in das Abhandlungsverfahren keineswegs zu leisten.

Zum Übergangsrecht ist zu bemerken, dass man selbstverständlich Testamente nicht von heute auf morgen für ungültig erklären kann, dass aber sehr wohl erwägenswert wäre, den Notcharakter neuer mündlicher Testamente nicht erst mit In-Kraft-Treten des neuen Außerstreitgesetzes, sondern schon früher in Geltung zu setzen. Darüber hinaus wäre es



möglich, auch für bisherige mündlichen Testamente die Vorschrift des § 590a Abs. 3 ABGB idF Entw zu aktivieren, also den Erblasser zu verpflichten, das ursprüngliche mündliche Testament nach In-Kraft-Treten dieses neuen Gesetzes und Wegfall der Notsituation zu bestätigen.

Zur Anpassung des § 801 vergleiche oben.

#### *B. Notwegegesetz*

Hier finden sich wieder jede Menge überflüssiger Verfahrensvorschriften, wie etwa die Notwendigkeit von Eigenhandzustellungen im §§ 11 Abs. 2 und 12 Abs. 3 sowie § 15 NotwG.

Das Vorsehen des Ersatzes von Vertretungskosten (§ 25) ist wohl rechtspolitisch unvermeidlich; eine bessere Anbindung an die allgemeinen Regeln (etwa: nur zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendige Kosten zu ersetzen) wäre wünschenswert.

Darüber hinaus ist das Verfahren mit einer überflüssigen Liebe zum Detail geregelt und könnte etwas großzügiger gestaltet sein.

#### *C. Notariatsordnung*

Die Vertretungsbefugnisse des Notars im Verfahren außer Streitsachen sollten im Außerstreitgesetz und nicht erst in der Notariatsordnung geregelt sein.

Zur Anpassung des § 111: Hier wäre die Übermittlung widerrufenen Testamente vorzuziehen.

#### *D. JN*

Die neuen Zuständigkeitsregeln sind beifallswert; § 77 Abs. 2 JN über die Eigenzuständigkeit für Erbteilungsklagen könnte allerdings entfallen; der Konnex der Erbteilung mit der Abhandlung ist nicht so eng, dass man eine Eigenzuständigkeit rechtfertigen kann.

Die neue Zuständigkeit für Abhandlungssachen in den §§ 105 ff JN scheint geglückt. Als weitere Zweifelsregelung ließe sich festschreiben, dass jedenfalls der Ort Vorrang hat, an dem sich Liegenschaften befinden.

In § 114 JN fehlt ein Passivgerichtsstand; bliebe dies so, könnten Auslandsstudenten ihre in Österreich wohnhaften Unterhaltspflichtigen nicht klagen.

#### *E. ZPO*

Sehr zu begrüßen ist die Möglichkeit einen Zivilprozess auch wegen eines präjudiziellen Außerstreitverfahrens unterbrechen zu können. Diese wichtige Ergänzung der Unterbrechungsvorschriften ist schon deshalb notwendig, weil das Außerstreitverfahren nach dem neuen Gesetz ein gleichwertiger Rechtsschutzzweig wie Zivilprozess, Strafprozess und Verwaltungsverfahren sein wird (und es eigentlich jetzt schon ist).



#### *F. LTG*

Auf die Problematik der amtswegigen Verbücherung wurde bereits hingewiesen; darüber hinaus wird unter Umständen § 28 LTG an das neue Außerstreitgesetz anzupassen, in seinen Anhörungsvorschriften daher zu entschärfen sein.

#### *G. TEG*

Die neuen Zuständigkeitsvorschriften werden begrüßt.

#### *H. Enteignungsrecht*

Die Vorschriften über die Enteignungsentschädigung sind zwar etwas detailverliebt, insgesamt aber sehr gründlich und beifallswert geregelt.

#### *I. GBG*

Sehr zu begrüßen ist die endlich getroffene Anordnung der subsidiären Anwendung des Außerstreitgesetzes im Grundbuchsverfahren.

Auch die Ausschlüsse des Abänderungsverfahrens und der Rekurs- und Revisionsrekursbeantwortung sind zu begrüßen, wenngleich noch einmal zu überlegen ist, wie die Vorschrift des § 124 über die Verständigung der Beteiligten und die Nichtermöglichung einer Rekursbeantwortung miteinander vereinbar sind.

#### *J. GKOärG*

Zu den notwendigen Änderungen des GKOärG wurde im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens Stellung genommen.

Insbesondere sind die Neuerungen bei der ex-lege-Zuständigkeit ebenso zu begrüßen, wie bei den Unvereinbarkeits- (§ 6a) und Kontrollbestimmungen (§ 7a).

Darüber hinaus wäre das Gerichtskommissariat für freiwillige Feilbietungen samt dieser gänzlich aufzugeben.

#### *K. UVG*

Es mag schon richtig sein, dass man das Außerstreitgesetz nicht auch noch mit einer UVG-Diskussion überfrachten sollte. Einige Vereinfachungen des Unterhaltsvorschussrechtes wären trotzdem wünschenswert. Die prinzipielle weitere Diskussion bleibt vorbehalten.

#### *L. Rechtspflegergesetz*

Wie bereits oben ausgeführt, könnte man überlegen, über die Wertgrenze sowohl im § 18 Abs. 2 Z. 1 lit. a als auch im § 19 Abs. 2 Z. 4 RpfIG idF Entw noch einmal nachzudenken, zumal mit dem Wegfall der anonymen Sparbücher eine nominelle Erhöhung der Nachlasswerte zu erwarten sein wird.

#### *M. BG Kindesentführung, AuslUG*

Zu begrüßen ist, dass nicht mehr zwischen Fällen differenziert wird, in denen ein Rechtsanwalt, und solchen, in denen ein sonstiger Distanzvertreter beigegeben wird.



### **XXVI. In-Kraft-Treten**

Das In-Kraft-Treten des Gesetzes wird die Justiz, jedenfalls dann, wenn das Gesetz nicht vor dem Sommer 2001 beschlossen wird, vor größere Umstellungs- und Ausbildungsprobleme stellen. Eine längere Legisvakanz ist in diesem Sinne wünschenswert. Sollte das Gesetz im Jahr 2001 beschlossen werden, erscheint ein Inkrafttretenstermin 1.1.2003 tragbar, vorausgesetzt, es werden vom BMfJ alle Anstrengungen unternommen, die Ausbildung und Umstellung auf das neue Gesetz optimal zu fördern und zu unterstützen.

### **XXVII. Fehlende Regelungen**

Ob mit dem vorliegenden Entwurf sämtliche Nebengesetze in ausreichendem Maß an das neue Außerstreitrecht angepasst wurden, erscheint insgesamt doch etwas zweifelhaft. Zum Unterbringungsgesetz ist etwa auf das immerhin vom BMJ eingeholte Gutachten von *Oberhammer/Fucik* zu verweisen.

Im großen und ganzen dürften aber die notwendigsten Anpassungen durch den vorliegenden Entwurf erfasst worden sein.

### **XXVIII. Gesamtwürdigung**

Dass die Erstellung dieses neuen Außerstreitgesetzes samt (nahezu) allen erforderlichen Nebengesetzen die Arbeitskraft hochqualifizierter Juristen auf längere Zeit beansprucht hat, steht außer Frage. Das Ergebnis ist auch die beeindruckendste Gesamtreform eines Verfahrensgesetzes seit der großen Zivilprozessreform der Jahre 1895/98. Über die rechtspolitischen Zielsetzungen des Entwurfes lässt sich ebenfalls (vorbehaltlich Punkt I.C) kaum mehr mit Recht streiten, sie sind in ihren Grundgedanken (Vereinfachung wo möglich, Verrechtlichung wo nötig) ganz beifallswert, wenngleich in Details noch Feinarbeit erforderlich ist.

Was freilich die Behauptungen der Erläuterungen betrifft, dass der höhere Verfahrensaufwand und die Vereinfachungen des Verfahrens einander die Waage halten könnten, wird zwar die Folgerung der Erläuterung, dass eine neuerliche Datenerfassung als Grundlage für eine Revision der Personalanforderungsrechnung schlechthin unverzichtbar ist, begetreten, der Akzent aber doch auf die Vermutung gelegt, dass die Einführung des neuen Rechtes nicht nur in einer Umstellungsphase zu einer beträchtlichen Mehrarbeit führen wird, sondern dass ein "Abflauen" dieser Belastung "längerfristig zur Gänze" bei realistischer, weil praxisnaher Betrachtung keinesfalls erwartet werden kann. Ein Mehrbedarf an richterlichen, rechtspflegerischen und Kanzleiplanstellen erscheint daher gänzlich unvermeidlich. Anders wird sich die - an sich begrüßenswerte - Verbesserung des Rechtsschutzes im außerstreitigen Verfahren nicht bewerkstelligen lassen. Dies bereits jetzt



zu fordern, ist kein Zeichen von überhöhtem Anspruchsdenken oder Querulanz, sondern ein Zeichen der Verantwortung für die Bereitstellung aller Mittel, die zu einer klaglos durchgeführten Vollziehung der Gerichtsbarkeit unverzichtbar sind. Es wird mit dem neuen Recht sicher nicht einfacher und sicher nicht billiger. Nicht langsamer wird es nur, wenn ausreichende Mittel zur Verfügung stehen.

Der Wegfall eines (nicht von der Vollziehung, die schon das Beste daraus gemacht hat sondern von der lange säumigen Gesetzgebung zu verantwortenden) rechtsstaatlichen Ärgernisses rechtfertigt einen solchen erhöhten Aufwand. Mit einigen, nicht mehr in die wesentliche Regelungssubstanz gehenden Abänderungen wird der vorliegende Entwurf eine deutliche Verbesserung des Rechtsschutzes in einem wichtigen, Angelegenheiten des täglichen Lebens betreffenden Verfahrenszweig sein und von den Familienrichtern mit Freude als modernes Handwerkszeug begrüßt werden.