

Die Stellung des Richters im Antragsverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Außerstreitverfahren, *jurisdictio voluntaria*)

1. Amtsverfahren und Antragsverfahren

Bei den klassischen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die den Gerichten zugewiesen sind, handelt es sich um Fürsorgeverfahren. Das Gericht entscheidet nicht über einen Anspruch, den eine Partei gegen eine andere erhebt, sondern trifft Maßnahmen der Personen- oder Rechtsfürsorge. In einem Verfahren, in dem Parteien um subjektive Rechte streiten, kann der Richter auf eine eher passive Rolle beschränkt werden. So obliegt es im Zivilprozess den Parteien, den Streitstoff zu bestimmen, indem sie Tatsachen vortragen und sie haben für die Beibringung der Beweismittel zu sorgen. Ob eine Beweisaufnahme durchgeführt wird, entscheiden die Parteien, die Tatsachenbehauptungen unstreitig stellen oder zugestehen können (§§ 138 Abs. 3, 288 dZPO¹).

In den Fürsorgeverfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit muss die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und den Beteiligten anders gestaltet sein als im Zivilprozess. Das gilt vor allem bei vormundschaftsrechtlichen Angelegenheiten. Wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das seelische und geistige Wohl eines Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht willens oder nicht in der Lage sind, der Gefährdung abzuwehren, muss das Gericht ohne Bindung an das Vorbringen der Beteiligten den Sachverhalt aufklären, damit die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen getroffen werden können (vgl. § 1666 BGB). Das vormundschaftsrechtliche Fürsorgeverfahren lag dem FGG² als Prototyp zugrunde. Beteiligte mit eigenen Verfahrensrechten kannte das FGG nicht. Im Mittelpunkt stand der Richter, der über den Beginn und Gegenstand des Verfahrens entschied und für die Aufklärung des Sachverhalts verantwortlich war.

Doch nicht alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprachen diesem Leitbild. Dem trug das FGG dadurch Rechnung, dass es vereinzelt

¹ Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 (RGL. S. 83) i. d. F. vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202).

² Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. Mai 1898 (RGL. S. 369, 771). Ersetzt durch das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S.2586).

Sonderregelungen für die so genannten Antragsverfahren schuf, wie z.B. § 18 Abs. 2 FGG, der die Abänderung gerichtlicher Entscheidungen regelte. In Rechtsprechung und Lehre wurden die Antragsverfahren als eigener Verfahrenstyp anerkannt, der eigenen Regeln unterworfen war. So wurde die Pflicht des Gerichts, den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären, eingeschränkt. Die bisher h.M. ging davon aus, die Intensität der Aufklärungspflicht sei nicht in jedem Falle gleich. Die Ermittlungspflicht bewege sich je nach dem Wert der beteiligten Interessen auf einer großen Bandbreite und könne sich bei rein privaten Interessen stark dem Verhandlungsgrundsatz annähern.³

2. Streitverfahren, insbesondere WEG-Sachen

Bedeutender als die Unterscheidung danach, ob das Verfahren einen Antrag voraussetzt (Antragsverfahren – Amtsverfahren) ist die Einordnung eines Verfahrens nach seinem Zweck. Den Fürsorgeverfahren stehen die sog. Streitsachen gegenüber. Bei ihnen handelt es sich um Angelegenheiten, die eigentlich im Zivilprozess zu erledigen wären, weil das Gericht über ein streitiges Rechtsverhältnis entscheidet. Der Gesetzgeber hat immer wieder Angelegenheiten dem Zivilprozess entzogen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen. Die Gründe für diese gesetzgeberischen Entscheidungen sind sehr unterschiedlich. Teils wird das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewählt, weil es billiger und wegen der weitgehend ausgeschlossenen Kostenerstattungspflicht weniger risikoreich ist. Zum Teil sah man einen Vorteil des Außerstreitverfahrens darin, dass leichter weitere Beteiligte beigezogen werden können. Zu den wichtigsten Streitverfahren zählte bis zur Reform des WEG⁴ durch das Gesetz vom 16.3.2007⁵ das Verfahren in Wohnungseigentumsachen. Das WEG enthielt zwar einzelne verfahrensrechtliche Sondervorschriften, aber sie betrafen nicht die Verfahrensgrundsätze der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach dem Buchstaben des Gesetzes hätte der Richter in einem WEG-Verfahren die gleiche Stellung wie in Fürsorgeverfahren einnehmen müssen. Seine Aufgabe wäre es gewesen, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen und er hätte unter Umständen eine Beweisaufnahme durchführen müssen, obwohl die Parteien über das Beweisthema gar nicht streiten.

³ Zum bisherigen Recht vgl. Brehm W., *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Auflage, Boorberg, Stuttgart, München Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 2002, Rdnr. 254.

⁴ Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15. März 1951 (BGBl I 175, 209).

⁵ BGBl I S. 370.

Die Stellung, die das FGG dem Richter zuwies, wurde in den Streitverfahren, insbesondere in Wohnungseigentumssachen, als nicht sachgerecht empfunden, weil der Richter nur scheinbar eine dominante Rolle einnahm. In Wirklichkeit führte die Anwendung des FGG zu einer Schwächung der Stellung des Richters. In dem vom Verhandlungsgrundsatz beherrschten Zivilprozess waren dem Richter sehr viel bessere Mittel an die Hand gegeben, um die Beteiligten zur zügigen Mitarbeit zu veranlassen. Wo der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, gibt es auch keine Darlegungslast. Im Zivilprozess scheitert ein Kläger, wenn er sich nicht die Mühe macht, die Klage schlüssig durch substantiierten Vortrag zu begründen. Hätten die Gerichte den Amtsermittlungsgrundsatz ernst genommen, hätte ein Antragsteller, der mit dem Verwalter über eine Abrechnung streitet, dem Richter einen Aktenordner vorlegen können, mit der wortkargen Bemerkung, ein Studium der in dem Ordner enthaltenen Unterlagen erweise die Unrichtigkeit der Abrechnung. Im Zivilprozess kann der Richter einer Partei, die unvollständig vorträgt, eine Frist zur Ergänzung ihres Vortrags setzen und einen verspäteten Vortrag ausschließen (§ 269 dZPO). Erscheint eine Partei nicht zur mündlichen Verhandlung ergeht auf Antrag des Gegners ein Versäumnisurteil. Bei schwierigeren Sachverhalten, kann der Richter im Zivilprozess das persönliche Erscheinen der Parteien anordnen (§ 141 dZPO), damit sie im Termin an der Aufklärung des Sachverhalts mitwirken. Alle diese Mittel standen dem Richter, der sein Verfahren nach dem FGG gestalten musste, nicht zur Verfügung. Die Praxis hat sich dadurch geholfen, dass sie das Verfahren nach dem WEG weitgehend an den Zivilprozess anpasste⁶. Es wurde sogar die Ansicht vertreten, der Richter dürfe ein Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil erlassen.⁷ Wenn ein Antragsteller seinen Antrag nicht ordentlich begründete und keine Beweismittel benannte, musste er damit rechnen, dass der Antrag abgewiesen wird. Die Anpassung des Verfahrens an den Zivilprozess hatte freilich Grenzen. So konnte der Richter mangels gesetzlicher Grundlage verspätetes Vorbringen nicht zurückweisen.

Jüngere Richter, die noch die Wissenslast des Assessorexamens mit sich herumtrugen, haben diese Umdeutung des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit in einen Zivilprozess mit schlechtem Gewissen praktiziert. Ihre Kollegen im mittleren Alter wurden von solchen Skrupeln nicht mehr geplagt, sie sahen sich durch ein ungeschriebenes richterliches Notwehrrecht in ihrem Tun gerechtfertigt, während älteren Richtern die Gewohnheit zu der

⁶ Dazu Rainer A., *Recht und Realität der privatrechtlichen Streitverfahren in Wohnungseigentumssachen*, Carl Heymanns Verlag, Köln, Bonn, Berlin, München, 1999.

⁷ Vgl. Staudinger/Wenzel, 13. Bearbeitung, C.H. Beck, München, 2005, WEG § 44 Rdnr. 53, 54.

Überzeugung verhalf, eine so fest gefügte Rechtspraxis könne dem Gesetz nicht widersprechen.

3. Reform

3.1. Streitverfahren

Im Zuge der grundlegenden Reform des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat der deutsche Gesetzgeber geprüft, ob Streitverfahren, die bisher im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen waren, dem Zivilprozess zuzuweisen sind. Für die Wohnungseigentumssachen hat der Gesetzgeber diesen Weg beschritten, während bei den Angelegenheiten nach dem SpruchG,⁸ das Streitigkeiten um die Bewertung von Aktien (z.B. nach einem Squeeze-out) betrifft, die grundsätzliche Anwendung der Verfahrensvorschriften der freiwilligen Gerichtsbarkeit beibehalten wurde. Das SpruchG enthält aber Sondervorschriften, die die Stellung des Richters stärken. Er kann nach § 10 SpruchG Beteiligten eine Frist setzen und im Falle der unentschuldigten Verzögerung des Verfahrens das verspätete Vorbringen ausschließen.

Die Verweisung der Wohnungseigentumssachen in den Zivilprozess hat die Stellung des Richters, aber auch die der Parteien gestärkt. Es gelten die gesetzlichen Einlassungs- und Ladefristen (§§ 217, 274 Abs. 3 ZPO), es gilt uneingeschränkt der Dispositionsgrundsatz, der das Gericht an die Anträge der Parteien bindet (§ 308 dZPO); verspätetes Vorbringen kann zurückgewiesen werden (§§ 282, 296 dZPO); es können Anerkenntnis- und Versäumnisurteile ergehen.

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat sich in der deutschen Rechtspraxis der sog. Freibeweis eingebürgert. Danach steht es im Ermessen des Gerichts, ob es die Vorschriften über die Beweisaufnahme, die Beweismittel und die Beweisantritte einhalten will. Durch die Zuordnung der WEG-Sachen zum Zivilprozess ist jeder Zweifel daran, ob der Richter die Vorschriften über die Beweisaufnahme einzuhalten hat, beseitigt.

Mit der Zuweisung der WEG-Sachen zum Zivilprozess wurden verfahrensrechtliche Sondervorschriften geschaffen. Sie betreffen neben der Zuständigkeitsregelung (§ 43 WEG) insbesondere die Klageschrift (§ 44 WEG). Die Zustellung an den Verwalter als Zustellungsvertreter der Wohnungseigentümer (§ 45 WEG), die Anfechtungsklage (§ 46 WEG), die

⁸ Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren vom 12. Juni 2003, BGBl I 838.

Beiladung weiterer Wohnungseigentümer (§ 48 WEG) und die subjektiven Grenzen der Rechtskraft (§ 48 Abs. 3 WEG).

3.2. Antragsverfahren nach dem FamFG

Die Reform des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat die bisherige Rechtslage nicht grundlegend verändert; es wurde die bisherige Rechtsentwicklung behutsam fortgeschrieben. Es gilt weiter der Untersuchungsgrundsatz. Nach § 26 FamFG hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Das Gesetz hat die richterliche Pflicht zur Sachaufklärung ergänzt durch eine Mitwirkungspflicht der Beteiligten. Welche Sanktionen eine Verletzung der Mitwirkungspflicht nach sich zieht, ist freilich nicht genau geregelt. Im Zivilprozess riskiert eine Partei den Prozessverlust, wenn sie keine ausreichenden Behauptungen aufstellt oder sich zum Vorbringen des Gegners nicht erklärt (§ 138 Abs. 2 und 3 dZPO). Eine vergleichbare Regelung enthält das FamFG nicht, sie wäre auch unangemessen, weil im Verfahren regelmäßig nicht nur reine Privatinteressen im Spiel sind. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht hat zunächst Auswirkungen auf den Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts. Wo ein Beteiligter zumutbare Aufklärungsarbeit verweigert, muss das Gericht nicht für ihn in die Bresche springen. Die Begrenzung der richterlichen Aufklärungspflicht kommt allerdings nur dort in Betracht, wo dies zu Lasten desjenigen geht, dem die Verletzung der Mitwirkungspflicht zur Last zu legen ist. Bei Verzögerung des Verfahrens kann das Gericht einem Beteiligten Kosten auferlegen (§ 81 Abs. Nr. 4 FamFG). Um Beteiligte zur Mitwirkung bei der Sachaufklärung zu veranlassen, kann das Gericht das persönliche Erscheinen anordnen (§ 33 Abs. 1 FamFG). Bleibt ein Beteiligter dem Termin fern, obwohl sein Erscheinen angeordnet war, kann gegen ihn ein Ordnungsgeld festgesetzt werden. Bei wiederholtem unentschuldigtem Ausbleiben, kann sogar die Vorführung angeordnet werden (§ 33 Abs. 3 FamFG). Das Gericht kann zur Durchsetzung besonderer Mitwirkungspflichten aufgrund einer gerichtlichen Anordnung Zwangsvollstreckungsmaßnahmen veranlassen (§ 35 FamFG). Für die allgemeine Mitwirkungspflicht gilt diese Vollstreckungsnorm jedoch nicht, vielmehr muss das Gesetz eine besondere Ermächtigungsgrundlage enthalten.

Das FamFG hat die Stellung des Richters bei der Sachaufklärung deutlich gestärkt.

Für die Beweisaufnahme hat der Gesetzgeber die bisherige Praxis des Freibeweises legalisiert. Das Gericht soll aber eine förmliche Beweisaufnahme

durchführen, wenn es seine Entscheidung maßgebend auf eine Tatsache stützen will, die von einem Beteiligten ausdrücklich bestritten wird.

Während das FGG nur vereinzelt Regelungen für das Antragsverfahren enthielt, werden im FamFG der Antrag, die Antragsrücknahme, die Beendigungserklärung und der Vergleich genauer geregelt. Das Antragsverfahren setzt einen Verfahrensantrag voraus, dessen Sollinhalt in § 23 Abs. 1 FamFG geregelt ist. Der Antrag soll begründet werden und es sollen die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel angegeben werden. Es sind außerdem die die Personen zu benennen, die als Beteiligte in Betracht kommen. Urkunden, auf die Bezug genommen wird, sollen in Urschrift oder Abschrift beigelegt werden.

Die Regelung über den Inhalt des Verfahrensantrags gibt dem Richter allerdings nicht die Sanktionsmittel an die Hand, über die ein Richter im Zivilprozess verfügt. Genügt eine Klage den zwingenden Anforderungen des § 253 dZPO nicht, ist die Klage als unzulässig abzuweisen. Zu beachten sind aber Sondervorschriften, die im Erbscheinsverfahren und in den Registerverfahren, insbesondere im Grundbuchverfahren gelten.

Ingesamt wurde die Stellung des Richters durch das FamFG gestärkt. Das war aber nicht das eigentliche Reformziel des Gesetzes. Das FamFG ist als ein Schritt zu verstehen, der von der richterzentrierten Auffassung des nichtstreitigen Verfahrens wegführt. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wurde in einem langen Prozess vom Geiste des Obrigkeitsstaats befreit. Dabei haben schon vor der Schaffung des FamFG Wissenschaft und Rechtsprechung eine bedeutende Rolle gespielt und auch das Bundesverfassungsgericht hat seinen Beitrag dazu geleistet.⁹

Dr. Wolfgang Brehm *

⁹ Vgl. BVerfGE 21, 139; BVerfG NJW 2000, 1709.

* Zaslužni profesor, Pravna in ekonomska fakulteta Univerze v Bayreuthu, Zgradba RW (Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät), Universitätsstraße 30, D-95447 Bayreuth, Nemčija, e-pošta: wolfgang.brehm@uni-bayreuth.de
Professor Emeritus, University of Bayreuth, Faculty of Law and Economics, Building RW (Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät), Universitätsstraße 30, D-95447 Bayreuth, Germany, e-mail: wolfgang.brehm@uni-bayreuth.de