

Berlin, den 31. Oktober 2007

**Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs  
(VAStrRefG)  
Ihr Zeichen: I A 3 – 3460 /10-2311 1438/2007**

Sehr geehrter Herr Schmid,

der Deutsche Notarverein dankt für die Übersendung des oben genannten Diskussionsentwurfes (nachfolgend „DiskE“ genannt) und nimmt die Möglichkeit zur Stellungnahme gern wahr. Gleichzeitig danken wir für die gewährte Verlängerung der Äußerungsfrist.

A. Grundsätzliches

Zunächst sollen einige allgemeine Anmerkungen zum Konzept (1.), zur Einführung eines vorweggenommen Versorgungsausgleichs (2.) und zur Rollenverteilung zwischen Notar und Gericht (3.) vorangestellt werden.

1. Gelungenes Gesamtkonzept

Das Recht des Versorgungsausgleichs spielt in der notariellen Praxis eine große Rolle. Viele Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen enthalten Vereinbarungen der Ehegatten zum Versorgungsausgleich. Dass der Diskussionsentwurf die Möglichkeiten privatautonomer Gestaltung vereinfachen und erweitern möchte, ist aus Sicht der notariellen Praxis sehr zu begrüßen.

Insgesamt erscheint dem Deutschen Notarverein das dem Gesetzentwurf zugrunde liegende Konzept sehr gelungen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Versorgungsausgleich de lege lata sowohl für den Bürger als auch für den Juristen kaum mehr verständlich und in der Beratungs- und Rechtsanwendungspraxis nur unter größten Schwierigkeiten handhabbar erscheint. Der neue dem Diskussionsentwurf zugrunde liegende Ansatz wird für eine Vereinfachung sorgen. Zur besseren Verständlichkeit und einfacheren Rechtsanwendung trägt auch die Auslagerung des Versorgungsausgleichs in ein eigenes Gesetz bei. Aufbau und Systematik des Diskussionsentwurfes sind in sich schlüssig und nachvollziehbar.

## 2. Einführung eines vorweggenommenen Versorgungsausgleichs

Nach geltendem Recht und auch nach dem Diskussionsentwurf wird der Versorgungsausgleich nur mit bzw. nach der Ehescheidung durchgeführt. Einen vorzeitigen Versorgungsausgleich gibt es nicht.

Der Deutsche Anwaltverein hat in seiner Stellungnahme vorgeschlagen, einen auf einseitigen Antrag eines Ehepartners vorzunehmenden vorzeitigen Versorgungsausgleich einzuführen und dazu auf die Regelungen zum vorzeitigen Zugewinnausgleich in den §§ 1385 und 1386 BGB verwiesen.

Nach reiflicher Prüfung können wir uns diesem Vorschlag nicht anschließen. Die gerichtliche Durchführung des Versorgungsausgleichs führt dazu, dass ab dem Stichtag Ansprüche auf Altersvorsorgeunterhalt entstehen können. Ein Teil des nahehelichen Unterhalts würde damit in die Zeit des Getrenntlebens vorgelagert. Das schafft wahrscheinlich mehr Probleme als es löst. Hier reicht die Möglichkeit privatautonomer Gestaltung durch Vereinbarungen der Ehegatten aus.

## 3. Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich, Rollenverteilung zwischen Notar und Gericht

Der Diskussionsentwurf möchte insgesamt die Rolle privatautonomer Gestaltungen im Recht des Versorgungsausgleichs stärken und der Vereinbarung den Vorrang vor der dispositiven gesetzlichen Auffangregel geben. Dies ist sehr erfreulich und kommt systematisch dadurch zum Ausdruck, dass das Zweite Kapitel des Diskussionsentwurfs mit den Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich (§§ 6 ff. DiskE) beginnt. Der Deutsche Notarverein begrüßt diesen Zuwachs an Gestaltungsspielraum bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich. Zugleich ist er sich der erheblich steigenden Gestaltungsverantwortung bewusst.

Kommt es zu einer Vereinbarung der Ehegatten über den Versorgungsausgleich, dienen sowohl die notarielle Beurkundung als auch das gerichtliche Verfahren dem Schutz der beteiligten Ehegatten. Dies wird auch in der Begründung des Diskussionsentwurfs wiederholt herausgearbeitet. Zuweilen droht dabei jedoch aus dem Blick zu geraten, dass notarielles und gerichtliches Verfahren funktional nicht äquivalent sind, sondern nur teilweise identische Schutzzwecke verfolgen. Daher soll nachfolgend kurz die

Rollenverteilung zwischen Notar (a) und Gericht (b) skizziert werden, um daraus dann Schlussfolgerungen für den Diskussionsentwurf abzuleiten (c).

a) Notarielle Beurkundung

Schreibt der Gesetzgeber die notarielle Beurkundung einer Vereinbarung vor, dann wird die Willensbildung und anschließende Einigung der Parteien von dem Notar begleitet. Der Notar sorgt dabei für die Einhaltung des zwingenden Beurkundungsverfahrens (§§ 8 ff. BeurkG), die Sachverhaltsaufklärung, die Beratung und Belehrung der Beteiligten, den Schutz von unerfahrenen Beteiligten (§ 17 BeurkG) und schließlich als Experte für Vertragsgestaltung für die juristisch korrekte Formulierung der Niederschrift. Außerdem wirkt er im Beurkundungsverfahren gleichsam als Übersetzer, indem er einerseits Rechtsbegriffe in Alltagssprache erläutert und andererseits die von den Beteiligten in Alltagssprache formulierten Anliegen in einen juristischen Vertragstext verwandelt.

Die notarielle Form sorgt mithin dafür, dass die Ehegatten rechtlich beraten ihren eigenen Willen bilden können (Beratungs- und Belehrungsfunktion der notariellen Beurkundung) und dass dieser (gemeinsame) Wille anschließend juristisch eindeutig in einer Urkunde dokumentiert wird (Beweisfunktion der notariellen Beurkundung).

Die Inhalte der Vereinbarung gibt der Notar dagegen nicht verbindlich vor. Welche Vereinbarung die Beteiligten in ihrer persönlichen Situation und vor dem Hintergrund ihrer persönlichen Wertvorstellungen für angemessen halten, entscheiden allein sie. Die notarielle Form und das Beurkundungsverfahren sichern lediglich die freie und damit privatautonome Willensbildung der Beteiligten.

Lediglich die äußeren, vom Gesetz vorgegebenen Grenzen der Vertragsgestaltung muss der Notar beachten. So schreibt § 4 BeurkG vor, dass der Notar eine Beurkundung ablehnen muss, wenn damit unerlaubte und unredliche Zwecke verfolgt werden. Beurkundet der Notar dennoch ein verbotenes (§134 BGB) oder sittenwidriges Rechtsgeschäft (§ 138 BGB) oder verstößt die gewählte Gestaltung gegen zwingendes Recht, begeht der Notar eine Amtspflichtverletzung und haftet den Beteiligten persönlich für den etwa entstandenen Schaden (§ 19 BNotO).

Die Einhaltung der notariellen Form bzw. das Durchlaufen des zwingenden Beurkundungsverfahrens wird auch vom Gesetzgeber prämiert, indem er der öffentlichen Urkunde eine besonders starke Beweiskraft zumisst (§ 415 ZPO) und sogar die Schaffung von Vollstreckungstiteln in notariellen Urkunden zulässt (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Zudem fühlen sich Beteiligte an notarielle Vereinbarungen („mit Brief und Siegel“) stärker gebunden als an mündliche oder privatschriftliche Vereinbarungen.

Zusammenfassend: Die notarielle Form ermöglicht den Ehegatten eine privatautonome Willensbildung. Der Notar achtet auf die Einhaltung gesetzlicher Grenzen (insbesondere §§ 134, 138 BGB) und haftet für Fehler. Vereinbarungen in notarieller Form entfalten sowohl rechtlich (§§ 415, 794 ZPO) als auch psychologisch besondere Bindungswirkung.

#### b) Gerichtliche Kontrolle

Wird einem Gericht eine Vereinbarung zwischen Ehegatten vorgelegt, so hat das Gericht die darin dokumentierte privatautonome Willensäußerung zu respektieren. Dies gilt besonders für notariell beurkundete Vereinbarungen, wie § 415 ZPO treffend zum Ausdruck bringt. Ob das, was die Parteien vereinbart haben, sinnvoll, zweckmäßig, sachgerecht oder ihrer persönlichen Situation wirklich angemessen ist, unterfällt dagegen grundsätzlich nicht der gerichtlichen Prüfung. Und dies mit gutem Grund, denn Richter sollen nicht ihre persönlichen Wertvorstellungen oder ein dispositives gesetzliches Leitbild an die Stelle des Parteiwillens setzen.

Die Gerichte haben dagegen über die Einhaltung des zwingenden Rechts zu wachen. Insoweit sind die Gerichte selbstverständlich befugt, auch notarielle Vereinbarungen daraufhin zu prüfen, ob die vom Gesetz vorgegebenen Grenzen privatautonomer Gestaltung verletzt worden sind. Um nichts anderes geht es bei der in den letzten Jahren viel diskutierten Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen. Hier prüfen die Gerichte insbesondere die Einhaltung der §§ 138, 242 BGB.

Analysiert man die dazu ergangene Rechtsprechung, fällt auf, dass es kaum Entscheidungen gibt, in denen tatsächlich die anfängliche Unwirksamkeit (§ 138 BGB) einer notariell beurkundeten Entscheidung in Rede stand (Inhaltskontrolle). Vielmehr beschäftigen sich fast alle Entscheidungen mit der Frage, ob eine vor

vielen Jahren getroffene und damals rechtswirksame Vereinbarung angesichts veränderter Lebensumstände angepasst werden muss (§ 242 BGB, Ausübungskontrolle). Die besondere richterliche Kontrollfunktion resultiert hier also aus der zeitlichen Differenz zwischen Vertragsschluss (häufig bei Eheschließung) und Entfaltung der Rechtsfolgen (bei Ehescheidung). Ansonsten unterscheidet sich die Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen rechtssystematisch nicht von der Inhalts- und Ausübungskontrolle von Immobilienverträgen, Gesellschaftsverträgen, Erbverträgen oder Mietverträgen.

Zusammenfassend: Im gerichtlichen Verfahren geht es ausschließlich um die Prüfung der rechtlichen Wirksamkeit bzw. Durchsetzbarkeit einer notariellen Vereinbarung, nicht dagegen um eine Zweckmäßigkeit- oder Angemessenheitskontrolle. Insoweit unterscheidet sich die gerichtliche Kontrolldichte im Familienrecht nicht von der Kontrolldichte in anderen Rechtsgebieten. Die Gerichte haben vielmehr den im staatlich vorgeschriebenen Beurkundungsverfahren gebildeten und formulierten gemeinsamen Willen der Ehegatten zu respektieren.

#### c) Schlussfolgerungen

Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Diskussionsentwurf sind folgende Schlussfolgerungen wichtig:

- Die Schutzrichtung der notariellen Beurkundung unterscheidet sich fundamental von derjenigen der gerichtlichen Prüfung. Während es vor dem Notar darum geht, in einem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren die privatautonome Willensbildung zu ermöglichen und zu dokumentieren, darf das Gericht lediglich kontrollieren, ob die zwingenden gesetzlichen Grenzen privatautonomer Gestaltung verletzt worden sind.
- Wegen ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung sind notarielle Beurkundung und gerichtliche Kontrolle funktional nicht äquivalent. Die gerichtliche Prüfung kann daher die notarielle Beurkundung nicht ersetzen, sondern allenfalls ergänzen.
- Die notarielle Beurkundung dient auch der Gerichtsentlastung, wie sich etwa aus § 415 ZPO ergibt. Die mit einer notariellen Vereinbarung verbundene besondere Bindungs- und Befriedungswirkung und die daraus gleichfalls

resultierende Rechtssicherheit sollte nicht über eine gerichtliche Angemessenheitskontrolle in Frage gestellt werden.

- Die Gerichte haben vielmehr grundsätzlich von der Wirksamkeit notarieller Vereinbarungen auszugehen und den in der notariellen Urkunde dokumentierten Willen der Beteiligten zu respektieren.
- Für den im familiengerichtlichen Verfahren geltenden Amtsermittlungsgrundsatz bedeutet dies, dass besondere Ermittlungen des Gerichts zur Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit der notariellen Vereinbarung nur angezeigt sind, wenn sich aus dem Parteivortrag oder aus der Urkunde selbst insoweit Anhaltspunkte ergeben (so auch S. 92 der Begründung). Eine umfassende Aufbereitung des Sachverhaltes in jedem Einzelfall ist dagegen nicht erforderlich und würde den gesetzlichen Wertungen (§ 415 ZPO) und der funktionalen Aufgabenverteilung zwischen vorsorgender (Notar) und nachsorgender (Gericht) Rechtspflege widersprechen.

Vor diesem Hintergrund sollte der Diskussionsentwurf einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Einzelheiten dazu finden sich unter B. bei den entsprechenden Einzelregelungen.

## B. Einzelfragen

### 1. § 1 DiskE, Halbteilung der Anrechte

In § 1 Abs. 1 DiskE sind die „in der Ehezeit erworbenen Anteile von Anrechten“ als „Ehezeitanteile“ legal definiert. Leider wird dieser Begriff dann in der Folgezeit nicht konsequent angewendet. Vielmehr wird vielfach von „Anrecht“ gesprochen, obwohl eigentlich der engere Begriff „Ehezeitanteil“ gemeint ist (vgl. z. B. § 9 oder § 10 Abs. 3).

### 2. § 2 DiskE – auszugleichende Anrechte

Die im Allgemeinen Teil des Diskussionsentwurfs stehende Regelung über die auszugleichenden Rechte ist insgesamt gelungen. § 2 Abs. 4 DiskE grenzt wie im bisherigen Recht Versorgungsausgleich und Güterrecht voneinander ab. Diskussionswürdig sind jedoch noch die Formulierung „private Vorsorge“ in § 2 Abs. 1 DiskE (a), die Frage nach dem richtigen Zeitpunkt im § 2 Abs. 2 Nr. 3 DiskE (b) sowie die Behandlung von Versorgungsanrechten bei ausländischen Versorgungsträgern (c).

#### a) Begriff der „privaten Vorsorge“

§ 2 Abs. 1 DiskE bezieht allgemein auch Anrechte aus „privater Vorsorge“ mit in den Versorgungsausgleich ein. Dieser Begriff ist legal nicht definiert. Neben der klassischen privaten Rentenversicherung und Verträgen nach dem Altersvorsorge-Zertifizierungsgesetz vom 26. Juni 2001 i. d. F. des Gesetzes vom 5. Juli 2004 (BGBl. I, S. 1427) könnten hierunter auch Vereinbarungen über wiederkehrende Leistungen in Verträgen der vorweggenommenen Erbfolge fallen, wie z. B. Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen aus Hofübergabeverträgen wie Taschengeld, Wart und Pflege oder Rechnisse (regelmäßige Lieferung von Lebensmitteln etc.). Rente im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 3 DiskE muss nämlich keine „Geldrente“ sein (S. 82 der Begründung).

Rechtspolitisch sollte daher sorgfältig überlegt werden, ob solche wiederkehrenden Leistungen im Privatbereich tatsächlich in den Versorgungsausgleich einbezogen werden sollen. Jedenfalls empfiehlt sich eine Klarstellung im weiteren Gesetzgebungsverfahren. Möglich wäre etwa, an Stelle des Begriffs „private

Vorsorge“ eine Verweisung auf § 1 Abs. 1 Satz 1 AltZertG in § 2 Abs. 1 aufzunehmen.

b) § 2 Abs. 2 Nr. 3 DiskE, Zeitpunkt für die Ausübung eines Rentenwahlrechts,

Anrechte aus privater Altersvorsorge werden nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 DiskE nur in den Ausgleich einbezogen, sofern sie auf eine Rente gerichtet sind. Nun sind in privaten Altersvorsorgeverträgen jedoch Wahlrechte zwischen Renten- und Kapitalleistungen sehr gebräuchlich. Daher sollte klargestellt werden, welcher Zeitpunkt für die Unterscheidung „Rente oder Kapital“ maßgeblich sein soll. Der Deutsche Notarverein möchte sich hier dem Formulierungsvorschlag der Bundesnotarkammer anschließen, die nach Analyse der einschlägigen Rechtssprechung zum geltenden Recht auf die Umstände am Ende der Ehezeit abstellen möchte. Wir schlagen daher vor, § 2 Abs. 2 Nr. 3 DiskE wie folgt zu fassen:

*„3. am Ende der Ehezeit auf eine Rente gerichtet ist; (...)“*

c) Ansprüche gegen ausländische Versorgungsträger

Im Verhältnis zu den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts ist die Mobilität der Bürger erheblich gestiegen. Der Erwerb von Versorgungsanrechten bei ausländischen Trägern (Sozialversicherern, Unternehmen, Pensionsfonds etc.) hat erheblich größere praktische Bedeutung. Hier stellen sich zunächst Abgrenzungsfragen zum Güterrecht. Wir regen daher an, § 2 Abs. 1 DiskE darauf zu prüfen, ob die Definition hinreichend offen für ausländische Versorgungsmodelle ist, die international-privatrechtlich als Versorgungsanrechte qualifiziert werden.

Weiter stellt sich die Frage, ob ausländische Versorgungsansprüche mangels eines den §§ 7 ff. BetrAVG vergleichbaren Insolvenzschutzes bewertungsrechtlich im System der §§ 39 ff. DiskE nicht gesondert behandelt werden sollten (etwa durch Einbau eines  $\beta$ -Faktors wie bei der Unternehmensbewertung).

### 3. § 3 DiskE, Ehezeit, Ausschluss bei kurzer Ehezeit

#### a) Zustellung des Scheidungsantrags, maßgeblicher Zeitraum

§ 3 Abs. 1 DiskE lässt den maßgeblichen Zeitraum für den Versorgungsausgleich mit der „Zustellung“ des Scheidungsantrages enden. Damit ist der Zeitraum gegenüber § 1587a Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 BGB in der jetzigen Fassung erweitert; denn das geltende Recht stellt auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ab. Die Zeit zwischen Einreichung des Scheidungsantrags bei Gericht und seiner Zustellung kann in Fällen einer Auslandszustellung erheblich sein. Dies verschafft dem Antragsgegner allein durch die Möglichkeit, sich der Zustellung zu entziehen, Vorteile, die zum einen nicht gerechtfertigt sind, zum anderen vermeidbare Rechtsprobleme im Hinblick auf §§ 3 Abs. 3, 27 DiskE aufwerfen. Es erscheint daher sinnvoll, auf die im Verfahrens- und Prozessrecht geltende und bewährte Regelung abzustellen, wonach es auf den Eingang des Antrags bei Gericht ankommt, sofern die Zustellung „demnächst“ erfolgt.

#### b) Ausschluss bei kurzer Ehezeit

Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach kurzer Ehezeit nach § 3 Abs. 3 DiskE ist prinzipiell zu begrüßen. Der Deutsche Notarverein schließt sich jedoch der Anregung des Deutschen Richterbundes an, wonach § 3 Abs. 3 DiskE um eine Härtefallklausel ergänzt werden sollte. Dazu soll folgender Satz 2 in § 3 Abs. 3 angeregt werden:

*„(3) Der Versorgungsausgleich findet nach einer Ehezeit von weniger als drei Jahren nicht statt. **Dies gilt nicht, wenn die Nichtdurchführung grob unbillig wäre und ein Ehegatte den Versorgungsausgleich beantragt.**“*

### 4. § 5, Berechnung des Ausgleichswerts

In § 5 Abs. 1 können die Worte „auf dem Ehezeitanteil beruhenden“ gestrichen werden. Nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 bezieht sich der Begriff des Ausgleichswerts ohnehin nur auf die Ehezeit. Dies muss deshalb nicht erneut erwähnt werden.

### 5. §§ 6 – 8, DiskE Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich

a) Allgemeines

Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich unterliegen derzeit zum einen (als ehevertragliche Vereinbarungen) der Wartefrist des § 1408 Abs. 2 Satz 2 BGB, zum anderen (als Scheidungsfolgenvereinbarung) dem Genehmigungsvorbehalt nach § 1587o BGB. Gerade in der ersten Fallgruppe besteht für den Gestalter die Gefahr, dass die Vereinbarung wegen sich anders entwickelnder Verhältnisse ein unzulässiges Super-Splitting darstellt. In beiden Fällen stellt die Gestaltung hohe Anforderungen an die Formulierung salvatorischer Klauseln, sei es im Fall der Unwirksamkeit der Vereinbarung wegen Super-Splitting, wegen Versagens der richterlichen Genehmigung oder wegen richterlicher Wirksamkeits- bzw. Ausübungskontrolle von Eheverträgen.

Die Neuregelung der Vereinbarungsmöglichkeiten in den §§ 6-8 DiskE würde den Gestaltungsspielraum erweitern und gleichzeitig die mit den getroffenen Vereinbarungen verbundenen rechtlichen Risiken minimieren. Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen.

b) Supersplitting

§ 6 Abs. 1 DiskE lässt in Satz 2 Nr. 1 – vorbehaltlich § 8 Abs. 2 DiskE – entgegen der bisherigen Rechtslage offensichtlich ein Super-Splitting zu. Dies stellt eine bedeutsame Entlastung der Gestaltungspraxis von einem verdeckten Unwirksamkeitsrisiko dar. Gerade bei Anwartschaften auf Versorgung durch ausländische Rechtsträger ist der rechtstatsächlich schwer handhabbare schuldrechtliche Versorgungsausgleich daher in weiterem Umfang vermeidbar als bisher.

c) Inhalts- und Ausübungskontrolle, §§ 6 Abs. 2, 8 Abs. 2 DiskE

§ 6 Abs. 2 und § 8 Abs. 2 DiskE können hingegen entfallen; sie drücken eine Selbstverständlichkeit aus. Wie jedes Rechtsgeschäft, so steht auch eine Vereinbarung über den Versorgungsausgleich unter dem Vorbehalt der §§ 134, 138, 242 BGB. Die explizite Erwähnung könnte die rechtsanwendenden Gerichte

- entweder *e contrario* zu dem Schluss verleiten, dass bei anderen Vereinbarungen (z. B. über nahehelichen Unterhalt) keine derartigen Beschränkungen bestehen, oder aber
- zu der Auslegung führen, dass die im Rahmen der Vereinbarung über den Versorgungsausgleich vorzunehmende richterliche Prüfung über die §§ 134, 138, 242 BGB hinausgehen soll.

Beides würde die unter A.3. geschilderte Aufgabenverteilung zwischen Gerichten und Notaren verändern und ist von den Verfassern des Diskussionsentwurfs wohl auch nicht beabsichtigt. Vielmehr verweist die Begründung des Diskussionsentwurfs zu den §§ 6 ff. DiskE (S. 91) nur auf die bereits nach geltendem Recht vorzunehmende und von der obergerichtlichen Rechtsprechung in den letzten Jahren klar konturierte Inhalts- und Ausübungskontrolle (S. 91). Insgesamt bietet sich daher zur Vermeidung von Missverständnissen die ersatzlose Streichung der §§ 6 Abs. 2 und 8 Abs. 2 DiskE an. In der Begründung kann dann auf das funktionale Zusammenspiel von Notar und Gericht hingewiesen werden.

Angesichts notarieller Gestaltung und gerichtlicher Kontrolle hält es der Diskussionsentwurf darüber hinaus für gerechtfertigt, die derzeit nach § 1587o Abs. 2 BGB erforderliche gerichtliche Genehmigung, die vom Gericht derzeit tatsächlich die Prüfung eines „angemessenen Ausgleichs unter den Ehegatten“ verlangt, zu streichen. Dies wird als Gewinn an Gestaltungsfreiheit ausdrücklich begrüßt.

Schließlich ist in § 8 Abs. 2 DiskE („voraussichtlich“) unklar, ob es hier auf die objektive Konsequenz der Vereinbarung ankommt oder ob ein subjektives Element zumindest auf Seiten eines Beteiligten vorhanden sein muss. § 138 BGB erfordert grundsätzlich auch ein subjektives Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, zumindest im Sinne eines *dolus eventualis*. Dabei sollte man es belassen. Eine objektive Erfolgshaftung der Beteiligten erscheint nicht angemessen. In der Begründung des Diskussionsentwurfs kann dagegen dargestellt werden, dass die zum Unterhaltsrecht entwickelten Grundsätze auch bei Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich gelten sollen.

d) Zeitliche Schranken, § 7 Abs. 1 DiskE

Mit Recht regt der Deutsche Anwaltverein eine Klarstellung dahingehend an, dass Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich auch nach Rechtskraft einer diesbezüglichen Entscheidung zulässig sein sollen. Dies dient der Entlastung der Gerichte, die sonst mit Verfahren nach §§ 32 ff. DiskE belastet wären.

Im Interesse der Rechtssicherheit und zum Schutz der Beteiligten sollten außer der Einfügung des Wortes „jederzeit“ in § 6 Abs. 1 Satz 1 DiskE der Satzteil „die vor Rechtskraft ... geschlossen wird“ in § 7 Abs. 1 DiskE entfallen. Der Hinweis in der Begründung (S. 94), dass Vereinbarungen, die nach Rechtskraft der Entscheidung über den Wertausgleich getroffen wurden, in gerichtlichen Verfahren geprüft werden und daher keiner besonderen Form bedürften, trägt nicht. Wie bereits oben (A.3.) dargestellt, sind die Gerichte nur für eine Überprüfung der äußeren Grenzen (§ 134, 138, 242 BGB) zuständig. Die Funktion der notariellen Form, insbesondere die Belehrungs- und Warnfunktion kann die nachträgliche Kontrolle nicht ersetzen.

6. Vereinbarung über die externe Teilung, § 14 DiskE

Eine externe Teilung setzt nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 eine Vereinbarung zwischen ausgleichsberechtigter Person und dem Versorgungsträger der ausgleichspflichtigen Person voraus. Im Sinne privatautonomer Gestaltungsfreiheit können die Beteiligten daher anstelle der internen Teilung eine externe Teilung und damit den Transfer von Versorgungsansprüchen in ein anderes System vereinbaren.

Der Diskussionsentwurf möchte die Vereinbarung offenbar formfrei ermöglichen. Dem ist aus verschiedenen Gründen zu widersprechen. Zunächst einmal ist der ausgleichsberechtigte Ehepartner schon deshalb besonders schützenswert, weil ihm mit dem Versorgungsträger in der Regel ein fachlich hoch qualifizierter und eigene Interessen vertretender (vgl. S. 106 der Begründung) Verhandlungspartner gegenübertritt. Schon wegen dieser Grundkonstellation besteht die Gefahr, dass der Versorgungsträger sein überlegenes Wissen zum Nachteil des ausgleichsberechtigten Ehepartners einsetzt. Funktional entspricht die Vereinbarung nach § 14 einer Vereinbarung nach §§ 6 ff.

Der Deutsche Notarverein setzt sich daher dafür ein, auch Vereinbarungen nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 der notariellen Beurkundung zu unterwerfen. Der Notar wäre nach § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG gesetzlich zum Schutz der unerfahreneren und möglicherweise strukturell unterlegenen Partei verpflichtet und müsste gerade den ausgleichsberechtigten Ehegatten über die rechtliche Tragweite der Vereinbarung und etwaige Alternativen aufklären und belehren. Nimmt man die Forderung nach einer Erweiterung der privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten ernst, dann muss die ausgleichsberechtigte Person auch bei der externen Teilung nach § 14 DiskE durch eine rechtliche Beratung und Belehrung in die Lage versetzt werden, eine wirklich freie Entscheidung zu treffen. Die nachträgliche gerichtliche Kontrolle kann die vorsorgliche Beratung nicht ersetzen (vgl. oben A.3.). Die Begründung des Diskussionsentwurfs ist insofern leider widersprüchlich, wenn dort auf der einen Seite ausgeführt wird, die gerichtliche Entscheidung ermögliche einen wirksamen Schutz des ausgleichsberechtigten Ehegatten (S. 107) und andererseits zutreffend festgestellt wird, das Gericht sei an die Vereinbarung nach § 14 Abs. 2 Nr. 1 gebunden (S. 106).

Die Bundesnotarkammer hat in ihrer Stellungnahme folgenden Formulierungsvorschlag zu § 14 Abs. 2 Nr. 1 DiskE unterbreitet, dem wir uns anschließen:

*„1. die ausgleichsberechtigte Person und der Versorgungsträger der ausgleichsberechtigten Person eine externe Teilung vereinbaren; § 7 Abs. 1 und 2 gelten entsprechend; oder“*

## 7. §§ 39 ff. DiskE Bewertung von Anrechten

Das geltende Recht des Versorgungsausgleichs ist durch eine Vielzahl von versicherungsmathematischen Bewertungsvorschriften gekennzeichnet, die nun durch die §§ 39 ff. DiskE ersetzt werden. Über die entsprechenden internen Richtlinien der Versorgungsträger kommen die entsprechenden Barwertformeln jedoch wieder zur Anwendung. Dies wird die anwaltliche, gerichtliche und notarielle Praxis vor allem dann vor Probleme stellen, wenn im Zuge von Vergleichen eine angemessene Gegenleistung vereinbart werden soll. Ziel sollte hier sein, dass der Praxis bald handhabbare Kriterien (vergleichbar den Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte) zur Verfügung stehen.

Wir würden uns freuen, wenn unsere Anregungen in Ihre weiteren Überlegungen mit einfließen würden. Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.