

Berlin, im November 2006
Stellungnahme Nr. 64/2006
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Zivilverfahrensausschuss und den Erbrechtausschuss

**zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen
und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
hier: Herauslösung verfahrensrechtlicher Vorschriften aus dem BGB**

Mitglieder des Zivilverfahrensausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Bernd Hirtz (Vorsitzender und Berichterstatter)
Rechtsanwalt Hartmut Braunschneider (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling
Rechtsanwalt Curt Engels
Rechtsanwalt Dr. Hans C. Lühn
Rechtsanwalt Dr. Carsten A. Salger
Rechtsanwalt am BGH Dr. Volkert Vorwerk

Mitglieder des Erbrechtausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Andreas Frieser (Vorsitzender)
Rechtsanwältin Dr. Stephanie Herzog
Rechtsanwalt Richard Lindner
Rechtsanwalt Dr. Christian von Oertzen
Rechtsanwalt und Notar Dr. Hubertus Rohlfing (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Dr. Stephan Scherer

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Verteiler:

- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- CDU/CSU-Fraktion des Deutschen Bundestages, Arbeitsgruppe Recht
- Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Die Linke.PDS-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzender des FORUM Junge Anwaltschaft
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesgerichtshof - Bibliothek
- Deutscher Notarverein
- Redaktion NJW
- ver.di, Bundesverwaltung, Fachbereich Bund und Länder, Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der DAV nimmt unter Federführung des Ausschusses Zivilverfahrensrecht und unter Mitwirkung des Erbrechtsausschusses Stellung zu dem mit Schreiben des BMJ vom 26.07.2006 versandten Diskussionspapier und zur geplanten Verlagerung des § 1696 BGB in das FamFG. Die Stellungnahme des DAV lässt sich in die nachstehenden Thesen zusammenfassen:

1. Das Diskussionspapier ist - auf der Basis des Referentenentwurfs - eine brauchbare Diskussionsgrundlage für das weitere Gesetzgebungsverfahren. Wegen der gegen den Referentenentwurf bestehenden Bedenken verweist der DAV auf seine Stellungnahme Nr. 42/2006 aus Juli 2006.
2. Die Herauslösung verfahrensrechtlicher Vorschriften aus dem BGB dient zwar der Normenklarheit, ist aber durch Bedürfnisse der Rechtspraxis nicht geboten. Die bisherige Verankerung der Vorschriften im BGB hat nicht zu nachteiligen Konsequenzen geführt. Aktueller Reformbedarf besteht daher insoweit nicht.
3. Die Übernahme von Verfahrensvorschriften aus dem BGB wird im Diskussionspapier nicht konsequent verfolgt.
4. Obwohl nach der Begründung des Diskussionspapiers materiellrechtliche Änderungen nicht beabsichtigt sind, führt die Neufassung einiger Vorschriften durchaus zu materiellrechtlichen Änderungen. Einige der vorgeschlagenen Neuregelungen würden zu vermeidbaren Rechtsanwendungsproblemen führen.

5. Neben der im Rahmen der FGG-Reform geplanten Einführung des Großen Familiengerichts wird die Einführung eines „Großen Nachlassgerichts“ empfohlen.

I. Allgemeine Anmerkungen

1. Es wird davon ausgegangen, dass die Paragraphenfolge noch überprüft wird. Die Nummerierung einzelner Normen in der Anlage 2 zum Schreiben des BMJ vom 26.07.2006 stimmt nicht überein mit der Nummerierung der Normen im ergänzten Referentenentwurf vom 14.02.2006 (z.B. Anzahl der Absätze in § 355 FamFG-E). In einem neuen Gesetzesvorhaben sollten a), b) und c)-Paragraphen vermieden werden.
2. Es sollten weiterhin folgende Verfahrensvorschriften in das Verfahrensgesetz übernommen werden:
 - § 2258 a) BGB „Zuständigkeit für die besondere amtliche Verwahrung“,
 - § 2258 b) BGB: „Verfahren bei der besonderen amtlichen Verwahrung“ und
 - § 2259 Abs. 2 Satz 2 BGB „Ablieferungspflicht“.
3. Schon im Zusammenhang mit den Diskussionen des Kommissionsentwurfs 1977 ist der Beteiligtenbegriff intensiv diskutiert worden. Es sprechen gute Gründe dafür, den Beteiligtenbegriff in § 357 des Referentenentwurfes zu erweitern, um allen Personen, die formell und materiell Beteiligte sein können, im Verfahren rechtliches Gehör zu gewähren.

Im Erbscheinsverfahren ist jeder materiell Beteiligter, der von der zu treffenden Entscheidung in seinen Rechten unmittelbar betroffen sein kann. Das Nachlassgericht muss allen Beteiligten von allen Tatsachen, auf die es sich stützen will, Kenntnis verschaffen. Es darf seiner

Entscheidung zum Nachteil eines Beteiligten nur solche Tatsachen zugrunde legen, die der Beteiligte auch zur Kenntnis nehmen und zu denen er sich äußern konnte (vgl. BVerfG FamRZ 1987, 786). Es ist bedenklich, diejenigen, dessen „Recht im Ausgangsverfahren unmittelbar betroffen werden kann“, nur auf seinen Antrag hin hinzuzuziehen. Diese Bedenken werden nicht dadurch ausgeräumt, dass das Gericht gemäß § 357 Abs. 5 des Entwurfs denjenigen, der auf Antrag zu beteiligen ist, über das Antragsrecht und über die Wirkung seines Antrages zu belehren hat. Hier sind die Besonderheiten des Erbrechts zu berücksichtigen. Häufig wird erst im Verfahrenfortgang ersichtlich, ob Beteiligtenrechte unmittelbar betroffen sind. Wenn etwa nach richterlichem Hinweis der Antragsteller seinen ursprünglichen Antrag mit der Folge ändert, dass bisher als Vermächtnis anzusehende Zuwendungen nunmehr die Wirkungen einer Erbeinsetzung haben, kann dies die Position eines Beteiligten, der die Zuwendung an sich bisher als Vermächtnis interpretiert hat, berühren. Wenn er sich bisher gegen eine Beteiligung entschieden hat, würde er von der Entwicklung nicht mehr unterrichtet; sein rechtliches Gehör wäre tangiert. Das spricht dafür, § 357 Abs. 1 des Entwurfs dahingehend abzuändern, dass auch die in Nummer 1 bis 5 benannten Personen grundsätzlich Beteiligte sind. § 357 Abs. 2 des Entwurfs sollte dahingehend erweitert werden, dass auch die potentiell Erbberechtigten grundsätzlich Beteiligte sind. Sie haben ein Interesse an einer Beteiligtenstellung im Verfahren auf Erteilung des Testamentvollstreckerzeugnisses.

4. Wegen der Bedeutung des Nachlassverfahrens wird angeregt, das Nachlassverfahren im Titel des Gesetzes zu erwähnen, etwa wie folgt: „Gesetz zur Reform des Gesetzes in Familiensachen, in Nachlassverfahren und in sonstigen Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit“.
5. Die zunehmende Bedeutung des Erbrechts lässt es wünschenswert erscheinen, ein „Großes Nachlassgericht“ einzurichten, bei dem sämtliche Angelegenheiten konzentriert sind, die die Fragen des

Erbrechts betreffen. Das „Große Nachlassgericht“ sollte zuständig sein sowohl für die bisherigen FGG-Verfahren als auch für die streitigen Verfahren, die sich bislang nach der ZPO richten. Das Auseinanderfallen der gerichtlichen Zuständigkeit mit unterschiedlichen Spruchkörpern in der freiwilligen und in der streitigen Gerichtsbarkeit wird so vermieden.

Die Einrichtung eines „Großen Nachlassgerichts“ trägt auch Bestrebungen in der Europäischen Union Rechnung, eine einheitliche gerichtliche Zuständigkeit in Nachlasssachen zu schaffen.

6. Im Verfahrensrecht sollten dieselben Begriffe verwendet werden wie im bürgerlichen Recht. Nach § 1937 BGB ist Oberbegriff die „Verfügung von Todes wegen“. Das sollte mit der Begriffsbildung in der Überschrift von Titel 3 des Entwurfs sowie in §§ 355 Abs. 6, 359 a), 359 b), 359 c), 359 d), 359 e), 359 f) harmonisiert werden, zumal in der Begründung des Diskussionspapiers zutreffend das Ziel herausgestellt wird, die Regelung auf Erbverträge auszudehnen.

II. Zu einzelnen Normvorschlägen

1. Zu § 359 a) FamFG-E

§ 359 a) Abs. 1 Satz 2 FamFG-E ist zu ergänzen um die Worte „soweit tunlich“. Auch im bisherigen § 2260 Abs. 1 Satz 2 BGB waren diese Worte enthalten. Sie führen zu einer flexibleren Handhabung des Eröffnungsverfahrens.

2. Zu § 359 f) FamFG-E

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf alle Letztwilligen Verfügungen ist zu begrüßen.

3. Zu § 360 FamFG-E

Im ersten Satz sollte das Wort „seinen“ gestrichen werden. Nach bisherigem Recht und ständiger Praxis kommen auch andere Personen als der Antragsteller als Erbe in Betracht.

Es sollte darüber hinaus deutlicher werden, dass der Erbschein „auch“ über die Größe des Erbteils erteilt wird.

4. Zu § 365 FamFG-E

Nach der Begründung des Diskussionsentwurfs ist unklar, ob die – nicht sachgerechte – Änderung wirklich gewünscht ist, dass auch die Angaben nach § 262 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 FamFG-E durch öffentliche Urkunden bewiesen werden sollen.

5. Zu § 367 FamFG-E

Der DAV hat bereits in seiner Stellungnahme zu § 360 des Referentenentwurfs (Stand 14.02.2006) bedauert, dass der Entwurf sich damit von dem in der Praxis bewährten Vorbescheidsverfahren lösen will. Das Vorbescheidsverfahren sollte ausdrücklich kodifiziert werden.

6. Zu § 370 FamFG-E

Die Regelung in § 370 Abs. 1 FamFG-E, wonach auf den Antrag eines Nachlassgläubigers ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen ist, wirft die vorstehend bereits behandelte Frage auf, ob dieser Nachlassgläubiger „Beteiligter“ im Sinne von § 357 FamFG-E ist.

7. Zu § 373 FamFG-E

Es wird empfohlen, die Anhörung im Rahmen des Erbscheinverfahrens zu regeln. Für das Testamentvollstreckerzeugnis verweist § 370 Abs. 2 des Entwurfs auf die Vorschriften über den Erbschein.

III. Zum Vorschlag zur Neufassung der §§ 1696 BGB/174 FamFG-E

Es ist zweifelhaft, ob durch die Aufspaltung des § 1696 BGB in einen verfahrensrechtlichen und einen materiellrechtlichen Teil die Übersichtlichkeit der Norm gewinnt. Die beiden neuen Normen wirken - isoliert gesehen – unvollkommen. Das zeigen auch folgende Indizien:

- Es wird jetzt offenbar für erforderlich gehalten, in § 1696 Abs. 1 BGB die Begriffe „zum Sorge- oder Umgangsrecht“ einzuführen, obwohl die Vorschrift im Titel 5 des 4. Buchs des BGB steht. Eine Vereinfachung ist das nicht.
- § 1696 BGB soll sich nicht mehr mit dem verfahrensrechtlichen Teil befassen. Die Überschrift des Entwurfs („Gerichtlicher Entscheidungen“) suggeriert das Gegenteil.
- Unklar ist, was damit gemeint ist, dass die Vorschriften der §§ 1672 Abs. 2, 1680 Abs. 2 Satz 1, 1681 Abs. 1 und 2 BGB „unberührt“ bleiben sollen. Nach herrschender Meinung ist im Bereich von § 1680 Abs. 2 Satz 1 BGB § 1696 BGB nicht anwendbar. § 1672 BGB wird indessen als einer der Hauptanwendungsfälle des § 1696 genannt.
- Die Formulierung des Abs. 2 ist unglücklich, da zugleich die kindesschutzrechtliche Maßnahme legal definiert werden soll. Damit sind neben den §§ 1666 bis 1667 BGB noch acht weitere Vorschriften von Bedeutung. Dann macht es aber wenig Sinn, einige Vorschriften speziell zu nennen, andere aber nicht.

- Entgegen der Begründung liegt eine inhaltliche Änderung darin, dass von der alleinigen Änderungsvoraussetzung „Nichtmehrbestehen einer Gefahr“ dadurch abgewichen wird, dass gleichberechtigt daneben als Kriterium der „Mangel der Erforderlichkeit“ benannt wird. Darüber hinaus ist empfehlenswert, nicht nur eine Änderungsbefugnis sondern auch eine Aufhebungsbefugnis zu kodifizieren.