

Berlin, 13. Oktober 2006

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

Der Deutsche Notarverein e. V. dankt für die Übersendung des oben genannten Entwurfs und für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Das Bundesministerium der Justiz erwägt, im Zuge der FGG-Reform im 5. Buch des BGB enthaltene verfahrensrechtliche Vorschriften aus dem BGB herauszulösen und in das neu zu schaffende FamFG zu integrieren. Mit der Verlagerung von verfahrensrechtlichen Vorschriften in das FamFG sollen inhaltliche Änderungen ausdrücklich nicht verbunden sein (vgl. Ziffer IV. der Anlage 1).

Der Deutsche Notarverein hat keine prinzipiellen Bedenken gegen dieses Vorhaben. Das Bundesjustizministerium hat die für und gegen die Herauslösung der Vorschriften sprechenden Gründe bereits selbst dargestellt. Da die bisherige Rechtslage in der Praxis zu keinen besonderen Problemen geführt hat, spricht Vieles für einen Verbleib der Vorschriften im BGB. Umgekehrt sind die derzeitigen Überlegungen zur FGG-Reform der richtige Zeitpunkt, um eine systematische Bereinigung herbeizuführen.

Wichtiger als das „Ob“ der Verlagerung ist aus Sicht des Deutschen Notarvereins jedoch das „Wie“, die technische Umsetzung. Der Praxis wäre nicht damit gedient, wenn die systematische Trennung von materiellem Recht und Verfahrensrecht bei der Rechtsanwendung neue Probleme schaffen würde. Der insoweit in Anlage 2 unterbreitete Regelungsvorschlag muss sich deshalb am ausdrücklich vorgegebenen Ziel messen lassen, die Regelungsinhalte nicht verändern zu wollen.

Hier gibt es jedoch größeren Nachbesserungsbedarf, der nachfolgend im Einzelnen erläutert werden soll:

1. Zu § 355 FamFG

Der dem Deutschen Notarverein vorliegende Referentenentwurf des FamFG (Stand 14. Februar 2006) kennt in § 355 FamFG lediglich drei Absätze. Es ist daher unverständlich,

wieso nach den Abs. 1 bis 5 ein Absatz 6 eingefügt werden soll. Oder soll in § 356 FamFG ein Absatz 6 eingefügt werden? Sollte hier eine Korrektur erforderlich sein, gilt dies auch für den in § 359c FamFG (= § 2261 Satz 2 BGB) enthaltenen Verweis auf § 355 Abs. 6 FamFG.

Zu Beginn der Begründung ist die Rede von einer „Begründung zu den §§ 360 bis 373 (...)“. Richtig muss es hier heißen „(...) zu den §§ 355 bis 373 (...)“. Anschließend sollte in der Begründung die Überschrift „Abschnitt 1 Begriffsbestimmung, örtliche Zuständigkeit“ sowie die Erläuterung „Zu § 355 (Örtliche Zuständigkeit)“ folgen. Daraufhin wäre mit „Titel 3. Eröffnung letztwilliger Verfügungen durch das Nachlassgericht“ und nicht „Titel 3. Erbscheinsverfahren; Testamentsvollstreckung“ anzuschließen.

2. Zu § 359a FamFG

§ 359a FamFG soll nach der Begründung den Regelungsgehalt des § 2260 übernehmen. Aus nicht näher erläuterten Gründen sind jedoch in § 359a Abs. 1 FamFG im Hinblick auf die Terminladung die Worte „soweit tunlich“ gestrichen worden.

Dies steht im Widerspruch zum ausdrücklich erklärten Ziel, Regelungsinhalte nicht ändern zu wollen und ist im Übrigen auch inhaltlich nicht gerechtfertigt. Hierzu sei nur auf die Kommentierung im Palandt (Palandt-Edenhofer, 65. Auflage 2006, § 2260 Rz. 4) verwiesen, wonach die Beteiligten heute häufig zweckmäßiger, schneller und zuverlässiger durch Übersendung von Ablichtungen unterrichtet werden als durch Ladung zum Verkündigungstermin. Die das FG-Verfahren auszeichnende Flexibilität sollte hier nicht durch eine verpflichtende Ladung willkürlich beschnitten werden. Vielmehr sollte es auch zukünftig dem Nachlassgericht obliegen, das im Einzelfall geeignete Verfahren zu wählen.

3. Zu § 359d FamFG

Nach der Begründung soll der Regelungsinhalt des § 2262 BGB auf alle letztwilligen Verfügungen ausgedehnt werden. Dies wird vom Entwurfstext nicht umgesetzt, der nach wie vor vom „Testament“ spricht. Richtig müsste es heißen: „Das Nachlassgericht hat die Beteiligten, die bei der Eröffnung der letztwilligen Verfügung nicht zugegen (...)“

4. Zu § 359f FamFG

Die Bestimmung des § 2264 BGB, die bislang nur für Testamente gilt, soll auf alle letztwilligen Verfügungen ausgedehnt werden, insbesondere also auf den notariellen Erbvertrag. Nach § 2264 BGB bzw. § 359f FamFG ist für die Einsichtnahme in und die Abschrifterteilung von eröffneten letztwilligen Verfügungen ein „rechtliches Interesse“ erforderlich. „Rechtliches Interesse“ (der Antragsteller muss sich auf ein vorhandenes Recht stützen) ist dabei enger auszulegen als das „berechtigte Interesse“ (es genügt ein nach vernünftigen Erwägungen durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse, das auch tatsächlicher, d. h. wirtschaftlicher Art sein kann) nach § 7 FamFG bzw. § 34 FGG.

Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 2264 BGB auf alle letztwilligen Verfügungen bedeutet eine Rechtsänderung, denn für die Einsichtnahme in eröffnete Erbverträge gilt de lege lata nicht § 2264 BGB (§ 2300 Abs. 1 BGB verweist nicht auf § 2264 BGB), sondern allein § 34 FGG (Palandt-Edenhofer, a.a.O., § 2264 BGB Rz. 1 und § 2353 Rz. 24). Gleichwohl ist diese Änderung zu begrüßen, da sich eine unterschiedliche Behandlung von Testamenten und Erbverträgen sachlich kaum rechtfertigen lässt.

5. Zu Titel 4 Erbscheinsverfahren, Testamentsvollstreckung

Der bisherige Titel 3 (§§ 360 ff. FamFG) wird nach Einfügung der Vorschriften zur Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen nun zu Titel 4. Weiter gehen wir davon aus, dass aus dem bisherigen Titel 4 (Sonstige verfahrensrechtliche Regelungen, §§ 364 ff. FamFG) nunmehr Titel 5 werden muss, beginnend mit dem § 374 FamFG (jetzt: § 364 FamFG).

6. Zu § 360 FamFG

§ 360 FamFG möchte § 2353 BGB mit kleineren sprachlichen Korrekturen übernehmen. Hier regen wir folgenden Wortlaut an:

“Dem Erben wird von dem Nachlassgericht auf seinen Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht erteilt (Erbschein). Ist der Erbe nur zu einem Teil der Erbschaft berufen, wird der Erbschein auch über die Größe des Erbteils erteilt (Teilerbschein).“

Die Änderungen beziehen sich auf den 2. Satz von § 360 FamFG. Hier sollte zunächst statt „Zeugnis“ der in Satz 1 soeben legal definierte terminus technicus „Erbschein“ ver-

wendet werden. Weiter sollte klargestellt werden, dass der Erbschein „auch“ über die Größe des Erbteils erteilt wird (in der bisherigen Formulierung des „§ 2353 BGB kommt dies über das Wort „und“ zum Ausdruck). Außerdem könnte der Erbschein nach Satz 2 ebenfalls als „Teilerbschein“ legaldefiniert werden.

Schließlich regen wir an, dass in der Begründung zum neuen § 360 FamFG ausdrücklich klargestellt wird, dass inhaltliche Änderungen mit der sprachlichen Klarstellung nicht verbunden sein sollen.

7. Zu § 362 FamFG

Die sprachlichen Korrekturen begegnen keinen Bedenken. In der Begründung sollte allerdings richtig auf § 2354 Abs. 1 Nr. 3 BGB verwiesen werden.

8. Zu § 365 FamFG

Hier sollen nach der Begründung nur geringfügige sprachliche Verbesserungen vorgenommen worden sein. Dies trifft nicht zu, denn im Gegensatz zum geltenden Recht (§ 2356 Abs. 1 BGB) sollen nicht mehr nur die Angaben nach § 362 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 FamFG (= § 2354 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 BGB) durch öffentliche Urkunden bewiesen werden, sondern auch die Angaben nach § 362 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 FamFG.

Dies kann schon aus systematischen und sprachlichen Gründen nicht richtig sein, da es in diesem Fall für die eidesstattliche Versicherung nach § 365 Abs. 2 FamFG im Hinblick auf § 362 FamFG keinen Anwendungsbereich mehr gäbe. Denn es ist nicht ersichtlich, was unter die „übrigen nach den §§ 362 (...) erforderlichen Angaben“ fallen könnte. Wir gehen daher mit der Gesetzesbegründung davon aus, dass inhaltliche Änderungen nicht beabsichtigt waren und es sich in § 365 Abs. 1 FamFG um ein Redaktionsversehen handelt. Richtig wäre wie folgt zu formulieren:

„(1) Der Antragsteller hat die Richtigkeit der nach § 362 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 gemachten Angaben (...)“

9. Zu § 367 FamFG

§ 367 FamFG entspricht dem bisherigen § 360 FamFG in der uns vorliegenden Fassung des Referentenentwurfs (Stand: 14. Februar 2006). Hierzu hat sich der Deutsche Notarverein bereits in seiner Stellungnahme zum FGG-Reformgesetz vom 30. Juni 2006 geäußert. Darauf wird verwiesen. Es wurde insbesondere angeregt, die etwas unklare Formulierung in § 360 Abs. 2 FamFG wie folgt zu fassen:

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

Außerdem hat sich der Deutsche Notarverein aus grundsätzlichen Erwägungen für den Erhalt des Instituts des Vorbescheides ausgesprochen. Der Vorbescheid könnte auch neben der Regelung des § 360 Abs. 2 bestehen. Dies würde die Flexibilität im FGG-Verfahren erhalten bzw. sogar erhöhen (Einzelheiten in der Stellungnahme vom 30. Juni 2006).

In der Begründung zu § 367 Abs. 3 FamFG sollte nicht auf § 2361 BGB, sondern auf § 368 FamFG verwiesen werden.

10. Zu § 368 und § 369 FamFG

Gegen die §§ 368 und 369 FamFG bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Insbesondere die Vorschrift des § 369 FamFG war bereits in dem vorliegenden Referentenentwurf des FamFG (Stand: 14. Februar 2006) als § 361 FamFG enthalten.

Die aus dem Referentenentwurf des FamFG (Stand 14. Februar 2006) übernommene Begründung zu § 368 Abs. 4 FamFG ist dagegen unklar. Zunächst einmal deswegen, weil auf einen nicht existierenden § 2 Abs. 2 KostO verwiesen wird. Vermutlich soll auf § 2 Nr. 2 KostO (bzw. § 2 Nr. 5 KostO in der Fassung des Referentenentwurfes mit Stand vom 14. Februar 2006) Bezug genommen werden. § 2 Nr. 2 KostO bestimmt den Kostenschuldner im Amtsverfahren (nämlich derjenige, dessen Interesse wahrgenommen wird, den sogenannten „Interesseschuldner“). Nach der Gesetzesbegründung soll diese Vorschrift nicht in jedem Verfahren eine angemessene Lösung gewährleisten. Es erschließt sich nicht, inwieweit § 368 Abs. 4 FamFG hier für Abhilfe sorgen kann. § 368 Abs. 4 FamFG äußert sich nämlich nicht zur Frage der Kostenschuldnerschaft, sondern schreibt lediglich vor, dass zugleich mit dem Einziehungsbeschluss über die Kosten zu entscheiden ist. Das Gericht hat dann bei der Kostenentscheidung selbstverständlich § 2 Nr. 2 KostO anzuwenden, der als

bundesrechtliche Vorschrift (§ 83 Abs. 5 FamFG) der allgemeinen Regelung des § 83 FamFG vorgeht.

Die Funktion von § 368 Abs. 4 FamFG besteht vielmehr darin, eine obligatorische Kostenentscheidung anzuordnen. § 368 Abs. 4 FamFG ist deshalb lex specialis zu den §§ 83 ff. FamFG, die das „Ob“ der Kostenentscheidung in das Ermessen des Gerichts stellen.

In der Begründung zu § 369 heißt es in der Überschrift fälschlicherweise „Kostenentscheidung“. Die Kostenentscheidung ist aber nicht Bestandteil von § 369 FamFG, sondern von § 368 Abs. 4 FamFG.

11. Zu § 370 FamFG

Die Klarstellung, dass auch Nachlassgläubiger berechtigt sind, die Ernennung des Testamentsvollstreckers zu beantragen, ist zu begrüßen. Die Klarstellung sollte jedoch auch eine Ergänzung des Beteiligtenbegriffes in § 357 Abs. 2 FamFG nach sich ziehen. Stellt der Gläubiger den Antrag, so dürfte auch dieser „Beteiligter“ im Sinne des § 357 Abs. 2 FamFG sein. Es könnte z. B. in § 357 Abs. 2 formuliert werden:

„(2) Im Verfahren zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers sind Beteiligte der Antragsteller (§ 8 Abs. 1) und, soweit nicht mit diesem identisch, der Testamentsvollstrecker. (...)“

Der in der Begründung genannte § 370 Abs. 2 FamFG, wonach vor der Zeugniserteilung der Erbe zwingend angehört werden soll, findet sich nicht im Gesetzestext. Vermutlich soll auf den neuen § 373 FamFG hingewiesen werden. Dies sollte allerdings in der Begründung entsprechend klargestellt werden.

12. Zu § 371 FamFG

§ 371 Abs. 2 und 3 sollen den Regelungsgehalt von §§ 82 Abs. 1 und 2 FGG übernehmen (vgl. bereits § 363 Abs. 2 und 3 des Referentenentwurfes vom 14. Februar 2006).

Hier ist zu befürchten, dass durch den leicht veränderten Wortlaut auch der Inhalt der Vorschriften geändert wird.

§ 82 Abs. 1 FGG regelt die Beschwerdebefugnis (einfache, nicht fristgebundene Beschwerde) jedes einzelnen von mehreren Testamentsvollstreckern in zwei Fällen, nämlich

1. bei Beschlüssen des Gerichts, mit der Anordnungen des Erblassers außer Kraft gesetzt werden, und
2. bei Beschlüssen des Gerichts, die über Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern ergehen.

§ 82 Abs. 2 FGG ordnet im zweiten Fall (Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern) die fristgebundene Beschwerde an, wenn sich die Meinungsverschiedenheiten auf die Vornahme eines Rechtsgeschäftes beziehen und das Gericht über die Vornahme des Rechtsgeschäftes an Stelle der Testamentsvollstrecker entscheidet.

Neben den Fällen des § 82 Abs. 2 FGG sind aber auch noch andere Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern denkbar (etwa über die Auslegung des Testaments, über ein etwaiges Nachfolgerernennungsrecht, über die Frage, ob eine Handlung von allen Testamentsvollstreckern gemeinsam vorgenommen werden muss etc.), die sich nicht auf die Vornahme von Rechtsgeschäften beziehen. Mit anderen Worten: Die in § 82 Abs. 2 FGG genannten „Meinungsverschiedenheiten über die Vornahme von Rechtsgeschäften“ stellen nur einen Ausschnitt der in § 82 Abs. 1 Nr. 2 FGG geregelten „Meinungsverschiedenheiten“ dar.

Dieser Sachverhalt wird in der beabsichtigten Neuregelung des § 371 Abs. 2 und 3 FamFG nicht zutreffend wiedergegeben. Vielmehr verweist § 371 Abs. 3 FamFG hinsichtlich der Meinungsverschiedenheiten ausschließlich auf § 371 Abs. 2 und damit lediglich auf die Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Vornahme von Rechtsgeschäften. Der Deutsche Notarverein regt daher an, § 371 Abs. 3 wie folgt zu formulieren:

„Führen mehrere Testamentsvollstrecker das Amt gemeinschaftlich, so steht die Beschwerde gegen einen Beschluss, durch den das Nachlassgericht über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern entscheidet,

sowie einen Beschluss, durch den das Nachlassgericht Anordnungen des Erblassers für die Verwaltung des Nachlasses außer Kraft setzt, jedem Testamentsvollstrecker selbständig zu.“

13. Zu § 372 FamFG

In § 372 FamFG ist der Verweis auf § 2368 BGB zu streichen. Der Regelungsinhalt von § 2368 BGB ist bereits in § 370 Abs. 2 aufgegangen.

14. Zu § 373 FamFG

§ 373 FamFG soll die bisherigen Anhörungsvorschriften der §§ 2360 und 2368 Abs. 2 BGB zusammenfassen und dabei den Erfordernissen des § 103 Abs. 1 GG Rechnung tragen.

Undeutlich ist allerdings der genaue Regelungsgehalt. § 373 FamFG verweist auf die Beteiligten nach § 357 FamFG. Es wird nicht klar, ob von diesem Verweis nur die zwingend Beteiligten erfasst werden (jeweils nur die Antragsteller) oder auch die fakultativ zu beteiligenden Personen. Erstere Auslegung dürfte zu eng und mit der Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 1 GG nicht vereinbar sein. Letztere Auslegung dehnt dagegen die Anhörungspflicht so weit aus (vgl. insbesondere § 357 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 FamFG: „alle Übrigen, deren Recht durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar betroffen werden kann.“), dass es in der gerichtlichen Praxis zu Problemen kommen könnte.

Hier sollte in jedem Fall eine Präzisierung erfolgen. Leitlinie wäre dabei die zu §§ 2360 und 2368 BGB ergangene Rechtsprechung.

15. Zu Artikel 43 Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs

Die erforderlichen Änderungen im BGB sind folgerichtig umgesetzt.

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