



Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den
Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Fam-FG)

erarbeitet vom
Ausschuss ZPO/GVG
der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

RA Dr. Hermann **Büttner**, Karlsruhe, Vorsitzender
RAuN Horst **Droit**, Wallenhorst (Berichterstatter)
RA Dr. Hans **Eichele**, Mainz
RA Dr. Gerold **Kantner**, Rostock
RA Dr. Jürgen **Lauer**, Köln
RA Lothar **Schmude**, Köln
RA Dr. Michael **Weigel**, Frankfurt/M.
RAuN Dr. Hans-Heinrich **Winte**, Hildesheim

RAin Anabel **von Preuschen**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Gerichtsvollzieherbund
Deutsche Rechtspflegervereinigung
Deutscher Juristinnenbund
Redaktion NJW
Redaktion ZAP

November 2006

BRAK-Stellungnahme-Nr. 35/2006

Im Internet unter www.brak.de (Stellungnahmen)

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem Entwurf der Vorschriften über die Neuregelung des Aufgebotsverfahrens in Buch 8 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit Stellung zu nehmen.

Allgemeine Bemerkungen

Bei dem Aufgebotsverfahren handelt es sich in der Tat um ein geradezu typisches Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die im 9. Buch der ZPO zusammengefassten Bestimmungen über das Aufgebotsverfahren stellen in der Zivilprozessordnung einen Fremdkörper dar. Die Überlegung, das Aufgebotsverfahren im FamFG zu regeln, ist daher im Grundsatz uneingeschränkt zu begrüßen. Der Entwurfsbegründung im allgemeinen Teil kann insoweit voll zugestimmt werden.

Keine Bedenken bestehen auch gegen die beabsichtigte Änderung der Verfahrensgrundsätze, wonach der Aufgebotstermin durch ein schriftliches Anmeldeverfahren und das Ausschlussurteil durch den Aufgebotsbeschluss ersetzt werden sollen.

Die Trennung zwischen dem Aufgebotsantrag und dem Antrag auf Erlass des Aufgebotsbeschlusses soll beibehalten werden. Begründet wird das mit vermeintlichen materiell-rechtlichen Erfordernissen. Die Argumentation überzeugt hingegen nicht. Unter Hinweis auf das Verfahren zum Aufgebot der Nachlassgläubiger wird in der Entwurfsbegründung zu § 466 FamFG-E dargelegt, dass der Erbe nach Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Einreden nach §§ 2015 und 2045 BGB erheben kann. Während des schwebenden Verfahrens kann er die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten und die Erbaueinandersetzung verweigern. Um dem Erben die durch die Einreden erzielte notwendige Überlegungsfrist zu erhalten, müsse sichergestellt werden,

dass das Aufgebotsverfahren nicht ohne weiteres beendet werden kann, wofür sich der Entwurf auf die Materialien zum BGB beruft.

Schon systematisch ist das wenig nachvollziehbar. Das Aufgebotsverfahren hat das Ziel, nicht angemeldete Ansprüche oder Rechte auszuschließen oder deren Rang zu mindern. Bewirkt wird das durch den im Fall der Nichtanmeldung ergehenden Aufgebotsbeschluss. Daher sollte der Aufgebotsantrag unter logischen Gesichtspunkten ohne weiteres den Beschlussantrag beinhalten. Eine Differenzierung zwischen dem Verfahrensantrag und dem Entscheidungsantrag ist im deutschen Recht auch ansonsten zumindest unüblich. Die Aufgebotsfrist als solche reicht zudem aus, dem Antragsteller die notwendige Überlegungsfrist zu erhalten. Im Ergebnis sollte daher auf die gesonderte Antragstellung zum Aufgebotsbeschluss im Sinne einer Verschlinkung des Verfahrens verzichtet werden.

Nicht schlüssig erscheint auch das vorgeschlagene Rechtsbehelfssystem. Hierzu heißt es im allgemeinen Teil der Entwurfsbegründung, dass für die Anfechtungsklage nach § 957 Abs. 2 ZPO kein Raum (kein Bedarf) mehr bestehe. Für den Aufgebotsbeschluss gelte das Rechtsmittelsystem des 1. Buches, er sei daher mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar. Wegen der Abänderungsmöglichkeiten der §§ 48 f. FamFG-E sei es auch nicht mehr geboten, die Überprüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Aufgebotsbeschlusses nach dem Vorbild des § 957 Abs. 1 ZPO auszuschließen.

Letzteres ist schon deshalb verfehlt, weil die §§ 48, 49 und 51 FamFG-E auf den Aufgebotsbeschluss nicht anwendbar sein sollen (§ 466 Abs. 3 E). Der Hinweis auf §§ 48 ff. FamFG-E an der vorzitierten Stelle der Entwurfsbegründung ist aber wohl auch nicht maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, dass gegen den Aufgebotsbeschluss die sofortige Beschwerde allgemein eröffnet werden soll. Bei grundsätzlicher Unanfechtbarkeit des Aufgebotsbeschlusses entsprechend dem Ausschlussurteil und (möglicher) Übertragung der funktionalen Beschlusszuständigkeit auf den Rechtspfleger wäre nämlich die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht gewahrt.

Gegenüber der aktuellen Situation soll also die Möglichkeit zur Anfechtung der Entscheidung (Ausschlussurteil bzw. Aufgebotsbeschluss) einerseits erweitert werden. Andererseits würde der Rechtsbehelf der Anfechtung entfallen. Auch eine Änderungsmöglichkeit und ein Wiederaufnahmeverfahren sollen nicht zur Verfügung stehen. Das ist nicht zu Ende gedacht und nicht hinnehmbar.

Aufgrund der Rechtsweggarantie ist es in der Tat geboten, ein ordentliches Rechtsmittel gegen den Beschluss zu gewähren. Die sofortige Beschwerde ist jedoch im Aufgebotsverfahren unzureichend, da die Beschwerdefrist kurz ist und unabhängig von der Kenntnis des in seinen Rechten beeinträchtigten Betroffenen läuft. Gerade im Aufgebotsverfahren wird ein in seinen Rechten beeinträchtigter Dritter, der bereits das Aufgebot nicht mitbekommen und deshalb seine Rechte bis zum Anmeldezeitpunkt nicht angemeldet hat, in aller Regel während der Beschwerdefrist auch nicht von dem Aufgebotsbeschluss erfahren. Faktisch wird ihm die Möglichkeit zur Einlegung der befristeten Beschwerde deshalb gar nicht zur Verfügung stehen.

Nach geltendem Recht beginnt die Frist für die Anfechtungsklage mit dem Tag, an dem der Kläger Kenntnis von dem Ausschlussurteil erhalten hat (§ 958 ZPO). Es erscheint zwingend erforderlich, einen entsprechenden Rechtsbehelf beizubehalten. Die Anfechtung des Aufgebotsbeschlusses auch nach Ablauf der Beschwerdefrist muss jedenfalls in krassen Fällen möglich sein. Insbesondere ist entsprechend der derzeitigen Anfechtungsklage oder den Gründen für ein Wiederaufnahmeverfahren an schwerwiegende Verfahrensmängel sowie an strafbare Handlungen des Antragstellers zu denken. Ob der Rechtsbehelf als Anfechtungsklage oder als Wiederaufnahmeverfahren ausgestaltet wird, ist dabei eher eine Frage der Systematik oder des Geschmacks. Die sofortige Beschwerde entsprechend §§ 62 ff. FamFG-E allein genügt jedenfalls nicht.

Zu den einzelnen Regelungen:

Die vorgeschlagenen Einzelregelungen stimmen teilweise wörtlich oder nahezu mit den bisherigen ZPO-Vorschriften überein. Die Stellungnahme beschränkt sich auf

Anmerkungen zu wesentlichen beabsichtigten Änderungen bzw. auf Änderungsanregungen, die der Entwurf bislang nicht vorsieht.

1. Zu § 461 FamFG-E – Antrag; Inhalt des Aufgebots

Aus Abs. 2 ergibt sich der "Systemwechsel", wonach Ansprüche betreffend den Gegenstand des Aufgebots nicht mehr bis zum Aufgebotstermin, sondern bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (dem Anmeldezeitpunkt) bei Gericht anzumelden sind. Der Aufgebotstermin insgesamt soll entfallen. Das erscheint sinnvoll. Die Erfahrung zeigt, dass der Aufgebotstermin nicht von den Beteiligten wahrgenommen wird. Es erscheint deshalb ausreichend, wenn vom Gericht ein Zeitpunkt festgesetzt wird, bis zu dem Ansprüche anzumelden sind.

2. Zu § 462 FamFG-E – Öffentliche Bekanntmachung

Es soll dabei verbleiben, dass das Aufgebot durch Anheftung an die Gerichtstafel und durch einmalige Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht wird. Die zusätzliche Bekanntmachung in elektronischen Informations- und Kommunikationssystemen soll hingegen freigestellt bleiben.

Letzteres erscheint bedenklich und im Zeitalter der elektronischen Kommunikation nicht mehr vertretbar. Jedes Gericht verfügt heute über eine Internetseite. Er sollte zumutbar und verpflichtend sein, Bekanntmachungen des Gerichts, die durch Anheftung an die Gerichtstafel erfolgen, auch auf der Internetseite des jeweiligen Gerichts zu veröffentlichen. Im Grunde müsste die Justiz darüber hinaus bereit und in der Lage sein, jedenfalls landesweit ein zentrales Informationssystem vorzuhalten, in dem die entsprechenden Bekanntmachungen bis zum Anmeldezeitpunkt eingesehen werden können. Nur wenn dies gegeben ist, erscheint die "öffentliche Bekanntmachung" wirklich sinnvoll.

3. Zu § 466 FamFG-E – Aufgebotsbeschluss

Das Ausschlussurteil soll durch den Aufgebotsbeschluss ersetzt werden, wobei

die funktionale Zuständigkeit auf den Rechtspfleger übertragen werden soll (Art. 19 E, Änderung des Rechtspflegergesetzes). Dagegen bestehen keine Bedenken.

Die §§ 48, 49 FamFG-E sollen auf den Aufgebotsbeschluss nicht anwendbar sein. In der Einzelbegründung heißt es hierzu, dass mit dem Feststellungsbeschluss (Aufgebots-Beschluss) materiell-rechtliche Wirkungen verbunden seien, auf die die beteiligten Personen und Dritte vertrauen. Eine nachträgliche Abänderung des Aufgebotsbeschlusses könne daher auch nicht nach den Regelungen der §§ 48, 49 FamFG erfolgen. Dem ist zuzustimmen.

Soweit auch ein Wiederaufnahmeverfahren nach § 51 FamFG-E ausgeschlossen werden soll, ist hingegen auf die obigen Ausführungen zum Rechtsbehelfssystem zu verweisen. Es muss eine von der öffentlichen Bekanntmachung und der Rechtskraft des Beschlusses unabhängige Anfechtungsmöglichkeit gegeben sein, durch die ein in seinen Rechten Verletzter unter eingeschränkten Voraussetzungen auch zu einem späteren Zeitpunkt die Aufhebung des Aufgebotsbeschlusses erwirken kann.

4. Zu § 468 FamFG-E – Fehlender Antrag

§ 954 ZPO sieht vor, dass neuer Termin zu bestimmen ist, falls der Antragsteller weder im Aufgebotstermin noch zuvor einen Antrag auf Erlass des Ausschlussurteils gestellt hat. Der Antrag kann nur binnen einer Frist von 6 Monaten nach dem Aufgebotstermin gestellt werden. § 468 FamFG-E sieht stattdessen vor, dass der Aufgebotsantrag als zurückgenommen gilt, wenn der Antragsteller innerhalb von 6 Monaten nach Ablauf der Aufgebotsfrist keinen Antrag auf Erlass des Aufgebotsbeschlusses stellt. Das erscheint zweckmäßig.

5. Zu § 469 FamFG-E – Öffentliche Bekanntmachung des Aufgebotsbeschlusses

Der Aufgebotsbeschluss soll durch einmalige Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger bekannt gemacht werden. Auch hier sollte eine zusätzliche Ver-

öffentliche auf der Internetseite des Gerichts oder in einem allgemeinen justiziellen elektronischen Informationssystem vorgeschrieben werden.

6. Zu § 473 FamFG-E – Inhalt des Aufgebots

Der bisherige Eigentümer soll aufgefordert werden, sein Recht spätestens im "Aufgebotstermin" anzumelden. Das kann nicht sein, wenn es keinen Aufgebotstermin mehr gibt. Offenbar ist übersehen worden, die Vorschrift, die wörtlich mit § 981 ZPO übereinstimmt, anzupassen.

7. Zu Abschnitt 5, §§ 493 bis 510 FamFG-E – Aufgebot der Schiffsgläubiger und Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden

Die Aufteilung der Vorschriften zum Aufgebotsverfahren in verschiedene Abschnitte ist neu. Das 9. Buch der ZPO enthält eine derartige Gliederung nicht. Im Sinne einer besseren Übersicht ist die Unterteilung prinzipiell zu begrüßen. Die Zusammenfassung der Regelungen über das Aufgebot von Schiffsgläubigern und das Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden in Abschnitt 5 des Entwurfs erscheint jedoch unglücklich. Tatsächlich befasst sich nur § 493 FamFG-E mit dem Aufgebot der Schiffsgläubiger, während die §§ 494 bis 513 FamFG-E das Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung von Urkunden behandeln. Eine inhaltliche Übereinstimmung oder Nähe zwischen den Regelungen ergibt sich nicht. Von daher ist die Zusammenfassung in einem Abschnitt systematisch nicht überzeugend. Die Bestimmungen sollten in zwei Abschnitte aufgeteilt werden, wobei die Regelungen des § 493 FamFG-E zugleich in mehrere Paragraphen aufgeteilt werden könnten.

8. Zu § 493 FamFG-E – Aufgebot der Schiffsgläubiger

Die Abschnitte 3 und 4 des Entwurfs beginnen jeweils mit einer Vorschrift, die in Abs. 1 den Anwendungsbereich des jeweiligen Abschnitts klarstellt und in Abs. 2 die örtliche Zuständigkeit regelt. § 493 Abs. 2 FamFG-E spricht hingegen nur allgemein von der Zuständigkeit. Auch hier dürfte tatsächlich nur die örtliche Zu-

ständigkeit gemeint sein.

9. Zu § 494 FamFG-E – Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden, örtliche Zuständigkeit

Die Regelung ist sprachlich und systematisch verunglückt. Abs. 1 enthält die Bestimmung, wonach die folgenden besonderen Vorschriften für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung einer Urkunde gelten. Abs. 2 enthält eine Regelung, die Besonderheiten zur Bekanntmachung vorsieht, falls das Aufgebot durch ein anderes als das nach § 494 FamFG-E zuständige Gericht erlassen wird. Abs. 3 regelt die örtliche Zuständigkeit für dieses Verfahren. Abs. 4 regelt schließlich eine besondere örtliche Zuständigkeit für Urkunden über grundbuchlich eingetragene Rechte.

Abgesehen davon, dass die Regelung gemäß Abs. 2 logisch nach den Bestimmungen zur örtlichen Zuständigkeit stehen müsste, erschließt es sich nicht, wie ein Aufgebot zur Kraftloserklärung von Urkunden durch ein anderes als das (nach § 494 FamFG-E) zuständige Gericht sollte erlassen werden können.

Die Regelung des § 494 Abs. 2 FamFG-E entspricht § 1006 Abs. 2 ZPO. Wird das Aufgebot durch ein anderes als das an sich zuständige Gericht erlassen, so ist das Aufgebot auch an der Gerichtstafel des prinzipiell zuständigen Gerichts öffentlich bekanntzumachen. Dies ergibt aber nur einen Sinn, weil § 1006 Abs. 1 ZPO vorsieht, dass Verfahren zur Kraftloserklärung von Inhaberpapieren von der Landesjustizverwaltung einem Amtsgericht für mehrere Amtsgerichtsbezirke übertragen werden können.

Im vorliegenden Entwurf fehlt eine solche Ermächtigung. Soweit sich aus anderweitigen Vorschriften die Möglichkeit ergeben sollte, ein Aufgebotsverfahren zur Kraftloserklärung von Urkunden einem anderen als dem nach § 494 FamFG-E örtlich zuständigen Gericht zuzuweisen, müsste die Bestimmung jedenfalls sprachlich entsprechend angepasst werden.

10. Zu § 503 FamFG-E – Aufgebotstermin bei bestimmter Fälligkeit

Die Überschrift sollte "Anmeldezeitpunkt bei bestimmter Fälligkeit" lauten.

11. Zu § 504 Fam-FG-E – Aufgebotsfrist

Auch hier ist wieder von einem "Termin" die Rede, obwohl der (Anmelde-) Zeitpunkt gemeint ist.

Fazit

Einerseits erscheint es „beruhigend“, dass der Entwurf weitgehend die Formulierungen des 9. Buches der ZPO übernimmt. Andererseits ist es so, dass die derzeitige Gesetzesfassung nicht unbedingt durch ihre Präzision und Systematik besticht. Die Einstellung der Vorschriften über das Aufgebotsverfahren in das FamFG sollte deshalb zum Anlass genommen werden, die Vorschriften auch systematisch und sprachlich zu präzisieren. Es bietet sich an, die Regelungen in den einzelnen Abschnitten weitestgehend gleichmäßig zu strukturieren und auch die einzelnen Formulierungen gleichmäßig zu halten. Das würde erheblich zur Übersichtlichkeit und "Nutzerfreundlichkeit" des künftigen Gesetzes beitragen.

* * *