



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Initiativstellungnahme Nr. 62 November 2021

zur Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde in Verfahren in Familiensachen sowie in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit November 2021

Mitglieder des Ausschusses Familien- und Erbrecht:

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens, Potsdam (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Armin Abele, Reutlingen

Rechtsanwalt J. Christoph Berndt, Halle (Berichterstatter)

Rechtsanwältin Karin Susanne Delerue, Berlin

Rechtsanwältin Jutta Deller, Düren

Rechtsanwalt Dr. Claus-Henrik Horn, Düsseldorf (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Alexander Mayerhöfer, Miesbach

Rechtsanwältin Karin Meyer-Götz, Dresden

Rechtsanwältin Beate Winkler, Freiburg im Breisgau

Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwältin Kristina Trierweiler, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages
Rechtsausschuss des Bundesrates
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Familienminister/Familiensensatoren der Länder
alle Fraktionen des Deutschen Bundestages
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bund Deutscher Rechtspfleger e.V.
Bundesverband der Freien Berufe e.V.
Deutscher Anwaltverein e.V.
Deutscher Familiengerichtstag e.V.
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.
Deutscher Juristinnenbund e.V.
Deutscher Notarverein e.V.
Deutscher Richterbund e.V.
Neue Richtervereinigung e.V.
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht e.V.
Redaktionen der Zeitschriften NJW – Neue Juristische Wochenschrift, NZFam – Neue Zeitschrift für Familienrecht, FuR – Familie und Recht, FamRZ – Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, FamRB – Familien-Rechtsberater, ErbR – Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis, NWB Erben und Vermögen, ZErB – Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis, ZEV – Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Forderung nach Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde in der freiwilligen Gerichtsbarkeit

1. Derzeitiges Verfahrensrecht

In Verfahren in Familiensachen sowie in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1 FamFG, nachfolgend FamFG-Verfahren) sieht der Gesetzgeber keine Nichtzulassungsbeschwerde gegen Entscheidungen des Beschwerdegerichts vor. Wenn dieses gemäß § 70 FamFG nicht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, sind seine Beschlüsse im Hinblick auf die Verletzung der Rechtsschutzgarantie aus Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und die Gewährleistung des gesetzlichen Richters aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG¹ gegebenenfalls nur vor dem BVerfG und damit sehr eingeschränkt überprüfbar.

Dagegen hat der Gesetzgeber durch § 544 ZPO für den Fall, dass das Berufungsgericht keine Revision zugelassen hat und die Beschwer 20.000,00 EUR übersteigt, eine Nichtzulassungsbeschwerde in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorgesehen.

Nach § 13 GVG sind FamFG-Verfahren mit bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gleichgestellt und deshalb gleich zu behandeln.² Das durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001³ neu gestaltete Rechtsbeschwerderecht gemäß §§ 574 ff. ZPO hat im Wesentlichen das FGG-Reformgesetz vom 17.12.2008⁴ umgesetzt.⁵ Der Gesetzgeber hat aber im FamFG keine dem § 544 ZPO entsprechende Vorschrift geschaffen, und zwar mit folgender Begründung: *“Für sie besteht kein Bedürfnis“*.⁶

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht dringenden Reformbedarf.⁷ Der rechtssuchende Bürger wird so in Familien- und Erbsachen benachteiligt.

¹ MüKoBGB/Fischer § 70 FamFG Rn. 34.

² Löhnig, NZFam 2019, 893, 894.

³ BGBl. 2001 I S. 1887.

⁴ BGBl. 2008 I S. 2586.

⁵ BT Drs. 16/6308 S. 209.

⁶ BT Drs. 16/6308 S. 225.

⁷ So auch der Deutsche Anwaltverein, Initiativstellungnahme Nr. 28/2015, FamRZ 2025, 1677.

2. Vom Gutdünken der Oberlandesgerichte bezüglich der Zulassung der Revision in FamFG-Verfahren in heutiger Zeit

Schon seit geraumer Zeit beschäftigt deutsche Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im gerichtlichen Instanzenzug in FamFG-Verfahren folgendes Problem: Seit dem Jahr 2002 ist die Nichtzulassungsbeschwerde vollständig abgeschafft. Somit liegt es gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG allein in der Hand der Oberlandesgerichte, eine höchstrichterliche Entscheidung über ein Problem des Familien- und Erbrechts im Falle der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (Nr. 1) oder der Erforderlichkeit einer Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (Nr. 2) herbeizuführen.

Der Tatbestand der Zulassung der Rechtsbeschwerde bedingt eine gebundene Rechtsfolge. Jedoch beinhaltet er zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe, die eine Mannigfaltigkeit von Auslegungsvarianten zulassen. Deshalb verwundert es nicht, dass der Umgang der verschiedenen Oberlandesgerichte mit der Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BGH stark differiert. Vor allem nach der Reform des Unterhaltsrechts zum 01.01.2008 reagierten die Oberlandesgerichte auf die aufgeworfenen Rechtsfragen im Unterhaltsrecht mit sehr unterschiedlichen Auslegungen.

So passen sich Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte heutzutage stromlinienförmig an die Rechtsauffassung desjenigen Oberlandesgerichtes an, an dem das jeweilige Verfahren gerade geführt wird. Dies ist ein für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung im gesamten Bundesgebiet, in der sonst sogar europäischer und internationaler Entscheidungseinklang angestrebt wird, unbefriedigendes Ergebnis. In diesem Zusammenhang spricht die kritische Literatur schon länger von einem „*an den OLG-Bezirken ausgerichteten Landrecht*“⁸

Schon 2007 hatte der Gesetzgeber beobachtet, dass die Oberlandesgerichte mit ihrem damaligen Ermessen zur Vorlage einer Rechtssache an den BGH sehr zögerlich umgingen. Damals führte der Gesetzgeber die gebundene Rechtsfolge bei der Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde durch die Oberlandesgerichte ein und zog damit nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer die falsche Konsequenz aus der eigentlich völlig richtigen Beobachtung. Es hätte schon damals klar werden müssen, dass die Oberlandesgerichte bei der Zulassung der Revision trotz gebundener Rechtsfolge mithilfe der Auslegung der offenen Tatbestandsmerkmale wiederum ihre zögerliche Haltung zur Vorlage an den BGH beibehalten würden.

Die Handhabung der Oberlandesgerichte seitdem zeigt: Diese Befürchtung hat sich bis zum heutigen Tag vollumfänglich bewahrheitet. Die Oberlandesgerichte lassen Rechtsbeschwerden in FamFG-Verfahren nur sehr zögerlich zu.⁹ Selbst wenn die Zulassungsfreudigkeit der Oberlandesgerichte rapide zunähme, änderte dies am generellen Problem der Abhängigkeit der Parteien/Beteiligten vom jeweiligen Oberlandesgericht bei der Herbeiführung einer höchstrichterlichen Entscheidung nichts.¹⁰

⁸ *Uecker*, AnwBl 2013, 810.

⁹ BT-Drucks. 16/6308 S. 167 f.

¹⁰ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht, FamRZ 2015, 1677, 1678.

Zumeist wird die Zulassung der Rechtsbeschwerde in Erbsachen ohne weitere Begründung¹¹ bzw. mit dem Argument abgelehnt, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handeln würde.¹² *Kanzleiter*¹³ forderte schon im Jahr 2015 für das Erbrecht zu Recht, dem BGH „*öfter das letzte Wort zu überlassen.*“ Die Zulassung der Rechtsbeschwerde würde auch etwa bei der Erbenfeststellung die Gerichtsbarkeit entlasten. Diese kann zum einen durch das Erbscheinsverfahren als auch durch die Erbenfeststellungsklage geklärt werden. Überzeugt einen Beteiligten die Beschwerdeentscheidung nicht und ist die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen, hat er in erster Instanz beim Landgericht eine Klage zu erheben, die es ihm sichert, dass der BGH sich zumindest im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde mit seiner Angelegenheit befasst. Das BVerfG¹⁴ hat noch am 25.05.2020 entschieden, dass gegen gerichtliche Entscheidungen in einem abgeschlossenen Erbscheinsverfahren die Verfassungsbeschwerde unzulässig ist, weil der Rechtsweg im Hinblick auf die mögliche Erbenfeststellungsklage noch nicht erschöpft ist. Für andere nachlassgerichtliche Streitigkeiten wie diejenigen hinsichtlich der Einrichtung einer Nachlasspflegschaft¹⁵ besteht keine Möglichkeit der Überprüfung der Anwendung des materiellen Rechts.

Zur Abhilfe dieses von vielen Rechtsanwälten für ihre Mandanten als Missstand empfundenen Zustandes kann nur eine Nichtzulassungsbeschwerde zur Vorlage an den BGH führen.

2. Zweifel an der Vereinbarkeit der Ungleichbehandlung des Zivilprozesses und des FamFG-Verfahrens mit dem Gleichheitssatz

Bis zum Jahr 2000, zu einer Zeit, in der in Familiensachen noch zwischen zivilprozessualen Streitgegenständen und Familiensachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterschieden wurde, mag der Zustand der indifferenten Rechtsprechungen der Oberlandesgerichte wegen des geringeren Anwendungsbereiches familienrechtlicher Verfahren juristisch hinnehmbar gewesen sein. Jedoch sind mit Einführung des Familienverfahrenrechts und insbesondere durch die Einführung des § 266 FamFG mittlerweile erheblich mehr Streitgegenstände in familiengerichtlicher Hand, weil eine Streitigkeit stets dann als sonstige Familiensache im Sinne des § 266 FamFG angesehen wird, wenn sich das Verfahren nicht eindeutig außerhalb des Familienrechts zuordnen lässt.¹⁶ Im Zweifel ist die familiengerichtliche Zuständigkeit anzunehmen.

Mit dieser Maßgabe und vor dem Hintergrund der rasanten Entwicklung der Gesetzgebung und Rechtsprechung im Bereich des Familienrechts seit Anfang des Jahrtausends wird klar, dass Familienstreitigkeiten mittlerweile einen erheblichen Anteil der gerichtlichen Verfahren ausmachen und sich teilweise mit zivilprozessualen Streitgegenständen überschneiden.

¹¹ OLG Saarbrücken Beschl. v. 28.7.2020 – 5 W 26/20, BeckRS 2020, 23422; OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.6.2020 – 3 Wx 79/20, BeckRS 2020, 13441; OLG Hamm Beschl. v. 23.4.2020 – I-10 W 26/19, BeckRS 2020, 19873; OLG Köln Beschl. v. 22.4.2020 – 2 Wx 84/20, BeckRS 2020, 10044; OLG München Beschl. v. 10.4.2020 – 31 Wx 354/17, BeckRS 2020, 6568; OLG Frankfurt a. M. Beschl. v. 26.9.2019 – 21 W 65/19, BeckRS 2019, 27988.

¹² OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.9.2014 – I-3 Wx 80/13, BeckRS 2014, 21228 Rn. 2-4; OLG Koblenz Urf. v. 27.11.2013 – 5 U 851/13, BeckRS 2013, 21613; OLG Hamm Beschl. v. 13.2.2013 – I-15 W 421/12, BeckRS 2013, 6747.

¹³ *Kanzleiter*, ZEV 2015, 249, 254.

¹⁴ BVerfG ZEV 2020, 489.

¹⁵ Etwa OLG Düsseldorf ErbR 2020, 586 mit abl. Anm. *Scheuing*: „Dieser Auffassung [des OLG] steht jedoch schon der Wortlaut der Norm entgegen, der neben der Annahme durch den Erben keine sichere Kenntnis über die Person des Erben verlangt. § 211 Satz 1 Fall 1 BGB stellt auf die Rechtslage als solche und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Klärung ab.“

¹⁶ BT-Drucks. 16/6308 S. 168 f. BGH, Beschluss vom 05.12.2012 – XII ZB 652/11, FamRZ 2013, 281.

Es ist daher nicht einsichtig und nachvollziehbar, warum „normale“ zivilprozessuale Streitigkeiten dahingehend privilegiert werden, dass sie mittels Nichtzulassungsbeschwerde von den Parteien eines Rechtsstreits zum BGH getragen werden können. Auch ist es widersprüchlich, dass ein Familienstreitverfahren, das vor der Einführung des § 266 FamFG vor ordentlichen Gerichten eingeordnet worden wäre und zu diesem Zeitpunkt eine Nichtzulassungsbeschwerde möglich gewesen wäre, nach heutiger Rechtslage familiengerichtlich, also nur bis zum Oberlandesgericht verhandelt und entschieden wird. Außerdem ist, wie schon *Uecker* 2013 feststellte, für Verfahrensbeteiligte nicht erklärlich, warum „*ein Streit über den Kauf einer S-Klasse von Mercedes bis zum BGH vordringen kann, während langjährige Unterhaltsverpflichtungen rechtskräftig vom Oberlandesgericht entschieden werden können.*“¹⁷ Die Bedeutung für Beteiligte ist finanziell und für ihren Lebensalltag mindestens genauso groß wie in anderen zivilrechtlichen Streitigkeiten.

Zur Rechtfertigung der gesetzlichen Ungleichbehandlung der Gerichtszweige zur Nichtzulassungsbeschwerde und des damit einhergehenden Eingriffs in den Gleichheitssatz hatten der Gesetzgeber 2007 und der BGH den vom BVerfG geforderten „*einleuchtenden Grund*“¹⁸ die Vermeidung einer Überlastung des Revisionsgerichts und die Gleichbehandlung aller Familiensachen genannt.¹⁹ Zur Gleichbehandlung aller Familiensachen hat das Fehlen der Nichtzulassungsbeschwerde, wie der am Umgang der Oberlandesgerichte mit der Zulassung der Rechtsbeschwerde zeigt, jedenfalls nicht geführt.

In der im Mai 2020 geführten Bundestagsdebatte nahm MdB Katja Keul, Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, in ihrem Plädoyer für die Wiedereinführung der Nichtzulassungsbeschwerde in Familiensachen das Kapazitätsargument auf. Aus ihrer Sicht vermag dieses Argument nicht, die Ungleichbehandlung der Gerichtszweige in Bezug auf die Nichtzulassungsbeschwerde zu rechtfertigen und ist bestrebt, einen Gleichlauf von Zivilprozess und familiengerichtlichem Verfahren gesetzlich vorzuschreiben, indem auch in Bezug auf familiengerichtliche Verfahren eine Nichtzulassungsbeschwerde eingeführt wird. Organisatorisch soll dies gelingen, indem entweder beim BGH ein zweiter Familiensenat gebildet oder die Familiengerichtsbarkeit komplett ausgelagert wird, um ein eigenes Bundesfamiliengericht als Revisionsinstanz zu schaffen.²⁰ Generell stehen wohl alle Fraktionen der Wiedereinführung der Nichtzulassungsbeschwerde offen gegenüber.

Die Bundesrechtsanwaltskammer fordert ebenfalls die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde in FamFG-Verfahren. Mit der heutigen umfassenden familiengerichtlichen Zuständigkeit steht der Ausschluss der Nichtzulassungsbeschwerde wegen der immensen Bedeutung der familiengerichtlichen Verfahren für den Einzelnen, der notwendigen Vereinheitlichung der familiengerichtlichen Rechtsprechung durch den BGH für den Einzelnen und der erheblichen Überschneidung und Widersprüchen in der Einordnung einzelner Streitgegenstände in keinem angemessenen Verhältnis mehr zum „normalen“ Zivilprozess. Auch systematisch ist das Fehlen der Nichtzulassungsbeschwerden in FamFG-Verfahren nicht verständlich.²¹ Bei Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde könnte nach einer möglichen Torpedierung des obersten Gerichtes mit einer Vielzahl an Beschwerden durch ein beschleunigtes Abweisungsverfahren beim BGH begegnet werden.

¹⁷ *Uecker*, AnwBl 2013, 810.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 08.01.2004 - 1 BvR 864/03, FamRZ 2004, 1165.

¹⁹ BGH, Beschluss vom 31.08.2005 - XII ZR 14/03, FamRZ 2005, 1902, 1903.

²⁰ BT-Plenarprotokoll vom 15.05.2020, 19/161, S. 97 ff.

²¹ Deutscher Anwaltverein, Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht, FamRZ 2015, 1677.

4. Notwendige gesetzgeberische Konsequenzen

Eine Ungleichbehandlung der beiden Gerichtszweige ist aus den genannten Gründen auch im Hinblick auf § 13 GVG und Art. 3 GG nicht zu rechtfertigen. Nach geltendem Recht können Richter an Beschwerdegerichten selber - unanfechtbar - darüber entscheiden, ob ihre Entscheidung vom BGH überprüft wird. Deshalb sollte der Gesetzgeber die notwendige Gesetzesergänzung so schnell wie möglich vornehmen, damit strittige erhebliche Probleme des Familien- und des Erbrechtsrechts mittels Nichtzulassungsbeschwerde bald der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugeführt werden können.

Konkret schlägt die Bundesrechtsanwaltskammer folgende neue Norm vor (Änderungen im Vergleich zu § 544 ZPO kursiv markiert):

§ 72a FamFG Nichtzulassungsbeschwerde

(1) Die Nichtzulassung der *Rechtsbeschwerde* durch das *Beschwerdegericht* unterliegt der Beschwerde (Nichtzulassungsbeschwerde).

(2) Die Nichtzulassungsbeschwerde ist nur zulässig, wenn

1. der Wert der mit der *Rechtsbeschwerde* geltend zu machenden Beschwer 20.000 EUR übersteigt oder
2. das *Beschwerdegericht* die Beschwerde als unzulässig verworfen hat.

(3) - (9) *[entsprechend]*.
