

**Prof. Dr. Florian Jacoby**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Zivilverfahrensrecht sowie

Handels- und Gesellschaftsrecht

an der Universität Bielefeld

E-Mail: florian.jacoby@uni-bielefeld.de

**Schriftliche Stellungnahme**

**zu dem**

**Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen  
und den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

(FGG-Reformgesetz – FGG-RG),

BT-Drucks. 16/6308,

Thema: Allgemeines Verfahrensrecht

Zur Vorlage beim

**Deutscher Bundestag**

**16. Wahlperiode**

**Rechtsausschuss**

86. Sitzung

11. Februar 2008

## **I. Überblick**

Meine Stellungnahme gliedert sich in drei Teile. Sie beginnt mit einer positiven Gesamtwürdigung (unter II.). Es folgt eine Zustimmung zu ausgewählten Inhalten der Reform (III.). Abschließend mache ich noch zwei Verbesserungsvorschläge (IV.).

## **II. Positive Gesamtwürdigung**

Der Reformvorschlag ist zu begrüßen. Ich empfehle seine Umsetzung nachdrücklich. Kernstück der Reform ist das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG). Mit dem FamFG wird eine umfassende moderne Verfahrensordnung für die Familiensachen und die freiwillige Gerichtsbarkeit geschaffen.

Die Entwurfsbegründung zählt folgende Reformziele auf (BT-Drucks. 16/6308, S. 164):

- Schaffung einer zusammenhängenden Verfahrensordnung statt eines Lückengesetzes,
- Rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens,
- Koordinierung mit anderen Verfahrensordnungen,
- Anwenderfreundlichkeit von Gesetzesaufbau und -sprache,
- Stärkung von Konfliktvermeidung und alternativer Konfliktlösung,

Die genannten Ziele beschreiben das *Bedürfnis*, eine neue Verfahrensordnung zu schaffen. Der Entwurf wird diesen Zielen auch gerecht.

## **III. Zustimmung zu ausgewählten Inhalten**

Die Regelungen des Entwurfs enthalten ganz überwiegend keine Umwälzungen gegenüber dem bisherigen Recht. Sie enthalten aber eine Reihe von Neuerungen, die durchweg positiv zu bewerten sind, weil sie die gerade genannten Ziele umsetzen:

### **1. Gerichtsverfassungsrechtliche Regelungen**

Die nach dem FamFG verfahrenen Gerichte werden völlig zu Recht ausdrücklich in das Gerichtsverfassungsgesetz eingearbeitet. Geglückt sind auch die Regelungen über das neue Große Familiengericht. Es ist erstens treffend die Verfahren vor diesem Gericht einheitlich dem FamFG – wo nötig freilich mit seinen Verweisungen in die ZPO – zuzuordnen. Zweitens gefällt die Auflösung des Vormundschaftsgericht. So entfallen Zuständigkeitskonflikte. Die Schaffung des Betreuungsgericht bringt terminologisch die Neuordnung zum Ausdruck.

## **2. Beteiligtenbegriff**

Die Beteiligten sind die Subjekte des Verfahrens, die mit einer Reihe von Rechten und Pflichten ausgestattet sind. Um die Beteiligten zu bestimmen, wählt das FamFG einen neuen Ansatz. Es verwendet zum einen eine Generalklausel in § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG-E und zum anderen spezielle Beteiligtenkatalogen in den besonderen Teilen. Dieser Reformansatz ist gut: Auf diese Weise kann einerseits der Vielgestaltigkeit der fG-Verfahren angemessen Rechnung getragen werden. Andererseits erhalten durch die Beteiligtenkataloge Gericht wie Betroffene Rechtsklarheit, wer unter welchen Voraussetzungen zu beteiligen ist. Die Generalklausel hat gesetzestechnisch den Vorzug, dass die Zahl der Beteiligtenkataloge nicht unüberschaubar wird, und ermöglicht zugleich dem Gericht, dem jeweiligen Einzelfall zu genügen.

➤ *Für einen Verbesserungsvorschlag zu § 7 Abs. 3 u. 4 FamFG-E siehe unten IV. 1.*

## **3. Sachverhaltsaufklärung**

Auch die Bestimmungen über die Sachverhaltsaufklärung sind gelungen. Es wird zwischen Streng- und Freibeweis unterschieden.

Zu begrüßen ist insbesondere § 30 Abs. 3 FamFG-E. Nach dieser Bestimmung soll das Gericht über die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung eine förmliche Beweisaufnahme durchführen, wenn es seine Entscheidung maßgeblich auf die Feststellung dieser Tatsache stützen will und die Richtigkeit von einem Beteiligten ausdrücklich bestritten wird. Der Ausschluss des Freibeweises in diesem Bereich ist notwendig. Der Freibeweis ist seiner Natur nach auf die Stoffsammlung, nicht aber auf die Beweiserhebung zugeschnitten. Eine Ermessensentscheidung des Gerichts, im Einzelfall zur Beweiserhebung über umstrittene Tatsachen den Freibeweis dem Strengbeweis vorzuziehen, widerspräche den Beteiligungsrechten des Widersprechenden. Das übersieht der Bundesrat, wenn er vorschlägt, diese Bestimmung zugunsten einer ermessensgeleiteten Einzelfallprüfung zu streichen (BT-Drucks. 16/6308, S. 365).

## **4. Abschaffung des Vorbescheids**

Mit Nachdruck zu unterstützen ist die Abschaffung des Vorbescheids. Der Vorbescheid stellt einen Fremdkörper im Entscheidungs- und Rechtsmittelsystem dar: Denn erstens hat ein Gericht bei Entscheidungsreife entsprechend § 300 ZPO nicht eine Entscheidung anzukündigen, sondern diese zu erlassen. Zweitens ist die Ankündigung einer Entscheidung unverbindlich und daher nicht anfechtbar. Neben diesen dogmatischen sprechen auch prozessökonomische Gründe gegen den Vorbescheid. Denn das Gericht muss zwei Entscheidungen erlassen und

ausfertigen, damit eine Entscheidung wirksam wird. Auch ergeben sich für die Beteiligten zwei Möglichkeiten, gegen Entscheidungen Rechtsbehelfe einzulegen.

An die Stelle des Vorbescheids treten im Nachlassverfahren § 352 Abs. 2 FamFG-E und im Falle von Beschlüssen, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, Sonderregelungen in §§ 40 Abs. 2, 48 Abs. 3, 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG-E.

- *Bei § 63 FamFG-E besteht noch Nachbesserungsbedarf. Für einen Verbesserungsvorschlag siehe unten IV. 2.*

## **5. Instanzenzug**

Der vom Entwurf vorgesehene dreigliedrige Instanzenzug lehnt sich an die Regelungen im ZPO-Reformgesetz vom 27.7.2001 (BGBl I, S. 1887) an. Eingangsgesicht ist grundsätzlich das Amtsgericht. Die Beschwerdezuständigkeit liegt beim Oberlandesgericht (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 GVG-E), in Freiheitsentziehungssachen und gegen Entscheidungen der Betreuungsgerichte beim Landgericht (§ 72 Abs. 1 GVG-E). Gericht der Rechtsbeschwerde, die nur auf Zulassung stattfindet (§ 70 Abs. 1 FamFG-E), ist der BGH (§ 133 GVG-E). Dazu lässt sich wie folgt Stellung beziehen:

- a) Die Konzentration der Rechtsbeschwerde beim BGH ist zu begrüßen. Einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten fällt in die Zuständigkeit des BGH. Dieses Prinzip hat sich bereits in Miet- und Kostensachen bewährt. Auch im Wohnungseigentumsrecht wird diese Entscheidung überwiegend begrüßt. Die Divergenzvorlage des § 28 Abs. 2 FGG ist unökonomisch, sie hat sich überlebt.
- b) Die Beschränkung des Zugangs zur dritten Instanz durch das Zulassungserfordernis (§ 70 Abs. 1 FamFG-E) bedeutet eine Verkürzung von Rechtsschutzmöglichkeiten. Diese Regelung ist dennoch zu begrüßen. Zwei Instanzen gewähren hinreichend Rechtsschutz. Fehlurteile werden auch durch einen längeren Instanzenzug nicht verhindert. Sie treffen die Bürger unabhängig davon, nach wie vielen Instanzen sie erlassen worden sind. Es gibt keinen Anlass, an der Qualität der Rechtsprechung durch Eingangsgesicht und Beschwerdegericht zu zweifeln. Schließlich führt diese Regelung zu einer zu begrüßenden Harmonisierung von FamFG und ZPO.
- c) Ob man als Beschwerdegericht das Landes- oder Oberlandesgericht vorsieht, liegt im freien gesetzgeberischen Ermessen.

#### **IV. Verbesserungsvorschläge**

Zwei Verbesserungsvorschläge bitte ich zu prüfen:

##### **1. Verbesserungsvorschlag zu § 7 FamFG-E**

§ 7 FamFG-E enthält Regelungen darüber, wen das Gericht beteiligen muss (sog. Muss-Beteiligte, Abs. 2) und wen das Gericht nach seinem Ermessen beteiligen kann (sog. Kann-Beteiligte, Abs. 3). In beiden Alternativen wird die Pflicht zur Beteiligung bzw. zur Ermessenausübung über die Beteiligung an einen Antrag der betroffenen Person geknüpft. Der folgende Verbesserungsvorschlag bezieht sich auf die Informations- und Belehrungspflichten gegenüber solchen potentiellen Antragstellern und deren Rechtsschutzmöglichkeiten.

##### **a) Der Entwurf**

Eine gerichtliche Informations- und Belehrungspflicht statuiert § 7 Abs. 4 FamFG-E nur gegenüber den Kann-Beteiligten (§ 7 Abs. 3 FamFG-E), nicht aber gegenüber den Muss-Beteiligten (§ 7 Abs. 2 FamFG-E). Entsprechende Informations- und Belehrungspflichten sind daher Einzelbestimmungen wie § 345 Abs. 5 FamFG-E vorbehalten. Im Falle etwa des § 188 Abs. 2 FamFG-E (Jugendamt ist auf Antrag zu beteiligen) fehlt aber eine entsprechende Belehrungspflicht.

Bei einem Vergleich von § 7 Abs. 3 u. 4 FamFG-E einerseits und § 345 Abs. 5 FamFG-E andererseits fällt zudem auf, dass den Kann-Beteiligten gegen die Zurückweisung ihres Antrags auf Beteiligung das Recht zur sofortigen Beschwerde unter Verweis auf § 567 ff. ZPO zugestanden wird. Den Muss-Beteiligten bleibt bei Zurückweisung ihres Antrages hingegen nur die (allgemeine) Beschwerde nach § 58 FamFG-E, die aber nur gegen die Endentscheidung statthaft ist.

##### **b) Stellungnahme Bundesrat und Gegenäußerung Bundesregierung**

Diese Ungleichbehandlung rügt der Bundesrat in seiner Stellungnahme (BT-Drucks. 16/6308, S. 362). Er schlägt vor, die Beschwerdemöglichkeit der Kann-Beteiligten zu streichen. Auch die Kann-Beteiligten sollten auf die Beschwerde gegen die Endentscheidung verwiesen werden.

Die Bundesregierung stimmt diesem Vorschlag des Bundesrats in ihrer Gegenäußerung nicht zu (BT-Drucks. 16/6308, S. 404 f.). Sie will an der Beschwerdemöglichkeit der Kann-Beteiligten festhalten. Sie will aber prüfen, inwieweit im Gesetz klarer zum Ausdruck kom-

men kann, dass auch den Muss-Beteiligten eine Beschwerdemöglichkeit zusteht, sofern sie nicht beteiligt werden.

### **c) Mein Vorschlag**

Der Gegenäußerung ist zuzustimmen. Die Verfahrensrechte der (potentiellen) Antragsteller machen erforderlich, sie über ihre Beteiligungsmöglichkeit zu informieren und ihnen gegen eine Versagung der Beteiligung Rechtsschutz zu gewähren. Da es für eine unterschiedliche Regelung an jeder Rechtfertigung fehlt, sind die Informations- und Belehrungspflicht sowie der Rechtsbehelf einheitlich für Muss- und Kann-Beteiligte in § 7 Abs. 4 FamFG zu regeln. § 7 Abs. 3 FamFG-E wird dadurch gekürzt, § 345 Abs. 5 FamFG-E wird entbehrlich.

### **d) Formulierungsvorschlag**

Mein Formulierungsvorschlag für § 7 Abs. 3 und 4 FamFG unter *Streichung von § 345 Abs. 5 FamFG-E* lautet:

(3) Das Gericht kann von Amts wegen oder auf Antrag weitere Personen als Beteiligte hinzuziehen, soweit dies in diesem oder einem anderen Gesetz vorgesehen ist.

(4) Diejenigen, *die nach Absatz 2 auf Antrag als Beteiligte zum Verfahren hinzuzuziehen sind, und diejenigen, die nach Absatz 3 als Beteiligte zum Verfahren hinzugezogen werden können*, sind von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen, soweit sie dem Gericht bekannt sind. Sie sind über ihr Antragsrecht zu belehren. *Das Gericht entscheidet durch Beschluss, wenn es einem Antrag auf Hinzuziehung nicht entspricht. Der Beschluss ist mit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 der Zivilprozessordnung anfechtbar.*

## **2. Verbesserungsvorschlag zu §§ 40 Abs. 2, 63 Abs. 3 FamFG-E**

Gesetzliche Vertreter benötigen für bestimmte Geschäfte (etwa Grundstücksgeschäfte) der Zustimmung des Gerichts. Das folgt für den Vormund unmittelbar aus §§ 1821 f. BGB, für Eltern über den Verweis in 1643 BGB, für den Betreuer über den Verweis in § 1908i BGB und für Pfleger einschließlich Nachlasspfleger über den Verweis in § 1915 BGB. Nach § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB wird die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung dem Geschäftspartner gegenüber wirksam, wenn ihm die Genehmigung mitgeteilt wird. Nach diesem Zeitpunkt sollte sich der Geschäftspartner auf den Bestand der Entscheidung verlassen können. Eine spätere Aufhebung der Entscheidung würde dieses Vertrauen beeinträchtigen. Gleichzei-

tig kann es aber am Rechtsverhältnis Beteiligte geben, die die Genehmigungsentscheidung in der Rechtsmittelinstanz überprüft wissen wollen.

Die unterschiedlichen Interessen sind dadurch in Ausgleich zu bringen, dass zunächst den Beteiligten eine Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Entscheidung über die Genehmigung eingeräumt wird. Erst nach Erschöpfung dieser Möglichkeit kann die wirksame Genehmigung dem Vertragspartner mit den Wirkungen des § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB mitgeteilt werden. Dieser Ablauf wurde seit einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.1.2000 im Wege der sog. Vorbescheidslösung erreicht (BVerfGE 101, 397 ff.).

#### **a) Der Entwurf**

Den Vorbescheid gibt der Entwurf zurecht auf (dazu oben III. 4.). Beschlüsse, die die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand haben, werden nach § 40 Abs. 2 FamFG-E erst mit Rechtskraft, mithin ggf. nach Durchlaufen des Rechtsmittelverfahrens, wirksam. Erst dann können sie dem Geschäftspartner nach § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB mitgeteilt werden. Eine Beschleunigung erreicht § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG-E, der die Beschwerdefrist in diesen Verfahren auf zwei Wochen kürzt. Eine Aufhebung rechtskräftiger Beschlüsse verhindert § 48 Abs. 3 FamFG-E. Diese Bestimmung schließt gegen rechtskräftige Entscheidungen statthafte Rechtsbehelfe aus, wenn die rechtskräftige Genehmigung dem Geschäftspartner gegenüber nach § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB wirksam geworden ist.

#### **b) Das Problem**

Das Problem dieser Regelung besteht darin zu bestimmen, wann Rechtskraft eintritt. Die Beschwerdeberechtigung steht nach § 59 FamFG-E nicht nur den formell Beteiligten zu, sondern allen, die durch den Beschluss in ihren Rechten beeinträchtigt sind (Begründung zu § 59 FamFG-E, BT-Drucks. 16/6308, S. 204). Das können materiell Beteiligte sein, die das Gericht nicht kannte, etwa unbekannte Erben. Diesen unbekanntem materiell Beteiligten wird die Entscheidung nicht bekannt gemacht. Daher beginnt für sie die Rechtsmittelfrist nicht mit Bekanntmachung. Nach § 63 Abs. 3 FamFG-E beginnt die Frist dann erst mit Ablauf von fünf Monaten nach Erlass der Entscheidung.

Bis zu diesem Zeitpunkt wird die Genehmigung also mangels Rechtskraft nicht wirksam. Gericht und die formell Beteiligten, insbesondere der betroffene gesetzliche Vertreter, werden das aber nicht erkennen, wenn wir unterstellen, dass ein materiell Beteiligter unbekannt geblieben ist. Der gesetzliche Vertreter wird ein Rechtskraftzeugnis erwirken und die Genehmigung dem Geschäftspartner mitteilen. Diese Mitteilung löst aber nur scheinbar die Wirkung

des § 1829 Abs. 1 S. 2 FamFG-E aus, weil eine noch nicht rechtskräftige und daher noch nicht wirksame Genehmigungsentscheidung mitgeteilt wurde.

Führt dieser (zunächst) unbekannte materiell Beteiligte nun erfolgreich ein Rechtsmittelverfahren durch, wird die Genehmigungsentscheidung aufgehoben, obwohl Geschäftspartner, gesetzlicher Vertreter und alle anderen Beteiligten auf den Bestand der ursprünglichen Genehmigungsentscheidung vertraut haben.

Diese Problemkonstellation wird freilich nur selten auftauchen. Angesichts der hohen Zahl von Genehmigungsverfahren, gilt es aber, auch nur die Gefahr solcher Konstellationen auszuschließen.

### **c) Mein Vorschlag**

Es ist sicherzustellen, dass in diesen besonderen Verfahren die Rechtsmittelfrist für alle (unbekannt) materiell Beteiligten zur gleichen Zeit wie für die formell Beteiligten läuft. Dann besteht jedenfalls nach Ablauf dieser Rechtsmittelfrist Sicherheit darüber, dass Rechtskraft eingetreten ist. (Freilich bleibt das Problem, dass ein Rechtsmittelverzicht aller formell Beteiligten den Eintritt von formeller Rechtskraft nicht herbeiführt, wenn es noch materiell Beteiligte gibt.) Dieses Konzept lässt sich umsetzen, indem man in diesen besonderen Verfahren den Beginn der Rechtsmittelfrist spätestens dann beginnen lässt, wenn die Entscheidung allen formell Beteiligten bekannt gemacht ist.

### **d) Formulierungsvorschlag**

Mein Formulierungsvorschlag besteht darin, § 63 Abs. 3 FamFG-E folgenden Satz 2 anzufügen:

(3) Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses. *Bei einem Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, beginnt die Frist spätestens mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an alle Beteiligten.*

Bielefeld, den 7. Februar 2008

Prof. Dr. Florian Jacoby

## **Anhang: Zusammenfassung**

### **1. Positive Gesamtwürdigung**

Die mit dem Entwurf verfolgten Ziele beschreiben das Bedürfnis, eine neue Verfahrensordnung zu schaffen. Der Entwurf wird diesen Zielen auch gerecht. Ich empfehle seine Umsetzung nachdrücklich.

### **2. Zustimmung zu ausgewählten Inhalten**

- Gerichtsverfassungsrechtliche Regelungen (GVG-E)
- Beteiligtenbegriff (§ 7 FamFG-E)
- Sachverhaltsaufklärung (§ 30 Abs. 3 FamFG-E)
- Abschaffung des Vorbescheids (§§ 40 Abs. 2, 352 Abs. 2 FamFG-E)
- Straffung des Instanzenzugs (§ 70 Abs. 1 FamFG-E, §§ 72, 119, 133 GVG-E)

### **3. Verbesserungsvorschlag zu §§ 7, 345 FamFG-E**

§ 7 FamFG Abs. 3 u. 4 soll lauten:

(3) Das Gericht kann von Amts wegen oder auf Antrag weitere Personen als Beteiligte hinzuziehen, soweit dies in diesem oder einem anderen Gesetz vorgesehen ist.

(4) Diejenigen, *die nach Absatz 2 auf Antrag als Beteiligte zum Verfahren hinzuzuziehen sind, und diejenigen, die nach Absatz 3 als Beteiligte zum Verfahren hinzugezogen werden können*, sind von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen, soweit sie dem Gericht bekannt sind. Sie sind über ihr Antragsrecht zu belehren. *Das Gericht entscheidet durch Beschluss, wenn es einem Antrag auf Hinzuziehung nicht entspricht. Der Beschluss ist mit der sofortigen Beschwerde in entsprechender Anwendung der §§ 567 bis 572 der Zivilprozessordnung anfechtbar.*

§ 345 Abs. 5 FamFG-E wird gestrichen.

### **4. Verbesserungsvorschlag zu §§ 40 Abs. 2, 63 Abs. 3 FamFG-E**

§ 63 Abs. 3 FamFG soll lauten:

(3) Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses, spätestens mit dem Ablauf von fünf Monaten nach Erlass des Beschlusses. *Bei einem Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, beginnt die Frist spätestens mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses an alle Beteiligten.*