

Stellungnahme

der Arbeitsgemeinschaft

Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V. (AGT), Bonn

zum

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

für den

Entwurf

zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes

(Schreiben des Bundesjustizministeriums v. 12.04.2005, Az.: RB 1 – 7525/21)

I. Vorbemerkung

Die Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V. (AGT) als interdisziplinäre Vereinigung von Vertretern rechts- und wirtschaftsberatender Berufe sowie von Privatpersonen mit besonderen Erfahrungen und Interessen auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung hat unter dem 17.11.2004 ihre Stellungnahme zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz für den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes abgegeben. Mit Schreiben vom 12.04.2005 wurde die AGT durch das Bundesministerium der Justiz zur Stellungnahme auf den gleichzeitig vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechtes gebeten.

II. Zusammenfassung

1. Grundsätzliche Zustimmung der AGT

Soweit die AGT in ihrer Stellungnahme vom 17.11.2004 ihre grundsätzliche Zustimmung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechtes geäußert hat, finden sich im Referentenentwurf keine Abweichungen. Auch zwischenzeitlich ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung führt zu keiner anderen Beurteilung seitens der AGT.

2. Generelle Ablehnung der AGT

In ihrer Stellungnahme vom 17.11.2004 hat sich die AGT gegen folgende Vorschläge ausgesprochen:

- Die völlige Freigabe der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung auch für Laien (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG).

- Die Möglichkeit geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung ohne Sachkundenachweis (§ 10 RDG).
- Das Fehlen einer obligatorischen Haftpflichtversicherung für geschäftsmäßig agierende Testamentsvollstrecker.

Die von der AGT geäußerte Kritik ist im Referentenentwurf unberücksichtigt geblieben. Aufgrund des Referentenentwurfes haben sich darüber hinaus noch folgende weitere Kritikpunkte ergeben:

- Die Regelungen zur Prozessvertretung, § 79 ZPO.
- Die Gewerbesteuerpflicht der Testamentsvollstreckervergütung.

III. Begründung der Ablehnung im Einzelnen

1. Völlige Freigabe der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung für Laien

In der Begründung zum Referentenentwurf (Seite 78 f.) wird das Geschäftsfeld der Testamentsvollstreckung auf die Verwaltungsvollstreckung durch Kreditinstitute, Wirtschaftsprüfungsunternehmen oder sonstigen Vertrauenspersonen des Erblassers fokussiert. Aus dem Umstand, dass diese Form der Testamentsvollstreckung bereits nach geltender Rechtslage zulässig ist, wird die Forderung abgeleitet, dass zukünftig jede Art gewerbsmäßiger Testamentsvollstreckung durch jedermann unbeschränkt und ohne Qualifikationsnachweis zulässig sein müsse. Interessenkonflikte werden als den Regelungen der Testamentsvollstreckung immanent und im Interesse der Testierfreiheit des Erblassers hinzunehmen angesehen.

Diese Begründung verfährt gleich aus mehreren Gründen nicht. Zum einen steht die Testierfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG unter dem Vorbehalt des einfachen Gesetzes. Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht erst jüngst (Beschlüsse vom 19.04.2002 – 1

BvR 1644/00 und 1 BvR 138/03) ausdrücklich entschieden, dass die Testierfreiheit des Erblassers nicht grenzenlos ist. Auch die zivilrechtliche Rechtsprechung setzt der Testierfreiheit des Erblassers immer wieder über § 138 BGB Grenzen.

Die Überlegung, dass sich geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung in der (schlichten) Verwaltungsvollstreckung erschöpfen wird, wird schon durch die Vielzahl der möglichen Erscheinungsformen der Testamentsvollstreckung widerlegt, die sich wie folgt darstellen:

- Abwicklungsvollstreckung (§ 2203 BGB)
- Auseinandersetzungsvollstreckung (§ 2204 BGB)
- Dauertestamentsvollstreckung (§ 2209 Satz 1 HS 2 BGB)
- Schlichte Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 Satz HS 1 BGB)
- Vermächtnisvollstreckung (§ 2223 BGB)
- Die Vollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft in ihren besonderen Erscheinungsformen
 - Testamentsvollstreckung nur für die Vorerbschaft
 - Testamentsvollstreckung nur für die Nacherbschaft
 - Testamentsvollstreckung für die Vor- und Nacherbschaft
 - Nacherbentestamentsvollstreckung
- Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenkreis (§ 2208 BGB)
- Testamentsvollstreckung auf Lebzeit in guter Absicht (§ 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Unzutreffend ist die Annahme des Referentenentwurfes, Interessenkonflikte würden ausschließlich bei einer Verwaltungsvollstreckung durch Kreditinstitute bestehen und nicht im Bereich der rechtsbesorgenden Tätigkeiten des Testamentsvollstreckers. Die Interessenkonflikte, denen einen Testamentsvollstrecker unterliegt, werden entgegen der Annahme des Referentenentwurfs durch Gesetz und Rechtsprechung gerade nicht als Ausschluss der Testierfreiheit bewusst in Kauf genommen. Vielmehr entspricht es allgemeiner Auffassung, dass ein Interessenwiderstreit bezüglich einzelner Rechtsgeschäfte das Handeln des Testamentsvollstreckers unwirksam machen kann (vgl. BGHZ 30, 67, 69; BGH NJW-RR 1989, 642, 643). In Fällen eines dauernden Interessenkonfliktes (z.B. wenn der alleinige Vorerbe als Nacherbentestamentsvollstrecker eingesetzt ist) gilt der Testamentsvollstrecker als „weggefallen“ i.S. des § 2224 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Mayer in

Mayer/Bonnewald/Daragan, Testamentsvollstreckung, Rn. 14) mit der Folge, dass ein solcher Interessenkonflikt die gesamte vom Erblasser gewollte Testamentsvollstreckung hinfällig machen kann. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt also gerade nicht die Testierfreiheit des Erblassers in den Vordergrund, sondern die Unabhängigkeit des Amtes des Testamentvollstreckers.

Entgegen der im Referentenentwurf geäußerten Auffassung unterscheiden sich die Probleme, die sich aus einer fehlerhaften Vermögensverwaltung bei Lebenden ergeben, durchaus rechtlich von den Problemen, die sich aus einer fehlerhaften Vermögensverwaltung durch eine als Testamentvollstrecker eingesetzte Bank ergeben. Eine fehlerhafte Vermögensverwaltung unter Lebenden führt (nur) zu Schadenersatzansprüchen. Aufgrund des Umstandes, dass die Bank bei einer fehlerhaften Vermögensverwaltung unter Einsatz eigener Bankprodukte als Testamentvollstrecker zwingend ein Insichgeschäft nach § 181 BGB abschließen muss, ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 30, 67, 70 u.) die fehlerhaft agierende Bank nicht (nur) schadenersatzpflichtig, sondern das Geschäft ist als solches unwirksam, weil es gegen das Gebot ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses nach § 2216 BGB verstößt, sogar dann, wenn es im Einzelfall vom Willen des Erblassers gedeckt sein sollte. Damit liegt zugleich auch ein Fall der Unvereinbarkeit nach § 4 RDG vor.

Viel zu kurz greifen die Überlegungen des Referentenentwurfes, es ginge bei der vollständigen Freigabe der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung für sämtliche Vollstreckungsarten durch Laien lediglich um die Verwaltungsvollstreckung durch Kreditinstitute oder Steuerberater bzw. Wirtschaftsprüfer. Diese Personengruppen können nicht ernsthaft als gewerbliche Laien-Vollstrecker betrachtet werden. Sie verfügen Kraft ihrer beruflichen Ausbildung über eine hohe Kompetenz in wirtschaftlichen Fragen und unterliegen einer ständigen Fortbildungsverpflichtung, die nach den Erkenntnissen der AGT auch sehr ernst genommen wird. Dieser Personenkreis ist auch entweder durch ausreichende Vermögensschadenhaftpflichtversicherungen oder hinreichende Kapitalausstattung in der Lage, etwaige Schadenersatzforderungen aufgrund nicht ordnungsgemäßer Testamentsvollstreckung zu erfüllen.

Die Gefahr, die die AGT sieht und die im Referentenentwurf leider vollkommen unberücksichtigt bleibt, liegt in der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung durch –

wirtschaftliche wie juristische – Laien, die unausgebildet und ohne wirtschaftlichen Hintergrund Testamentsvollstreckungen gewerblich anbieten und übernehmen. Hier greift der Verbraucherschutz gedanklich in besonderem Maße, der nach der Begründung zum Referentenentwurf (Seite 39) durch das Rechtsdienstleistungsgesetz ausdrücklich nicht angetastet werden soll. Bereits der Erblasser ist schützenswert. Er befindet sich häufig in einer Lebenssituation, in der er emotional leicht beeinflussbar ist. Viele Testamente, die noch am Totenbett verfasst werden, sind nur ein Beispiel für diese Ausnahmesituation, in der sich der Erblasser befinden kann. Aber auch der Erbe ist schützenswert, denn er hat nahezu keinerlei rechtliche Möglichkeiten, sich gegen einen unqualifizierten Testamentsvollstrecker zu schützen. Das Nachlassgericht übt keinerlei Kontrolle aus. Die Entlassung eines Testamentsvollstreckers aus wichtigem Grund stellt einen schwer durchzusetzenden Ausnahmetatbestand dar, Schadenersatzansprüche werden wegen der fehlenden Vermögensschadenhaftpflichtversicherung regelmäßig ins Leere gehen. Zum gesetzlichen Aufgabenbereich von Verbraucherschutzorganisationen gehört die Testamentsvollstreckung ebenfalls nicht, so dass auch von dieser Seite aus weder öffentliche Aufklärungsarbeit noch Schutz zu erwarten ist.

2. Prozessvertretung durch den Testamentsvollstrecker

Die Begründung des Referentenentwurfes geht davon aus, dass sich Parteien, die eine wirtschaftlich fremde Forderung einziehen, auch weiterhin regelmäßig durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt vor Gericht vertreten lassen müssen. Explizit wird darauf hingewiesen, dass grundsätzlich jede Form entgeltlicher Prozessvertretung der Anwaltschaft vorbehalten bleiben (Referentenentwurf, S. 130 m.) soll.

Aus der Sicht der AGT ist nicht nachvollziehbar, warum diese über viele Jahrzehnte gewonnenen und in der Praxis bewährten Erkenntnisse für den Bereich der Testamentsvollstreckung nicht geltend sollen. Der Testamentsvollstrecker ist weder Vertreter des Erblassers, noch des Erben, sondern Träger eines eigenen Amtes (vgl. Weidlich in Dauner-Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar Erbrecht, Vorbem. zu § 2197 Rn. 2). Für Aktivprozesse, beispielsweise die Einziehung von Forderungen zum Nachlass, ist er gem. § 2212 BGB ausschließliche Partei, für Passivprozesse enthält § 2213 BGB differenzierende

Regelungen, die zumindest von einer ergänzenden Parteistellung des Testamentsvollstreckers ausgehen.

Nach der vorgesehenen Neufassung des § 79 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird der geschäftsmäßig agierende Laie als Testamentsvollstrecker (Partei kraft Amtes) in Zukunft jedenfalls die erstinstanzlichen Prozesse vor den Amts-, Arbeits-, Finanz-, Sozial- und Verwaltungsgerichten selbst führen können, ggf. auch müssen, um sich nicht Schadenersatzansprüchen, zumindest aber Konflikten mit den Erben im Bereich der Auslagererstattung auszusetzen. Diese Konsequenz steht im Widerspruch zu der Begründung des Referentenentwurfes (S. 130 m.), wonach grundsätzlich jede Form entgeltlicher Prozessvertretung der Anwaltschaft vorbehalten bleiben soll. Weiterhin besteht ein Wertungswiderspruch zu der beabsichtigten Neuregelung des § 79 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO, die eine Forderungseinziehung durch Dritte (vergleichbar der Forderungseinziehung des Testamentsvollstreckers für den Nachlass) nur zulassen, wenn dies im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist oder der Forderungseinzug unentgeltlich durch volljährige Familienangehörige oder Personen mit Befähigung zum Richteramt erfolgt. Völlig unüberschaubar wird die „Vertretungsbefugnis“ vor Gericht, wenn der geschäftsmäßig agierende Laie als Testamentsvollstrecker Forderungen für ein (kleines) Einzelunternehmen einzieht. Die Kollision der Haftungsgrundsätze des Erbrechtes mit den Haftungsgrundsätzen des Handelsrechts hat in der Praxis zum Entstehen von (mindestens) drei Lösungsansätzen geführt, der sog. „echten“ Testamentsvollstreckerlösung, der Vollmachtlösung sowie der Treuhandlösung, wobei teilweise noch Unterdifferenzierungen vertreten werden. Nach den Vollmachts- und Treuhandlösungen wird der geschäftsmäßig tätige Laie als Testamentsvollstrecker nach der Neufassung des § 79 ZPO – mangels Parteistellung – nicht zur Prozessführung befugt sein, soweit es Forderungen des Unternehmens betrifft. Bei sonstigen Forderungen des Erblassers hingegen wird er Partei sein und den Prozess führen dürfen. Legt man hingegen die „echte Testamentsvollstreckerlösung“ zu Grunde, wird der geschäftsmäßig agierende Laie als Testamentsvollstrecker in beiden Fällen den Prozess führen dürfen. Damit wird jedenfalls für den Bereich der Testamentsvollstreckung der gesetzgeberische Zweck, einen Streit über die Vertretungsbefugnis zu verhindern und so zu einer einfachen und schnellen Rechtsanwendung zu gelangen (Begründung S. 45 m.) konterkariert. Im Gegenteil werden in Fällen, in denen ein Unternehmen (wozu auch eine Würstchenbude gehören kann) der Testamentsvollstreckung unterliegt, komplizierte Fragen

des materiellen Testamentvollstreckerrechts bereits bei der Zulässigkeit der Klage oder im Passivprozess bei der Entscheidung über ein Versäumnisurteil erörtert werden müssen.

3. Gewerbesteuer

Mit der Einordnung der Testamentvollstreckung als Geschäft, das durch jeden Laien gewerblich betrieben werden kann, verliert die Testamentvollstreckung ihre innere Zugehörigkeit zum Kernbereich der Dienstleistung von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern.

Die Angehörigen der sog. Katalogberufe nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG können – im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit – auch fachlich vorgebildete Arbeitskräfte einsetzen, ohne dass gewerbliche Einkünfte begründet werden. Werden diese Arbeitskräfte allerdings zur Bearbeitung von Testamentvollstreckungen eingesetzt, die – jedenfalls nach den beabsichtigten Regelungen im Rechtsdienstleistungsgesetz – durch jedermann gewerblich erbracht werden können, ist zu erwarten, dass die Finanzverwaltung entsprechend den Entscheidungen des Bundesfinanzhofes zur Gewerbesteuerpflicht der Einkünfte des Insolvenzverwalters (BFH Urt. v. 12.12.2001 XI R 56/00, Bundessteuerblatt II 2002, 202) sowie des Berufsbetreuers (BFH Urt. v. 04.11.2004, IV R 26/03) die Gewerbesteuerpflichtigkeit der Einkünfte aus Testamentvollstreckung annehmen wird. In der Konsequenz werden nach der sog. „Abfärbetheorie“ des Bundesfinanzhofes (BFH Urt. v. 08.12.1994 IV R 7/92, Bundessteuerblatt II 1996, 264) damit sämtliche Einkünfte, die der Freiberufler erzielt, auch wenn sie überwiegend nicht aus Testamentvollstreckungen stammen, gewerbesteuerpflichtig. Sollte dies politisch gewollt sein, so entspricht es nach Auffassung der AGT dem Gebot der Fairness, hier durch den Gesetzgeber klare Regelungen zu schaffen und eine nicht über Jahre andauernde unklare Rechtslage, die zur Verunsicherung der Freiberufler und zahlreichen finanzgerichtlichen Prozessen führen wird. Die „Auslagerung“ der testamentvollstreckenden Tätigkeit der Freiberufler in eigene gewerbliche Gesellschaften, aus Haftungsgründen möglicherweise in Gesellschaften mit beschränkter Haftung, mag das steuerliche Problem lösen, schafft aber Probleme bei der späteren Vollstreckung der Testamente. In den zahlreichen Testamenten, in den

Testamentsvollstreckung angeordnet ist, sind naturgemäß Testamentsvollstrecker-GmbH's nicht genannt, sondern namentlich bezeichnete einzelne Berufsträger. Da es sich bei den Berufsträger einerseits und der Testamentsvollstrecker-GmbH andererseits um unterschiedliche Rechtspersönlichkeiten handelt, wird jedenfalls bei bestehenden Testamenten die Ernennung einer Testamentsvollstrecker-GmbH an Stelle der benannten natürlichen Person nicht in Betracht kommen. Damit kann die Anordnung der Testamentsvollstreckung insgesamt ins Leere gehen, im Ergebnis also der Testierwille des Erblassers, der eigentlich geschützt werden soll, missachtet.

IV.

Vorschläge der AGT zur Einbeziehung der Testamentsvollstreckung in die Systematik des RDG

1.

Die AGT ist sich bewusst, dass die Testamentsvollstreckung nicht im Fokus der Überlegungen um eine Reform des Rechtsdienstleistungsgesetzes steht. Seit der Entwicklung des in der Stellungnahme der AGT vom 17.11.2004 angesprochenen „Bonner Modells“ gab es keine praktischen Probleme der Testamentsvollstreckung durch Banken, Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer mehr, selbst bei restriktiver Auslegung des Rechtsberatungsgesetzes. Dies gilt erst recht seit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 11.11.2004. Die Begründung des Referentenentwurfes weist darauf hin, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes keine Veranlassung gibt, die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung durch Laien zuzulassen (Begründung S. 32 o.). Auch der Vergleich mit der Rechtslage in Europa zeigt, dass selbst in den liberalsten Regelungen Laien nicht generell, sondern nur dann vor Gericht auftreten dürfen, wenn sie für hinreichend geeignet, rechtschaffend und geschäftskundig gehalten werden (Begründung S. 33 u.).

Aus der Sicht der AGT gibt es daher weder praktische, noch rechtliche Bedürfnisse, die bewährten Regelungen zur Testamentsvollstreckung so grundlegend zu ändern, wie dies im Referentenentwurf vorgesehen ist. Nach der Überzeugung der AGT wird die Umsetzung des

Referentenentwurfs für die Testamentsvollstreckung im Gegenteil eine Vielzahl von rechtlichen und praktischen Problemen schaffen, die derzeit nicht bestehen.

2.

Die AGT würde es überaus begrüßen, wenn mit dem künftigen Rechtsdienstleistungsgesetz, das sich ausdrücklich zum Verbraucherschutz bekennt (Begründung S. 39 o.), die Rechte des Verbrauchers, der mit der Testamentsvollstreckung in Berührung kommt, im Unterschied zum heute geltenden Recht gestärkt werden würden. Unter Zugrundelegung dieses Ansatzes lässt sich die Testamentsvollstreckung mit verhältnismäßig geringem Aufwand in das vorgegebene System des Rechtsdienstleistungsgesetzes einfügen.

Zunächst ist durch einen entsprechenden Zusatz in § 2 Abs. 2 RDG klarzustellen, dass die Testamentsvollstreckung als Rechtsdienstleistung angesehen wird. In § 5 Abs. 1 RDG ist die Testamentsvollstreckung entsprechend zu streichen.

Die selbständige geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung als sich neu entwickelnde Dienstleistungsform lässt sich in §§ 9 – 11 RDG integrieren. Ein theoretischer Sachkundenachweis wird durch Fortbildungsorganisationen, aber auch durch die AGT unproblematisch anzubieten sein. Die praktische Sachkunde kann unter der Anleitung von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Banken oder erfahrenen Testamentsvollstreckern erfolgen.

Die Pflichtversicherungssummen nach § 12 Abs. 1 Nr. 3 RDG sind zwar für die Belange der Testamentsvollstreckung als zu niedrig anzusehen, können aber durch private Zusatzpolicen erhöht werden. Die Frage der Prozessführungsbefugnis in § 79 ZPO kann nach Auffassung der Testamentsvollstrecker dann, wenn ein entsprechendes Qualitätsniveau der gewerblich tätigen Testamentsvollstrecker durch Sachkundenachweis gesichert ist, dahin gelöst werden, Testamentsvollstrecker generell zur Prozessführung zuzulassen, soweit anwaltliche Vertretung nicht erforderlich ist.

Die Frage der Gewerbesteuer lässt sich durch Aufnahme der Testamentsvollstreckung in den Katalog des § 18 Abs. 1 Nr. 3 EStG lösen. Die Freistellung von der Gewerbesteuerpflicht erscheint wegen der Sachnähe zu den freien Berufen und des Umstandes, dass sämtliche Vergütungstabellen für Testamentsvollstrecker davon ausgehen, dass eine Gewerbesteuerpflicht nicht besteht, sachgerecht. Soweit Banken die Testamentsvollstreckung ausüben, fällt Gewerbesteuer kraft Rechtsform an, so dass hier kein Regelungsbedarf besteht.

Die extrem lange Haftung der Testamentsvollstrecker für Pflichtverletzung (30 Jahre) sollte schon aus Praktikabilitätsgründen und im Einklang mit den Zielen der Neuordnung des Verjährungsrechtes auf ein angemessenes Maß reduziert werden. Anhaltspunkt könnte hier die Haftung der Banken für fehlerhafte Beratung bei Wertpapiergeschäften sein.

Bonn, den 27.05.2005

Eberhard Rott
Rechtsanwalt (OLG), FAStR
Vorsitzender AGT

Dr. Wolfgang Deuker
Generalsekretär der AGT