

Stellungnahme

der Arbeitsgemeinschaft

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

zum

Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz

für den

Entwurf eines Gesetzes

zur Neuregelung des Rechtsberatungsgesetzes

(Schreiben d. Bundesjustizministeriums v. 06.09.2004, Az.:RB 1 – 7525/21)

I.

Vorbemerkung

Die Arbeitsgemeinschaft Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge e.V. (AGT) ist ein Zusammenschluss natürlicher und juristischer Personen, die das Amt des Testamentsvollstreckers ausüben oder sich berufsbedingt häufig mit Fragen der Testamentsvollstreckung und Vermögenssorge beschäftigen. Sie ist die einzige interdisziplinäre Vereinigung in Deutschland von Vertretern rechts- und wirtschaftsberatender Berufe sowie von Privatpersonen mit besonderen Erfahrungen und Interessen auf dem Gebiet der Testamentsvollstreckung.

II.

Zusammenfassung

1. Grundsätzliche oder eingeschränkte Zustimmung der AGT

1.1

Die AGT begrüßt den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts. Der Entwurf kommt im Bereich der Testamentsvollstreckung einem dringenden Bedürfnis der Wirtschaft nach, klare und überschaubare Regeln für den Bereich geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung zu erhalten. Schon im Kolloquium vom 20.09.2001 hat die AGT die unter der Rechtslage des Rechtsberatungsgesetzes bestehenden Probleme angesprochen und das „Bonner Modell“ vorgestellt, mit dem der Wille des Erblassers nach einem Nichtjuristen als Testamentsvollstrecker mit dem Schutz des Erblassers und seiner Erben vor unqualifizierter Rechtsberatung im Sinne eines Gemeinwohlbelanges (vgl. BVerfG NJW 1998, 3481 unter C. 5. c) in Einklang zu bringen ist. Das "Bonner Modell" spiegelt sich im Diskussionsentwurf unter § 5 Abs. 3 RDG wieder.

1.2

Die AGT begrüßt die Freigabe der unentgeltlichen Rechtsdienstleistung außerhalb familiärer Beziehungen (§ 6 Abs. 2 RDG) unter Aufsicht einer Person, die über die Befähigung zum Richteramt verfügt. Hierdurch wird insbesondere für Stiftungen ein rechtlich zu-

verlässiger Rahmen geschaffen, insbesondere auch im Bereich von Testamentsvollstreckungen tätig zu werden. Durch die obligatorische Einschaltung von Volljuristen ist dem Gemeinwohlinteresse des Schutzes vor unqualifizierter Rechtsberatung Rechnung getragen. Angesicht der großen Haftungsgefahren, die mit einer Testamentsvollstreckung verbunden sind und im Interesse der Schonung des Stiftungsvermögens erscheint der AGT eine obligatorische Haftpflichtversicherung erforderlich.

1.3

Die AGT begrüßt die Unzulässigkeit von Rechtsdienstleistungen, die zur Kollision mit anderen Leistungspflichten führen können (§ 4 RDG). Interessenkollisionen sind auch für die nach dem bisherigen Recht zur Testamentsvollstreckung berufenen Berufsgruppen ein Hinderungsgrund für die Übernahme einer Testamentsvollstreckung. An diesem bewährten Erfordernis unabhängiger Amtsführung sollte nach Auffassung der AGT unbedingt festgehalten werden. Etwas unscharf erscheint allerdings die Abgrenzung zu § 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG. Danach gilt eine (entgeltliche wie unentgeltliche) Rechtsdienstleistung als stets erlaubte Nebenleistung zu dem Tätigkeitsbild eines geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckers. Es stellt sich die Frage, ob eine nach § 5 Abs. 2 RDG stets erlaubte Nebenleistung jedenfalls dann ausgeschlossen sein sollte, wenn eine Unvereinbarkeit mit einer anderen Leistungspflicht nach § 4 RDG vorliegt. Die AGT bejaht diese Frage.

1.4

Die AGT begrüßt die Einrichtung eines öffentlichen Registers für Erlaubnisinhaber, einschließlich des umfassenden Einsichtsrechtes (§ 14 RDG) sowie das Erfordernis einer Haftpflichtversicherung für Erlaubnisinhaber (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 RDG). Zugleich sieht die AGT hierin die Mindestvoraussetzungen für die unbeschränkte Zulassung einer geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung, wie sie der Gesetzesentwurf ermöglicht.

2. Bedenken der AGT

Die Bedenken der AGT richten sich gegen die - aus dem Stand der Diskussion heraus erklärlichen - teilweise noch sehr offen gehaltene Definition neu eingeführter Rechtsbegriffe.

2.1

Hierzu gehört zunächst die bereits oben (II.1.3) angesprochene Definition der Nebenleistung bei der Annex-Rechtsberatung (§ 5 Abs. 1 RDG). Durch die Anknüpfung der Zulässigkeit der (entgeltlichen wie unentgeltlichen) Rechtsberatung an Berufs- und Tätigkeitsbilder lässt sich ein Umgehungstatbestand sehr einfach dadurch schaffen, dass ein Berufsbild, das eine Rechtsdienstleistung an sich nicht als Nebenleistung ermöglichen würde, zukünftig künstlich in verschiedene Tätigkeitsbilder aufgespalten wird.

2.2

Noch nicht hinreichend scharf erscheint auch die Definition der Rechtsdienstleistung, die erst dann einsetzen soll, wenn sie eine umfassende rechtliche Beurteilung zum Inhalt hat (§ 2 Abs. 1 RDG). Hier stellt sich die Frage, ob beispielsweise die in der Praxis üblichen ersten Stellungnahmen, die darauf beschränkt sind, zunächst eine grobe Einschätzung eines rechtlich und tatsächlich komplexen Sachverhaltes zu ermöglichen, keine Rechtsdienstleistung sein sollen, nur weil ihnen nach der erkennbaren Erwartung des Rechtssuchenden (noch) keine umfassende rechtliche Beurteilung zugrunde liegt. Soll es möglich sein, dem Anwendungsbereich des Rechtsdienstleistungsgesetzes dadurch zu entgehen, dass ein rechtlich komplexer, beispielsweise aus steuerrechtlicher, arbeitsrechtlicher und gesellschaftsrechtlicher Sicht zu beurteilender Sachverhalt in drei einzelne Stellungnahmen aufgeteilt wird mit der Folge, dass wegen fehlender Vollständigkeit weder ein wissenschaftliches Gutachten (i. S. des § 2 Abs. 3 Nr. 1 RDG), noch eine Rechtsdienstleistung vorliegt?

3. Generelle Ablehnung der AGT

Die AGT spricht sich gegen folgende Vorschläge aus:

- die völlige Freigabe der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung (§ 5 Abs.2 Nr. 1 RDG)
- Die Möglichkeit geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung ohne Sachkundennachweis (§ 9 RDG)
- Das Fehlen einer obligatorischen Haftpflichtversicherung für geschäftsmäßig agierende Testamentsvollstrecker

III.

Begründung der Ablehnung im Einzelnen

1. Die Bedeutung Testamentsvollstreckung nach der Systematik des BGB

Von seiner gesetzlichen Grundlage nach §§ 2197 ff. BGB her fungiert der Testamentsvollstrecker als Vertrauensperson des Erblassers, die berechtigt, aber auch verpflichtet ist, dem Willen des Erblassers entsprechend den Nachlass uneigennützig und allein dem fremden Interesse dienend zu verwalten.

Dem Erblasser steht nach dem BGB das uneingeschränkte Wahlrecht zu, welche natürliche oder juristische Person er zum Testamentsvollstrecker ernennt. In der Ernennung eines Testamentsvollstreckers manifestiert sich der Wunsch des Erblassers, mittels einer Vertrauensperson seinen Willen im Bezug auf das Schicksal des Nachlasses nach seinem Tode fortwirken zu lassen. Solange Nichtjuristen in diese Vertrauensstellung einrücken, die die Testamentsvollstreckung nicht aus Erwerbsgründen, sondern auf Grund besonderer persönlicher Beziehungen zum Erblasser und im Einzelfall betreiben, ergeben sich schon nach geltender Rechtslage keine rechtlichen Hürden für diese Form der Testamentsvollstreckung. Bei der Testamentsvollstreckung auf Grund persönlicher Beziehungen zum Erblasser, wie sie dem Gesetzgeber des BGB vorschwebte, spielen Fragen der Haftung und der Fachkompetenz keine oder nur eine untergeordnete Rolle.

2. Die Entwicklung hin zu einer geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung

In den letzten Jahren hat die AGT eine deutliche Entwicklung hin zur geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung beobachtet. Nahezu sämtliche Entscheidungen zum derzeitigen Rechtsberatungsgesetz haben eine wettbewerbsrechtliche Komponente zum Ausgangspunkt. Die Testamentsvollstreckung wird zunehmend nicht mehr als bloßer persönlicher Dienst dem Erblasser gegenüber gesehen, sondern auch als neues Geschäftsfeld, als eine neue Form der Dienstleistung betrachtet.

3. Problemfelder eines Berufs- oder Tätigkeitsbildes "geschäftsmäßiger Testamentsvollstrecker"

Die Testamentsvollstreckung ist eine grundsätzlich sehr komplexe und anspruchsvolle Tätigkeit, wobei durch die Lockerung der ehelichen Bindungen und durch die internationale Streuung und Verflechtung der Vermögen eine steigende Tendenz zu beobachten ist.

Regelmäßig enthält die Testamentsvollstreckung Komponenten, die auch nach dem bisherigen Rechtsberatungsgesetz erlaubnisfrei sind, wenn sie isoliert ausgeübt werden, wie beispielsweise die Erbenermittlung. Weiterhin enthält sie – gerade bei der Dauervollstreckung – auch Belange, die rein wirtschaftlicher Natur sind, beispielsweise die Entscheidung über Wiederanlage von Vermögen. Aber schon bei der Einziehung von Forderungen zugunsten des Nachlasses stellen sich für den Testamentsvollstrecker Fragen, die eine spezifisch juristische, regelmäßig anwaltliche Ausbildung erfordern (vgl. BVerfG 1 BvR 423/99 v. 20.02.2002, NJW 2002, 1190). Solange diese Forderungseinziehung auf den vom Erblasser bestimmten, nicht geschäftsmäßig tätigen Testamentsvollstrecker beschränkt ist, geht der gesetzgeberische Wille des BGB dahin, dem Willen des Erblassers den Vorrang einzuräumen.

Wird die Testamentsvollstreckung hingegen geschäftsmäßig betrieben, stellt sich die Frage, aus welchem sachlichen Grund das Forderungsinkasso, das geschäftsmäßig betrieben wird, einen besonderen Sachkundenachweis (§ 19 Abs. 1 RDG) erfordert, die Forderungseinziehung, die durch einen geschäftsmäßig agierenden Testamentsvollstrecker erfolgt, hingegen nicht.

Die Testamentsvollstreckungen weisen nach den Erfahrungen der AGT in der heutigen Zeit auf Grund der diversifizierten Vermögensverhältnisse häufig - und mit steigender Tendenz - im Ausland belegenes Vermögen (beispielsweise Anteile an geschlossenen Immobilienfonds, Ferienwohnungen o.ä.) auf. Damit sind Kenntnisse des Testamentsvollstreckers im ausländischen Recht vonnöten. Nach § 10 Abs. 3 RDG erfordert die Rechtsberatung in einem ausländischen Recht einen besonderen Sachkundenachweis. Für einen geschäftsmäßig tätigen Testamentsvollstrecker soll ein Sachkundenachweis nicht erforderlich sein.

Nach den Erfahrungen der AGT wird das Instrument der Testamentsvollstreckung häufig auch im Bereich der Dauertestamentsvollstreckung, sei es zum Schutz jugendlicher Erben (z. B. im Rahmen von Unternehmensnachfolgen) oder zugunsten von behinderten Menschen angeordnet. Hier wird der Testamentsvollstrecker in einem besonders verantwortungsvollen Bereich tätig, der über die bloße Vermögenssorge hinaus in den Bereich der Personensorge hineingeht. Geänderte Wertevorstellungen der Gesellschaft, frühzeitig zerbrechende Familien oder sogenannte „Patchwork“- Familienverhältnisse haben in den letzten Jahren testamentarische Regelungen nach § 1638 Abs. 1 BGB in den Fokus der Testamentsgestaltungen rücken lassen. Häufig übernehmen in diesen Fällen Testamentsvollstrecker die Funktion der ausgeschlossenen Eltern im Bereich der Vermögenssorge für die Kinder. Spätestens an diesem Punkt sind in hohem Maße Gemeinwohlinteressen betroffen, die einen Schutz vor unqualifizierter geschäftlicher Testamentsvollstreckung notwendig machen (vgl. BVerfG NJW 1998, 3481 unter C. 5. c.).

4. Ausblick auf die Entwicklung der Testamentsvollstreckung bei völliger Freigabe als geschäftsmäßige Dienstleistung

Die vorgesehenen Regelungen zur völligen Freigabe geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung lassen erwarten, dass eine Vielzahl miteinander konkurrierender Dienstleister einen lukrativen Markt für diese Dienstleistung entwickeln. Soweit dieser Markt, der nach geltendem Recht weitgehend den Rechtsanwälten und Notaren vorbehalten ist, auf die Berufsgruppen der Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Banken erweitert werden soll, bestehen hiergegen aus der Sicht der AGT keine Bedenken. Diese Berufsgruppen unterliegen einem funktionierendem Ehrenrecht und einer ausreichenden finanziellen, ggf. durch Pflichtversicherungen abgedeckten Vermögensmasse, um für fehlerhaftes Handeln einstehen zu können. Veruntreuungen zu Lasten des anvertrauten Vermögens führen praktisch immer zu zumindest zeitlichen Berufsverboten.

Die neu zu erwartenden Dienstleister, die sich der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung annehmen werden, unterliegen zunächst keinerlei Ausbildungs- und Fortbildungsnachweis. Sie unterliegen auch keinem Werbeverbot. Auch nicht sachbezogene Werbung für die Dienstleistung der Testamentsvollstreckung ist damit möglich - und erfahrungsgemäß

mäß auch zu erwarten. Die neue Dienstleistung der geschäftsmäßigen Testamentsvollstreckung unterliegt auch keinerlei Versicherungspflicht.

Der Testamentsvollstrecker hat in Deutschland eine stärkere Stellung, als in allen Nachbarstaaten. Seine Entlassung auf Betreiben der Erben ist nur bei sehr groben Pflichtverletzungen mit Aussicht auf Erfolg möglich. Das Nachlassgericht hat keine Möglichkeit, von Amts wegen Testamentsvollstreckungen zu überwachen. Fehler, die bei der Auswahl des Testamentsvollstreckers gemacht wurden, sind im Nachhinein, jedenfalls nach dem Ableben des Erblassers, praktisch nicht mehr zu korrigieren. Außergerichtliche Sanktionsmechanismen, wie es sie für die Berufsgruppen gibt, die nach dem bisher geltenden Recht Testamentsvollstreckungen auch geschäftsmäßig durchführen können, gibt es nicht. Im übrigen wäre es auch systemwidrig, entsprechende Regelungen in einem Rechtsdienstleistungsgesetz aufzunehmen.

Die AGT befürchtet, dass die Testamentsvollstreckung, die vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches als eine auf Grund besonderen Vertrauens zum Erblasser begründete Rechtsstellung ausgestaltet wurde, bei der völligen Freigabe geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckungen ihres wesentlichen Sinngehaltes beraubt wird.

IV.

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

Nach der Überzeugung der AGT führt der Wegfall des Begriffes der "Geschäftsmäßigkeit" im Diskussionsentwurf dazu, dass sich über die im "Bonner Modell" bewährte Form der Testamentsvollstreckung durch Nichtjuristen hinaus eine geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung etabliert, die nicht den am Gemeinwohl orientierten Restriktionen eines Berufsrechtes einschließlich dem Erfordernis einer Pflichtversicherung unterliegt. Dies läuft den Interessen an einem effektiven Verbraucherschutz zuwider und führt zu einem staatlich geförderten Wettbewerbsnachteil derjenigen Berufsgruppen, die diesem Verbraucherschutz gesetzlich verpflichtet sind.

Nach der Auffassung der AGT lässt sich die Testamentsvollstreckung mit verhältnismäßig geringem Aufwand so in das vorgegebene System des Rechtsdienstleistungsgesetzes einfügen, dass dem Gemeinwohlinteresse effektiven Verbraucherschutzes hinreichend Rechnung getragen wird. Die Testamentsvollstreckung muss hierzu zunächst als Rechtsdienstleistung angesehen werden, was durch einen entsprechenden Zusatz in § 2 Abs. 2 RDG klargestellt werden kann. In § 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG ist die Testamentsvollstreckung entsprechend zu streichen. Testamentsvollstreckung hat nach allgemeiner Verkehrsauffassung - schon in der Form der Auseinandersetzungsvollstreckung, erst recht aber als Verwaltungsvollstreckung - von ihrem Wesen als postmortale Vermögenssorge her einen systematisch gänzlich anderen Charakter, als die in § 5 Abs. 2 Nr. 1 RDG aufgeführten Dienstleistungen Haus- und Wohnungsverwaltung, Frachtprüfung oder gar die Fördermittelberatung.

Mit der Legaldefinition als Rechtsdienstleistung ist gleichzeitig klargestellt, dass die Testamentsvollstreckung dem Kollisionsverbot nach § 4 RDG unterliegt, was nur klarstellenden Charakter hätte, da die Rechtsprechung von diesem Grundsatz ohnehin ausgeht.

Die aus persönlichen Gründen erfolgende unentgeltliche Testamentsvollstreckung ist - wie schon nach geltendem Recht - erlaubnisfrei nach § 6 Abs. 1, Abs. 2 RDG.

Stiftungen ist in Erweiterung ihrer Möglichkeiten nach dem bisherigen Recht die unentgeltliche Testamentsvollstreckung nach § 6 Abs. 2 RDG möglich.

Die geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung ist - ebenfalls wie nach bisheriger Rechtslage - unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 RDG zulässig, entsprechend dem bewährten "Bonner Modell" der AGT (vgl. oben II.1.1.1). Angesprochen sind hier die in der Praxis bewährten Kooperationen von Banken, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern, aber auch anderen Berufsgruppen mit Rechtsanwälten in Fragen der Testamentsvollstreckung.

Die selbständige geschäftsmäßige Testamentsvollstreckung als sich neu entwickelnde Dienstleistungsform lässt sich in §§ 9 - 11 RDG integrieren. Nach den Beobachtungen der AGT hat sich in den letzten Jahren ein eigener Ausbildungsgang des "Certified Estate Planners" etabliert, in dem auch die notwendigen Grundlagen für eine ordnungsgemäße

Testamentsvollstreckung vermittelt werden. Aus Sicht der AGT spricht nichts dagegen, dergestalt nachgewiesene Sachkunde auch mit einer Berufsbezeichnung, beispielsweise "Testamentsvollstrecker" zu versehen. Die Problematik einer Berufshaftpflichtversicherung wäre bei dieser Lösung ebenso gelöst, wie die Sicherstellung der Weisungsunabhängigkeit von Bankenmitarbeiter als Testamentsvollstreckern (§ 11 Abs. 3 RDG).

V.

Weitere Vorschläge der AGT zur Verbesserung der Haftungssituation bei Testamentsvollstreckungen

1. Erhöhung der Pflichtversicherungssumme

Die Diskussion um die Reform der Rechtsdienstleistungen zeigt, dass bei geschäftsmäßig agierenden Rechtsberatern, die nicht zur Anwaltschaft zugelassen sind, ein Haftungsproblem besteht, das mit dem Instrument einer Berufshaftpflichtversicherung (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 3 RDG) gelöst wird. Fraglich erscheint allerdings, ob die niedrigere Versicherungssumme der gegenüber Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern weniger qualifizierten Berater nach § 10 Abs. 3 RDG im Interesse wirksamen Verbraucherschutzes gerechtfertigt ist. Für den Bereich der Testamentsvollstreckungen verneint die AGT diese Frage eindeutig.

2. Angleichung von Verjährungsvorschriften

Für Schadenersatzansprüche gegen gewerbsmäßige Geschäftsbesorger gilt jedenfalls seit dem 01.01.2002 die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB. Die Haftung des Insolvenzverwalters für Pflichtverletzungen verjährt in drei Jahren ab Kenntnis vom Schadensgrund, § 62 InsO. Die Ersatzansprüche aus einem Anwaltsvertrag unterliegen ebenfalls grundsätzlich einer dreijährigen Verjährung, § 51 b BRAO. Allein für die Haftung des Testamentsvollstreckers nach § 2219 Abs. 1 BGB gilt - auch nach dem neuen Verjährungsrecht - die 30jährige Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB, selbst wenn als Testamentsvollstrecker berufsmäßig ein Rechtsanwalt tätig wurde (vgl. BGH Urt. v.

18.09.2002 - IV ZR 287/01, FamRZ 2003, 92). Diese sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung ist aus der Sicht der AGT de lege ferenda schnellstmöglich zu beseitigen. Derzeit führt der Verbund von nach dem Entwurf zum Rechtsdienstleistungsgesetz uneingeschränkt zulässiger geschäftsmäßiger Testamentsvollstreckung, fehlender Berufshaftpflichtversicherung und 30jähriger Verjährungsregelung bei allen an einer Testamentsvollstreckung Beteiligten zu ausgesprochen unausgewogenen Ergebnissen. Auf der Seite der Testamentsvollstrecker erfolgt eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen gewerblichen Geschäftsbesorgern. Auf der Seite des Erblassers und seiner Erben werden die erhöhten Erwartungen an professionelle Dienstleistungen, die mit der Zulassung der Geschäftsmäßigkeit der Testamentsvollstreckung geweckt werden, nicht einmal ansatzweise erfüllt.

Bonn, den 17. November 2004

Eberhard Rott

Rechtsanwalt (OLG), FAStR
Vorsitzender der AGT

Dr. Wolfgang Deuker

Generalsekretär der AGT