

**“Die Aufgaben und das Verfahren des Nachlassgerichts
in der Bundesrepublik Deutschland
und die Neuregelung der funktionellen Zuständigkeiten”¹**

Prof. Christian STALLMANN*

ABSTRACT

This essay deals with the responsibilities of the German country courts on the subject of the law of inheritance. Furthermore, the competences and the decisive procedural law of the act about the matters of voluntary jurisdiction are presented.

The first part concerns the procedural matters of testamentary causes and partition causes of the voluntary jurisdiction. In this connection, the procedures ex officio and the procedures by application of a party have to be distinguished. The responsibilities of country courts in proceedings of the acceptance of a party's declaration and other responsibilities in testamentary causes belong to the part as well.

The second part of the essay contains a discussion of the sphere of jurisdiction of the country courts at testamentary causes, the general procedural rules and the legal remedies in proceedings of voluntary jurisdiction.

The final part focuses on the reform of the functional sphere of jurisdiction between judges and judicial officers (rechtsfleger) by the Act of Justice Modernization from the 24th August 2004. In particular, the background of the Act of Justice Modernization and the Act's impact on the treatment of proceedings in testamentary causes at the country courts are analyzed.

¹ Dieser Beitrag ist ursprünglich als Vortrag anlässlich des Besuches der Jur. Fakultät der Universität Ankara durch eine Delegation der Fakultät Rechtspflege der Niedersächsischen Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Hildesheim im September 2004 konzipiert worden.

* Richter am Oberlandesgericht Fakultät Rechtspflege der Niedersächsische Fachhochschule für Verwaltung und Rechtspflege Hildesheim.

ÖZET

Bu çalışmada, Alman (Sulh) Mahkemeleri'nin (Country Courts) miras hukuku alanındaki sorumlulukları konusu incelenmektedir. Bunun yanı sıra, çekişmesiz yargı alanında uygulanacak usul kurallarına ilişkin en son yasa ve mahkemenin görev alanı da, çalışmamız kapsamında gündeme taşınmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümü, miras davaları ile, çekişmesiz yargı alanına dâhil olan terekenin taksimine ilişkin yargısal faaliyetleri kapsamaktadır. Bu bağlamda, tarafların talebine bağlı olarak gerçekleştirilen usulî işlemler ise, "resen" gerçekleştirilen işlemler birbirinden ayrılmalıdır. Alman Mahkemeleri'nin, taraflardan birinin beyanının kabulüne ilişkin sorumlulukları ile, yine bu mahkemelerin miras davalarındaki diğer sorumlulukları da ilk bölümde incelenen konular arasındadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde, Alman Mahkemeleri'nin miras davalarındaki yetki alanı, çekişmesiz yargı alanında başvuru alan "genel nitelikteki" usul hukuku kuralları ve hukukî başvuru yolları da tartışma konusu yapılmaktadır.

Çalışmanın son bölümü ise, 24 Ağustos 2004 tarihli "Adalet Hizmetlerinin Çağdaştırılması Hakkındaki Yasa" kapsamında, yargıçlar ve diğer adli memurlar (rechtsfleger) arasındaki fonksiyonel yetki dağılımı üzerine odaklanmaktadır. Bu bağlamda, özellikle Adaletin Hizmetlerinin Çağdaştırılması Hakkındaki Yasa'nın altında yatan nedenler ile, söz konusu Yasa'nın Alman Mahkemeleri'nde görülen miras davalarındaki yargısal faaliyetler üzerindeki etkisi analiz edilmektedir.

KEY WORDS

Matters of voluntary jurisdiction, testamentary causes, functional sphere of jurisdiction, new competences of judges and judicial officers

ANAHTAR KELİMELER

Çekişmesiz yargı alanına giren konular, mirasa ilişkin meseleler, yargı yetkisinin işlevsel alanı (yetkinin, makamlar arasındaki görevsel dağılımı), yargıçlara ve diğer adli memurların yeni yetki/görev alanları..

Der Aufsatz bezieht sich auf die im fünften Abschnitt des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit nach den §§ 72 ff. FGG den Amtsgerichten zugewiesenen Aufgaben der Nachlass- und Teilungssachen, die Verfahrensgrundsätze und die Zuständigkeiten des nachlassgerichtlichen Verfahrens.

Der Beitrag ist eine Darstellung der nationalen Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte und deren Aufgaben aus Anlass des Todes eines deutschen Erblassers.

Die internationale Zuständigkeit und die Behandlung von Ausländernachlässen durch deutsche Nachlassgerichte werden nicht erörtert²

I. Nachlasssachen sind die Angelegenheiten aus Anlass des Todes einer natürlichen Person, die einer Regelung durch das Nachlassgericht bedürfen. Grundsätzlich ist es Angelegenheit der Beteiligten des Erbfalls, die damit verbundenen Aufgaben zu erledigen. Eine Tätigkeit des Nachlassgerichts ist nur in den gesetzlich geregelten Fällen vorgesehen.

Die Erledigung dieser Angelegenheiten muss dem Nachlassgericht durch Bundesrecht³ übertragen sein. Die wichtigsten bundesrechtlichen Regelungen⁴ finden sich in den §§ 2260 ff., 2353 ff. BGB und §§ 72 ff. FGG.

Die dann vorzunehmenden Verrichtungen lassen sich traditionell in drei Gruppen einteilen, wobei hier nur beispielhaft die wichtigsten Aufgaben in den einzelnen Gruppen⁵ aufgeführt werden:

1. Amtsverfahren

Die erste Gruppe sind die sog. "Amtsverfahren". Hier muss das Nachlassgericht von Amts wegen, also ohne Antrag eines Beteiligten tätig werden.

Besondere Bedeutung haben die Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses gemäß § 1960 Abs. 1, Abs. 2 BGB. Im Rahmen der staatlichen Fürsorge wird das Nachlassgericht für den unbekanntem Erben oder den Erben, dessen Annahme ungewiss ist, tätig, wenn ein Bedürfnis zur Sicherung des Nachlasses

² Vgl. dazu Firsching/ Graf Nachlassrecht, Handbuch der Rechtspraxis Bd. 6, 8. Aufl., 1999, Rn.2.54, FN 72 m.w.N.

³ Für die Fortgeltung des Rechts aus der Zeit des deutschen Reiches greift Art. 125 GG ein

⁴ Wegen der ergänzenden landesrechtlichen Regelungen vgl. Keidel-Winkler, § 72 RdNr. 2 in Keidel/Kuntze/Winkler, Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 15. Aufl., 2003

⁵ Eine umfassende Darstellung befindet sich bei Firsching/Graf, RdNr. 2.3 – 2.6; ebenso Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1968, § 40, S. 255 ff.

des Erblassers besteht. Die Werthaltigkeit des Nachlasses ist Voraussetzung für das Einschreiten des Nachlassgerichts.

Das Nachlassgericht hat die Auswahl der notwendigen Sicherungsmaßnahmen nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Beispielhaft sind im Katalog des § 1960 Abs. 2 BGB Sicherungsmaßnahmen aufgeführt, die von der Siegelung der Wohnung des Erblassers, der Hinterlegung der Wertgegenstände bis zur Nachlasspflegschaft als der häufigsten Sicherungsmaßnahme reichen.

Der Nachlasspfleger ist Personalpfleger und handelt als Vertreter des unbekanntem Erben. Sein Wirkungskreis umfasst in der Regel die Sicherung des Nachlasses und die Ermittlung der unbekanntem Erben⁶.

Nach § 1962 BGB tritt das Nachlassgericht an die Stelle des Vormundschaftsgerichts und bestellt und beaufsichtigt den Nachlasspfleger (§§ 1962, 1915 Abs. 1, 1789, 1791, 1837 BGB) und setzt seine Vergütung fest (§§ 1915, 1836 BGB).

Weitere wichtige Amtsverfahren sind die Feststellung des Erbrechts des Fiskus nach den §§ 1964, 1965 BGB, wenn keine gesetzlichen Erben oder Erben auf Grund einer Verfügung von Todes wegen vorhanden sind.

Weiterhin gehört zu den Amtsverfahren die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2200 BGB, wenn ein Ersuchen des Erblassers an das Nachlassgericht auf Auswahl eines Testamentsvollstreckers vorliegt.

Auch die Einziehung und die Kraftloserklärung des unrichtigen Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses nach den §§ 2361, 2368 BGB gehören zu den Amtsverfahren, da es die Aufgabe der staatlichen Nachlassgerichte ist, von ihm ausgestellte Zeugnisse, die sich als fehlerhaft erweisen, aus dem Rechtsverkehr zu nehmen.

Zu den Amtsverfahren zählt auch die Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen. Grundsätzlich ist jedes Testament und jeder Erbvertrag nach dem Tode des Erblassers durch das Nachlassgericht zu eröffnen (vgl. §§ 2260, 2300 BGB). Der Erblasser kann die Eröffnung seiner Verfügung von Todes wegen nicht verhindern (vgl. § 2263 BGB), die Beteiligten können auf eine Eröffnung nicht verzichten. Dies gilt auch für widerrufen Testamente oder aufgehobene Erbverträge, da auch deren Kenntnis für die Auslegung weiterer Verfügungen von Todes wegen Bedeutung haben kann⁷.

⁶ In einigen Bundesländern gehört die Erbenermittlung zu den Aufgaben des Nachlassgerichts, vgl. Art. 37 Abs. 1 des Bayerischen Ausführungsgesetzes zum GVG (AGGVG)

⁷ BGHZ 91,105, 108 = NJW 84, 2098 ; OLG FfM FamRZ 77, 482, 483

2. Antragsverfahren

Die zweite Gruppe der nachlassgerichtlichen Verrichtungen sind die Antragsverfahren. Hier wird das Nachlassgericht nur tätig, wenn ein Beteiligter den verfahrenseinleitenden Antrag stellt.

Die in der Praxis häufigsten Verfahren sind die Anträge auf Erteilung eines Erbscheins (§§ 2353 ff. BGB) oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2368 BGB). Beide Verfahren sind von den Voraussetzungen und vom Ablauf her gleich geregelt.

Die erforderlichen Angaben und Nachweise für die beantragten Zeugnisse sind in den §§ 2354 - 2356, 2368 BGB aufgeführt.

Der Erbschein als amtliches Zeugnis des Nachlassgerichts gibt den Erben die Möglichkeit, ihre Rechtsnachfolge in das Vermögen des Erblassers zu beweisen. Der Nachweis der Rechtsnachfolge dient auch der Sicherheit im Rechtsverkehr und wird in den öffentlichen Registern (vgl. z.B. § 35 GBO) verlautbart. Auf Grund des öffentlichen Glaubens des Erbscheins werden Dritte in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben geschützt, s. §§ 2366, 2367 BGB.

Das Nachlassgericht erteilt den Erbschein, wenn es nach seinen Ermittlungen (§§ 2358 – 2360 BGB) von der Richtigkeit der beantragten Erbfolge überzeugt ist. In dem Erbschein werden die Erben, der Umfang des Erbrechts und die Beschränkungen der Erben durch die Anordnung einer Nacherbfolge oder eines Testamentsvollstreckers angegeben.

In dem gleich zu behandelnden Verfahren (vgl. § 2368 Abs. 3 BGB) auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erlangt der Testamentsvollstrecker einen Nachweis über seine Ernennung. Auch dieses Zeugnis begründet die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit und genießt öffentlichen Glauben. In dem Zeugnis werden der Name des Testamentsvollstreckers, des Erblassers und Beschränkungen oder Erweiterungen der Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ausgewiesen.

Weiteres Antragsverfahren ist die Anordnung der Nachlassverwaltung nach den §§ 1981, 1983 BGB, durch die mit Rückwirkung auf den Erbfall die Haftung des Erben gegenüber den Nachlassgläubigern nach § 1975 BGB auf den Nachlass beschränkt wird. Der Erbe haftet dann seinen Gläubigern, den Eigengläubigern, nur mit seinem Vermögen.

Zu den Antragsverfahren gehört auch die Bestimmung einer Inventarfrist nach den §§ 1994 ff. BGB, nämlich die Einreichung eines Verzeichnisses der Aktiva und Passiva des Nachlasses beim Nachlassgericht.

Die Inventarverfahren gewinnen zunehmend an Bedeutung.

Mit der Errichtung eines Inventars kann der Erbe sein Recht zur Haftungsbeschränkung erhalten und die Vermutung begründen, dass der Nachlass zum Zeitpunkt des Erbfalls nur die im Inventar aufgeführten Gegenstände umfasst, vgl. § 2009 BGB.

Für die Nachlassgläubiger ist das Inventarverfahren die Möglichkeit eine unbeschränkte Haftung des Erben zu erreichen, wenn er nämlich die Inventarfrist versäumt (§ 1994 Abs. 1 S. 2 BGB) oder sich der Inventaruntreue (§ 2005 BGB) schuldig macht.

Ein weiteres Beispiel für die Antragsverfahren ist die Bestellung eines Nachlasspflegers auf Antrag eines Nachlassgläubigers nach § 1961 BGB. Diese sog. „Klagpflegschaft“⁸ wird zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Nachlass eingerichtet, bei dem der Erbe unbekannt oder seine Annahme ungewiss ist. Erst mit der Bestellung eines Nachlasspflegers für die Beklagtenseite kann das zivilprozessuale Verfahren durchgeführt werden.

3. Entgegennahme von Erklärungen durch das Nachlassgericht

Die letzte Gruppe der nachlassgerichtlichen Aufgaben bezieht sich auf die Verpflichtung zur Entgegennahme von Erklärungen. Der Gesetzgeber hat in zahlreichen Bestimmungen festgelegt, dass die Rechtshandlung eines Beteiligten erst mit dem Eingang der Erklärung beim Nachlassgericht, der sog. Amtsempfangsbedürftigkeit, wirksam wird.

Die wichtigste Erklärung ist die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung des Erben gemäß § 1945 BGB. Die Berufung zum Erben erfolgt gemäß den §§ 1922, 1942 BGB, ohne dass es einer Mitwirkung in Form einer Annahmeerklärung bedarf. Der Erbe kann aber unter Beachtung der gesetzlichen Fristen und Formvorschriften den Anfall rückwirkend auf den Zeitpunkt des Erbfalls beseitigen (vgl. §§ 1944, 1945, 1953 Abs. 1 BGB). Die Erbschaft fällt dann dem nächstberufenen Erben an (§ 1953 Abs. 2 BGB).

Die Ausschlagungserklärung des Erben ist gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht abzugeben. Das Nachlassgericht ist in der Regel das Amtsgericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers. Der Zugang bei einem unzuständigen Gericht⁹ kann auch zur Wirksamkeit der Ausschlagung führen, wenn die Erklärung innerhalb der Ausschlagungsfrist dem zuständigen Nachlassgericht zugeht.

⁸ Firsching / Graf, RdNr. 4.684

⁹ Staudinger – Otte, § 1945 RdNr.17 m.w.N. in Staudinger, Komm. zum BGB, 12. Aufl. 1978 ff., 13. Bearbeitung 1993 ff.

Die Ausschlagungserklärung als Willenserklärung des Erben mit dem Inhalt, nicht der Rechtsnachfolger des Erblassers sein zu wollen, ist nach den Anfechtungstatbeständen des allgemeinen Teils des BGB anfechtbar, §§ 1954 ff. i.V.m. §§ 119 ff. BGB. Auch hier sind die Form und die Frist der Anfechtung und die Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Entgegennahme der Anfechtungserklärung gesetzlich geregelt, §§ 1954, 1955 BGB.

Auch die Anfechtung eines Testamentes, soweit es sich z.B. um die Einsetzung eines Erben, die Enterbung oder die Anordnung der Testamentsvollstreckung handelt, ist durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht nach § 2081 Abs. 1 BGB vorzunehmen.

Die Amtsempfangsbedürftigkeit dient der Rechtssicherheit und der Kenntnis des Nachlassgerichts von der für einen möglichen Erbschein maßgeblichen Erbfolge.

Da durch die Anfechtung die Verfügung von Todes wegen des Erblassers betroffen ist, gelten nicht die allgemeinen Anfechtungstatbestände, sondern die besonderen Vorschriften über die Anfechtung nach den §§ 2078, 2079 BGB.

Für die Anfechtung des Erbvertrages ist das Nachlassgericht zuständig, wenn der andere Vertragspartner verstorben ist, §§ 2281 Abs. 1, Abs. 2 BGB oder die Verfügungen des Erblassers nach dem Tod durch Dritte angefochten werden sollen, §§ 2285, 2078 ff. BGB.

Sowohl bei der Ausschlagung des Erben, der Anfechtung der Ausschlagung und bei der Anfechtung der Testamente oder Erbverträge wird den Interessen der Betroffenen dadurch Rechnung getragen, dass das Nachlassgericht verpflichtet ist, ihnen die eingegangenen Erklärungen mitzuteilen, vgl. §§ 1953 Abs. 2, 1957 Abs. 2, 2081 Abs. 2, 2281 Abs. 2 BGB.

Diese Mitteilungspflicht des Nachlassgerichts ist dann als gesetzliche Verpflichtung der ersten Gruppe der nachlassgerichtlichen Tätigkeiten, den zu I,1) aufgeführten Amtsverfahren, zuzuordnen.

4. Weitere Aufgaben

Neben diesen beispielhaft aufgeführten Aufgaben des Nachlassgerichts in Nachlasssachen ist auch die weitere Zuständigkeit im Rahmen der Teilungssachen nach den §§ 86 – 98 FGG zu erwähnen.

Wenn eine Erbengemeinschaft mehrerer Miterben (§§ 1922, 2032 BGB) besteht, so ist der Nachlass grundsätzlich gemeinschaftliches Vermögen der Erben in gesamthänderischer Bindung (§ 2033 BGB), über das sie sich auseinander setzen müssen. Soweit keine Testamentsvollstreckung angeordnet ist, kann jeder Miterbe nach § 2042 BGB von den anderen die

Auseinandersetzung verlangen und diesen Anspruch ggf. klageweise geltend machen.

Das Nachlassgericht kann zur Vermittlung zwischen den Miterben in den Auseinandersetzungsverfahren angerufen werden. Voraussetzungen sind der Antrag eines Miterben, ein werthaltiger Nachlass als Teilungsmasse und, dass kein weiteres Auseinandersetzungsverfahren anhängig ist.

Das Nachlassgericht trifft in diesen Fällen keine Entscheidung, sondern erstellt am Ende einen Auseinandersetzungsplan (§ 93 FGG), den die Beteiligten annehmen können und der dann durch das Gericht bestätigt wird. Kommt eine Auseinandersetzungsvereinbarung nicht zustande, bleibt den Beteiligten nur der Weg der Auseinandersetzungsklage vor dem Prozessgericht.

II. Verfahrensrecht

1. Die Verfahrensordnung für die vorerwähnten nachlassgerichtlichen Verfahren und die gerichtlichen Zuständigkeiten ergeben sich aus dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit¹⁰ vom 17.05.1898, dem FGG.

Seiner Entstehungsgeschichte¹¹ nach ist das FGG die Kodifikation für die nichtstreitigen Angelegenheiten der Gerichte im Gegensatz zur streitigen Gerichtsbarkeit nach der Zivilprozessordnung. Beide Verfahrensgruppen sind Angelegenheiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit nach Art. 95 Abs. 1 GG.

Zu den Aufgabengebieten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören neben den Nachlass- und Teilungssachen (§§ 72 ff. FGG) vor allem die Vormundschafts-, Familien-, Betreuungs- und Unterbringungssachen (§§ 35-70 n FGG), die Personenstandssachen (§ 71 FGG i.V.m. §§ 45 ff. PstG), die Handels- und Registersachen nach den §§ 125-162 FGG und die Verfahren nach der Grundbuchordnung (GBO) und die Wohnungseigentumsangelegenheiten nach dem Wohnungseigentumsgesetz (WEG).

Bei aller Unterschiedlichkeit der Verfahrensziele, die von der Registereintragung, der Anordnung einer langjährigen Betreuung bis zur Erteilung von Zeugnissen, Bescheinigungen reichen, ist allen Verfahren der „Fürsorgezweck“ gemeinsam. In den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit leistet der Staat für seine Bürger Rechtsfürsorge, indem er ihre Lebensverhältnisse feststellt, ordnet oder gestaltet, und dies durch eine sachlich

¹⁰ Bereits das römische Recht kannte den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit „jurisdictio voluntaria“ (Marcianus), Digesten I, 16, 2, pr

¹¹ Zur Geschichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des FGG vgl. Bärman a.a.O. , § 1; Habscheid , Freiwillige Gerichtsbarkeit , 7. Aufl. 1983 , § 3

unabhängige und neutrale staatliche Stelle (den Richter, den Rechtspfleger oder einen Notar) gewährleistet.¹²

Bei den Nachlasssachen gilt dies ins Besondere für die Maßnahmen der Nachlasssicherung oder bei der gerichtlichen Hilfe zur Abwicklung und Auseinandersetzung des gemeinschaftlichen Vermögens in den Verfahren nach den §§ 86 ff. FGG.

a) Für die Nachlasssachen ist das Amtsgericht nach § 72 FGG das sachlich zuständige Gericht.

Von dieser Regelung sind die Amtsgerichte in dem Bundesland Baden-Württemberg ausgenommen, da nach Artikel 147 EGBGB durch Landesrecht andere als die gerichtlichen Behörden mit den Nachlasssachen betraut werden können. Das sind in Baden-Württemberg die Notariate.¹³ Daneben gibt es landesrechtliche Übertragungen für einzelne nachlassgerichtliche Einrichtungen.¹⁴

Eine weitere Besonderheit ist die Zuweisung der Aufgaben des Nachlassgerichts an das bei den Amtsgerichten einzurichtende Landwirtschaftsgericht in den Ländern der ehemaligen britischen Zone, (Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein), soweit zum Nachlass ein Hof im Sinne der Höfeordnung gehört.¹⁵

Aufgaben der Nachlassgerichte nehmen im Ausland für die deutschen Staatsangehörigen die konsularischen Vertretungen der Bundesrepublik Deutschland nach den §§ 2, 9, 11 des Konsulargesetzes vom 11.09.1974 für folgende Aufgaben wahr¹⁶:

- Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen
- Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen bei Ablieferung an das Konsulat
- Sicherung der im Ausland befindlichen Nachlassgegenstände eines deutschen Erblassers.

¹² So Bärmann a.a.O. § 1 S. 20 m.w.N.; Keidel-Schmidt RdNr. 1 ff. zu § 1

¹³ §§ 1, 2, 36, 38 ff. LfGG Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg – dazu Richter, Rechtspfleger 75, 417 ff.

¹⁴ s. dazu die Aufstellung bei Firsching/Graf, RdNr. 2.7

¹⁵ In diesen Ländern gilt die Höfeordnung (HöfeO) i.d.F.vom 26.7.1976 i.V.m. dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (LwVG) vom 21.07.1953 – vgl. dazu auch Dressel NJW 1976, 1244 ff.; Fassbender DNotZ 1976, 393 ff., 402

¹⁶ Einzelheiten dazu bei Geimer DNotZ 1978, 3 ff.; Staudinger – Baumann, §§ 2229-2264 Vorbem. 40 ff.

b) Nach der geltenden gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung¹⁷ erfolgt gemäß § 3 Nr. 2 c RpfLG die grundsätzliche Erledigung der Nachlaß – und Teilungssachen des FG durch den Rechtspfleger des Amtsgerichts. Für seine Zuständigkeit gilt – vorbehaltlich der landesrechtlichen Besonderheiten – eine Vermutung¹⁸.

Daneben sind dem Rechtspfleger nach § 3 Nr. 2 c RpfLG die Aufgaben der amtlichen Verwahrung von Erbverträgen und Testamenten übertragen, §§ 2258 a – 2264, 2300 und 2300 a BGB.

Nach § 36 b Abs. 1 Nr. 1 RpfLG¹⁹ sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Verwahrungsgeschäfte bei der Annahme von Erbverträgen und Testamenten auf den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu übertragen.

Die dem Richter vorbehaltenen Geschäfte sind in § 16 RpfLG abschließend aufgezählt²⁰:

- § 16 Abs.1 Nr.1 RpfLG: Anordnung der Pflegschaft, Bestimmung des Wirkungskreises bei der Pflegschaft über Ausländernachlässe

- § 16 Abs.1 Nr.2 RpfLG: Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2200 BGB

- § 16 Abs. 1 Nr.3 RpfLG: Entscheidung über den Antrag, die vom Erblasser für den Testamentsvollstrecker getroffene Verwaltungsanordnung außer Kraft zu setzen, § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB

- § 16 Abs.1 Nr.4 RpfLG: Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern, § 2224 Abs.1 BGB

- § 16 Abs.1 Nr.5 RpfLG: Entlassung eines Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB

- § 16 Abs. 1 Nr. 6 RpfLG – die in der Praxis bedeutsamste Gruppe -: Erteilung von Erbscheinen nach den §§ 2253 ff. BGB, soweit eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, die Erteilung von gegenständlich beschränkten Erbscheinen nach § 2369 BGB, die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen nach § 2368 BGB und weiterer Rechtsnachfolgezeugnisse.

¹⁷ Zu der Neuordnung ab 1. September 2004 durch das Justizmodernisierungsgesetz s. unten III ff.

¹⁸ So Firsching/Graf, RdNr. 2.11; BayObLGZ 1967, 40, 42; KG Rpfleger 1978, 321,322

¹⁹ § 36 b RpfLG eingefügt durch Gesetz vom 16.6.2002, BGBl I S. 1810

²⁰ vgl. Firsching/Graf, RdNr. 2.20

- 16 Abs. 1 Nr.7 RpfVG: Die Einziehung von unrichtigen Erbscheinen, soweit sie vom Richter erteilt worden sind, oder sie wegen einer Verfügung von Todes wegen einzuziehen sind, oder die Einziehung eines unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisses zu erfolgen hat

- 16 Abs. 1 Nr.8 RpfVG: Die hier aufgeführte richterliche Zuständigkeit für Genehmigungen im Zuge der Erbaueinandersetzung ist gegenstandslos geworden durch das Betreuungsgesetz von 1991, nach dem die Zuständigkeit für vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen auf den Rechtspfleger übergegangen ist.

c) Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts bestimmt sich nach dem letzten Wohnsitz oder Aufenthalt des Erblassers im Inland, § 73 Abs. 1 FGG. Bei Erblassern ohne inländischen Wohnsitz oder Aufenthaltsort ist das Amtsgericht Berlin-Schöneberg gemäß § 73 Abs. 2 FGG als Nachlassgericht zuständig. Bei dem Nachlass eines Ausländers sind die Amtsgerichte gemäß § 73 Abs. 3 FGG zuständig, in deren Bezirke sich Nachlassgegenstände befinden.

3. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kennt nicht den Begriff der "Partei" wie im Zivilprozess, sondern verwendet den Begriff des Beteiligten, z.B. §§ 2260, 2262, 2227 Abs. 1 BGB, §§ 86 ff. FGG.

Allgemein wird zwischen Beteiligten im materiellen und im formellen Sinne differenziert²¹.

Beteiligter im materiellen Sinne ist jeder, dessen Rechte und Pflichten durch die zu erwartende oder bereits getroffene gerichtliche Entscheidung unmittelbar betroffen wird, ohne dass er in dem Verfahren aufgetreten sein muss.²² Dies gilt z.B. für den Miterben, der selbst nicht den Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins gestellt hat, aber in dem Erbscheinsverfahren materiell Betroffener ist²³.

Beteiligter im formellen Sinne ist jede Person, die zur Wahrnehmung ihrer – wenn auch nur behaupteten – Rechte am Verfahren teilnimmt oder zugezogen wird²⁴. Dies setzt i.d.R. eine Verfahrenshandlung der Person voraus.

Beteiligtenfähig ist jeder Rechtsfähige, jede natürliche und juristische Person, die OHG, die KG und auch die BGB-Gesellschaft²⁵.

²¹ Vgl. dazu: Firsching/Graf, RdNr. 3.1 ff.; Keidel-Zimmermann, § 6 RdNr. 18

²² Keidel-Zimmermann a.a.O. m.w.N. (FN 20); BGHZ 25,293, 296 = JZ 1962, 123 mit Anm. von Baur; BayObLGZ 1986, 289, 292; BayObLG NJW - RR 1988,929, 931

²³ BayObLGZ 1960, 216

²⁴ Firsching/Graf, RdNr. 3.2; Keidel-Zimmermann a.a.O.

Die Beteiligtenfähigkeit setzt die Verfahrensfähigkeit voraus. Verfahrensfähig ist grundsätzlich derjenige, der geschäftsfähig ist²⁶. Bei einem Mangel der Geschäftsfähigkeit z.B. bei Minderjährigen hat der gesetzliche Vertreter die Verfahrenshandlungen einschließlich der eidesstattlichen Versicherung (vgl. §§ 2006, 2057 S. 2, 2356 Abs. 2 BGB) vorzunehmen.

Die Beteiligten können sich nach § 13 S. 2 FGG durch Verfahrensbevollmächtigte vertreten lassen. Die Vollmacht ist vom Nachlassgericht von Amts wegen zu prüfen und ggf. durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen. Dies gilt auch für den beauftragten Notar²⁷.

Von der Vertretung ausgeschlossen sind die von einem Beteiligten persönlich vorzunehmenden Rechtshandlungen, wie z.B. die Rücknahme eines Testamentes aus der amtlichen Verwahrung nach § 2256 Abs. 1,2 BGB, die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen (vgl. §§ 2064, 2275 BGB) oder auch der Abschluss eines Erbverzichtsvertrages, s. § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB.

4. Soweit es sich nicht um ein Antragsverfahren²⁸ handelt, wird in Nachlasssachen das Verfahren von Amts wegen betrieben. Die verfahrenseinleitende Mitteilung eines Beteiligten z.B. die Mitteilung über den Tod des Erblassers ist lediglich eine Anregung an das Nachlassgericht, die gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen z.B. die Eröffnung eines Testaments nach § 2260 BGB vorzunehmen.

In den Antragsverfahren ist die Antragstellung Zulässigkeitsvoraussetzung. Es herrscht die Dispositionsmaxime. Der Antragsteller bestimmt mit seinem Antrag den Beginn und grundsätzlich auch das Ende des Verfahrens, wenn er den Antrag zurücknimmt²⁹.

Für beide Verfahrensarten ist der Grundsatz der Amtsermittlung nach § 12 FGG gegeben³⁰. Dem Nachlassgericht ist die Verpflichtung auferlegt, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu betreiben und die geeigneten Beweise zu erheben. Die Ermittlungstätigkeit betrifft z.B. die Echtheit des Testamentes, die Testierfähigkeit, den Güterstand oder auch den Zeitpunkt des Todes³¹. Das Gericht ist gehalten, dem Vorbringen

²⁵ So die neuere Rechtsprechung des BGH zur Außengesellschaft, BGH NJW 2001, 1056 ff.

²⁶ So Keidel-Zimmermann, § 13 RdNr. 32 m.w.N.

²⁷ OLG München DNotZ 1938, 172

²⁸ S. dazu oben I 2

²⁹ Keidel-Zimmermann § 13 RdNr. 13

³⁰ Für das Erbscheinsverfahren gilt § 2358 BGB als *lex specialis*, ebenso für das Testamentsvollstreckerverfahren s. § 2368 Abs. 3 BGB

³¹ Vgl. dazu Zimmermann ZEV 95, 275; Palandt-Edenhofer § 2358 RdNr. 2, 3 in Palandt, Kurzkommentar zum BGB, 63. Aufl., 2004

der Beteiligten nachzugehen, soweit ein sachdienliches, entscheidungserhebliches Ergebnis erwartet werden kann³².

Für das Nachlassgericht besteht im Rahmen der Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Bindung an Beweisregeln oder bestimmte Beweismittel. Es entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob es sich mit formlosen Ermittlungen (Freibeweis) begnügt oder eine förmliche Beweisaufnahme nach § 15 FGG mit den Beweismitteln der ZPO für erforderlich hält³³.

Im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt anstelle der Beweislast des Zivilprozesses die Feststellungslast. Sie bestimmt, zu wessen Ungunsten die Nichtaufklärbarkeit einer Tatsache geht. Der Antragsteller im Erbscheinsverfahren trägt die Feststellungslast für die sein Erbrecht tragenden Umstände z.B. die Echtheit des Testamentes. Die seinem Erbrecht widersprechenden Beteiligten tragen die Feststellungslast für die rechtsvernichtenden Umstände z.B. die Testierunfähigkeit³⁴.

5. Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird nicht durch Urteil beendet. Entscheidungen des Nachlassgerichts ergehen i.d.R. als Verfügung oder Beschluss. In § 16 Abs. 1 FGG verwendet der Gesetzgeber für die gerichtliche Entscheidung den Begriff der Verfügung, mit dem jede gerichtliche Entscheidung gemeint ist, die bestimmt und geeignet ist, eine rechtliche Wirkung für Verfahrensbeteiligte zu äußern³⁵.

Nach der verfahrensrechtlichen Bedeutung können Entscheidungen in Zwischen- und Endentscheidungen eingeteilt werden.

a) Zwischenentscheidungen ergehen durch das Nachlassgericht als Zwischenverfügung z.B. zur Behebung von Antragsmängeln³⁶.

Eine bislang gesetzlich nicht geregelte, von der Rechtsprechung entwickelte besondere Form der Zwischenentscheidung ist der Vorbescheid³⁷. Da die Publizitätswirkung der §§ 2365-2367 BGB für den erteilten Erbschein nicht rückwirkend beseitigt werden kann, hat die Rechtsprechung den Vorbescheid für die Fälle entwickelt, in denen ein Bedürfnis nach einer Vorabklärung der Sach- und Rechtslage besteht. Das Nachlassgericht kündigt

³² So zuletzt BayObLG FamRZ 99, 819, 820 m.w.N.; OLG Frankfurt/Main Rpfleger 1998, 291, 292

³³ Firsching-Graf a.a.O. RdNr. 3.19, 3.20

³⁴ Vgl. dazu aus der Rechtsprechung BayObLG Rpfleger 1985, 239; KG NJW 1963, 766, 768; KG OLGZ 91, 144, 147 ff.; Staudinger/Schilken § 2358 RdNr. 5

³⁵ KG NJW 1955, 1233, 1234

³⁶ Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1. Buch Allgemeines Verfahrensrecht, 1955, §17 IV, 2a

³⁷ BGHZ 20, 255, 257, BayObLGZ 1980, 42, 45; Pentz MDR 1990, 586 ff.

den Erlass des beabsichtigten Erbscheins durch Beschluss an und gibt den Beteiligten Gelegenheit zur Überprüfung im Beschwerdeverfahren.

Damit kann der Schaden vermieden werden, der wegen der Publizitätswirkung sonst bei Erteilung eines unrichtigen Erbscheins bis zu seiner Einziehung entstehen kann³⁸.

Als Zwischenentscheidung kann auch eine einstweilige Anordnung z.B. nach § 24 Abs. 3 FGG ergehen. Das Beschwerdegericht kann eine vorläufige Rücknahme des Erbscheins zu den Nachlassakten³⁹ anordnen bevor es dann im weiteren Verfahren über die Einziehung abschließend entscheidet.

b) Eine Endentscheidung des Nachlassgerichts ergeht als Sachentscheidung, es sei denn, der Antrag wird wegen Fehlen einer Verfahrensvoraussetzung zuvor als unzulässig zurück gewiesen. Die Sachentscheidung kann bei begründetem Erbscheinsantrag auf Erteilung des Erbscheins, bei Unbegründetheit auf Zurückweisung oder in sonstigen nachlassgerichtlichen Verfahren auf Anordnung einer Maßnahme lauten.

c) Das Nachlassgericht ist bei der Gestaltung seiner Entscheidung frei. Eine allgemeine Regelung im FGG zu Form und Bezeichnung der Entscheidungen gibt es nicht⁴⁰.

Üblicherweise bezeichnet das Nachlassgericht seine Entscheidungen in dem Verfahren zur Erbscheinserteilung und zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses als „Beschluss“⁴¹, der i.d.R. schriftlich abgesetzt wird.

Anders als bei dem zivilprozessualen Urteil durch § 313 ZPO ist für die Entscheidung eine inhaltliche Trennung von Tenor, Sachverhalt und Begründung der Entscheidung nicht vorgeschrieben.

Grundsätzlich besteht auch keine Verpflichtung zu einer Rechtsmittelbelehrung⁴², wenn der Gesetzgeber nicht eine besondere Anordnung getroffen hat.

Eine Entscheidung über die Gerichtskosten kann unterbleiben.

Die Verpflichtung zur Tragung der Gerichtskosten folgt unmittelbar aus den §§ 2 ff. der KostO. Grundsätzlich trägt jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst. Nach § 13 a FGG kann das Gericht eine

³⁸ Palandt-Edenhofer § 2353 RdNr. 22; BayObLG FamRZ 1991, 494, 495

³⁹ BGHZ 40, 54, 59; OLG Köln OLGZ 1990, 303, 304

⁴⁰ Baur, a.a.O., §22 B I

⁴¹ Firsching/Graf a.a.O. RdNr. 3.34; Bärman, a.a.O. § 19 Abs. 3 S. 141 ff.

⁴² Keidel-Meyer-Holz, Vorb. §§ 8-18, RdNr. 20

Kostenerstattungspflicht unter mehreren Beteiligten anordnen, wenn dies der Billigkeit entspricht.

d) Die Entscheidung wird mit der Bekanntgabe gegenüber den Beteiligten nach § 16 FGG wirksam. Soll mit der Bekanntmachung zugleich der Lauf einer Frist z.B. beim Inventarverfahren nach § 1995 Abs. 1 BGB in Gang gesetzt werden, so ist die Zustellung gemäß § 16 Abs. 2 FGG erforderlich⁴³. Andernfalls genügt die formlose Mitteilung. Bei Anwesenheit der Beteiligten genügt die Bekanntmachung zu Protokoll nach § 16 Abs. 3 FGG.

Der Beschluss, mit dem die Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses bewilligt wird, wird erst mit der Vollziehung durch Aushändigung der Urkunde wirksam⁴⁴.

e) Das Rechtsmittel im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist die Beschwerde nach § 19 Abs. 1 FGG, mit der die erstinstanzliche Entscheidung des Amtsgerichts zur Überprüfung durch das Landgericht als zweite Tatsachen- und Rechtsmittelinstanz angefochten wird, §§ 19 Abs. 1, Abs. 2, 23 FGG.

Gemäß § 11 Abs. 1 RpfVG ist auch grundsätzlich gegen die Entscheidung des Rechtspflegers die Beschwerde zum Landgericht statthaft.

Die Beschwerde nach § 19 ist grundsätzlich unbefristet; nur in den gesetzlich bestimmten Fällen z.B. § 69 g Abs. 4 FGG ist das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde vorgesehen, die im allgemeinen binnen zwei Wochen (s. § 22 Abs. 1 FGG) einzulegen ist. Das erstinstanzliche Gericht ist nach § 18 Abs. 1 FGG bei der einfachen Beschwerde zur Korrektur seiner Entscheidung im Wege der Abhilfe befugt. Bei der sofortigen Beschwerde ist dies nach § 18 Abs. 2 FGG ausgeschlossen.

Gegen die Entscheidung der zweiten Instanz kann die weitere Beschwerde als Rechtsbeschwerde nach § 27 FGG eingelegt werden. Die Beteiligten können damit gemäß § 27 Abs. 1 FGG eine formell- und materiellrechtliche Überprüfung anstreben.

f) Soweit das FGG den Begriff der Rechtskraft (z.B. §§ 26, 31, 53 Abs. 1 FGG) gebraucht, ist damit die formelle Rechtskraft, die Unanfechtbarkeit der Entscheidung mit Rechtsmitteln gemeint. Darüber kann auch ein Rechtskraftzeugnis des Gerichts im Sinne von § 31 FGG erteilt werden.

Inwieweit Entscheidungen in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit der materiellen Rechtskraft fähig sind, ist umstritten⁴⁵. Eine

⁴³ Vgl. BayObLGZ 1960, 267, 271

⁴⁴ Bärmann, a.a.O. § 20 III 2, c; BayObLGZ 60, 152

⁴⁵ Zum Meinungsstand s. Keidel-Zimmermann § 31 RdNr. 18 ff.; Baur a.a.O. § 25 I, 3

einheitliche Beantwortung der Frage ist nicht möglich. Die überwiegende Meinung hält eine Entscheidung von Fall zu Fall geboten. Einigkeit besteht nur dahingehend, dass in den sogenannten „echten Streitverfahren“, wie z.B. der Streitentscheidung über Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern nach § 2224 BGB materielle Rechtskraft eintreten kann⁴⁶.

III. Das Justizmodernisierungsgesetz vom 24.08.2004

Für die nachlassgerichtlichen Verfahren ist durch das erste Justizmodernisierungsgesetz⁴⁷ vom 24.08.2004, das zum 01.09.2004 in Kraft getreten ist, eine einschneidende Veränderung der funktionellen Zuständigkeiten zwischen Richter und Rechtspfleger vorbereitet worden.

1. Der Bundesgesetzgeber hat für die Länder die Ermächtigungsgrundlage geschaffen, bestimmte, bisher dem Richter vorbehaltene Aufgaben auf den Rechtspfleger zu übertragen.

Durch Art. 72 Abs. 3 GG ist für den Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Grundlage für eine derartige „Öffnungsklausel“⁴⁸, gegeben. Durch diese Öffnungsklausel wird es den Ländern ermöglicht, durch Rechtsverordnung die Richtervorbehalte, ggf. zeitlich gestaffelt, ganz oder teilweise aufzuheben und damit – nach Ansicht des Gesetzgebers - den unterschiedlichen Verhältnissen in einzelnen Bundesländern Rechnung zu tragen.

Die Folge davon kann ein weiterer Verlust an Rechtseinheit in dem föderalen Staatsgebilde der Bundesrepublik Deutschland sein.

Die tragenden Gründe für die gesetzgeberische Reform lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

- Abschaffung einer zu stark arbeitsteiligen und personalintensiven Zuständigkeitsverteilung für nachlassgerichtliche Verfahren.
- Aussicht auf eine Ersparnis im Bereich der Personalkosten der Justiz durch den Einsatz des „billigeren Rechtspflegers“ statt des „teureren Richters“ für die Erledigung derselben Angelegenheiten.
- Weitere Aufgabenverlagerung von „oben nach unten“; nach dem Gesetz zur Übertragung von Rechtspflegeraufgaben auf den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle im Jahre 2002⁴⁹, nunmehr Kompetenzübertragungen vom

⁴⁶ BGH NJW 64, 863

⁴⁷ Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz, BGBl. I/2198

⁴⁸ So die amtliche Begründung A II Nr. 3 a.a.O.

⁴⁹ s.o.II 1 b)

Richter auf den Rechtspfleger mit dem Ziel, Bearbeitungsvorgänge zu vereinheitlichen und die personellen Ressourcen möglichst ökonomisch einzusetzen⁵⁰.

Wenig überzeugend ist der Verweis auf einen divergierenden Ausbildungsstand der Rechtspfleger in den verschiedenen Bundesländern⁵¹. Die Ausbildung der Rechtspfleger ist bundeseinheitlich durch § 2 RpfLG geregelt und wird überall durch ein Studium an einer verwaltungsinernen Fachhochschule absolviert. Die geringe Zahl von abweichend ausgebildeten Bereichsrechtspflegern in den neuen Bundesländern ist kein tragfähiges Argument für eine Öffnungsklausel⁵².

2. a) Durch das Justizmodernisierungsgesetz ist zum 01.09.2004 § 19 des Rechtspflegergesetzes mit der amtlichen Überschrift "Aufhebung von Richtervorbehalten" neu eingefügt worden und ermöglicht es – wie vorerwähnt – den Landesregierungen durch Rechtsverordnungen die bisherigen Richtervorbehalte⁵³ aus § 16 des Rechtspflegergesetzes ganz oder teilweise aufzuheben. Die Aufhebungsermächtigung umfasst alle oben genannten Vorbehalte mit Ausnahme der Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Nachlasspflegern (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 5 RpfLG) sowie von Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern (§ 16 Abs. 1 Nr. 4 RpfLG) und der Entscheidung über Anträge, eine vom Erblasser getroffene Anordnung für die Verwaltung des Nachlasses außer Kraft zu setzen (§ 16 Abs. 1 Nr. 3) oder die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 16 Abs. 1 Nr. 5, soweit die Ernennung auf einer Verfügung des Erblassers beruht oder er einen Dritten zu der Ernennung bestimmt hat, § 2198 BGB.

Diese Geschäfte sind als typische Streitentscheidungen dem Richter weiterhin vorbehalten.

Der Verbleib dieser Verrichtungen in der richterlichen Zuständigkeit wird damit begründet, dass die Entscheidungen eine vertiefte Würdigung der Verfügung von Todes wegen des Erblassers verlangen und die Entscheidung damit einen schwerwiegenden Eingriff in die Willenserklärung des Erblassers bedeuten kann, so dass wegen der materiell-rechtlichen Tragweite eine richterliche Zuständigkeit für geboten gehalten wird⁵⁴.

⁵⁰ So amtliche Begründung zum Entwurf des Justizmodernisierungsgesetzes AI-Bundestagsdrucksache 15/1508

⁵¹ so die amtl. Begründung a.a.O. zu A II 3.

⁵² so auch zu Recht Rellermeyer, Rpfleger 2004, S. 593 ff., 594

⁵³ S. dazu oben II 2 b

⁵⁴ Amtliche Begründung zum Entwurf a.a.O. zu A II 3

b) Wenn zukünftig ein Bundesland von der Öffnungsklausel Gebrauch macht und die richterlichen Vorbehalte in Nachlasssachen nach § 19 des Rechtspflegergesetzes aufhebt, bedeutet dies für die Zuständigkeit des Rechtspflegers in Nachlasssachen positiv, dass seine Zuständigkeit nach § 3 Nr. 2 c RpfLG erheblich erweitert worden ist und grundsätzlich auch die Aufgaben umfasst, die sich auf die Prüfung von Form und Inhalt der Verfügung von Todes wegen des Erblassers beziehen.

Von besonderer Bedeutung sind hier die Zuständigkeit für die Erteilung von Erbscheinen auf Grund testamentarischer oder erbvertraglicher Erbfolge und deren Einziehung nach § 16 Abs. 1 Nr. 6 und 7 RpfLG i.V.m. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RpfLG sowie die Erteilung gegenständlich beschränkter Erbscheine nach § 2369, die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen und die Einziehung dieser Zeugnisse.

Diese weitreichende Aufhebung der Richtervorbehalte wird damit begründet, dass der Rechtspfleger durch seine Ausbildung und sein Studium an der Fachhochschule für die Vornahme dieser Tätigkeiten gut qualifiziert ist und bereits nach geltendem Recht für die Eröffnung und die Aufnahme der Erbscheinsanträge auf Grund einer Verfügung von Todes wegen zuständig war. Dies ist auch durch eine umfangreiche Studie der Fachhochschule für Rechtspflege in Nordrhein-Westfalen, Bad Münstereifel, aus dem Jahre 2000 bestätigt⁵⁵ worden, die auch in die Diskussion um die Änderung durch das Justizmodernisierungsgesetz eingeflossen ist⁵⁶.

Dem Rechtspfleger können nunmehr auch die Geschäfte der Ernennung und Entlassung von Testamentsvollstreckern nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 und 5 = § 19 I Nr. 2 und 3 RpfLG übertragen werden. Im Zuge dieser Aufgaben muss der Rechtspfleger zunächst die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen prüfen und die Verfügung von Todes wegen dahingehend auslegen, ob ein möglicherweise nur konkludent gestelltes Ersuchen des Erblassers auf Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2200 BGB gegeben ist.

Eine weitere neue Aufgabe des Rechtspflegers nach § 16 Abs. 1 Nr. 5 RpfLG i.V.m. § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 RpfLG ist jetzt auch die Prüfung, wann ein wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers vorliegt.

Schließlich können dem Rechtspfleger auch die Geschäfte mit Auslandsbezug nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 4 RpfLG und unter Einbeziehung von § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 RpfLG übertragen werden, die sich auf

⁵⁵ Vgl. dazu Klüsener, Rausch, Walter Rpfleger 2001, S. 215 ff.

⁵⁶ Begründung zu Art. 9 Nr. 3 JuModG, § 19 I S. 1 Nr. 4 RpfLG

die Anordnung einer Nachlasspflegschaft oder Nachlassverwaltung für Angehörige eines fremden Staates beziehen⁵⁷.

c) Eine bedeutsame Einschränkung der Ermächtigung zur Übertragung der Aufgaben auf den Rechtspfleger enthält § 19 Abs. 2 RpfLG. Danach ist der Rechtspfleger verpflichtet, das Verfahren dem Richter zur weiteren Bearbeitung vorzulegen, soweit bei den übertragenen Geschäften Einwendungen erhoben werden. Dies bedeutet, dass der Rechtspfleger nur für die nichtstreitigen Fälle der übertragenen Geschäfte zuständig ist⁵⁸.

Klärungsbedürftig ist nun, was unter dem Begriff der Einwendungen zu verstehen ist. Hierbei muss es sich nicht zwingend um einen Gegenantrag eines Verfahrensbeteiligten handeln, sondern es reichen Einwendungen aus, die gegen die antragsgemäße Entscheidung sprechen und weitere Ermittlungen notwendig machen.⁵⁹

In der Begründung des Gesetzgebers wird darauf verwiesen, dass dieser Vorbehalt durch Art. 92 GG bedingt ist, da Aufgaben der Rechtsprechung dem Richter vorbehalten sind. Aus dem gleichen Grunde sind auch die typischen Streitentscheidungen weiterhin von dem Vorbehalt des Richters erfasst⁶⁰.

3. Der richterliche Vorbehalt hängt mit der Frage zusammen, inwieweit die Tätigkeit der Gerichte in den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Rechtsprechung nach Art. 92 GG anzusehen sind. Diese Frage ist von dem Bundesverfassungsgericht in seinen bisherigen Entscheidungen nicht abschließend beantwortet worden⁶¹. Das Bundesverfassungsgericht verweist darauf, dass der Gesetzgeber nicht gehindert ist, den Gerichten über die Kernaufgabe der streitentscheidenden Tätigkeit nach Art. 92 GG hinaus weitere Aufgaben zu übertragen, soweit dies mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz des Art. 20 Abs. 2 GG vereinbar ist.

Die Tätigkeit der Gerichte in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist daher, nur soweit streitentscheidende Tätigkeit ausgeübt wird, als Rechtsprechung nach Art. 92 GG einzuordnen. In den nachlassgerichtlichen Verfahren fallen darunter z.B. die Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Testamentsvollstreckern, § 16

⁵⁷ Zur bisherigen Zuständigkeit vgl. Arnold/Meyer-Stolte/Herrmann RpfLG, 6. Aufl., 2002, § 4 RdNr. 36 ff.; Dallmayer/Eickmann RpfLG 1996, § 4 RdNr. 25

⁵⁸ So die amtliche Begründung zu Art. 9 Nr. 3 des Justizmodernisierungsgesetzes, a.a.O. zu § 19 Abs. 2 RpfLG

⁵⁹ Rellermeyer a.a.O. S. 595 Fußn. 33 m.w.N.

⁶⁰ Vgl. dazu amtliche Begründung zum Justizmodernisierungsgesetz Abschnitt A II 3 und zu Art. 9 Nr. 3 des Justizmodernisierungsgesetzes = § 19 Abs. 2 RpfLG, a.a.O., S. 45

⁶¹ BVerfGE 21, 139, 144; 64, 175, 179; 76, 100, 106

Abs. 1 Nr. 4 RpfVG oder die Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Nachlasspflegschaften nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 RpfVG i.V.m. § 14 Abs. 1 Nr. 5 RpfVG. Diese Tätigkeit ist damit allein dem Richter vorbehalten.

In den anderen Fällen, in den nichtstreitigen Angelegenheiten handelt es sich nur um Rechtsprechung im formellen Sinn, nämlich um eine Aufgabenzuweisung an die Gerichte im Rahmen der Gewaltenteilung⁶². Für diese Tätigkeiten gilt nicht das Richterprivileg nach Art. 92 GG, so dass der Gesetzgeber nicht gehindert ist, diese Aufgaben anderen Organen der Rechtspflege zuzuweisen.⁶³

Die Öffnungsklausel nach § 19 RpfVG ist daher von Inhalt und Umfang her mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen nach Art. 92 GG zu vereinbaren.

IV. Zusammenfassung

Mit der Ermächtigung an die Länder nach § 19 RpfVG, die Aufgaben der Nachlasssachen fast vollständig auf den Rechtspfleger zu übertragen, hat der Gesetzgeber eine weitreichende Entscheidung für eine funktionale Bearbeitung der Verfahren in der Hand eines Organs der Rechtspflege vorgenommen. Dies stellt auch einen wichtigen Schritt zur Stärkung der gerichtsverfassungsrechtlichen Stellung des Rechtspflegers dar. Dass der Rechtspfleger diesen Aufgaben nach seinem Studium und seiner beruflichen Qualifikation uneingeschränkt gewachsen ist, steht außer Zweifel. Die Einschränkungen in der Zuständigkeit des Rechtspflegers und der Fortbestand der Richtervorbehalte machen deutlich, dass der Rechtspfleger – nach wie vor – kein Richter im verfassungsrechtlichen Sinne nach Art. 92 GG ist⁶⁴, auch wenn ihm der Gesetzgeber im zunehmenden Maße vormals richterliche Aufgaben überträgt.⁶⁵

⁶² Dazu: Keidel-Schmidt § 1 RdNr. 6, 7

⁶³ Deswegen für die Vollübertragung der Aufgaben in Erbscheinsverfahren Rellermeier a.a.O. S. 595, 596

⁶⁴ So auch die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zuletzt BVerfGE 101, 397 = Rpfleger 2000, 205

⁶⁵ Zum Abschluss dieses Beitrages darf darauf hingewiesen werden, dass die Diskussion über die „Modernisierung der Justiz“ weiter geht. Die Konferenz der Justizminister der Bundesländer vom November 2004 hat in einem „Eckpunktepapier“ eine weitere Konzentration der Justiz auf ihre Kernaufgabe der streitentscheidenden Tätigkeit nach Art. 92 GG beschlossen. Als Prüfungsansatz ist es in das Papier aufgenommen worden, die Aufgaben der Nachlassgerichte ganz oder teilweise auf die Notariate zu übertragen (Einzelheiten unter www.mj.niedersachsen.de, dort unter dem Link „Große Justizreform“,)