

besteht, dass sie zurück in der Heimat mit Kampferfahrung eher geneigt sind, Anschläge zu verüben, sobald ihnen etwas nicht passt.

**(c) Abwägung.** Einerseits könnte man G in dem Punkt Recht geben, dass sie es nicht nachvollziehen kann, dass deutsche Verwaltungsbehörden ihre Ausreise in einen anderen Staat aufgrund potentieller Straftaten und Anschläge verhindern. G möchte sich schließlich nicht innerhalb der Bundesrepublik einer terroristischen Vereinigung anschließen und Widerstand gegen die bestehende staatliche Ordnung leisten, sondern in Syrien. Jedoch darf nicht außer Acht bleiben, auch wenn G sich „nur“ im Ausland engagieren und zur Gewaltanwendung bereit ist, dass es sich bei den Anhängern der T-Vereinigung um radikal eingestellte Personen und insbesondere Jugendliche handelt, die im Ausland von vorneherein für das Entstehen einer neuen staatlichen Ordnung nach ihren fundamentalistischen religiösen Vorstellungen kämpfen. Dazu gehört in hohem Maße die Anwendung von Gewalt, womit Verbrechen, die nicht nur in der Bundesrepublik sanktioniert, sondern auch international verfolgt werden, einhergehen. Zur Erreichung von religiösen oder politischen Motiven werden regelmäßig Menschen, insbesondere Andersgläubige, getötet und unmenschlich behandelt. Dazu ist nicht nur die T-Vereinigung fähig und bereit, sondern auch ihre Anhänger aus der Bundesrepublik, was bereits offizielle Zahlen in der Vergangenheit bestätigten. Man könnte zwar einwenden, dass es noch nicht sicher ist, dass es tatsächlich zur Gewaltanwendung seitens G kommt, jedoch ist hier zu berücksichtigen, dass G im Internet in Videos oder in sozialen Netzwerken ihre Verbundenheit mit der T eindeutig zum Ausdruck bringt und sich zum Ziel setzt, der T tatkräftig zur Seite zu stehen.

Die behördliche Maßnahme entzieht G zwar gänzlich ihre Freiheit auszureisen, allerdings in diesem Fall, da bekannt und wahrscheinlich ist, dass sie nicht zu Urlaubszwecken nach Syrien reisen möchte, sondern dabei helfen möchte, die bestehende Rechts- und Staatsordnung zu kippen. Ein solches Verhalten der deutschen Anhänger der T-Vereinigung beeinträchtigt nachhaltig die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik und stellt einen einschneidenden Verstoß gegen die völkerrechtliche Friedenssicherungspflicht dar.

Daher ist es verfassungsrechtlich tragbar, den staatlichen Eingriff in Form des Passentzugs und der diesen bestätigenden Urteile für zumutbar zu halten.

### III. Zwischenergebnis

Mithin ist der Eingriff in Art. 2 I GG verhältnismäßig und somit materiell gerechtfertigt.

### C. ERGEBNIS

Der Eingriff in die Ausreisefreiheit der G ist damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sodass die zulässige Verfassungsbeschwerde unbegründet ist und keine Aussicht auf Erfolg hat.

## ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE

### ÜBUNGSBLÄTTER REFERENDARE LERNBEITRAG ZIVILRECHT · PRÜFUNGSSCHWERPUNKTE IM ERBSCHEINSVERFAHREN

RA Dr. Christoph Keller, LL.M. (LSE), und RA Dr. Albert von Schrenck, München\*

## Prüfungsschwerpunkte im Erbscheinsverfahren

Das Erbscheinsverfahren ist in beiden juristischen Staatsexamen (besonders allerdings im Zweiten) eine häufig geprüfte Materie, weil es die ideale prozessuale Einkleidung für eine erbrechtliche Klausur darstellt. Kenntnisse des Erbscheinsverfahrens sind deshalb in beiden Examen unverzichtbar. Der nachfolgende Beitrag gibt einen problemorientierten Überblick über die Prüfungsschwerpunkte im Erbscheinsverfahren. Er berücksichtigt bereits die Änderungen, die die am 17.8.2015 in Kraft getretene Europäische Erbrechtsverordnung gebracht hat.

### A. EINLEITUNG

Das Recht des Erbscheinsverfahrens ist im Wesentlichen in zwei Gesetzen niedergelegt. Das *materielle Erbscheinsrecht* ist

im BGB geregelt. Das *prozessuale Erbscheinsrecht* ist teils im BGB (§§ 2353 ff. BGB), teils im FamFG geregelt. Das Erbscheinsrecht findet sich dort sowohl im Allgemeinen als auch, als Teil der Nachlass- und Teilungssachen, im Besonderen Teil. Die am 17.8.2015 in Kraft getretene Europäische Erbrechtsverordnung (EuErbVO)<sup>1</sup> schafft in ihren Art. 62–73 ein Konkurrenzprodukt zum deutschen Erbschein, nämlich das *Europäische Nachlasszeugnis*. Ferner enthält die EuErbVO in

\* Die Verfasser sind Rechtsanwälte in München.

<sup>1</sup> Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

Art. 4, 10 Zuständigkeitsregeln, die auch im deutschen Erbscheinsverfahren zu beachten sind, sofern es grenzüberschreitender Natur ist.

## B. WESEN UND FUNKTION DES ERBSCHEINS

Die Erbfolgekonzeption des BGB ist durch das Prinzip des *Vonselbsterwerbs* geprägt (§ 1922 I BGB). Der Vonselbsterwerb ist ein sich unauffällig vollziehender Erwerb, denn der Übergang des Nachlasses vom Erblasser auf den Erben bedarf keines Publizitätsakts. Für den Rechtsverkehr ist die Vermögensnachfolge des Erben daher nicht offenkundig. Ein Teilnehmer am Rechtsverkehr kann die Frage, ob ihm der wirkliche oder nur ein scheinbarer Erbe gegenübersteht, auch nicht selbst klären. Von einer Person, die tatsächlich gar nicht Erbe ist, wäre ein gutgläubiger Erwerb beweglicher Sachen nicht möglich, da der Erbe die Nachlassgegenstände ohne seinen Willen verloren hat, also ein Abhandenkommen vorliegt (§§ 935 I, 857 BGB).<sup>2</sup> Dieser Verkehrsunsicherheit wirkt der Erbschein entgegen. Es wird dem Erben damit ein Verfügungsausweis an die Hand gegeben, auf das sich das Vertrauen des Rechtsverkehrs stützen kann und soll.<sup>3</sup> Der Erbschein ist mithin das amtliche Zeugnis<sup>4</sup> des Nachlassgerichts über die Erbfolge und die vom Erblasser angeordneten Beschränkungen. Er schafft keine neue Rechtslage, und er erwächst auch nicht in materielle Rechtskraft.<sup>5</sup>

Es lassen sich drei Funktionen des Erbscheins unterscheiden, deren Kenntnis zum Verständnis vieler Verfahrensregeln wesentlich ist: Zum ersten hat er gem. § 2365 BGB eine *Beweisfunktion*. Es wird vermutet, dass dem im Erbschein angegebenen Erben das Erbe zusteht, sowie dass keine Beschränkungen<sup>6</sup> außer den dort angegebenen bestehen. Sodann weist der Erbschein eine *Publizitätsfunktion* auf (§§ 2366, 2367 BGB). Gemäß § 2366 BGB wird der rechtsgeschäftliche Erwerb von Erbschaftsgegenständen geschützt, dh, der im Erbschein Ausgewiesene gilt, soweit die Vermutung des § 2365 BGB reicht, als Erbe. Man spricht insoweit auch vom *öffentlichen Glauben des Erbscheins*. Damit ist der redliche Erwerb von Nachlassgegenständen vom Scheinerben möglich. Es schadet nur die positive Kenntnis der Unrichtigkeit oder eines Rückgabeverlangens durch das Nachlassgericht. § 2366 BGB hilft hingegen nicht darüber hinweg, dass ein Gegenstand nicht zur Erbschaft gehört.<sup>7</sup> Schließlich ist die *Legitimationsfunktion* zu nennen: Der Erbe kann mit dem Erbschein seine Berechtigung gegenüber Banken<sup>8</sup> und Behörden nachweisen. Teils, wie beim Grundbuch (vgl. § 35 GBO), ist ein solcher Nachweis gesetzlich vorgeschrieben. Die Kehrseite dieser weitreichenden Wirkungen des Erbscheins (der Scheinerbe kann Nachlassgegenstände rechtswirksam verkaufen oder verschenken, Forderungen einziehen, Konten auflösen und den Inhalt verbrauchen) ist die Gefahr, die von einem unrichtigen Erbschein für den wahren Erben ausgeht. Es droht die mit der Gutgläubenswirkung verbundene Enteignung des Berechtigten.

## C. ERBSCHEINSVERFAHREN

### I. Erteilungsverfahren

#### 1. Zuständigkeit

##### a) Sachliche Zuständigkeit

Wie aus § 2353 BGB zu ersehen ist, erteilt das *Nachlassgericht* (eine Abteilung des Amtsgerichts) den Erbschein. Die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte folgt aus § 23 a II

Nr. 2 GVG. Unberührt bleibt die Möglichkeit, nach Art. 147 EGBGB Nachlasssachen durch Landesgesetze auf andere Behörden zu übertragen. Baden-Württemberg hat von dieser Möglichkeit durch §§ 1 II, 3, 38 BaWüLFGG Gebrauch gemacht: Dort nehmen die staatlichen Notariate die Aufgaben des Nachlassgerichts und damit auch die Erbscheinsanliegen wahr.<sup>9</sup>

##### b) Örtliche Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts ergibt sich aus § 343 FamFG. In erster Linie ist der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers maßgebend (§ 343 I FamFG).<sup>10</sup> Hatte dieser im Zeitpunkt seines Todes keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland, so ist der letzte Aufenthaltsort im Inland maßgebend (§ 343 II FamFG). Für deutsche Erblasser ohne Wohnsitz oder Aufenthalt besteht eine Auffangzuständigkeit des AG Berlin-Schönefeld (§ 343 III 1 FamFG). Eine Vereinbarung der örtlichen Zuständigkeit ist nicht möglich und eine rügelose Einlassung ohne Bedeutung.<sup>11</sup> Ein vom örtlich unzuständigen Gericht erlassener Erbschein ist einzuziehen, selbst wenn er inhaltlich richtig ist, da sonst die Gefahr sich widersprechender Erbscheine droht.<sup>12</sup>

##### c) Internationale Zuständigkeit

Bis zum 17.8.2015 wurde nach § 343 III FamFG aF die örtliche Zuständigkeit eines Nachlassgerichts bei Ausländern dadurch begründet, dass sich Nachlassgegenstände im Bezirk dieses Gerichts befanden, wobei unerheblich war, ob der Betreffende seinen letzten Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland hatte. Nach § 105 FamFG begründete die örtliche Zuständigkeit auch die internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts. Die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte war damit von beachtlicher Reichweite:<sup>13</sup> Verstarb etwa ein Perser, dessen gesamtes Vermögen sich im Iran befand, gelegentlich einer Besuchsreise in Deutschland, so konnten die Erben beim Nachlassgericht des Sterbeorts

2 Palandt/*Bassenge*, BGB, 74. Aufl. 2015, BGB § 857 Rn. 4.

3 Der Erbe ist aber nicht verpflichtet, sein Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen; er hat auch die Möglichkeit, den Nachweis des Erbrechts in anderer Form zu erbringen, etwa durch öffentliches Testament (s. BGH NJW 2005, 2779). Vgl. zum Ganzen *Kroiß/Horn* NJW 2013, 516.

4 Der Erbschein ist eine öffentliche Urkunde iSd § 417 ZPO. Er beweist, dass eine Erklärung derart abgegeben wurde, nicht aber, dass sie inhaltlich richtig ist, s. *Musielak/Voit/Huber*, ZPO, 12. Aufl. 2015, ZPO § 417 Rn. 2.

5 Weshalb es möglich ist, dass ein Erbprätendent gegen den Inhaber eines Erbscheins eine Feststellungsklage mit dem Antrag erhebt, nicht der Inhaber des Erbscheins, sondern er selbst sei Erbe (zu Sinn und Unsinn einer solchen Klage *Zimmermann* ZEV 2010, 457). Diese Möglichkeit konkurriert mit dem Erbscheinsinziehungsverfahren.

6 Als solche kommen in Betracht Testamentsvollstreckung, Nacherbschaft (weiterführend *Köster* RPfleger 2000, 90), Ersatznacherbschaft, nicht aber Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilsansprüche, s. die Aufzählung bei Palandt/*Edenhofer* (Fn. 2) BGB § 2365 Rn. 1. Beachte, dass der Ausweis einer Verfügungsbeschränkung im Erbschein nach hM *keine* Vermutung für das Bestehen solcher Beschränkungen begründet (näher *Kroiß*, Das neue Nachlassverfahrensrecht, 2009, 100).

7 Palandt/*Edenhofer* (Fn. 2) BGB § 2366 Rn. 1.

8 Dazu, dass der Erbe eine Erbenstellung einer Bank gegenüber auch anders nachweisen kann, eine entgegenstehende Bestimmung in AGB unwirksam ist, s. BGH NJW 2013, 3716.

9 Die weit gediehenen Überlegungen einer umfassenden Aufgabenübertragung auf die Notariate, so vorgesehen in einem Gesetzentwurf des Bundesrates (BT-Drs. 16/9023), konnten sich rechtspolitisch nicht durchsetzen.

10 Darunter ist der Ort zu verstehen, an dem sich der Erblasser bei seinem Tod tatsächlich aufgehalten hat, *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 11. Aufl. 2015, FamFG § 343 Rn. 6. Bis zum 17.8.2015 war der Wohnsitz des Erblassers maßgeblicher Anknüpfungspunkt.

11 *Zimmermann* JuS 2009, 692.

12 *Staudinger/Schilken*, BGB, Neubearb. 2010, BGB § 2361 Rn. 8.

13 Kritik an der „Weltgeltung“ des deutschen Erbscheins, *Zimmermann* FGPrax 2006, 189 (191).

einen unbeschränkten Erbschein unter Anwendung iranischen Rechts beantragen (§§ 343 I 2 aF, 105 FamFG).<sup>14</sup> War er zum Zeitpunkt seines Todes hingegen wieder im Iran, hatte aber in Deutschland seine Reisetasche vergessen, so waren deutsche Nachlassgerichte ebenfalls zuständig (§§ 343 III aF, 105 FamFG).<sup>15</sup>

Erhebliche Änderungen bei der internationalen Zuständigkeit brachte das Inkrafttreten der EuErbVO für alle Erbfälle ab dem 17.8.2015 mit sich: Nach deren Art. 4 sind für Entscheidungen in Erbsachen – und damit auch für Erbscheinsangelegenheiten<sup>16</sup> – für den gesamten Nachlass die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts – ein Zentralbegriff der EuErbVO – ist dort nicht definiert. Er ist als Bestandteil europäischen Sekundärrechts autonom auszulegen.<sup>17</sup> Eine bemerkenswerte Besonderheit enthält sodann Art. 5 EuErbVO: Ist das vom Erblasser nach Art. 22 EuErbVO zur Anwendung auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen gewählte Recht das Recht eines Mitgliedstaats, so können die betroffenen Parteien formgerecht (Art. 5 II 1 EuErbVO) vereinbaren, dass für Entscheidungen in Erbsachen ausschließlich ein Gericht dieses Mitgliedstaats zuständig sein soll. Art. 5 I EuErbVO ermöglicht also eine Wahl der internationalen Zuständigkeit. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich dann aus § 2 I Nr. 2 IntErbRVG.

#### d) Funktionelle Zuständigkeit

Bei gesetzlicher Erbfolge ist der Rechtspfleger funktionell zuständig (§ 3 Nr. 2 c RPfLG). Soweit eine Verfügung von Todes wegen vorliegt, obliegt dem Richter die Erteilung, selbst wenn diese unwirksam sein sollte (§ 16 I Nr. 6 RPfLG). Wenn trotz Vorliegens einer letztwilligen Verfügung gesetzliche Erbfolge eintritt, kann der Richter die Sache auf den Rechtspfleger zurückübertragen (§ 16 II RPfLG). Der Richtervorbehalt greift auch dann ein, wenn die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt (§ 16 I Nr. 6 RPfLG). Ein vom unzuständigen Rechtspfleger erteilter Erbschein ist (formell) unrichtig und daher einzuziehen.<sup>18</sup> Umgekehrt bleibt ein vom Richter anstelle des Rechtspflegers erteilter Erbschein gültig (Rechtsgedanke des § 8 IV 1 RPfLG).

#### e) Verweisung bei Unzuständigkeit

Die Frage der Zuständigkeit ist vom Nachlassgericht in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Erkennt das Gericht, dass es sachlich oder örtlich unzuständig ist, hat es die Sache nach Anhörung der Beteiligten gem. § 3 FamFG an das zuständige Gericht zu verweisen. Der Verweisungsbeschluss ist für das Gericht, an das verwiesen wird, bindend (§ 3 III 2 FamFG).<sup>19</sup>

### 2. Wesentliche Verfahrensgrundsätze

#### a) Antragsprinzip

Der Erbschein soll den Erben nicht aufgedrängt werden. Er wird nur auf *Antrag* erteilt (§§ 2353 BGB). Eine Erteilung ohne entsprechenden Antrag ist unzulässig,<sup>20</sup> ein gleichwohl erteilter Erbschein einzuziehen. Das *Antragsrecht* steht dem Erben und bei einer Erbengemeinschaft jedem Miterben<sup>21</sup> zu. Im Falle einer Vor- und Nacherbschaft ist zunächst nur der Vorerbe antragsberechtigt, mit dem Nacherbfall steht das Antragsrecht alleine dem Nacherben zu.<sup>22</sup> Ein Antragsrecht im Namen des Erben wird von der hM auch dem Testamentvollstrecker und dem Nachlass- und Nachlassin-

solvenzverwalter zugebilligt, da diese Personen zu ihrer Verwaltung einen Erbschein benötigen.<sup>23</sup> Die Gläubiger des Erben sind hingegen nur antragsberechtigt, wenn sie schon einen Titel gegen den Erblasser oder Erben besitzen und einen Erbschein zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, etwa zur Erlangung einer Vollstreckungsklausel, benötigen (§§ 792, 727 ZPO).<sup>24</sup> Vermächtnisnehmern und Pflichtteilsberechtigten steht kein Antragsrecht zu.

Der Antrag ist an keine bestimmte *Form* gebunden und kann auch zu Protokoll der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts gestellt werden (§ 25 FamFG).<sup>25</sup> Inhaltlich muss der Antrag bestimmt sein und das beanspruchte Erbe genau bezeichnen. Im Antrag sollen die zur Begründung dienenden Tatsachen, wie etwa der Berufungsgrund, angegeben werden (vgl. § 23 FamFG). Der gesetzliche Erbe hat die in § 352 I 1 FamFG genannten Angaben zu machen, der gewillkürte Erbe die des § 352 II FamFG.<sup>26</sup> Die Richtigkeit der Angaben ist grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 352 III 1 FamFG). Ergibt sich das Erbrecht des Antragstellers aus einer letztwilligen Verfügung, so ist diese vorzulegen.

*Hilfsanträge* mit sachlich verschiedenen Anträgen sind zulässig, sofern jeder das beanspruchte Erbrecht genau bezeichnet.<sup>27</sup> Das Gericht ist an den Antrag gebunden.<sup>28</sup> Es darf kein anderer als der beantragte Erbschein erteilt werden. Wird etwa ein Alleinerbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge beantragt, so kann kein Alleinerbschein aufgrund letztwilliger Verfügung erteilt werden.<sup>29</sup>

#### b) Beteiligte

Für die Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit wird

- 14 Ob ein Erbschein im Ausland anerkannt wird, also etwa zur Freigabe von Konten bei iranischen Banken verholfen hätte, ist damit noch nicht gesagt.
- 15 So *Zimmermann* ZEV 2009, 53 (56); ungeklärt war die Anwendung des § 343 III FamFG aF dann, wenn sich im Inland nur geringfügige Teile des Nachlasses (nicht die Reisetasche wurde vergessen, sondern nur die Zahnbürste) befanden.
- 16 BeckOGK BGB/J. *Schmidt*, Beck'scher Online-Großkommentar, Stand: 17.8.2015, EuErbVO Art. 3 Rn 27; *Wagner/Scholz* FamRZ 2014, 714 (715); *Volmer* Rpfleger 2013, 421 (427); *Volmer* ZEV 2014, 129 (132).
- 17 Näher MüKoBGB/*Dutta*, Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012 ff., IPR I, EuErbVO Art. 4 Rn. 3 ff.
- 18 HM, etwa BayObLG Rpfleger 1977, 210; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl. 2002, BGB § 2361 Rn. 9. Anders, wenn der Erbschein trotz Testaments aufgrund gesetzlicher Erbfolge erteilt wurde, die Sache also nach § 16 II RPfLG übertragbar war, vgl. *Weiss* Rpfleger 1984, 389 (393).
- 19 *Zimmermann*, Das neue FamFG, 2009, Rn. 15, dort auch zu Ausnahmen von der Bindungswirkung.
- 20 BayObLG ZEV 2001, 489.
- 21 Der Miterbe kann einen Erbschein beantragen, der über die Erbbeteiligung aller Miterben Auskunft gibt (gemeinschaftlicher Erbschein) oder einen solchen nur über seine eigene Beteiligung (Teilerbschein). Überblick über die Erbscheinsarten bei MüKoBGB/J. *Mayer* (Fn. 17) BGB § 2353 Rn. 7 ff.
- 22 *Soergel/Zimmermann* (Fn. 18) BGB § 2353 Rn. 29; *Palandt/Edenhofer* (Fn. 2) BGB § 2353 Rn. 13; großzügiger *Staudinger/Schilken* (Fn. 12) BGB § 2353 Rn. 41.
- 23 *Gregor*, Erbscheinsverfahren, 4. Aufl. 2008, Rn. 71; *Soergel/Zimmermann* (Fn. 18) BGB § 2353 Rn. 30.
- 24 BayObLGZ 73, 224; *Palandt/Edenhofer* (Fn. 2) BGB § 2353 Rn. 5.
- 25 Falsch ist daher der in Formularbüchern immer als alternativlos dargestellte Vorschlag, wonach der Erbscheinsantrag kostspielig von einem Notar verfasst wird.
- 26 Seit dem 17.8.2015 sind auch der letzte gewöhnliche Aufenthalt und die Staatsangehörigkeit des Erblassers (§ 352 I 1 Nr. 2 FamFG) sowie die Annahme der Erbschaft (§ 352 I 1 Nr. 7 FamFG) anzugeben. Zu den früher geltenden §§ 2354 ff. BGB *Zimmermann*, Erbschein und Erbscheinsverfahren, 2. Aufl. 2008, Rn. 702. Die eidesstattliche Versicherung nach § 352 III 3 FamFG wird in der Regel erlassen. Als Formulierung empfiehlt sich: „Der Antragsteller ist bereit, die nach § 352 III 3 FamFG erforderliche eidesstattliche Versicherung abzugeben, bittet aber, ihm die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung gem. § 352 III 4 FamFG zu erlassen.“
- 27 *Soergel/Zimmermann* (Fn. 18) BGB § 2353 Rn. 25.
- 28 Nach BayObLGZ 1967, 1 besteht aber die Möglichkeit, einen ohne Antrag erteilten Erbschein nachträglich zu genehmigen.
- 29 BayObLGZ 73, 28. Der Berufungsgrund gehört freilich nicht zum Inhalt eines Erbscheins. Dennoch kann das Nachlassgericht über einen Antrag nur so, wie er gestellt ist, entscheiden, s. *Staudinger/Schilken* (Fn. 12) BGB § 2353 Rn. 11.

durch das FamFG der Beteiligtenbegriff gesetzlich normiert.<sup>30</sup> Das ist wichtig, denn ein Beteiligter ist Inhaber besonderer Verfahrensrechte, wie zB Akteneinsicht (§ 13 FamFG), Abgabe von Stellungnahmen zu den Ergebnissen förmlicher Beweisaufnahme (§ 30 IV FamFG), Beweis-antragsrecht, Beteiligung am Verfahren durch Ladung zum Termin (§ 32 FamFG) und desgleichen mehr. Ihm ist rechtliches Gehör zu gewähren.

Zur Bestimmung der Beteiligteigenschaft ist zunächst § 345 FamFG heranzuziehen, ergänzend die allgemeine Regelung des § 7 FamFG. Danach wird man auf drei verschiedenen Wegen Beteiligter eines Erbscheinsverfahrens: Der Antragsteller ist immer Beteiligter, § 345 I 1 FamFG (erster Weg). Ferner wird ein Kreis von sog. Kann-Beteiligten genannt, der insbesondere solche Personen umfasst, die in ihren Rechten betroffen sein könnten (gesetzliche Erben, mögliche gewillkürte Erben usw.). Diese werden zu Beteiligten, indem sie entweder (zweiter Weg) vom Nachlassgericht aufgrund einer Ermessensentscheidung hinzugezogen werden, (§ 345 I 2 FamFG) oder (dritter Weg) indem sie selbst einen Antrag stellen (§ 345 I 3 FamFG).<sup>31</sup> Über dieses Recht sind sie vorher zu belehren (§ 7 IV 2 FamFG).

Zu beachten ist, dass Verstöße gegen Verfahrensrechte alleine noch nicht zur Unrichtigkeit und damit zur Einziehung des Erbscheins führen.<sup>32</sup> Speziell das rechtliche Gehör kann in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden.

### c) Amtsermittlung

Das Nachlassgericht hat von Amts wegen zu ermitteln (§ 26 FamFG). Amtsermittlung bedeutet die Pflicht, die zur Feststellung von Tatsachen erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. Es besteht somit grundsätzlich keine Verpflichtung der Beteiligten Beweise anzubieten, sondern die Ermittlung des Sachverhalts liegt in den Händen des Richters. Tatsächlich wird der Amtsermittlungsgrundsatz durch die Mitwirkungspflichten (vgl. § 27 I FamFG) der Beteiligten eingeschränkt.<sup>33</sup> Kommt der Antragsteller seinen Darlegungsobliegenheiten nach § 352 FamFG nicht nach, so erlässt das Gericht eine Zwischenverfügung, um ihm Gelegenheit zur Ergänzung seines Vorbringens zu geben. Verstreicht diese Frist, ohne dass Angaben gemacht werden, wird der Antrag als unzulässig zurückgewiesen.<sup>34</sup>

Die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erfolgt entweder im *Frei- oder Strengbeweisverfahren*. Beim Freibeweis ist das Gericht nicht auf die in der ZPO genannten Beweismittel beschränkt, sondern es kann auch auf andere Weise ermitteln, zB telefonische Auskünfte von Zeugen einholen. Eine bessere Sachaufklärung, etwa durch das Frage-recht der Beteiligten, verspricht indes die förmliche Beweisaufnahme (Strengbeweis). Nach § 30 II FamFG ist der Strengbeweis zwingend, wenn es um Tatsachen geht, die entscheidungserheblich sind und deren Vorliegen von einem Beteiligten bestritten wird. Bisweilen kann eine entscheidungserhebliche Tatsache trotz des Ausschöpfens aller gebotenen Beweismittel nicht aufgeklärt werden. Die Feststellungslast trägt dann der Beteiligte, der aus dem materiellen Recht eine für ihn günstige Rechtsfolge herleitet. Man spricht von der sog. *materiellen Feststellungslast*.

### d) Exkurs: Selbstständiges Beweisverfahren

Ein Thema für eine mündliche Prüfung könnte dieses sein: Praktisch immer berufen sich die Beteiligten eines streitigen Erbscheinsverfahrens für den ihnen angeblich günstigen Tes-

tierwillen des Erblassers auf mündliche Äußerungen, die dieser zu Lebzeiten Dritten gegenüber angeblich gemacht habe. Diese Dritten werden dann als Zeugen benannt. Sind sie – als Kollegen, Kameraden, Weggefährten oder Freunde – Alters-genossen des Erblassers, so mag ihre Verfügbarkeit als Zeu-gen durch ihr hohes Alter oder ihren Gesundheitszustand bedroht sein. Was kann der Anwalt eines Erbprätendenten tun, wenn zu besorgen ist, dass eine im normalen Geschäfts-gang anberaumte Beweisaufnahme zu spät käme? Die Ant-wort lautet: Er sollte einen Antrag auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens stellen. Gem. § 485 I ZPO kann während eines Streitverfahrens auf Antrag einer Partei die Vernehmung von Zeugen angeordnet werden, wenn zu besorgen ist, dass das Beweismittel verlorengeht. Die Vor-schrift des § 485 ZPO findet im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung.<sup>35</sup> Zu den in § 485 I ZPO beschriebenen Situationen gehört nach ganz hM auch diejenige, in der mit der altersbedingten endgültigen Nichtverfügbarkeit von Zeugen gerechnet werden muss.<sup>36</sup> Ist ein Erbscheinsverfahren bereits anhängig, so ist der Antrag entsprechend § 486 I ZPO beim Nachlassgericht zu stellen. Den Voraussetzungen des § 487 ZPO wird idR durch den Vortrag des Antragstellers aus dem Antrag auf Erteilung eines Erbscheins genügt sein.

### e) Vergleich

Das FamFG gestattet den Beteiligten nunmehr ausdrücklich den Abschluss eines Vergleichs.<sup>37</sup> Wie im Zivilprozess soll das Gericht auf den Abschluss eines Vergleichs hinwirken. Auch im Erbscheinsverfahren kann vor dem Gericht ein solcher Vergleich geschlossen werden, freilich nicht über die Frage, wer Erbe ist,<sup>38</sup> wohl aber über Gegenstände, die der Disposition der Parteien unterliegen.<sup>39</sup> Von der Möglichkeit, in Erbscheinsverfahren Vergleiche vorzuschlagen oder zu schließen, sollte nur äußerst zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Es geht immerhin um die Feststellung und Durchsetzung des letzten Willens einer Person.

## 3. Entscheidungsmöglichkeiten

### a) Überblick

Ist die Sache entscheidungsreif, dh, hat das Gericht die erforderlichen Ermittlungen angestellt und die geeigneten Beweise erhoben, und liegen nach Überzeugung des Gerichts die tatsächlichen und rechtlichen Erteilungsvoraussetzungen vor, so wird ein Erbschein erteilt (§ 352 e I 1 FamFG). Der Erteilung des Erbscheins geht nach § 352 e I 2 FamFG stets ein Beschluss des Nachlassgerichts voraus, indem die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt er-

30 BT 16/6308, 177: „Kernstück“ der Reform der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

31 Es kann daher sein, dass materiell Beteiligte nicht am Verfahren teilnehmen, wenn sie nicht hinzugezogen werden und keinen Antrag stellen.

32 So zur bisherigen Rechtslage Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2361 Rn. 3.

33 Näher zur Mitwirkungspflicht im Erbscheinsverfahren Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2359 Rn. 4 und Kroiß (Fn. 6) 102 f.

34 LG Bonn RPflegler 1985, 29.

35 Keidel/Sternal, FamFG, 18. Aufl. 2014, FamFG § 30 Rn. 121 ff.

36 OLG Nürnberg NJW-RR 1998, 575; Zöller/Herget, ZPO, 21. Aufl. 2012, ZPO § 485 Rn. 5; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 12. Aufl. 2015, ZPO § 485 Rn. 10.

37 Zur Kostenentscheidung: § 83 FamFG.

38 Übereinstimmenden Erklärungen aller Beteiligten über Auslegung eines Testaments ist aber mindestens eine starke indizielle Wirkung zuzuerkennen. Die Bindungswirkung von Auslegungsverträgen ist umstritten, vgl. Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 34 IV.

39 ZB Zahlungen, Antragsrücknahme, Rechtsmittelverzicht, s. Zimmermann (Fn. 26) Rn. 706 aE.

achtet werden (sog. *Feststellungsbeschluss*). Gleichzeitig wird damit die Erteilung eines Erbscheins gem. Antrag angeordnet.<sup>40</sup> Die Aushändigung des Erbscheins als solche (Erteilung)<sup>41</sup> stellt dann nur noch einen Vollzugsakt, eine rein tatsächliche Handlung dar. In bestimmten Fällen ist nach § 352 e II 1 FamFG die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses auszusetzen und die Erteilung des Erbscheins zurückzustellen. Dies ist nach § 352 e II 1 FamFG dann der Fall, wenn der Feststellungsbeschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht. Es ist daher zwischen unstreitigen und streitigen Feststellungsbeschlüssen zu unterscheiden.

**b) Feststellungsbeschluss gem. § 352 e I FamFG (unstreitig)**

Nach § 352 e I FamFG ist zu verfahren, wenn die Voraussetzungen zur Erteilung eines Erbscheins vorliegen und der entsprechende Beschluss nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht (sog. unstreitige Sache, Umkehrschluss aus § 352 e II 1 FamFG). Der Beschluss wird mit Erlass wirksam (§ 352 e I 3 FamFG), er bedarf keiner Bekanntgabe (§ 352 e I 4 FamFG) und auch keiner Begründung (§ 38 IV Nr. 2 FamFG).<sup>42</sup> Das Nachlassgericht kann in unmittelbarem Anschluss den Erbschein erteilen. Der Tenor (nach der Terminologie des FamFG: „*Beschlussformel*“) eines solchen Feststellungsbeschlusses könnte so aussehen:<sup>43</sup>

„Die Tatsachen, die zur Erteilung eines Erbscheins gemäß dem Antrag von C, geboren am 17.12.1965, wohnhaft Max-Weber-Platz 1, 81667 München, vom 20.9.2015, erforderlich sind, werden für festgestellt erachtet.“

In der Begründung des Gesetzentwurfs heißt es nämlich: „*Der Erbscheinsinhalt muss nicht im Tenor des Beschlusses wiedergegeben werden. So wird verhindert, dass ein Anordnungsbeschluss im Rechtsverkehr missverständlich als Erbschein verstanden oder missbräuchlich als solcher verwendet wird.*“<sup>44</sup> Zweckmäßiger ist es, den Inhalt des Erbscheins mit aufzunehmen, aber so zu formulieren, dass eine Verwechslung mit einem Erbschein ausgeschlossen ist.<sup>45</sup>

**Beispiel:** „Die Tatsachen, die zur Erteilung eines Erbscheins erforderlich sind, nachdem der am 20.5.2015, in Icking verstorbene Z, von seinem Sohn C, geboren am 17.12.1965, wohnhaft Max-Weber-Platz 1, 81667 München, allein beerbt worden ist, werden für festgestellt erachtet.“

**c) Feststellungsbeschluss gem. § 352 e II FamFG (streitig)**

Nach § 352 e II FamFG ist hingegen zu verfahren, wenn ein Beteiligter einen abweichenden Willen bekundet hat. Ein vom Nachlassgericht nur vermuteter Wille reicht noch nicht aus, der Beteiligte muss sich tatsächlich schriftlich oder mündlich (im Termin gem. § 32 oder § 34 FamFG) geäußert haben.<sup>46</sup> Ein abweichender Erbscheinsantrag ist hingegen nicht erforderlich.<sup>47</sup> Die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses wird ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur (formellen) Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt (§ 352 e II 2 FamFG). Die Rechtskraft tritt grundsätzlich nicht vor Ablauf eines Monats – das ist die Beschwerdefrist – ein.<sup>48</sup> Es besteht damit für die Beteiligten die Möglichkeit, die Entscheidung des Nachlassgerichts durch eine höhere Instanz überprüfen zu lassen, bevor der Erbschein erteilt wird und damit die Wirkungen der §§ 2365 ff. BGB eintreten. Der Beschluss ist zu begründen (§ 38 III 1 FamFG) und mit einer

Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen (§ 39 FamFG) und bekanntzugeben (§ 352 e II 1 FamFG). Eine Beschlussformel könnte so lauten:

„Die Tatsachen, die zur Erteilung eines Erbscheins erforderlich sind, nachdem der am 20.5.2015 in Icking verstorbene Z von seinem Sohn C, geboren am 17.12.1965, wohnhaft Max-Weber-Platz 1, 81677 München, allein beerbt worden ist, werden für festgestellt erachtet. Die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses wird ausgesetzt. Die Erteilung des Erbscheins wird bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses zurückgestellt.“

Die Entscheidungsform des streitigen Feststellungsbeschlusses eignet sich besonders für Klausuren, denn durch das Erfordernis einer Begründung wird ein zusätzliches Gutachten überflüssig.

**d) Zurückweisung des Antrags**

Ist der Erbscheinsantrag unzulässig oder unbegründet, so wird er durch Beschluss (§ 38 FamFG) zurückgewiesen. Es müssen ihm endgültige Hindernisse entgegenstehen. Denn handelt es sich um behebbare Hindernisse, so hat das Nachlassgericht im Rahmen seiner Pflicht zur Verfahrensleitung (§ 28 FamFG) auf deren Beseitigung hinzuwirken. Dies kann durch eine Zwischenverfügung geschehen.<sup>49</sup>

**e) Mischentscheidungen**

In Klausuren ist mit Mischentscheidungen zu rechnen, in denen über mehrere Anträge entschieden wird. Stellen etwa A, B und C widersprechende Erbscheinsanträge und hält das Nachlassgericht nur den Antrag des C für begründet, so könnte die Beschlussformel so lauten:

„I. Die Tatsachen, die zur Erteilung eines Erbscheins erforderlich sind, nachdem der am 1.9.2015 in Odelzhausen verstorbene Z von C, geboren am 31.7.1960, wohnhaft Apothekergasse 1, 86559 Adelzhausen, allein beerbt worden ist, werden für festgestellt erachtet.  
II. Die sofortige Wirksamkeit dieses Beschlusses (Ziff. I) wird ausgesetzt. Die Erteilung des Erbscheins wird bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses zurückgestellt.  
III. Die Anträge von A und B werden zurückgewiesen.“<sup>50</sup>

**II. Einziehungsverfahren**

Die Einziehung bildet das verfahrensrechtliche Gegenstück zur Erteilung des Erbscheins. Sie hat das Ziel, einen bereits erteilten, aber unrichtigen Erbschein kraftlos zu machen (§ 2361 S. 2 BGB), um damit seine Rechtswirkungen *ex nunc* zu beseitigen.

40 Bumiller/Harders (Fn. 10) FamFG § 352 Rn. 17.  
41 KG FamRZ 67, 226 (227); Keidel/Zimmermann (Fn. 35) FamFG § 352 Rn. 130; Bumiller/Harders/Schwamb (Fn. 10) FamFG § 352 Rn. 30.  
42 Jedoch nach dem Wortlaut des § 39 FamFG eine Rechtsbehelfsbelehrung, welche aber sinnlos ist, wenn die Bekanntgabe unterbleibt.  
43 Kroiß (Fn. 6) 106.  
44 BT-Drs. 16/6308, 281.  
45 Zimmermann ZEV 2009, 53 (57).  
46 In Ausnahmefällen kann die Äußerung eines entgegenstehenden Willens rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich ein, dazu Terner ZEV 2014, 184.  
47 Bumiller/Harders/Schwamb (Fn. 10) FamFG § 352 Rn. 27.  
48 Anders, wenn der Beschwerdewert 600 EUR nicht überschreitet und das Gericht eine Beschwerde aufgrund der besonderen Bedeutung des Falles auch nicht zugelassen hat, § 61 I FamFG.  
49 Muster bei Kroiß/Neurauter, Formularsammlung für Rechtsprechung und Verwaltung, 24. Aufl. 2014, Formular Nr. 25.  
50 Die Aussetzung der Wirksamkeit gem. § 352 e II 2 FamFG bezieht sich nur auf Erteilungsanordnungen, nicht auf die Zurückweisung von Anträgen.

1. Wesentliche Verfahrensgrundsätze

a) Amtsverfahren

Das Einziehungsverfahren ist von Amts wegen (§ 2361 S. 1 BGB) zu betreiben, und daher vom Erteilungsverfahren streng getrennt zu sehen. Zuständig für die Einziehung ist das Nachlassgericht, das den Erbschein erteilt hat. Das Verfahren ist einzuleiten, wenn sich Zweifel an der Richtigkeit des Erbscheins ergeben. Oft werden diese Zweifel von einem materiell Beteiligten an das Gericht herangetragen, der einen „Antrag“ auf Einziehung stellt. Solche „Anträge“ haben nur die Bedeutung, das Gericht möge (von Amts wegen) tätig werden.<sup>51</sup>

Bisweilen verlangen Beteiligte die „Berichtigung“ eines Erbscheins. Dann ist zu unterscheiden: Eine Berichtigung von Erbscheinen wird in Analogie zu § 319 ZPO allgemein anerkannt. Allerdings dürfen nur offenbare Unrichtigkeiten berichtigt oder überflüssige Zusätze gestrichen werden.<sup>52</sup> Richtet sich der Antrag jedoch auf Angaben, die am öffentlichen Glauben des Erbscheins teilhaben, wie etwa die Erbquote, so kann der unzulässige Antrag auf Berichtigung in eine Anregung der Einziehung, gegebenenfalls in Verbindung mit einem Antrag auf Erteilung eines neuen Erbscheins umgedeutet werden.<sup>53</sup>

b) Beteiligte

Der Kreis der formell Beteiligten bestimmt sich nach § 7 FamFG, da sich die Sondernorm des § 345 FamFG nur auf Antragsverfahren bezieht. Diejenigen, deren Recht unmittelbar betroffen würde, sind zwingend – und hierin liegt der Unterschied zum Erteilungsverfahren – hinzuzuziehen (§ 7 II Nr. 1 FamFG).

c) Amtsermittlung

Das Gericht ist verpflichtet, alle zur Aufklärung dienlichen Beweise zu erheben, soweit das Vorbringen der Beteiligten und der festgestellte Sachverhalt hierzu Anlass geben. Der Erbschein ist schon dann einzuziehen, wenn die Überzeugung des Nachlassgerichts von seiner Richtigkeit über bloße Zweifel hinaus erschüttert ist.<sup>54</sup> Eine Überzeugung von der Unrichtigkeit ist hingegen nicht erforderlich. Neben der inhaltlichen Unrichtigkeit führen auch schwerwiegende Verfahrensfehler im Erteilungsverfahren, zB Erlass durch ein örtlich unzuständiges Nachlassgericht oder durch einen Rechtspfleger statt des zuständigen Richters, zur Einziehung.<sup>55</sup>

2. Entscheidungsmöglichkeiten

a) Ablehnungsbeschluss

Wenn der Erbschein nicht unrichtig im Sinne des § 2361 BGB ist, kommt eine Einziehung nicht in Betracht. Es ist ein Beschluss gem. § 38 FamFG zu erlassen, er ist zu begründen (§ 38 III 1 FamFG), mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen (§ 39 FamFG) und den Beteiligten bekanntzugeben (§ 41 I 1 FamFG). Beschlussformel:

„Der Erbschein des Nachlassgerichts Starnberg vom 28.9.2009, Az. ..., wird nicht eingezogen.“<sup>56</sup>

b) Einziehungsbeschluss

Die Einziehung wird angeordnet, wenn der Erbschein unrichtig ist.<sup>57</sup> Auch die Einziehungsanordnung stellt einen Beschluss gem. § 38 FamFG dar, es gelten die allgemeinen Re-

geln. Der Beschluss wird sofort wirksam, § 352 e II 2 FamFG ist nicht anwendbar. Auf die Festsetzung von Zwangsgeld im Falle einer Zuwiderhandlung ist hinzuweisen (§ 35 II FamFG), eine Kostenentscheidung<sup>58</sup> soll ergehen (§ 353 II FamFG). Mögliche Beschlussformel:

„I. Der Erbschein des Nachlassgerichts Starnberg vom 28.9.2009, Az. ..., wird eingezogen.  
II. Die Beteiligten X und Y haben die ihnen erteilten Ausfertigungen des Erbscheins binnen einer Woche an das Nachlassgericht zurückzugeben. Sollten sie dieser Aufforderung nicht nachkommen, so kann gegen sie ein Zwangsgeld bis zu 2.000 EUR festgesetzt werden.  
III. Die Kosten des Verfahrens trägt der Beteiligte Z.“

c) Kraftloserklärung

Der Erbschein ist erst dann eingezogen und gem. § 2361 S. 2 BGB kraftlos, wenn sämtliche Urschriften und Ausfertigungen an das Nachlassgericht abgeliefert worden sind.<sup>59</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben die Wirkungen der §§ 2365 ff. BGB bestehen. Stellt sich heraus, dass eine Ausfertigung nicht sofort erlangt werden kann, sei es, dass ein Beteiligter sie nicht herausgeben will oder dass er sie nicht mehr findet, so hat das Nachlassgericht den Erbschein durch Beschluss (§ 38 FamFG) für kraftlos zu erklären (§ 353 I 1 FamFG). Kraftlos wird der Erbschein erst einen Monat nach der Veröffentlichung eines entsprechenden Beschlusses in öffentlichen Blättern (§ 353 I 3 FamFG).

3. Eilmaßnahmen

Den Gefahren, die von einem unrichtigen Erbschein ausgehen, kann der wahre Erbe prozessual auf zwei Wegen begegnen: Einmal kann er gem. § 2361 BGB die Einziehung des unrichtigen Erbscheins anregen. Daneben steht es ihm frei, vor dem zuständigen Zivilgericht Klage gegen den Scheinerben zu erheben mit dem Antrag, diesen zur Herausgabe des unrichtigen Erbscheins an das Nachlassgericht (§ 2362 I BGB) zu verurteilen.<sup>60</sup> Sowohl die Durchführung des Einziehungsverfahrens als auch der Herausgabeprozess nehmen allerdings Zeit in Anspruch. Innerhalb dieses Zeitraums aber bleibt der Scheinerbe im Besitz des unrichtigen Erbscheins, denn das Nachlassgericht kann den unrichtigen Erbschein im Einziehungsverfahren nach § 2361 BGB nicht schon vor Abschluss der Ermittlungen – sozusagen vorsichtshalber – einziehen.<sup>61</sup> Vor diesem Hintergrund erlangt die ins-

51 Zimmermann, Erbschein und Erbscheinsverfahren, 2. Aufl. 2008, Rn. 510; aA Gregor (Fn. 23) Rn. 318, der von „qualifizierten“ Anträgen der Beteiligten spricht und ihnen ein „Anregungsrecht“ zuspricht.  
52 Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2361 Rn. 5; Staudinger/Schilken (Fn. 12) BGB § 2361 Rn. 23; BayObLG FamRZ 89, 1348.  
53 Gregor (Fn. 23) Rn. 280 ff.  
54 Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2361 Rn. 8.  
55 Aufzählung bei Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2361 Rn. 3.  
56 Missverständlich Gregor (Fn. 23) Rn. 338: „Der Antrag wird abgelehnt.“  
57 Weiterführend Kroiß (Fn. 6) 111 ff.  
58 In der Klausur oft erlassen.  
59 Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2361 Rn. 9.  
60 Das Prozessgericht ist an die Überzeugungsbildung des Nachlassgerichts nicht gebunden, auch die Vermutung des § 2365 BGB greift nicht ein, da der Kläger sonst schlechter stünde als im Amtsverfahren nach § 2361 BGB, vgl. Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2362 Rn. 1. Dass der Weg zum Zivilgericht dennoch selten beschritten wird, liegt an den Kosten (streitwertabhängige Gebühren, Vertretungszwang bei Zuständigkeit der Landgerichte). Im Verfahren nach § 2361 BGB entstehen Kosten nur nach Maßgabe der §§ 2 Nr. 5, 108 iVm Anlage zu § 32 KostO nF, oft werden sie niedergeschlagen, § 16 I 1 KostO.  
61 HM, s. BayObLG NJW 1963, 58; Palandt/Edenhofer (Fn. 2) BGB § 2361 Rn. 9; Holzbauer, WuV Familien- und Erbrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1988, 334, alle mwN. AA nur Lindacher NJW 1974, 20–22.

besondere für Anwaltsklausuren geeignete Fragestellung größte Relevanz, ob und welche Eilmaßnahmen dem wahren Erben zu Gebote stehen, anhand derer er schon während des Einziehungsverfahrens oder eines Zivilprozesses dem Erbschein aus dem Verkehr ziehen lassen kann.

Geht der wahre Erbe den Weg des Einziehungsverfahrens, kann er beim Nachlassgericht (§ 49 I FamFG) oder beim Beschwerdegericht (§ 69 III FamFG) *Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung* mit dem Inhalt stellen, der Erbschein sei für die Dauer der Ermittlungen zurückzugeben.<sup>62</sup> Geht der Erbe den Weg der Herausgabeklage nach § 2362 I BGB, kann das Prozessgericht als Gericht der Hauptsache auf Antrag eine *einstweilige Verfügung* erlassen, die Erbscheinsausfertigung sei einstweilen zu den Nachlassakten zu reichen (§ 935 ZPO).<sup>63</sup> Schließlich wird gelegentlich vertreten, jedes sachlich und örtlich zuständige Gericht könne auf Antrag durch eine *einstweilige Verfügung* ein *Veräußerungsverbot* gegen den Scheinerben erlassen (§§ 935, 938 ZPO iVm § 136 BGB).<sup>64</sup> Stets ist zu bedenken, dass keine dieser Maßnahmen eine Einziehung iSd § 2361 BGB darstellt. Sie sind deshalb nicht geeignet, den öffentlichen Glauben des Erbscheins zu zerstören.<sup>65</sup> Der Wert einer solchen Maßnahme liegt allein darin, dass sie die Vorlage des Erbscheins verhindert, welche im Rechtsverkehr oftmals vor Abschluss eines Geschäfts verlangt wird, auch wenn ein gutgläubiger Erwerb in diesem Stadium noch ohne diese erfolgen kann.<sup>66</sup>

## D. RECHTSMITTEL

### I. Befristete Beschwerde (§§ 58 ff. FamFG)

Das praktisch wichtigste Rechtsmittel des Erbscheinsverfahrens ist die in §§ 58 ff. FamFG geregelte befristete Beschwerde. Nachdem Klausuraufgaben aus dem Beschwerderecht praktisch der Standard einer Erbscheinsklausur sind,<sup>67</sup> sollten diese Vorschriften besonders gut verinnerlicht werden.

#### 1. Statthaftigkeit<sup>68</sup>

Gegen die *Endentscheidungen* des Nachlassgerichts findet gem. § 58 I FamFG die befristete Beschwerde statt, und zwar auch dann, wenn funktional der Rechtspfleger zuständig war. Die Beschwerde kann erst eingelegt werden, nachdem die Endentscheidung ergangen ist; eine Eventualbeschwerde ist nicht zulässig.<sup>69</sup> Anfechtbar sind ausweislich des Wortlauts der Vorschrift nur Endentscheidungen iSd § 38 FamFG, nicht aber Zwischenentscheidungen. Daran ändert auch § 58 II FamFG nichts, der lediglich die Prüfungskompetenz des Beschwerdegerichts auf diejenigen Zwischenentscheidungen ausdehnt, die der angefochtenen Endentscheidung vorangegangen sind. Nicht anfechtbar sind unverbindliche Meinungsäußerungen, Mitteilungen einer Rechtsauffassung, Ratschläge oder das Anheimstellen der Rücknahme eines Erbscheinsantrags, weil dieser sonst zurückgewiesen werden müsse.<sup>70</sup>

Anfechtbar sind im Erbscheinsverfahren insbesondere<sup>71</sup>

- die Feststellungsbeschlüsse nach § 352 e FamFG, obwohl sie an sich nur Zwischenentscheidung sind,<sup>72</sup>
- die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung eines Erbscheins,<sup>73</sup>
- die Zurückweisung des Antrags auf Einziehung eines Erbscheins,<sup>74</sup>
- die Anordnung der Erteilung eines Erbscheins, solange der Erbschein noch nicht erteilt (dh dem Antragsteller ausgehändigt) ist,

- die Anordnung der Einziehung eines Erbscheins, solange sie noch nicht vollzogen (dh der unrichtige Erbschein zu den Nachlassakten gereicht) ist,
- der Beschluss, der einen Erbschein für kraftlos erklärt, solange er noch nicht vollzogen (dh öffentlich bekannt gemacht) ist,
- ein Berichtigungsbeschluss sowie der Beschluss, durch den ein Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird.<sup>75</sup>

### 2. Zuständigkeit und Adressat

Beschwerdegericht ist nach § 119 I Nr. 1 b GVG das Oberlandesgericht. Über die Beschwerde entscheidet der Senat gem. § 122 I GVG in Vollbesetzung, wobei analog § 526 ZPO die Übertragung auf den Einzelrichter möglich ist.<sup>76</sup> Die Beschwerde ist jedoch bei dem Amtsgericht einzulegen, das die Beschwerde erlassen hat (*index a quo*). Der Grund hierfür liegt darin, dass dem Amtsgericht die Möglichkeit der Abhilfe gegeben werden soll (§ 68 I 1 FamFG).<sup>77</sup> Die Einlegung der Beschwerde beim – sachlich unzuständigen – Landgericht wahrt die Beschwerdefrist genauso wenig wie die Einlegung beim – an sich sachlich durchaus zuständigen – Oberlandesgericht. Allerdings ist gegen die Versäumung der Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 17 FamFG) zu gewähren, wenn zwischen Eingang beim unzuständigen Gericht und Fristablauf eine solche Zeitspanne liegt, die dem unzuständigen Gericht die fristwahrende Weiterleitung der Beschwerdeschrift im ordentlichen Geschäftsgang an das zuständige Gericht erlaubt hätte.<sup>78</sup>

62 Ein Muster für einen solchen Antrag findet sich bei BeckPFoRM IV/Gregor, Münchener Prozessformularbuch, Band 4, Erbrecht, 3. Aufl. 2013, Formular G.II.8.

63 BGHZ 40, 54 (60); *Lange/Kuchinke* (Fn. 38) § 39 VI 2 a; *Soergel/Zimmermann* (Fn. 18) BGB § 2362 Rn. 2. Muster bei BeckPFoRM IV/Gregor (Fn. 62) Formular G.II.9.

64 *So Brehm*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 2002, Rn. 604; *Dillberger/Fest ZEV* 2009, 220 ff., 281 ff. Näher zum Veräußerungsverbot *Keller JURA* 2007, 327 (332).

65 *Bumiller/Harders/Schwamb* (Fn. 10) FamFG § 353 Rn. 2.

66 *MüKoBGB/J. Mayer* (Fn. 17) BGB § 2361 Rn. 44.

67 Ausführlich (und immer noch lesenswert) zur Beschwerdeklauseur *Roth*, Die FGG Klausur, 2. Aufl. 2000, 145 ff. und *Gregor* (Fn. 23) Rn. 328 ff.

68 Zu der (Zweckmäßigkeit-)Frage, ob die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde mit dem Punkt „Statthaftigkeit“ oder „Zuständigkeit“ zu beginnen ist, s. *Roth* (Fn. 67) 146. Hier wird dem in Bayern bevorzugten Aufbau gefolgt, wie er bei *Gregor* (Fn. 23) Rn. 365 ff. nachgewiesen ist.

69 *Gregor* (Fn. 23) Rn. 371.

70 *Zimmermann*, Praktikum der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. Aufl. 2004, 71.

71 Eine vollständige Übersicht auch mit weniger prüfungsrelevanten Entscheidungstypen findet sich bei *Keidel/Zimmermann* (Fn. 35) FamFG § 352 Rn. 146. Für nicht anfechtbare Entscheidungstypen s. ebenda Rn. 148 f.

72 *Keidel/Zimmermann* (Fn. 35) FamFG § 352 Rn. 137. Die Feststellungsbeschlüsse ersetzen den früheren Vorbescheid und sollen ein Rechtsmittel vor Erteilung des Erbscheins ja gerade ermöglichen.

73 S. zunächst oben vor und in Fn. 51; *Keidel/Zimmermann* (Fn. 35) FamFG § 352 Rn. 142; *Bumiller/Harders/Schwamb* (Fn. 10) FamFG § 352 Rn. 31. Streitig ist für diesen Fall, wer beschwerdeberechtigt ist. Überwiegend wird vertreten, dass bei Ablehnung des Antrags der Antragsteller sowie – über den Wortlaut des § 59 II FamFG hinaus – jeder beschwerdeberechtigt ist, der einen Antrag auf Erteilung des Erbscheins stellen kann (KG NJW-RR 90, 1296, *Bumiller/Harders/Schwamb* [Fn. 10] FamFG § 352 Rn. 31; *Bamberger/Roth/Siegmann/Hager*, BGB, 3. Aufl. 2012, BGB § 2354 Rn. 37). Andere (*Jansen/Müller/Lukoschek*, FGG, 3. Aufl. 2005, FGG § 84 Rn. 27) halten nur den Antragsteller für beschwerdeberechtigt.

74 Beschwerdeziel ist die Anweisung des Beschwerdegerichts an das Nachlassgericht, den Erbschein einzuziehen, vgl. *BayObLG FGPrax* 2005, 217 (218).

75 *Keidel/Zimmermann* (Fn. 35) FamFG § 352 Rn. 146.

76 *Kroiß Zerb* 2009, 301.

77 Nach einer neueren Entscheidung des OLG Düsseldorf (FamRZ 2012, 653) soll der Beschluss über die Nichtabhilfe der Beschwerde zu begründen sein. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem die Nichtabhilfeentscheidung aus sich heraus nicht verständlich war, weil sich der Sachverhalt nach der Beschwerde in tatsächlicher Hinsicht völlig anders darstellte. So richtig die Entscheidung in diesem Fall gewesen sein mag, so fragwürdig erscheint mir aber, stets eine Begründung der Nichtabhilfe verlangen zu wollen – genauso legen die Oberlandesgerichte die Entscheidung aber aus.

78 BVerfG NJW 2005, 2137; 1995, 3173.

### 3. Form und Frist

Die Beschwerde muss *innerhalb eines Monats* nach Verkündung der erstinstanzlichen Entscheidung eingelegt werden (§ 63 I FamFG), und zwar schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle. Vertretung durch Rechtsanwalt ist nicht erforderlich.<sup>79</sup> Die Beschwerdefrist ist außerdem dann auf zwei Wochen verkürzt (§ 63 II FamFG), wenn sie sich gegen eine einstweilige Anordnung des Nachlassgerichts (§§ 49 ff. FamFG) richtet. Nach dem Wortlaut des § 65 I FamFG ist die Beschwerde nicht zwingend zu begründen; es versteht sich indes, dass dann, wenn die Anfertigung der Beschwerde Klausuraufgabe ist, auf eine ausführliche Begründung nicht verzichtet werden sollte. Übrigens verfährt auch die Praxis nicht anders, denn die Wahrscheinlichkeit der Zurückweisung ist bei einer nicht begründeten Beschwerde allemal höher als bei einer begründeten.

### 4. Beschwerdeberechtigung

Beschwerdeberechtigt ist in Antragsverfahren derjenige, der formell und materiell beschwert ist. *Formell beschwert* ist, von wessen Antrag abgewichen wurde. *Materiell beschwert* ist, wessen private oder öffentliche Rechte durch die Entscheidung berührt sind, wobei für die Zulässigkeit der Beschwerde die Möglichkeit der Rechtsbeeinträchtigung ausreicht. In Amtsverfahren genügt für die Zulässigkeit der Beschwerde die materielle Beschwer – eine formelle Beschwer kann es in Ermangelung eines Antrags nicht geben.

### 5. Beschwerdewert

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nach § 61 I FamFG grundsätzlich nur zulässig, wenn der Beteiligte mit mehr (!) als 600 EUR beschwert ist. Übersteigt der Beschwerdewert diesen Betrag nicht, so eröffnet § 61 II FamFG dem Gericht die Möglichkeit, die Beschwerde zuzulassen. Das hat zu geschehen, wenn die Angelegenheit grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts erfordert.

### 6. Rechtsschutzbedürfnis

Ein beliebtes Klausurproblem stellen die Fälle der sog. *verfahrensmäßigen Überholung*<sup>80</sup> dar. Damit ist im Einzelnen wie folgt umzugehen: Nach Erteilung des Erbscheins ist eine Beschwerde oder Erinnerung gegen den Feststellungsbeschluss ausweislich des § 352 e III FamFG bzw. des § 11 III RPfLG nicht mehr statthaft. Das ist auch sinnvoll, denn anderenfalls würde dem Erbschein und dem durch ihn ermöglichten gutgläubigen Erwerb (§ 2366 BGB) rückwirkend die Grundlage entzogen.<sup>81</sup> Die Erteilung (iSv Aushändigung) des Erbscheins ist als tatsächliche Handlung ohnehin nicht anfechtbar.<sup>82</sup> Die Beschwerde wird jedoch nicht unzulässig,<sup>83</sup> sondern kann – obwohl es streng genommen an einer erstinstanzlichen Entscheidung über die Einziehung des Erbscheins fehlt – mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins fortgeführt werden und ist notfalls vom Beschwerdegericht in eine solche umzudeuten.<sup>84</sup> Daneben bleibt es dem Beschwerdeführer unbenommen, die Beschwerde zurückzunehmen und die Erteilung eines anders lautenden Erbscheins zu beantragen oder die Einziehung des Erbscheins anzuregen.<sup>85</sup>

Nach Vollzug der Einziehungsanordnung ist eine Beschwerde gegen den Einziehungsbeschluss nach § 353 III 1 FamFG nicht mehr statthaft. Statthaft ist die Beschwerde nur noch mit dem Ziel der Erteilung eines gleichlautenden Erbscheins.

Die Beschwerde ist vom Gericht im Zweifel gem. § 353 III 2 FamFG im Sinne eines Erbscheinsantrags auszulegen,<sup>86</sup> es bedarf aber aus Gründen der Verfahrensökonomie keiner vorherigen Befassung des Nachlassgerichts – also der ersten Instanz – mit diesem Antrag, da dieses bereits durch die Nichtabhilfe der Beschwerde § 68 I 1 FamFG zu verstehen gegeben hat, keinen entsprechenden Erbschein erteilen zu wollen.<sup>87</sup> Nach Veröffentlichung des Beschlusses, mit dem der Erbschein für kraftlos erklärt wird, ist § 353 III 2 FamFG entsprechend anzuwenden, dh, die Beschwerde ist im Zweifel dahingehend umzudeuten, dass die Erteilung eines neuen gleich lautenden Erbscheins begehrt wird.

### 7. Endentscheidungen des Beschwerdegerichts

Das Beschwerdegericht tritt in vollem Umfang an die Stelle der ersten Instanz. Es ist daher befugt und verpflichtet, ggf. unter Berücksichtigung neuen Vorbringens (§ 65 III FamFG), in der Sache selbst zu entscheiden, § 69 I 1 FamFG. Nur für die Erteilung, Einziehung und Kraftloserklärung ist stets – und zwar ausnahmslos – das Nachlassgericht zuständig. Die Beschwerdeentscheidung (Beschluss) ist immer zu begründen, § 69 II FamFG, ansonsten gelten die allgemeinen Regeln (§§ 38 ff. FamFG) entsprechend, § 69 III FamFG.

Richtet sich die Beschwerde, wie meist, gegen einen Feststellungsbeschluss, so wird das Beschwerdegericht

- die Beschwerde als unzulässig verwerfen, wenn die Prüfung ergibt, dass eine Zulässigkeitsvoraussetzung fehlt,
- die Beschwerde als unbegründet zurückweisen, wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, aber die Entscheidung des Nachlassgerichts formell und materiell rechtmäßig war,
- den angefochtenen Beschluss aufheben und das Nachlassgericht anweisen, einen inhaltlich präzisierten Erbschein zu erteilen, wenn die Beschwerde zulässig und begründet ist und ein entsprechender Antrag vorliegt,
- den angefochtenen Beschluss aufheben und die Sache an das Nachlassgericht zurückverweisen, wenn die Beschwerde Erfolg hat, aber noch kein Antrag gestellt ist oder, gegebenenfalls nach Umdeutung der Beschwerde,
- das Nachlassgericht anweisen, den Erbschein einzuziehen und einen neuen antragsgemäßen Erbschein zu erteilen, wenn die Beschwerde zulässig und begründet ist und der Erbschein schon erteilt wurde.

Hat die Beschwerde ganz oder teilweise Erfolg, so ist über die Kosten des Beschwerderechtszugs gem. § 81 I–V FamFG

79 BT-Drs. 16/6308, 181.

80 Gem. § 64 III FamFG kann das OLG im Falle der Beschwerde den Vollzug der Erteilungs- oder Einziehungsanordnung aussetzen und so verhindern, dass Überholung eintritt.

81 *Bumiller/Harders* (Fn. 10) FamFG § 352 Rn. 32.

82 NK-BGB/*Kroiß*, Nomos Kommentar BGB, 3. Aufl. 2010, BGB § 2353 Rn. 128.

83 Da das Erbrecht des wirklichen Erben durch die Erteilung eines unrichtigen Erbscheins in seinem Bestand nicht berührt wird, könnte man meinen, es fehle an der Beschwerdeberechtigung. Nach hM genügt es indes, dass durch den erteilten Erbschein sein Recht gefährdet oder die Ausübung seines Rechts erschwert wird; der unrichtige Erbschein verleiht dem in ihm genannten Erben eine dem wirklichen Erben gegenüber wirksame Verfügungsbefugnis (§ 2366 BGB) und erschwert den Nachweis seines Erbrechts.

84 BT-Drs. 16/6308, 281; BayObLG NJW-RR 96, 1094; *Bumiller/Harders/Schwamb* (Fn. 10) FamFG § 352 Rn. 32.

85 BT-Drs. 16/6308, 283; *Heinemann* ZfV 2009, 13.

86 So früher schon BGHZ 40, 54 (56); KG FGPrax 99, 227; MüKoBGB/J. Mayer (Fn. 17) BGB § 2361 Rn. 45; *Bumiller/Harders/Schwamb* (Fn. 10) FamFG § 353 Rn. 3.

87 So schon BGH NJW 1959, 1729.



zu entscheiden.<sup>88</sup> Bleibt die Beschwerde erfolglos, so sollen die Kosten gem. § 84 FamFG dem Beschwerdeführer auferlegt werden. Ohne Erfolg eingelegt ist sowohl ein unbegründetes als auch ein unzulässiges Rechtsmittel. Unbegründet ist ein Rechtsmittel auch dann, wenn es den Beschwerdeführer schlechter stellt.<sup>89</sup> Auch die Rücknahme des Rechtsmittels stellt einen Anwendungsfall des § 84 FamFG dar.<sup>90</sup> Die Gestaltung des § 84 FamFG als Soll-Vorschrift lässt die Möglichkeit offen, unter besonderen Umständen eine von diesem Grundsatz abweichende Kostenfolge auszusprechen. Das kommt zB in Betracht, wenn eine befristete Beschwerde nur zur Fristwahrung eingelegt und alsbald zurückgenommen wird<sup>91</sup> oder wenn die Beschwerde bei besonders schwieriger Rechtslage erst nach einem Hinweis durch das Beschwerdegericht zurückgenommen wird.<sup>92</sup>

## II. Sofortige Beschwerde (§§ 567 ff. ZPO)

Zwischenentscheidungen sind nicht mehr selbstständig mit der Beschwerde anfechtbar, auch nicht, wenn sie als sog. Zwischenverfügungen ergehen. Anderes gilt jedoch dann, wenn das FamFG ausdrücklich die gesonderte Anfechtbarkeit einer Zwischenentscheidung durch die sofortige Beschwerde nach Maßgabe der §§ 567–572 ZPO zulässt. Das ist geschehen in § 7 V 2, § 21 II und § 35 V FamFG. Das Nebeneinander von befristeter Beschwerde nach § 58 FamFG und sofortiger Beschwerde nach § 567 ZPO hat eine gewisse Unübersichtlichkeit des Rechtsmittelrechts zur Folge und ist deshalb kritisiert worden.<sup>93</sup>

## III. Erinnerung (§ 11 II RPfIG)

Gegen Beschlüsse des Rechtspflegers ist dasselbe Rechtsmittel wie gegen Beschlüsse des Richters gegeben, mithin die befristete Beschwerde. Wäre der Beschluss des Rechtspflegers jedoch unanfechtbar, wäre er von einem Richter erlassen worden (zB weil die Wertgrenze des § 61 I FamFG nicht erreicht ist), ist dagegen die befristete Erinnerung nach § 11 II RPfIG statthaft. Die Frist ist dieselbe wie für die befristete Beschwerde.

## IV. Rechtsbeschwerde

Die Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts ist mit der Rechtsbeschwerde nach §§ 70–75 FamFG anfechtbar, aber nur dann, wenn das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde ausdrücklich zulässt (§ 70 I FamFG). Nach § 70 II 2 FamFG ist die Rechtsbeschwerde *zuzulassen*, wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Über die Rechtsbeschwerde entscheidet gem. § 133 GVG der BGH. Auf Einzelheiten der Darstellung dieses der Revision vergleichbaren, soweit ersichtlich aber nicht prüfungsrelevanten<sup>94</sup> Rechtsmittels wird hier verzichtet.<sup>95</sup> Lässt das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde nicht zu, ist die Sache abgeschlossen: Die Entscheidung, die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen, ist nicht anfechtbar; eine der Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO vergleichbares Rechtsmittel existiert nicht.<sup>96</sup>

## E. DAS EUROPÄISCHE NACHLASSZEUGNIS

Durch die EuErbVO wurde für die Erbfälle, die seit dem 17.8.2015 eintreten, das *Europäische Nachlasszeugnis* eingeführt.<sup>97</sup> Das Ziel dieses neuen Legitimationsinstruments ist es, bei grenzüberschreitenden Erbfällen den Erben und weiteren Beteiligten eine „*zügige und unkomplizierte und effi-*

*ziente Abwicklung*“<sup>98</sup> zu ermöglichen. Diese Regelung wird für alle EU-Mitgliedstaaten gelten mit Ausnahme von Großbritannien, Irland und Dänemark, die insoweit kein „*opt in*“ erklärt haben.<sup>99</sup> Obwohl für grenzüberschreitende Erbfälle gedacht, ist es möglich, das Europäische Nachlasszeugnis auch oder sogar nur im Ausstellerstaat zu verwenden (Art. 62 III 2 EuErbVO). In Deutschland gibt es daher seit dem 17.8.2015 zwei Erbnachweise, die miteinander in Konkurrenz treten können: den Erbschein und das Europäische Nachlasszeugnis. Das Europäische Erbrechtszeugnis ist zwar generell in seiner Konzeption an den deutschen Erbschein angelehnt, weist in bestimmten Punkten aber doch erhebliche Unterschiede auf, die ein Examenskandidat kennen sollte.

Die Ausstellungsbehörde, also in Deutschland das Nachlassgericht, soll die Urschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses bei sich behalten und den Beteiligten nur eine oder mehrere beglaubigte Abschriften zur Verfügung stellen (Art. 70 I EuErbVO). Diese Abschriften sind zunächst nur 6 Monate gültig, der Besitzer einer Abschrift kann jedoch nach Ablauf der 6 Monate eine Verlängerung der Gültigkeitsfrist beantragen (Art. 70 III EuErbVO). Wenn feststeht, dass das Nachlasszeugnis inhaltlich unrichtig ist, ändert oder widerruft die Ausstellungsbehörde das Nachlasszeugnis, eine Einziehung der Ausfertigungen ist jedoch nicht vorgesehen (Art. 71 II EuErbVO), was Missbrauchspotential birgt.<sup>100</sup>

Inhaltlich begründet das Europäische Nachlasszeugnis die *positive Vermutung*, dass der Betreffende die dort aufgeführte Rechtsstellung als Erbe, als Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter<sup>101</sup> tatsächlich innehat (Art. 69 II 2 Hs. 1 EuErbVO) und die *negative Vermutung*, dass seine Rechte keinen anderen als den aufgeführten Bedingungen unterliegen (Art. 69 II 2 Hs. 2 EuErbVO). Ebenso wie der Erbschein entfaltet das Europäische Nachlasszeugnis eine umfassende Legitimationswirkung (Art. 69 V EuErbVO). Das gilt auch gegenüber registerführenden Stellen wie dem Grundbuchamt. Für eine Grundbuchsbeschreibung war bislang die Vorlage eines inländischen Erbscheins oder einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist (Erbschein oder notarielles Testament), erforderlich. Durch die seit dem 17.8.2015 geltende neue Fassung des § 35 I GBO wird klargestellt, dass auch ein

88 Bumiller/Harders/Schwamb (Fn. 10) FamFG § 81 Rn. 2.

89 Bumiller/Harders/Schwamb (Fn. 10) FamFG § 84 Rn. 1.

90 HM, aber streitig. Wie hier im Anschluss an BR-Drs. 309/07, 478 zu § 84 FamFG Hansleiter, FamFG, 2011, FamFG § 84 Rn. 2; MüKoZPO/Schindler, Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2010, ZPO § 84 Rn. 19.

91 OLG Celle FamRZ 05, 221.

92 BayObLG FamRZ 98, 436.

93 ZB von Heinemann ZFE 2009, 15.

94 Ähnliche Einschätzung bei Roth (Fn. 67) 145. Die Rechtsbeschwerde ist deshalb nicht besonders prüfungsrelevant, weil sie ähnlich wie die zivilprozessuale Revision nicht von jedem Anwalt, sondern nur von einem am BGH zugelassenen Rechtsanwalt eingelegt und begründet werden kann (§ 10 IV 1 FamFG). Warum sollte dann ein Referendar mit diesem Thema befasst werden?

95 S. stattdessen Kroiß ZEV 2009, 224; Heinemann ZFE 2009, 15; Zimmermann (Fn. 26) Rn. 183–189.

96 MüKoBGB/J. Mayer (Fn. 17) BGB § 2353 Rn. 144.

97 Verordnung (EU) Nr. 650/2012. Dazu Lange DNotZ 2012, 168; Schmidt ZEV 2014, 389; Burandt/Dargel NWB 2014, 3180.

98 EG 67, 1, zit. nach Schmidt ZEV 2014, 389.

99 EG 82 und 83, zit. nach Schmidt ZEV 2014, 389.

100 Burandt/Dargel NWB 2014, 3180 (3182).

101 Hinsichtlich der zuletzt genannten beiden Vermutungen besteht ein Unterschied zum Erbschein, der ausschließlich dem Nachweis der Stellung als Erbe dient. Zum Nachweis der Rechtsstellung als Vermächtnisnehmer Burandt/Dargel NWB 2014, 3180 (3181).

Europäisches Nachlasszeugnis als Nachweis für eine Grundbuchumschreibung ausreicht.<sup>102</sup>

Wie beim Erbschein ist gutgläubiger Erwerb von einer Person, die sich durch ein Europäisches Nachlasszeugnis ausweist, möglich, ebenso kann an den so Legitimierten mit befreiender Wirkung geleistet werden (Art. 69 IV EuErbVO). Dazu muss der Dritte – im Unterschied zum Erbschein – aber auf der Grundlage „*der in dem Zeugnis enthaltenen Angaben*“<sup>103</sup> gehandelt haben. Es handelt sich um einen konkreten Gutgläubensschutz. Zum zweiten schadet dem Dritten gem. Art. 69 III und IV EuErbVO schon grob fahrlässige Unkenntnis von der Unrichtigkeit des Zeugnisses. Damit ist der öffentliche Glaube des Europäischen Nachlasszeugnisses deutlich weniger ausgeprägt als der des Erbscheins.<sup>104</sup>

Aufgrund der Bedürfnisse des Rechtsverkehrs ist bei Erb-

fällen, die auf das Inland beschränkt bleiben, nicht davon auszugehen, dass der deutsche Erbschein durch das Europäische Erbrechtszeugnis verdrängt wird. Bei grenzüberschreitenden Erbfällen kann es künftig für den Erben ratsam sein, sowohl einen Erbschein als auch ein Europäisches Nachlasszeugnis zu beantragen.<sup>105</sup>

102 Bislang wurde diskutiert, ob ein Europäisches Nachlasszeugnis, das an den Berechtigten nur in einer beglaubigten Abschrift ausgehändigt wird, eine öffentliche Urkunde darstellt und deshalb in den Registersachen, die die Vorlage einer solchen verlangen, als Legitimationspapier ausreicht, siehe auch *Schmidt ZEV* 2014 389 (393).

103 Art. 69 III Hs. 1 EuErbVO; eine Vorlage des Zeugnisses bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts ist nach dem Wortlaut der Verordnung nicht erforderlich, dazu *Schmidt ZEV* 2014 389 (393).

104 *Burandt/Dargel NWB* 2014, 3180 (3181).

105 Die Kosten des Erbscheins können zu 75 % auf die Kosten des Europäischen Nachlasszeugnisses angerechnet werden, KV (Anlage 1 des GNortKG) Nr. 12210 II.

RiOLG Friedrich Weitner und RiLG Dr. Thomas Schuster, LL.M. (London), Nürnberg\*

## Die Revisionsklausur – Teil 1

Der vorliegende Aufsatz ist der sechste Teil einer Reihe, die sich – dem Gang des Verfahrens folgend – mit den typischen Klausurtypen des strafprozessualen Assessorexamens befasst. Dabei soll den Referendarinnen und Referendaren<sup>1</sup> das Rüstzeug an die Hand gegeben werden, Klausurlösungen richtig zu verpacken.<sup>2</sup>

### A. EINLEITUNG

In zwei Beiträgen wollen wir uns mit der Bearbeitung von Klausuren aus dem Revisionsrecht beschäftigen. Erfahrungsgemäß ist dieser Klausurtyp bei Referendaren nicht sehr beliebt und löst – oft unberechtigt – Ängste aus. Der 1. Teil hat die „Vorbereitungsphase“ zum Gegenstand, mithin die ca. 120 Minuten gutachterlichen Vorüberlegungen zur Vorbereitung der Niederschrift.<sup>3</sup> Dabei soll Hilfestellung bei der Suche nach Fehlern aus dem Verfahren und vor allen Dingen dem Urteil der Vorinstanz gegeben werden. Wir legen Wert darauf, dass die aufgezeigte Herangehensweise nur eine von vielen Methoden ist. Auf der anderen Seite sind wir der Auffassung, dass ein planloses Vorgehen bei der Fehlersuche letztlich dazu führen wird, dass Dinge übersehen werden und bei der Bewertung der Klausuren alleine deshalb nicht das gewünschte Ergebnis erreicht wird.<sup>4</sup>

Dabei sollte bei einer Aufgabenstellung aus dem Revisionsrecht – anders als beispielsweise bei einer Abschlussverfugung – Klarheit darüber bestehen, dass die Gefahr, grundsätzliche Weichen falsch zu stellen, wesentlich geringer ist. Es geht darum, Fehler zu suchen und die gefundenen Fehler in der jeweils gebotenen Form zu rügen.

### B. VORÜBERLEGUNGEN

#### I. Die unterschiedlichen Aufgabenstellungen

##### 1. Anforderungen

Im Wesentlichen sind zwei verschiedene Aufgabenstellungen in Revisionsklausuren zu unterscheiden:<sup>5</sup> Das Gutachten über die Erfolgsaussichten einer Revision und der zu fertigende Revisionsbegründungsschriftsatz, wobei überwie-

gend Letzterer verlangt wird. Bei einem Gutachten muss der Referendar dazu Stellung nehmen, ob eine bereits eingelegte oder noch einzulegende Revision zulässig und begründet ist und damit Aussicht auf Erfolg hat. Bereits der Prüfungsmaßstab zeigt, dass hier Zulässigkeitsfragen eine wichtige Rolle spielen. Verlangt der Bearbeitervermerk, dass eine Revisionsbegründungsschrift zu fertigen ist, so liegt einer der Schwerpunkte darin, die Verfahrensrügen in der vorgeschriebenen Form zu fertigen.<sup>6</sup>

##### 2. Perspektive

Die Revisionsklausur wird gerne als Klausur aus der Sicht des Verteidigers eingeordnet. Diese Kategorisierung greift aber zu kurz, da zur Anfechtung des Urteils nicht nur der Angeklagte und sein Verteidiger, sondern auch die Staatsanwaltschaft, der Nebenkläger und der Privatkläger befugt sind.<sup>7</sup> Von daher waren – mit deutlich geringerer Häufigkeit – auch schon Revisionsbegründungen der Staatsanwaltschaft und des Nebenklägers Gegenstand von Examensklausuren und werden es auch immer wieder sein. Worin unterscheiden sich diese Aufgabenstellungen?

##### a) Verteidiger

Der Verteidiger wird nur Fehler rügen, die seinen Mandan-

\* Die Verfasser sind hauptamtliche Arbeitsgemeinschaftsleiter beim Landgericht Nürnberg-Fürth und überwiegend mit der Ausbildung im Strafprozessrecht befasst. In lockerer Folge soll Hilfestellung geleistet werden, um die gängigen Klausurtypen im Bereich des Straf- und Strafprozessrechts bearbeiten zu können.

1 Im Folgenden wird der gesetzlichen Formulierung folgend zur einfacheren Lesbarkeit nur noch die maskuline Form benutzt.

2 Die Darstellung folgt den in Bayern üblichen Mustern.

3 In einem zweiten Teil werden wir uns mit Zulässigkeitsfragen, den Revisionsanträgen sowie der Niederschrift einer Revisionsbegründung beschäftigen.

4 Musterklausuren findet man beispielsweise bei *Westphal*, Strafrechtliche Musterklausuren für die Assessorprüfung, 7. Aufl. 2015, 129 ff. oder bei *Brunner/Brößler/Reiber*, Strafrechtliche Assessorprüfungen, 8. Aufl. 2012, 119 ff.

5 Zu den einzelnen Konstellationen detaillierter: *Brößler/Kunnes*, Strafprozessuale Revision, 9. Aufl. 2015, Rn. 421 ff.

6 Vgl. dazu im Einzelnen *KK-StPO/Gericke*, Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. 2013, StPO § 344 Rn. 18 ff.

7 Vgl. hierzu auch *Russack*, Die Revision in der strafrechtlichen Assessorprüfung, 9. Aufl. 2014, Rn. 18 f.