

Praxisrelevante Verfahrensfragen in FamFG-Verfahren mit erbrechtlichem Bezug

Dr. Stefan Poller

Nach wie vor kommt dem Nachlassgericht die zentrale Stellung bei der Bestimmung der Erbfolge und bei der Regelung von Erbstreitigkeiten zu. Von dementsprechend großer praktischer Bedeutung sind die in den §§ 342 ff. FamFG geregelten Verfahren in Nachlasssachen. Im Folgenden sollen die in der Praxis häufig vorkommenden Verfahrensfragen und die damit zusammenhängenden Probleme dargestellt und Lösungsmöglichkeiten sowie Vorschläge für eine effiziente Verfahrensführung aufgezeigt werden. Das Augenmerk liegt hierbei auf der für die Praxis relevanteste Fallgestaltung, dem Erbscheinsverfahren.



Der Autor ist Richter am Amtsgericht Laufen a.d. Salzach. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine überarbeitete Fassung des Vortrages, den der Autor anlässlich der 12. ErbR-Tagung am 13.12.2018 in Karlsruhe gehalten hat.

A. Das Erbscheinsverfahren

I. Allgemeines

Der Erbschein, geregelt in den §§ 2353–2370 BGB, ist ein von einem Nachlassgericht einem Erben ausgestelltes Zeugnis über das Erbrecht des Erben und ggf. vorhandene Beschränkungen, etwa durch Testamentsvollstreckung oder Nacherbfolge. Es handelt sich um eine Urkunde iSd § 271 StGB,¹ ob es sich auch um eine öffentliche Urkunde iSd § 415 ZPO handelt, ist streitig.² In der Praxis ist der Erbschein auch nach Einführung des Europäischen Nachlasszeugnisses (nachfolgend: ENZ) und trotz der BGH-Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von AGB-Regelungen mancher Banken zur Nachweispflicht der Erbenstellung durch Erbscheinsvorlage³ nach wie vor der bedeutendste Nachweis zur Erbfolge. Die daneben bestehende Möglichkeit des Nachweises durch ein zivilgerichtliches Feststellungsurteil fällt in der Praxis demgegenüber zahlenmäßig kaum ins Gewicht.

II. Die „Testierunfähigkeit“ des Erblassers

1. Grundlegendes

Einer der häufigsten Einwände im Erbscheinsverfahren betrifft die behauptete Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Ausgangspunkt ist die Regelung des

§ 2229 Abs. 4 BGB. Testierfähigkeit ist die Fähigkeit, ein Testament zu errichten, zu ändern oder aufzuheben. Bei Testierfähigkeit handelt es um einen Unterfall der Geschäftsfähigkeit und setzt die freie Willensbestimmung voraus. Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähig ist derjenige, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildungen braucht nicht darin zu Tage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von ihrer Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag, sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung entscheidend zu beeinflussen. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen seine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes

1 BGH NJW 1964, 558.

2 Vgl. hierzu MüKoBGB/J. Mayer, § 2353 Rn. 6 mwN.

3 BGH WM 2013, 2166 und nachfolgend BGH ZEV 2016, 320 zu den Voraussetzungen für den Nachweis des Erbrechts durch Vorlage des eröffneten eigenhändigen Testaments.

Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln.⁴ Testierunfähigkeit liegt demnach vor, wenn der Erblasser

- auf Grund (= Kausalität)
- krankhafter Störung der Geistestätigkeit, Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung
- nicht erkennen kann (= kognitives Element)
 - dass er ein Testament errichtet und welchen Inhalt es hat,
 - welche Tragweite seine Anordnungen bzgl. der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der betroffenen Personen haben,
 - welche Gründe für und gegen die sittliche Berechtigung der Anordnung sprechen und
- seinen Willen nicht frei von Einflüssen Dritter bilden kann (= voluntatives Element).

Es handelt sich um eine Rechtsfrage, die nach Durchführung einer Beweisaufnahme durch das Gericht zu klären ist, wobei eine Bindung an ein Sachverständigengutachten nicht besteht.⁵ Das Gesetz geht dabei von der Testierfähigkeit aus, so dass die Feststellungslast denjenigen trifft, der sich auf die Testierunfähigkeit beruft.⁶

2. Mögliche Ursachen einer Testierunfähigkeit

Die Testierunfähigkeit kann viele Ursachen haben. Das Gesetz unterscheidet in § 2229 Abs. 4 BGB zwischen einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit, einer Geistesschwäche oder einer Bewusstseinsstörung. Zu den krankhaften Störungen⁷ der Geistestätigkeiten gehören Demenzen. Demenzen sind Folge von Gehirnerkrankungen die Gedächtnis, Merkfähigkeit, Orientierung, Auffassungsgabe, Lernfähigkeit, Sprach- und Rechenfähigkeit sowie die Urteilsfähigkeit negativ beeinflussen. Demenzen treten in verschiedenen Formen (zB Demenz von Typ Alzheimer, Creutzfeld-Jakob, Gefäßerkrankungen etc.⁸), Schweregraden und Mischformen auf. Die Rechtsprechung neigt bei Vorliegen einer Demenz mittleren oder schwereren Schweregrades zur Annahme einer Testierunfähigkeit, wohingegen leichte Demenzformen ohne Hinzutreten weiterer Umstände (zB Wahnsymptomatik) idR keine Testierunfähigkeit zur Folge haben.⁹ Besondere Schwierigkeiten treten in der Praxis bei der Bestimmung „lichter Momente“¹⁰ oder bei stark schwankendem Demenzverlauf auf. Besonders der Nachweis eines *luciden Intervalls* gelingt in der Praxis selten, zumal im fortgeschrittenen Stadium der Demenz das Auftreten derartiger lichter Augenblicke regelmäßig – wenn auch (schwerlich) widerlegbar – ausgeschlossen sein soll.¹¹

Weitere Krankheitsbilder iSd § 2229 Abs. 4 BGB können organisch bedingte psychische Störungen, etwa hervorgerufen durch Epilepsie oder Hirnverletzungen sein. Bei einer psychischen Schizophrenie leiden die Betroffenen unter Wahnvorstellungen, die je nach Schweregrad und Zielrichtung (Erben, Verwandte) im Einzelfall zu einer Testierunfähigkeit führen können.¹² Ebenfalls je nach Schweregrad kann bei einer manisch-depressiven Erkrankung eine Testierunfähigkeit bestehen, wobei während manisch depressiver Phasen die Stimmung der Betroffenen situationsunangemessen gehoben oder gedrückt ist.¹³ Intelligenzminderungen führen dagegen nur in den sel-

tensten Fällen zu einer Testierunfähigkeit. Der in psychologischen Tests ermittelte Wert (IQ) bildet hierbei nur einen ersten Anhaltspunkt, vielmehr ist das konkrete Ausmaß anhand einer Gesamtwürdigung des Betroffenen und dessen Fähigkeiten zu ermitteln. Bei einer leichten Intelligenzminderung (IQ 50–69) ist ohne Hinzutreten weiterer Umstände grundsätzlich von einer Testierfähigkeit auszugehen, ab einer mittelgradigen Intelligenzminderung (IQ 35–49) sind sorgfältige Untersuchungsmaßstäbe an die Fähigkeit zur Einsicht in und zum Handeln nach Willenserklärungen sowie zur Testierfähigkeit anzulegen, während erst schwere (IQ 20–34) und schwerste (IQ unter 20) Intelligenzminderungen eine Testierfähigkeit ausschließen sollen.¹⁴

Bewusstseinsstörungen – auch nur vorübergehende – können ebenfalls eine Testierunfähigkeit begründen, etwa bei akuten Rausch- und Intoxikationszuständen.¹⁵ Dagegen führt ein lediglich psychopathisches, querulatorisches oder sonst auffälliges Verhalten („*abnorme Persönlichkeiten*“) grundsätzlich nicht zu einer Testierunfähigkeit.¹⁶

3. Verfahren

Das Hauptproblem besteht in der Praxis darin, retrospektiv aufzuklären, ob im Zeitpunkt der Testamentserrichtung der Erblasser (noch) testierfähig oder schon testierunfähig war. Das Gesetz geht von Testierfähigkeit aus, die Beweislast (im Zivilprozess) bzw. die Feststellungslast (im FamFG-Verfahren wie dem Erbscheins- oder Testamentsvollstreckerzeugnisverfahren) trifft denjenigen, der sich auf die Testierunfähigkeit beruft.¹⁷ Nach ganz hM muss das Gericht, solange nicht zu seiner vollen Überzeugung die Testierunfähigkeit nachgewiesen ist – also nicht behebbare Zweifel bleiben – von der Testierfähigkeit des Erblassers ausgehen.¹⁸ Von erheblicher praktischer Bedeutung ist daher im FamFG-Verfahren, dass die Beteiligten am Verfahren rechtzeitig und umfassend beteiligt werden (nachfolgend a)), dass das Gericht seiner Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG nachkommt (nachfolgend b)) und welche Beweismittel in Frage kommen (nachfolgend c)).

4 Ständige Rechtsprechung, vgl. nur OLG München NJW-RR 2008, 164, 166 mwN.

5 BayObLG FamRZ 1985, 742, 743.

6 KG NJW 2001, 903.

7 Vgl. hierzu die Zusammenstellung bei Reimann/Bengel/Mayer/Voit § 2229 BGB Rn. 13; Soergel/Mayer § 2229 BGB Rn. 15, 16; Langel/Kuchinke ErbR § 18 Abs. 2 S. 4 Fn. 24.

8 Vgl. zu den einzelnen Demenzformen mit einer Rechtsprechungsübersicht MüKoBGB/Hagena § 2229 BGB Rn. 17.

9 Zur Demenz vom Typ Alzheimer BayObLG FamRZ 1997, 1511; bei seniler Demenz: OLG München NJW-RR 2008, 164; bei vaskulärer Demenz: BayObLG FamRZ 2005, 555.

10 Vgl. hierzu OLG München ZEV 2013, 504; generell skeptisch Staudinger/Baumann (2012) § 2229 BGB Rn. 41.

11 BayObLG NJW-RR 2005, 1025.

12 BayObLG NJW 2000, 1959.

13 BGH WM 1956, 1184.

14 MüKoBGB/Hagena § 2229 BGB Rn. 19.

15 MüKoBGB/Hagena § 2229 BGB Rn. 20 unter Verweis auf BayObLGZ 1956, 377 (382).

16 BayObLG FamRZ 1992, 724.

17 BGH ZEV 2012, 100 (103).

18 MüKoBGB/Hagena § 2229 BGB Rn. 57 mwN.

a) Beteiligte und Einleitung des Verfahrens durch das Nachlassgericht

Die Beteiligtenstellung im Nachlassverfahren wird durch § 7 FamFG sowie durch § 345 FamFG geregelt. § 345 FamFG stellt eine ergänzende Spezialvorschrift zu § 7 FamFG für die Antragsverfahren im Nachlassverfahren wie etwa den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins dar. Handelt es sich um ein von Amts wegen zu betreibendes Verfahren, gilt § 7 FamFG unmittelbar. In beiden Regelungen wird zwischen „Muss“- und „Kann“-Beteiligten unterschieden. „Muss“-Beteiligte sind von Amts wegen zu beteiligen, „Kann“-Beteiligte hingegen im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens, jedoch zwingend auf deren Antrag hin.¹⁹ § 345 FamFG regelt den Beteiligtenbegriff zudem je nach Antragsverfahren, ob es sich also um ein Erbscheinsverfahren oder etwa um ein Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses handelt. Die Hinzuziehung der Beteiligten hat durch das Nachlassgericht hierbei möglichst frühzeitig zu erfolgen, um die effektive Gewährung rechtlichen Gehörs sicherzustellen. Zudem sind die etwa in § 345 Abs. 1 S. 2 FamFG aufgeführten Personen gemäß § 7 Abs. 4 FamFG von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen und über ihr Antragsrecht zu belehren. Sind diese Personen dem Gericht nicht bekannt, bedarf es grundsätzlich einer Ermittlung von Amts wegen.²⁰ Dem Gericht kommt hierbei ein Beurteilungsspielraum zu, wobei zwischen dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs und den damit verbundenen umfangreichen Ermittlungen einerseits und dem Gebot der Verhältnismäßigkeit und der Verfahrensbeschleunigung, insbesondere gegenüber dem Antragsteller, abzuwägen ist. Eine Beteiligung hat hierbei aber grundsätzlich immer dann zu erfolgen, wenn das behauptete Recht nicht von vornherein gänzlich fernliegend ist.²¹ In Bayern besteht darüber hinaus die Besonderheit, dass eine Erbenermittlungspflicht und damit eine „Beteiligtermittlungspflicht“ von Amts wegen besteht, sofern Grundstücke vorhanden sind, Art. 37 BayAGGVG.

In der Praxis ergeht zumeist keine ausdrückliche Entscheidung über die Beteiligtenstellung, vielmehr ist in der Beteiligung am Verfahren selbst zugleich die konkludente Entscheidung über die Beteiligtenstellung zu sehen. Über die Ablehnung als Beteiligter ist gem. § 7 Abs. 4 S. 1 FamFG ein Beschluss zu fassen.

Besondere Bedeutung kommt der Beteiligtenstellung im Rahmen des Akteneinsichtsrechts gem. § 13 FamFG zu, ist doch die Akteneinsicht oftmals das erste und manchmal das einzige Mittel, um schnell einen ersten Überblick über den Nachlass und Informationen etwa zur Werthaltigkeit des Nachlasses zu erhalten. Vielfach wird sich nämlich in der Nachlassakte ein Vermögensverzeichnis befinden, aus dem sich – mit aller Vorsicht! – zumindest erste Anhaltspunkte bzgl. des Vermögens des Erblassers ergeben.

§ 13 FamFG geht als bereichsspezifische Regelung den Vorschriften des Datenschutzgesetzes von Bund und Ländern vor.²² Nach § 13 Abs. 1 FamFG erhalten Beteiligte grundsätzlich vollumfassend Akteneinsicht, sofern nicht schwerwiegende Interessen eines Beteiligten oder Dritten entgegenstehen, während Nichtbeteiligte nur dann Akteneinsicht erhalten können, wenn sie ein berechtigtes Interesse glaubhaft machen und

schutzwürdige Interessen eines Beteiligten oder eines Dritten nicht entgegenstehen. Als Beteiligte sind insbesondere alle möglichen gesetzlichen und testamentarischen Erben, alle möglichen Pflichtteilsberechtigte und auch alle möglichen Vermächtnisnehmer anzusehen.²³ Für Rechtsanwälte gilt die Besonderheit nach § 13 Abs. 4 S. 1 FamFG, wonach Akteneinsicht auch in deren Büroräumen erfolgen kann, worauf allerdings gem. § 13 Abs. 4 S. 2 FamFG grundsätzlich kein Anspruch besteht.

Problematisch ist, ob sich die Akteneinsicht auch auf die durch das Nachlassgericht beigezogenen Akten erstreckt, insbesondere auf die Betreuungsakte. Während sich nämlich im Nachlassakt meist nur rudimentäre Vermögensangaben befinden, lassen sich im Betreuungsakt bei einer vormals angeordneten Betreuung meist sehr detaillierte Vermögensverzeichnisse und Rechenschaftsberichte des Betreuers finden. Gerade für Pflichtteilsberechtigte ist dies oftmals von unschätzbarem Wert, um die Angaben des Erben überprüfen zu können. Allerdings finden sich in den Betreuungsakten sehr häufig auch höchstpersönliche Informationen insbesondere zum Gesundheitszustand des Erblassers in Form von ärztlichen Unterlagen, Sachverständigengutachten zur Geschäftsfähigkeit oder sonst besonders vertrauenswürdigen Unterlagen wie etwa Briefe oder Tagebücher. Andererseits sind gerade solche Unterlagen zur Aufklärung und zur Ermittlung der Testierfähigkeit wie auch des Erblasserwillens oft unerlässlich und damit entscheidend für die effektive Gewährung rechtlichen Gehörs. Letztlich wird es daher auf eine Interessenabwägung zwischen dem postmortalen Persönlichkeitsschutz des Erblassers und dem Interesse des Beteiligten auf effektiven Rechtsschutz sowie dessen Grundrechte zB aus Art. 14 GG bei der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen in der konkreten Fallgestaltung hinauslaufen. So kommt etwa auch nur eine auszugsweise Akteneinsicht, etwa bzgl. der im Betreuungsakt befindlichen Vermögensverzeichnisse, in Betracht. In der Praxis sollte jedenfalls stets Akteneinsicht nicht nur in die Nachlassakte sondern auch in die beigezogenen Akten beantragt werden.

b) Amtsermittlungspflicht des Nachlassgerichts nach § 26 FamFG

Nach Art. 26 FamFG hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Die Ermittlungen sind hierbei erst dann abzuschließen, wenn von einer weiteren Beweisaufnahme ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist.²⁴ Hierbei besteht keine unbegrenzte Aufklärungspflicht, insbesondere ist das Gericht nicht verpflichtet, alle nur denkbaren Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung auszuschöpfen und allen Beweisanträgen nachzugehen. Sind unter Berücksichtigung der bereits bekannten Tatsachen und ohne vorweggenommene Beweiswürdigung keine weiteren entscheidungserheblichen

19 NK-Nachfolgerecht/Poller § 345 FamFG Rn. 2.

20 OLG Köln FGPrax 2009, 287, 289.

21 NK-Nachfolgerecht/Poller § 345 FamFG Rn. 8; OLG München ZErB 2017, 48.

22 Firsching/Graf Rn. 3.58.

23 KG NJW-RR 2011, 1025.

24 BayObLG FamRZ 2001, 771.

Erkenntnisse zu erwarten, so können Ermittlungen insoweit unterbleiben. Insbesondere ist die Sachverhaltsaufklärung begrenzt durch die für den Inhalt des Antrags erforderlichen Tatsachen. Gibt aber der Vortrag der Beteiligten bei sorgfältiger Prüfung Anlass zu weiteren Ermittlungen, so sind diese vorzunehmen.²⁵ Die Amtsermittlungspflicht befreit daher die Beteiligten nicht davon, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, § 27 FamFG, worauf das Gericht auch hinzuwirken hat, § 28 FamFG. Zwar entbindet die mangelnde Mitwirkung der Beteiligten das Gericht grundsätzlich nicht von der Pflicht zur weiteren amtswegigen Sachverhaltsaufklärung,²⁶ jedoch werden Maß und Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung ganz entscheidend vom Vortrag und der Mitwirkung der Beteiligten geprägt. Möglich ist auch, dass das Gericht konkrete Mitwirkungshandlungen gem. § 35 FamFG mittels Zwangsmittel erzwingt, wie etwa bei der Ablieferungspflicht von Testamenten gem. § 358 FamFG.

Grundsätzlich gilt im Nachlassverfahren der Grundsatz des Freibeweises, § 29 FamFG. Allerdings ist nach § 30 Abs. 3 FamFG eine förmliche Beweisaufnahme iS eines Strengbeweisverfahrens entsprechend der ZPO durchzuführen, wenn ein Beteiligter eine Tatsachenbehauptung bestreitet, auf die das Gericht maßgeblich seine Entscheidung stützen will.

In der Praxis stellt sich oftmals das Problem, wann eine (weitere) Amtsermittlung etwa zu einer etwaigen Testierunfähigkeit oder der Echtheit eines Testaments geboten ist, insbesondere wann das Gericht gehalten ist, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Hierbei kollidieren oftmals die Interessenlagen: einerseits ist ein beschleunigtes Verfahren mit einer möglichst kurzen Verfahrensdauer gewünscht, andererseits soll auch dem (Auf-)Klärungsbedürfnis und der materiellen Gerechtigkeit Rechnung getragen werden. Letztlich handelt es sich hier um eine Einzelfallentscheidung, wobei grundsätzlich nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte, die Anlass zu Zweifeln etwa an der Testierfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung geben, die Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen erforderlich ist. Allein der Umstand, dass der Erblasser sich im fortgeschrittenen Stadium einer Krebserkrankung befunden hat, soll noch keinen solchen Anhaltspunkt darstellen.²⁷ Es bedarf des Vorliegens objektiver Tatsachen oder Hilfstatsachen sowie eines konkreten und keines pauschalen Sachvortrags; bloße Vermutungen oder Wahrscheinlichkeitsurteile für mögliche Krankheitsbilder ohne Anknüpfung an ein auffälliges symptomatisches Verhalten des Erblassers im zeitlichen Zusammenhang mit der Testamenterrichtung genügen nicht.²⁸

c) Mögliche Beweismittel im Rahmen eines Nachlassverfahrens

Als mögliche Beweismittel kommen im Nachlassverfahren Urkunden, Zeugenaussagen, Aussagen der Beteiligten, Sachverständigengutachten oder die Inaugenscheinnahme in Betracht. Nachfolgend sollen einige besonders praxisrelevante Fallgestaltungen vorgestellt werden:

aa) Behandelnder Hausarzt

Der behandelnde Hausarzt ist einer der wichtigsten Zeugen, um klären zu können, ob der Erblasser bei Abfassung des Testaments testierfähig war. In der Regel wird der Hausarzt den

Erblasser über Jahre behandelt haben und kann daher meist am besten über die gesundheitliche Entwicklung des Erblassers berichten, zumal ihm auch alle Behandlungsunterlagen aus Krankenhausaufenthalten und Behandlungen von Fachärzten noch zu Lebzeiten des Erblassers übersandt wurden. Nachdem das Nachlassgericht in aller Regel keine Kenntnis über die Person des behandelnden Hausarztes hat, kommt der Mitwirkung der Beteiligten (Erbprätendenten) eine zentrale Bedeutung zu. Hat ein Beteiligter selbst keine Kenntnis hierüber, kann auch hier die Akteneinsicht in ein etwaig vorhandenes Betreuungsverfahren weiterhelfen, da jedenfalls der Betreuer oder der Bevollmächtigte den Hausarzt des Erblassers kennen wird.

Dem behandelnden Hausarzt – wie sämtlichen Ärzten – steht grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht entsprechend § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO zu, welches auch über den Tod des Erblassers hinaus wirkt.²⁹ Allerdings folgt hieraus keine Verpflichtung zur Verschwiegenheit, sondern nur das Recht, das Zeugnis zu verweigern. Sagt also der Arzt aus, ist diese Aussage auch verwertbar, selbst wenn die Voraussetzung des § 385 Abs. 2 ZPO nicht vorliegt.³⁰ Ob eine Entbindung von der Schweigepflicht nach § 385 Abs. 2 ZPO vorliegt hängt nach dem Tod des Testators in erster Linie von dessen Willen ab, ob dieser den Arzt von der Schweigepflicht freigestellt hat; lässt sich ein ausdrücklicher oder konkludenter Wille nicht feststellen, ist der mutmaßliche Wille des Erblassers zu erforschen.³¹ Das Nachlassgericht hat also zunächst von Amts wegen zu ermitteln, ob der Erblasser ausdrücklich oder konkludent den Arzt von seiner Schweigepflicht entbunden hat. Nur wenn sich dies nicht feststellen lässt, hat das Nachlassgericht in einem zweiten Schritt auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers abzustellen. Grundsätzlich wird es hierbei im mutmaßlichen Interesse des Erblassers liegen, dass die Frage, ob dieser testierfähig war, geklärt wird, weswegen eine Schweigepflicht des Arztes in aller Regel nicht bestehen wird.³² Auf eine Entbindung von der Schweigepflicht durch die Erbprätendenten kommt es dagegen nicht an, da es sich um eine höchstpersönliche Angelegenheit handelt und daher nur der Erblasser selbst eine Entbindungserklärung bzgl. des Arztes abgeben kann.³³

Des Weiteren wird sich in aller Regel empfehlen, bereits vor Zeugeneinvernahme des Arztes bei Gericht anzuregen, dass das Gericht sämtliche vorhandenen ärztlichen Unterlagen beim Hausarzt anfordert und diese – der Übersichtlichkeit halber am sinnvollsten in einem Sonderheft – zur Nachlassakte nimmt. Die Beteiligten können dann Akteneinsicht nehmen und sich so sinnvoll auf die mündliche Verhandlung vorbereiten sowie dem

25 NK-Nachfolgerecht/Poller § 352 FamFG Rn. 24.

26 BeckOK FamFG/Burschel, 29. Ed. 1.1.2019, FamFG § 28 Rn. 5 a.

27 OLG Bamberg ZErB 2012, 212.

28 Sehr weitgehend OLG Düsseldorf NJW-RR 2012, 1100.

29 HK-ZPO/Eichele § 383 ZPO Rn. 7.

30 BGH NJW 1977, 1198, 1199; HK-ZPO/Eichele § 383 ZPO Rn. 12. In diesem Fall kann sich der Arzt allerdings Schadenersatzansprüchen sowie sogar einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt sehen.

31 OLG Köln ZEV 2018, 530.

32 OLG Köln ZEV 2018, 530; BayObLG NJW-RR 1991, 1287.

33 HK-ZPO/Eichele § 385 ZPO Rn. 7.

Arzt und auch den übrigen Zeugen wie auch dem Sachverständigen Vorhaltungen machen und Fragen stellen.

bb) Notar

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 BeurkG soll der Notar die Beurkundung ablehnen, wenn einem der Beteiligten nach der Überzeugung des Notars die erforderliche Testierfähigkeit fehlt. Bestehen bloß Zweifel hieran, ist die Beurkundung aber nicht abzulehnen, sondern es sind die bestehenden Zweifel in der Niederschrift festzuhalten, §§ 11 Abs. 1 S. 2, 28 BeurkG. Der Notar ist also nicht in der Lage, die Testierfähigkeit oder Testierunfähigkeit festzustellen, hierzu fehlt diesem als medizinischen Laien die erforderliche Sachkunde und auch die Entscheidungskompetenz. Auch dem Notar steht grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO zu, allerdings wird es auch hier meist dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechen, dass der Notar von seiner Schweigepflicht insoweit entbunden ist.³⁴ In verfahrenstechnischer Hinsicht hat das Nachlassgericht für den Notar oder dessen Mitarbeiter vor Einvernahme eine Aussagegenehmigung beim zuständigen Präsidenten des Landgerichts nach § 18 Abs. 2 BNotO einzuholen.

cc) Rechtsanwalt

Auch die Schweigepflicht des Rechtsanwalts wirkt grundsätzlich über den Tod des Mandanten hinaus. Das OLG München hat zuletzt entschieden, dass das Verfügungsrecht hierüber, sprich die Möglichkeit der Entbindung hiervon nach § 385 Abs. 2 ZPO, nicht auf die Erben übergeht, da die Pflicht zur Verschwiegenheit dem Schutz der Geheimsphäre des einzelnen dient.³⁵ Der Rechtsanwalt, dem im Rahmen eines Mandatsverhältnisses ein Geheimnis anvertraut wurde, muss nach dem Tod seines Mandanten nach pflichtgemäßem Ermessen darüber entscheiden, ob er im Zivilprozess gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht oder ob er aussagt und auf diese Weise Vertrauliches offenbart. Soweit es an einer Willenserklärung des Erblassers fehlt, ist der mutmaßliche Wille des Erblassers zu erforschen. Dabei soll dem Geheimnisträger nach Ansicht des OLG München ein Entscheidungsspielraum verbleiben, der durch die Gerichte nur eingeschränkt nachprüfbar ist, wobei aber der Geheimnisträger seine Entscheidung nicht nur mit allgemeinen Erwägungen begründen darf.³⁶

dd) Sachverständigengutachten

Die Auswahl des Sachverständigen steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Vielfach wird in der Praxis der Sachverständige bestellt, der bereits aus dem Betreuungsverfahren bekannt ist und der den Erblasser im Rahmen eines Betreuungs- oder Unterbringungsverfahrens begutachtet hat. Hier ist zur Vorsicht zu raten und generell darauf hinzuwirken, dass ein anderer Sachverständiger ausgewählt wird. Die Zielrichtung der Begutachtung ist im Betreuungsverfahren nämlich eine andere als im Nachlassverfahren: im Betreuungsverfahren wird nicht die Testierfähigkeit, sondern die Geschäftsfähigkeit bzw. die Einwilligungsfähigkeit begutachtet. Zudem handelt es sich in aller Regel um eine Momentaufnahme, bei der dem Sachverständigen oftmals keine weitergehenden ärztlichen Unterlagen vorliegen und dieser auch idR keine bzw. nur eine

geringe Kenntnis von ärztlichen Behandlungen haben wird. Wird daher der Sachverständige aus dem Betreuungsverfahren zugleich im Nachlassverfahren als Sachverständiger bestellt, ergibt sich für diesen die Problematik, dass er – aufgrund der nunmehr bestehenden umfassenderen Kenntnisse der ärztlichen Behandlungen und Medikation – womöglich zu einem anderen Ergebnis gelangt oder – für die Beteiligten oftmals nur schwer nachvollziehbar – zu begründen hat, warum er zwar im Betreuungsverfahren die Geschäftsunfähigkeit bejaht hat, im Nachlassverfahren aber zu einer Testierfähigkeit gelangt. Empfehlenswert erscheint es daher, den Sachverständigen aus dem Betreuungsverfahren als sachverständigen Zeugen anzuhören und für das Nachlassverfahren einen neuen Sachverständigen zu bestellen.

Hinsichtlich des Verfahrens empfiehlt es sich, beim Nachlassgericht darauf hinzuwirken, dass dem Sachverständigen vor Gutachtererstellung alle relevanten ärztlichen Befunde übersandt werden, damit dieser die Unterlagen durchsehen und sich auf die durchzuführende Beweisaufnahme entsprechend vorbereiten kann. Sinnvollerweise hat die gesamte Zeugenbefragung – insbesondere die des Hausarztes und des Gutachters aus dem Betreuungsverfahren! – in Anwesenheit des bestellten Sachverständigen zu erfolgen, damit dieser effektiv von seinem Fragerecht Gebrauch machen kann, da sowohl den Beteiligten als auch dem Nachlassgericht in aller Regel die entsprechende Fachkenntnis fehlen wird, um die für die Erstellung des Gutachters erforderlichen Fragen an die Zeugen richten zu können.

In seinem Gutachten hat sich der Sachverständige detailliert mit der Erkrankung des Erblassers auseinander zu setzen und muss sich insbesondere eingehend mit dem Schweregrad der Erkrankung beschäftigen.³⁷ Das Nachlassgericht selbst darf das Gutachten nicht pauschal und ungeprüft übernehmen, sondern hat sich seinerseits mit den gutachterlichen Wertungen auseinander zu setzen.

d) Auslagenvorschuss

Während im Zivilprozess das Gericht die Ladung eines Zeugen (§ 379 ZPO) oder das Einholen eines Sachverständigen-gutachtens (§§ 402, 379 ZPO) von der Einzahlung eines hinreichenden Auslagenvorschusses abhängig machen kann, gilt diese Regelung trotz § 30 Abs. 1 FamFG im Nachlassverfahren wegen des dort geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes nicht. Möglich ist aber die Erhebung eines Vorschusses zur Deckung der Auslagen nach § 14 Abs. 3 S. 1 GNotKG. Darin heißt es: „Bei Handlungen, die von Amts wegen vorgenommen werden, kann ein Vorschuss zur Deckung der Auslagen erhoben werden.“ Es handelt sich also um eine Ermessensentscheidung des Gerichts. Jedoch ermöglicht diese Regelung nur die Erhebung eines Vorschusses, nicht aber kann von der vorherigen Leistung eines Auslagenvorschusses die Erhebung von Beweismitteln abhängig gemacht werden. Nichts anderes ergibt sich auch aus § 13 GNotKG. Gegen die Anordnung

34 OLG Köln OLGZ 82, 1, 3.

35 OLG München ZEV 2019, 35.

36 OLG München aaO.

37 Eingehend hierzu OLG Frankfurt aM, ErbR 2018, 516 im Falle einer vaskulären Demenz.

eines Auslagenvorschusses kann die Beschwerde nach § 82 GNotKG erhoben werden, nicht aber gegen den Beweisbeschluss als solchen, der als Zwischenentscheidung nicht rechtsmittelfähig ist.

III. Die Echtheit der letztwilligen Verfügung von Todes wegen

Neben der Frage der Testierfähigkeit kommt in der Praxis des nachlassgerichtlichen Verfahrens der Frage nach der Echtheit des Testaments entscheidende Bedeutung zu. Nach § 2247 Abs. 1 BGB muss das vom Erblasser selbst errichtete Testament eigenhändig ge- und unterschrieben werden. Die Feststellungslast trifft dabei denjenigen, der sich auf die Wirksamkeit des Testaments beruft.³⁸ Es muss also die Echtheit des Textes wie der Unterschrift nachgewiesen werden. Auch hier gilt im nachlassgerichtlichen Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG, so dass das Nachlassgericht von Amts wegen etwaige Auffälligkeiten festzustellen und diesen nachzugehen hat. Dabei bedarf es aber keiner „Amtsermittlung ins Blaue hinein“, vielmehr wird es in aller Regel der Benennung konkreter Anhaltspunkte unter Angabe von Beweismitteln bedürfen, weshalb das Testament nicht vom Erblasser herrühren kann, um eine Amtsermittlung und damit eine Beweisaufnahme durch das Gericht auszulösen. Die pauschale Behauptung, das Testament sei gefälscht, ohne Angabe weiterer Gründe genügt jedenfalls nicht.

In der Praxis wird es zur Klärung der Echtheit oder Fälschung eines Testaments im Zweifelsfall auf die Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen für Handschriftenvergleiche hinauslaufen.³⁹ Daneben kommt auch die Einvernahme von Zeugen in Betracht. Das Gericht hat im Rahmen der Beweiswürdigung das eingeholte Sachverständigengutachten selbstständig und eigenverantwortlich zu prüfen.⁴⁰ *„Für die Überzeugung des Gerichts genügt es, wenn es aufgrund der von dem Sachverständigen festgestellten hohen Wahrscheinlichkeit der Fälschung eines Testaments begründete und nicht behebbare Zweifel an der Echtheit eines Testaments hat. Eine mathematische, jede Möglichkeit des Gegenteils ausschließende Gewissheit für die Überzeugung des Gerichts von einer Fälschung darf nicht verlangt werden. Für die richterliche Überzeugung genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der vernünftige Zweifel ausschließt, wenn die Gewissheit einen Grad erreicht hat, der den Zweifeln Einhalt gebietet, ohne sie völlig ausschließen zu können.“*⁴¹

Für die Gutachtenerstellung benötigt der Sachverständige Vergleichsmaterial (Schriftproben des Erblassers), welches nach Möglichkeit aus einem engen zeitlichen Kontext mit der Errichtung des Testaments herrühren soll. Von eminenter Bedeutung in der Praxis ist die Kontrolle der von den Beteiligten etc. eingereichten Schriftproben, um etwaige Fälschungs-/ Täuschungsversuche unterbinden zu können. Hierzu ist bei Gericht darauf hinzuwirken, dass entweder eine Abschrift der von den anderen Beteiligten übersandten Schriftproben eingereicht wird oder dass zumindest vor Versendung der Unterlagen an den Sachverständigen Akteneinsicht genommen wird. Als zuverlässigste Quelle erweisen sich bei Behörden (Finanzamt, Verwaltung) sowie bei Banken befindliche, vom Erblasser

herrührende, Dokumente. Bei der Auswahl des Sachverständigen sollte darauf geachtet werden, dass dieser nicht nur eine Schriftvergleiche vornimmt, sondern darüber hinaus auch naturwissenschaftlich-technische Untersuchungen am Testament vornimmt, indem etwa mikroskopische Untersuchungen auf etwaige Druckspuren und hinsichtlich des verwendeten Schreibmaterials vorgenommen werden.

IV. Die Bindung des Nachlassgerichts

1. Allgemeines

Grundsätzlich ist nach dem geltenden Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG der Sachverhalt durch das Nachlassgericht selbst aufzuklären, so dass nur ausnahmsweise eine Bindung des Nachlassgerichts besteht.

Eine Bindung besteht etwa bei einer Zurückweisung des OLG nach einer Beschwerde gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts an die tragenden Rechtsgründe, nicht aber an alle übrigen Gründe.⁴² Auch anderen, wirksam gewordenen und nicht nichtigen rechtsgestaltenden Entscheidungen aus Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommt hinsichtlich der herbeigeführten Rechtsgestaltung eine Bindungswirkung zu.⁴³ Dies gilt beispielsweise für die Betreuer- oder Pflegerbestellung⁴⁴ oder die Aufhebung der nach § 1638 BGB angeordneten Ergänzungspflegschaft durch das Familiengericht.⁴⁵

Darüber hinaus besteht nach herrschender Meinung auch eine Bindung des Nachlassgerichts an rechtskräftige Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und -gerichte, etwa zur Staatsangehörigkeit des Erblassers.⁴⁶ Sofern allerdings ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit von Personenstandsurkunden bestehen, ist streitig, ob dann eine Bindung besteht.⁴⁷

Ob Entscheidungen eines Schiedsgerichts Bindungswirkung gegenüber dem Nachlassgericht zukommen, ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt, ist aber richtigerweise zu verneinen, da insoweit keine Verfügungsbefugnis des Erblassers und der Beteiligten besteht. Letztlich entspricht die Rechtslage der eines gerichtlichen Vergleichs, bei dem ebenfalls eine Bindungswirkung (zu Recht) abgelehnt wird (dazu unten). Nach Ansicht des OLG Celle soll die Durchführung eines Erbscheinsverfahrens unzulässig sein, wenn der Erblasser eine

38 NK-Erbrecht/Kroiß § 2247 BGB Rn. 63, 65; BayObLG FamRZ 2005, 1015, 1017.

39 NK-Erbrecht/Kroiß § 2247 BGB Rn. 64.

40 BayObLG FamRZ 2005, 1015, 1017; BayObLG FamRZ 2005, 1782, 1784; NK-Erbrecht/Kroiß § 2247 BGB Rn. 64.

41 NK-Erbrecht/Kroiß § 2247 BGB Rn. 64 unter Verweis auf BayObLG FamRZ 2005, 1782, 1784; BayObLG FamRZ 2001, 1325 f.; BayObLGZ 1999, 205, 210.

42 BayObLG FamRZ 1996, 1304.

43 BayObLGZ 1985, 184.

44 OLG Köln RNotZ 2011, 43.

45 OLG Frankfurt aM FamRZ 1997, 1115.

46 Zimmermann, Erbschein, Rn. 171.

47 Verneinend BayObLG Rpfleger 1981, 358, wonach das Nachlassgericht selbst ermitteln darf und die Beteiligten auch nicht auf das Berichtigungsverfahren nach den §§ 47 ff. PStG verweisen darf; bejahend dagegen OLG Hamburg NJW 1952, 147.

Schiedsgerichtsbarkeit angeordnet hat.⁴⁸ Diese Ansicht ist abzulehnen, da zum einen für Nachlasssachen eine Schiedsgerichtsbarkeit nicht zulässig ist,⁴⁹ das Schiedsgericht insbesondere keine Erbscheine erteilen kann, und zum anderen das Erbrecht bei der Entscheidung über den Erbscheinsantrag eine Vorfrage bildet, die ebenfalls der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen ist.⁵⁰

2. Entscheidungen des Zivilgerichts

Zur Klärung der Frage, wer Erbe ist, besteht neben dem nachlassgerichtlichen Verfahren auch die Möglichkeit eines Erbprätendentstreits vor dem Zivilgericht. Die wohl hM lässt einem hieraus resultierenden Feststellungsurteil Bindungswirkung gegenüber dem nachlassgerichtlichen Verfahren in den Grenzen der subjektiven Rechtskraft zukommen,⁵¹ wenngleich eine Einschränkung dahin gehend gemacht wird, dass keine „*arglistige Ausnutzung*“ der Rechtskraft gegeben sein darf.⁵² Nach OLG Frankfurt a.M.⁵³ gilt selbiges für ein Versäumnisurteil, nach dem KG⁵⁴ auch für ein Anerkenntnisurteil.

3. Entscheidungen ausländischer Gerichte

Unklar ist, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen eine Bindung des Nachlassgerichts an Entscheidungen ausländischer Gerichte bestehen soll. Das OLG Köln hat zuletzt entschieden, dass jedenfalls einer Einigung der Beteiligten in einem österreichischen Außerstreitverfahren für ein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück keine Maßgeblichkeit und damit keine Bindungswirkung zukommt.⁵⁵

4. Vergleich

Nachdem allein der Erblasser über die Erbfolge bestimmen kann, besteht insoweit keine Dispositionsbefugnis der Erben, so dass diese zwar einen Vergleich über die Erbfolge etc schließen können, diesem aber keine Bindungswirkung im Verfahren vor dem Nachlassgericht zukommt.⁵⁶ Der Einigung aller Beteiligten bzgl. der Auslegung eines Testaments kommt aber eine „indizielle“ Bedeutung zu,⁵⁷ nachdem diese ja auch in der Regel den Erblasser am besten kennen. Dieser Auslegung wird sich das Nachlassgericht in aller Regel nicht verschließen, sofern die von den Beteiligten vorgenommene Auslegung vom Wortlaut der testamentarischen Verfügung noch gedeckt ist (Auslegungsvereinbarung oder Auslegungsvertrag). Keine Einigungsmöglichkeit besteht aber bzgl. der Testierfähigkeit und Echtheit einer letztwilligen Verfügung, da diese der Dispositionsbefugnis der Beteiligten entzogen ist. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen durch Erbteilsübertragungen, Ausschlagung, Verzicht auf das Anfechtungsrecht bzw. der Anerkennung eines anfechtbaren Testaments, sowie in verfahrenstechnischer Hinsicht durch Verzicht auf einen Erbscheinsantrag bzw. dessen Rücknahme sowie der Rücknahme bzw. den Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels.

V. Die Antragstellung und die Kosten im Erbscheinsverfahren

1. Die Antragstellung

a) Form und Inhalt

Das Erbscheinsverfahren ist ein sog Antragsverfahren wie sich unmittelbar aus § 2353 BGB ergibt. Der Antrag ist hierbei an

keine bestimmte Form gebunden, er kann insbesondere auch zu Protokoll der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts erklärt werden, § 23 FamFG. Den Inhalt des Antrags gibt § 352 Abs. 1 FamFG (gesetzliche Erbfolge) bzw. Abs. 2 (gewillkürte Erbfolge) vor. Es besteht eine enge Bindung des Nachlassgerichts an den gestellten Antrag, der Erbschein kann inhaltlich nur das wiedergeben, was beantragt wurde. Das Nachlassgericht ist nicht befugt, einen Erbschein abweichend vom Antrag oder ohne Antrag zu erteilen.

b) Zuständiges Gericht

Sachlich zuständig ist das Amtsgericht als Nachlassgericht, § 2353 BGB, § 23 a Abs. 2 Nr. 2 GVG. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem Nachlassgericht, in dessen Bezirk der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, § 343 FamFG. Die funktionelle Zuständigkeit beurteilt sich danach, ob eine letztwillige Verfügung vorliegt. Der Rechtspfleger ist zur Entscheidung bei gesetzlicher Erbfolge berufen, während dem Richter die Prüfung bei letztwilligen Verfügungen obliegt, §§ 3 Nr. 2 c, 16 Abs. 1 Nr. 6 RPflG. Darüber hinaus ist der Richter noch für die Erteilung von Erbscheinen zuständig, wenn die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt.

Die internationale Zuständigkeit richtet sich nach der Entscheidung des EuGH vom 21.6.2018, Az. C 20/17, nunmehr auch im Erbscheinsverfahren nach den Art. 4 ff. EuErbVO.⁵⁸ Damit gelten letztlich auch die Wertungen der EuErbVO zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts nicht nur für die internationale Zuständigkeit, sondern auch im Rahmen des § 343 FamFG. Nach dem OLG Hamm⁵⁹ bestimmt sich der für die internationale Zuständigkeit nach der EuErbVO maßgebliche gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers aus einer Gesamtberücksichtigung der Lebensumstände unter Einschluss des Aufenthalts- und Bleibewillens.

c) Antragsberechtigung

Antragsbefugt ist der Erbe, auch der Miterbe, § 352 a Abs. 1 S. 2 FamFG, der Anteilserwerber oder der Erbeserbe. Es genügt die formelle (schlüssige) Behauptung, ein Erbrecht zu besitzen.⁶⁰ Ferner sind der Testamentsvollstrecker, der Nach-

48 OLG Celle FamRZ 2016, 847. Im Hinblick auf die Entscheidungen des BGH zu Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers (ZEV 2017, 412) und zu Streitigkeiten über einen Pflichtteilsanspruch (MDR 2017, 771), in denen jeweils die Möglichkeit der Zuweisung durch den Erblasser an ein Schiedsgericht verneint wurde, dürfte diese Entscheidung auch überholt sein.

49 Mankowski ZEV 2014, 395.

50 Zimmermann, Erbschein, Rn. 173.

51 Vgl. hierzu mwN NK-Erbrecht/Kroiß § 2359 BGB Rn. 7; OLG München FGPrax 2016, 137.

52 NK-Erbrecht/Kroiß § 2359 BGB Rn. 7 mit Verweis auf BGH NJW 1951, 759.

53 ZEV 2016, 275.

54 NJW-RR 2015, 456.

55 OLG Köln ZEV 2018, 344.

56 OLG München FamRZ 2011, 65.

57 BGH NJW 1986, 1812, 1813.

58 NJW 2018, 2309.

59 NJW 2018, 2061. Ebenso OLG München ZEV 2017, 333, welches dem Willen des Erblassers bzgl. eines Aufenthaltswechsels besondere Bedeutung beimessen will.

lassverwalter und der Nachlassinsolvenzverwalter sowie der Fiskus nach Feststellung gemäß § 1964 BGB antragsbefugt. Kein Antragsrecht besitzen dagegen Vermächtnisnehmer,⁶¹ Pflichtteilsberechtigte⁶² und der Nachlasspfleger.

2. Beizufügende Unterlagen und Glaubhaftmachung

Die Richtigkeit der nach § 352 Abs. 1 und 2 FamFG getätigten Angaben sowie die Tatsache, dass der Erblasser zur Zeit seines Todes im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hat, sind vom Antragsteller durch Versicherung an Eides statt gemäß § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG nachzuweisen, also

- dass der Erblasser im Zeitpunkt des Todes im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt hat und
- dass dem Antragsteller nichts bekannt ist, was der Richtigkeit der nach § 352 Abs. 2 und 3 FamFG getätigten Angaben entgegensteht.

Nach § 352 Abs. 3 S. 4 FamFG besteht die Möglichkeit, dass die Versicherung an Eides statt erlassen wird. Es handelt sich hierbei um eine Ermessensentscheidung des Gerichts und damit letztlich um eine Einzelfallentscheidung, die etwa bei einfach gelagerten Sachverhalten oder bei Erteilung eines zweiten Erbscheins nach Einziehung eines Erbscheins in Betracht kommt.⁶³ Der Vorteil besteht darin, dass ein geringerer Aufwand besteht sowie Kosten gespart werden, da für die Abgabe der Versicherung an Eides statt eine 1,0 Gebühr nach Tabelle B gem. KV 23300 GNotKG anfällt. Will das Nachlassgericht den beantragten Erlass der Versicherung an Eides statt ablehnen, hat dies durch gerichtlichen Beschluss zu erfolgen, welcher isoliert nicht anfechtbar ist (wohl aber eine etwaige daraufhin erfolgende Ablehnung des Erbscheinsantrags).

Nach § 352 Abs. 3 S. 1 FamFG ist die Richtigkeit der Angaben nach § 352 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 sowie S. 2 FamFG durch öffentliche Urkunden nachzuweisen und im Fall des § 352 Abs. 2 FamFG die Urkunde vorzulegen, auf der sein Erbrecht beruht. Der Begriff der öffentlichen Urkunden entspricht der Regelung des § 415 ZPO, wozu auch ausländische Urkunden gehören können. Können die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten beschafft werden, können auch andere Beweismittel vorgelegt werden, § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG. Ein erheblicher Zeit- oder Kostenaufwand rechtfertigt dies nur bei krassem Missverhältnis zum Nachlasswert.⁶⁴

3. Erforderlichkeit einer Antragstellung

a) Bei Auslandsbezug

Befinden sich die Vermögenswerte im ausländischen Geltungsbereich der EuErbVO ist statt der Beantragung eines Erbscheins oftmals die Beantragung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) sinnvoller, da damit in den Mitgliedstaaten der EuErbVO oftmals leichter ein Erbnachweis gelingt.

Sind Nachlassgegenstände sowohl im In- wie auch im Ausland vorhanden und wären entweder noch umfangreiche Ermittlungen hinsichtlich der im Ausland befindlichen Gegenstände erforderlich oder wird der deutsche Erbschein im Ausland nicht anerkannt, so kann die Beantragung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nach § 352 c FamFG sinnvoll sein. Auf diese Weise kann der Erbe über die inländischen Nachlassgegen-

stände bereits verfügen, ohne dass die Erbfolge im Ausland erst geklärt werden muss und er gelangt in den Genuss einer Gebührenermäßigung, da dann die im Ausland belegenen Nachlassgegenstände nicht zur Gebührenermittlung herangezogen werden, § 40 Abs. 3 GNotKG. Voraussetzung für die Beantragung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins ist, dass sowohl im Inland wie auch im Ausland Nachlassgegenstände vorhanden sind,⁶⁵ wobei grundsätzlich die Angabe und Versicherung des Antragstellers, dass Nachlassgegenstände im Inland wie auch im Ausland vorhanden sind, genügt.⁶⁶

b) Kostenrisiko

Nach § 82 FamFG ist es grundsätzlich Sache des Gerichts, von Amts wegen über die Kosten in der Endentscheidung zu entscheiden. Allerdings kann hieraus keine Pflicht des Gerichts abgeleitet werden, in Nachlasssachen eine Kostenentscheidung zu treffen. Enthält die Entscheidung keine Kostenentscheidung, verbleibt es bei der Kostenschuldnerschaft des Antragstellers gem. § 22 Abs. 1 GNotKG bzgl. der Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen): die außergerichtlichen Kosten (Rechtsanwalt) trägt jeder Beteiligte selbst. Enthält ein im Nachlassverfahren ergangener Beschluss weder im Tenor noch in den Gründen einen ausdrücklichen Kostenausspruch, liegt darin in der Regel die nach § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG im Ermessen des Gerichts liegende, stillschweigende Entscheidung, dass die gesetzlich normierten Kostenregelungen Anwendung finden sollen.⁶⁷ Gegen die stillschweigend getroffene Kostenregelung ist im Wege der isolierten Kostenbeschwerde vorzugehen. Ein Ergänzungsantrag nach § 43 FamFG führt mangels Ergänzungsbedürftigkeit der Entscheidung regelmäßig nicht zum Erfolg. Eine Meistbegünstigung bei der Wahl der vorgenannten Rechtsbehelfe findet nicht statt.⁶⁸

Darüber hinaus eröffnet § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG dem Gericht die Möglichkeit, den Beteiligten die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen aufzuerlegen. Bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung in Erbscheinsverfahren gem. § 81 Abs. 1 FamFG sind nach dem BGH⁶⁹ sämtliche in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles heranzuziehen, wobei – ohne Anwendung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses – neben anderen Umständen auch das Obsiegen und Unterliegen berücksichtigt werden kann.

Besonderes Augenmerk ist in der Praxis auf die mit der Stellung eines Antrags auf Erteilung eines Erbscheins verbundene Kostentragungslast zu richten: Wie bereits ausgeführt trägt nach § 22 GNotKG grundsätzlich der Antragsteller die Kosten des Erbscheinsverfahrens, sofern (wie meist) keine anderwei-

60 NK-Nachfolgerecht/Poller § 352 FamFG Rn. 14 ff.

61 BayObLG FamRZ 2000, 1231.

62 BayObLG Rpfleger 1999, 182; OLG Köln Rpfleger 1993, 509. Ausnahmsweise kommt aber ein Antragsrecht in Betracht, wenn der Pflichtteilsberechtigte Vollstreckungsgläubiger ist.

63 OLG Schleswig NJW-RR 2014, 1039.

64 OLG Schleswig NJW-RR 2013, 1166.

65 OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 1644.

66 OLG Karlsruhe FamRZ 2015, 1644.

67 OLG Frankfurt FGPrax 2016, 131.

68 OLG Frankfurt FGPrax 2016, 131.

69 ZEV 2016, 95.

tige Regelung durch das Nachlassgericht getroffen wird. Selbst wenn das Gericht einen anderen Beteiligten als Kostenschuldner bestimmt hat, bleibt auch dann die Kostenhaftung des Antragstellers bestehen; beide haften dann als Gesamtschuldner, § 27 Nr. 1 GNotKG. Gerade bei einem streitigen Erbscheinsverfahren sollte daher tunlichst überlegt werden, ob wirklich ein eigener, abweichender Erbscheinsantrag gestellt werden muss. Damit es sich nämlich um ein Streitiges Erbscheinsverfahren handelt, bedarf es nicht der Stellung eines eigenen Erbscheinsantrags, vielmehr genügt es, wenn Einwendungen gegen einen bereits gestellten Erbscheinsantrag vorgebracht werden. Es empfiehlt sich daher, in dieser Konstellation erst den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens aufgrund des zunächst gestellten Erbscheinsantrags abzuwarten, ehe dann ggf. ein eigener Erbscheinsantrag gestellt wird. Auf diese Weise wird das Kostentragungsrisiko bzgl. der gerichtlichen Kosten minimiert, was besonders bei teuren Sachverständigengutachten von Bedeutung ist.

Beantragt also ein Beteiligter einen Erbschein und werden hiergegen Einwendungen vorgebracht ohne dass ein eigener Erbscheinsantrag gestellt wird und führt daraufhin das Nachlassgericht eine umfangreiche (und teure) Beweisaufnahme durch, trägt – vorbehaltlich einer (in der Praxis seltenen) abweichenden Entscheidung des Gerichts – ausschließlich der Antragsteller die gerichtlichen Kosten samt aller Auslagen für Zeugen und Sachverständige und zwar unabhängig davon, ob

er mit seinem Erbscheinsantrag durchdringt oder nicht. Wird der Erbscheinsantrag zurückgewiesen, kann dann der andere Beteiligte „seinen“ Erbscheinsantrag ohne Kostenrisiko stellen, da die bereits angefallenen Kosten ausschließlich vom „ersten“ Erbscheinsantragsteller zu tragen sind.

Schlussbetrachtung

Im Erbscheinsverfahren wird umfassend die Erbenstellung ermittelt. Trotz des geltenden Amtsermittlungsverfahrens kommt der Mitwirkung der Beteiligten eine erhebliche Bedeutung zu, da dem Gericht oftmals die relevanten Anknüpfungstatsachen fehlen bzw. nur schwer zugänglich sein werden. Umso wichtiger ist es daher darauf zu achten, möglichst frühzeitig und umfassend am Verfahren beteiligt zu werden und auch Einblick in die beigezogenen Akten, insbesondere bei einem Betreuungsverfahren, zu erhalten. Zur Vermeidung unnötiger Kosten ist schließlich auch zu überlegen, ob es wirklich stets eines (umfassenden) Erbscheinsantrages bedarf, oder ob bei einem anderweitig bereits gestellten Erbscheinsantrag erst der Ausgang dieses Verfahrens abgewartet werden kann. Zudem ist bei im Ausland vorhandenen Vermögen zu prüfen, ob zur Verringerung des Verfahrenswertes und damit der anfallenden Gebühren nicht die Stellung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nach § 352 c FamFG sinnvoll ist, da in vielen Ländern der deutsche Erbschein als Erbnachweis nicht akzeptiert wird.

Themenfundus

In ErbR 2018, 61 haben wir erstmals zur Bildung eines Themenfundus aufgerufen und erfreulich schnell und viele Rückmeldungen aus der Praxis erhalten, die z.T. bereits der wissenschaftlichen Aufarbeitung zugeführt werden konnten. Allen Einsendern einen herzlichen Dank dafür. Erneut sei der Aufruf gestattet: Senden Sie uns gern Ihre Themen aus dem Bereich des Erbrechts und Erbschaftsteuerrechts ein, die bisher zu wenig in der Wissenschaft und/oder für die Praxis aufbereitet wurden. Eine E-Mail an Dr.Herzog@RAPeter.de genügt, damit wir diese Themen sammeln und bei Bedarf weitergeben können. Die Wissenschaft sei herzlich eingeladen, sich der Themen zu bedienen. Auch hier gilt: E-Mail genügt!