

Katharina Dorth

Das Verhältnis von Erbschein und Europäischem Nachlasszeugnis



Nomos



Stämpfli Verlag



Schriften zum Familien- und Erbrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Elisabeth Koch, Universität Jena

Prof. Dr. Volker Lipp, Universität Göttingen

Prof. Dr. Karlheinz Muscheler, Universität Bochum

Prof. Dr. Ingeborg Schwenzer, Universität Basel

Band 21

Katharina Dorth

Das Verhältnis von Erbschein und Europäischem Nachlasszeugnis



Nomos



Stämpfli Verlag



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5331-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-9466-7 (ePDF)

ISBN 978-3-7272-1584-1 (Stämpfli Verlag AG, Print)

D294

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum im Sommersemester 2018 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten noch bis Mitte Dezember 2017 berücksichtigt werden.

Über die drei Jahre der Entstehung dieser Arbeit haben mich viele Menschen begleitet, denen ich an dieser Stelle meinen Dank aussprechen möchte:

Besonders herzlich möchte ich mich bei meinem verehrten Doktorvater Professor Dr. *Karlheinz Muscheler* bedanken. Er hat meine Promotion hervorragend betreut und gefördert. Für alle wertvollen Anregungen in Bezug auf die Anfertigung meiner Dissertation, den fachlichen Austausch und für die mir gewährte große akademische Freiheit bin ich ihm zu besonderem Dank verpflichtet. In meiner 3-jährigen Zeit als Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl habe ich fachlich und persönlich sehr viel von ihm lernen dürfen.

Ebenfalls herzlich bedanken möchte ich mich bei Herrn Professor Dr. *Andreas Jurgeleit* für die freundliche Übernahme und rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein herzlicher Dank gebührt ebenfalls meinen Kollegen und Kolleginnen am Lehrstuhl, insbesondere Frau Dr. *Anke Schewe* (LL.M) und Herrn Dr. *Yun Huh*, die dafür gesorgt haben, dass ich meine Promotionszeit nur in der allerbesten Erinnerung behalten werde. Frau *Christiane Lobitz* möchte ich für die vielen interessanten Gespräche und motivierenden Worte herzlich danken.

Für ihre tatkräftige Unterstützung möchte ich auch den studentischen Hilfskräften des Lehrstuhls meinen Dank aussprechen.

Mein größter Dank gebührt meinen Eltern, Frau *Karin Grehl-Dorth* und Herrn *Heiner Dorth*, denen ich diese Arbeit widme. Sie ließen mir auf meinem bisherigen Lebensweg alle erdenkliche Unterstützung und Förderung zuteilwerden und haben im Wesentlichen zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen.

Essen, im Januar 2019

Katharina Dorth

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	23
Einleitung	33
§ 1. Zweck und geschichtliche Entwicklung des Erbscheins	38
I. Die geschichtliche Entwicklung des Erbscheins	40
1. Das römische Recht	40
2. Das germanische Recht	42
3. Das gemeine Recht	43
4. Das Allgemeine Landrecht Preußens	44
a) Das Erblegitimationsattest	44
b) Die gerichtliche Erbbescheinigung im Preußischen Gesetz von 1869	45
5. Entwicklung seit 1900	45
II. Wesen und Funktion des Erbscheins	47
1. Der Nachweis gegenüber öffentlichen Stellen	49
a) Der Nachweis mittels Erbschein	49
b) Der Nachweis mittels sonstiger öffentlicher Urkunden	51
2. Der Nachweis gegenüber Privaten	53
§ 2. Bisherige Schwierigkeiten des Erbnachweises im internationalen Erbfall	57
I. Der Nachweis der Erbeneigenschaft in ausgewählten Mitgliedstaaten der EU	60
1. Der gerichtlich oder behördlich erteilte Erbnachweis	63
a) Griechenland	64
b) Besonderheiten in Elsass-Lothringen	65
c) Besonderheiten in den neuen Provinzen Italiens	66
d) Österreich	67
aa. Kollisionsrechtliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Einantwortung	68
bb. Wirkungen der Einantwortungsurkunde	70
e) Polen	71

2. Der notariell ausgestellte Erbnachweis	73
a) Frankreich	73
aa. Nachweis im unstreitigen Verfahren	74
(1) Der acte de notoriété	74
(2) Das intitulé d'inventaire	77
(3) Das certificat de propriété	77
bb. Nachweis im streitigen Verfahren	77
b) Belgien	78
c) Niederlande	79
d) Italien	80
3. Mitgliedstaaten ohne Erbnachweis	82
a) Der Erbnachweis durch Vorlage eines Nachlassinventars	83
aa. Dänemark	83
bb. Finnland	84
cc. Schweden	85
b) Der Erbnachweis in den common-law Staaten (England und Wales)	85
c) Der Erbnachweis in den übrigen Ländern ohne Erbschein	88
aa. Spanien	88
bb. Tschechische Republik	89
cc. Luxemburg	90
II. Die Anerkennung ausländischer Erbscheine vor Geltung der EU-Erbrechtsverordnung	90
1. Bilaterale Abkommen auf dem Gebiet des Erbrechts	92
a) Verträge ohne Anerkennungspflicht bzgl. ausländischer Erbscheine	92
b) Besonderheiten im deutsch-österreichischen und deutsch-türkischen Vertrag	95
aa. Das deutsch-türkische Nachlassabkommen	95
bb. Der deutsch-österreichische Vertrag von 1959	96
2. Autonomes Recht	98
a) Anerkennung von Erbnachweisen in anderen EU-Staaten	98
aa. Die Anerkennung in den common-law Staaten	100
bb. Anerkennung außerhalb der common-law Staaten	102
(1) „Automatische“ Anerkennung ohne weiteres Verfahren	102
(2) Anerkennung mit Apostille	103

(3) Weitere Anerkennungsvoraussetzungen	105
b) Anerkennung fremder Erbnachweise im autonomen deutschen Recht	107
aa. Meinungsstand zur Anerkennung nach § 16a FGG a.F.	107
bb. Meinungsstand zum heute geltenden § 108 FamFG	112
c) Der Erbnachweis mittels ausländischer Erbbescheinigung im deutschen Grundbuchrecht	114
aa. Die Substitution des deutschen Erbscheins	115
(1) Die Zulässigkeit einer Substitution am Beispiel des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO	115
(2) Voraussetzungen der Substitution	119
bb. Rechtsfolge einer Substitution	120
3. Zusammenfassung und Bewertung	120
§ 3. Notwendigkeit einer Harmonisierung des Internationalen Erbrechts in Europa	122
I. Bereits vor Schaffung der EU-Erbrechtsverordnung bestehende Vereinheitlichungsversuche	123
1. Frühe Haager Konferenzen zur Vereinheitlichung des erbrechtlichen Kollisionsrechts	123
2. Nordisches Übereinkommen aus dem Jahre 1934	124
3. Das Haager Übereinkommen über die internationale Verwaltung von Nachlässen vom 02.10.1973	125
a) Inhalt des Übereinkommens von 1973	126
b) Gründe für die Erfolglosigkeit des internationalen Zertifikats zur Nachlassabwicklung	127
4. Das Haager Übereinkommen über das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht	129
II. Folgen der fehlenden Vereinheitlichung nationaler Kollisionsrechte	130
1. Unterschiedliche Anknüpfungen	131
2. Die unterschiedlichen Arten der Nachlassspaltung	132
3. Taktische Möglichkeiten durch forum shopping	137

§ 4. Vor Schaffung der EU-Erbrechtsverordnung diskutierte Ansätze zur Vereinfachung der Abwicklung internationaler Erbfälle	139
I. Das kollisionsrechtliche Anerkennungsprinzip als Alternative zum traditionellen Verweisungsprinzip des IPR	140
1. Die historische Herleitung des Anerkennungsgrundsatzes	141
2. Die Anerkennung von Rechtslagen	143
II. Bewertung des kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzips	145
III. Anerkennung als Alternative zur Schaffung eines Europäischen Erbscheins?	149
1. Die schweizerische Lösung in Art. 96 IPRG	150
2. Bewertung der Anerkennungslösung	151
§ 5. Die Entstehungsgeschichte der EU-Erbrechtsverordnung	155
§ 6. Die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses	161
I. Bedenken vor Schaffung der EU-Erbrechtsverordnung	161
1. Kompetenzprobleme der EU hinsichtlich der Schaffung eines europäischen Erbscheins	161
2. Zweifel an der Realisierbarkeit eines europäischen Erbscheins	164
II. Heutige Ansichten zum Europäischen Nachlasszeugnis	166
§ 7. Die Koexistenz von Europäischem Nachlasszeugnis und Erbschein	168
I. Frühere Meinungen zum Verhältnis nationaler Erbnachweise zum Europäischen Nachlasszeugnis	169
1. Vorrang der nationalen Erbnachweise	169
a) Prozedurale Wirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses	169
b) Rucksack-Funktion des Europäischen Nachlasszeugnisses	171
c) Abschließende Stellungnahme	174
2. Vorrang des Europäischen Nachlasszeugnisses	174
3. Nebeneinander aller erbrechtlicher Nachweispapiere	177
II. Die Geltung des Europäischen Nachlasszeugnisses im Ausstellungs- und im Vorlagestaat	178
1. Die Geltung im Ausstellungsstaat	178
2. Die Geltung im Verwendungsstaat	181

III. Das Recht Dritter, die Vorlage eines bestimmten Erbnachweises zu fordern	181
1. Recht Dritter bzgl. der Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses	182
2. Das Recht Dritter auf Vorlage eines nationalen Erbnachweises	184
§ 8. Inhalt und Ausstellungsverfahren	186
I. Zuständigkeiten	186
1. Zuständigkeit für die Ausstellung des deutschen Erbscheins	186
a) Sachliche, örtliche und funktionale Zuständigkeit	186
b) Internationale Zuständigkeit	187
aa. Die Gleichlauftheorie vor Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes	187
bb. Die Doppelfunktionstheorie gemäß § 342 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. § 105 FamFG	190
(1) Der Eigenrechts- und der Fremdrechtserschein als „Welterbschein“	191
(2) Der Ausweis des Erbrechts bei Nachlassspaltung	191
(3) Der beschränkte Eigen- und Fremdrechtserschein	192
cc. Die internationale Zuständigkeit nach Geltung der EuErbVO	194
(1) Gründe für die Anwendung der Artt. 4 ff. EuErbVO auch auf nationale Erbnachweise	198
(a) Vermeidung sich widersprechender Erbnachweise durch Zuständigkeitskonzentration	198
(b) Abschließendes System für Zuständigkeiten und Gerichtsstandsvereinbarungen	201
(c) Schaffung eines Gleichlaufs von forum und ius	202
(2) Gründe gegen die Anwendung der Artt. 4 ff. EuErbVO auf nationale Erbnachweise	202
(3) Stellungnahme	204
(a) Wortlaut und Systematik des Art. 4 EuErbVO	205

(b)	Historische Argumente	213
(c)	Teleologische Argumente und Praktikabilitätserwägungen	215
(d)	Fazit	225
2.	Zuständigkeit für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses	226
a)	Sachliche, örtliche und funktionale Zuständigkeit in Deutschland	228
b)	Die internationale Regelzuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO	229
aa.	Definition des Begriffs des „gewöhnlichen Aufenthaltes“	230
bb.	Schwierigkeiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes	235
cc.	Die Ausweichklausel nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO	238
c)	Die subsidiäre Zuständigkeit gemäß Art. 10 EuErbVO	239
d)	Die Notzuständigkeit, Art. 11 EuErbVO	240
e)	Die Zuständigkeit bei Rechtswahl des Erblassers (Artt. 6 und 7 EuErbVO)	241
aa.	Die Möglichkeit der Rechtswahl des Erblassers nach Art. 22 EuErbVO	242
bb.	Inhalt und Form der Rechtswahlerklärung	243
cc.	Rechtsfolgen der Rechtswahl	244
(1)	Der Erblasser wählt das Recht eines Drittstaats	244
(2)	Der Erblasser wählt das Recht eines Mitgliedstaats	245
(a)	Vornahme einer Gerichtsstandsvereinbarung, Art. 5 EuErbVO	245
(b)	Rechtsfolgen einer Gerichtsstandsvereinbarung	248
II.	Das Ausstellungsverfahren	249
1.	Das Ausstellungsverfahren für den deutschen Erbschein	251
a)	Die Antragsberechtigung und der Beteiligtenbegriff	251
aa.	Der Antragsteller	251
bb.	Der Beteiligtenbegriff	253
b)	Inhalt des Antrages (§ 352 FamFG)	254
c)	Der Amtsermittlungsgrundsatz (§§ 26, 29 FamFG)	255
d)	Die Erteilung des Erbscheins, § 352e FamFG	257

e) Erbscheinsverfahren und Zivilprozess	258
2. Das Ausstellungsverfahren für das Europäische Nachlasszeugnis	260
a) Das Antragsverfahren	261
b) Die Voraussetzungen für die Ausstellung	263
aa. Feststehen des anwendbaren Rechts, Art. 67 EuErbVO	263
(1) Systematische und teleologische Auslegung	264
(2) Fazit	265
bb. Ausstellungshindernisse, Art. 67 Abs. 1 UAbs. 2 EuErbVO	266
(1) Die Einwände nach lit. a	266
(2) Die Einwände nach lit. b	270
cc. Die Unterrichtung der Berechtigten, Art. 67 Abs. 2 EuErbVO	271
dd. Die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses	271
c) Die beglaubigte Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses	272
aa. Die Abschrift als Ausfertigung i.S.d. deutschen Beurkundungsrechts	272
bb. Die Befristung der Gültigkeit, Art. 70 Abs. 3 EuErbVO	274
III. Der Inhalt des Nachweisdokuments	275
1. Der Inhalt des Erbscheins	275
a) Unterschiedliche Arten von Erbscheinen	275
b) Die Angaben im Erbschein	276
2. Der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses	277
a) Die unterschiedlichen Arten eines Europäischen Nachlasszeugnisses	278
b) Ausgewählte Angaben im Europäischen Nachlasszeugnis im Überblick	279
aa. Art. 68 lit. b EuErbVO: Darstellung der Umstände der Zuständigkeit	279
bb. Art. 68 lit. h EuErbVO: Angaben zum ehelichen Güterstand	280
cc. Die Angaben zur Erbfolge	280
(1) Angaben zum Erbstatut, Art. 68 lit. i EuErbVO	281
(2) Angaben zu Verfügungen von Todes wegen, Art. 68 lit. j EuErbVO	281

(3) Angaben zu den Berechtigten, ihren Erbteilen und Vermögensrechten sowie bestehenden Beschränkungen, lit. g, l, m und n	283
IV. Rechtsmittel	285
1. Rechtsmittel im Zusammenhang mit dem deutschen Erbschein	285
a) Beschwerde gegen die Ablehnung der Erteilung eines Erbscheins	285
b) Beschwerde bei Bewilligung der Ausstellung eines Erbscheins	286
2. Rechtsmittel in Zusammenhang mit dem Europäischen Nachlasszeugnis	287
V. Kosten	288
1. Kosten für die Ausstellung eines Erbscheins	288
a) Anfallende Kosten	290
aa. Geschäftswert	290
bb. Gerichtskosten und Auslagen	290
cc. Notwendige Auslagen der Parteien	291
b) Kosten im Beschwerdeverfahren	292
c) Die Anfechtung einer Kostenentscheidung	292
d) Antrag auf Beschlussergänzung	293
2. Kosten für die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses	293
§ 9. Das Verfahren bei Unrichtigkeit des ausgestellten Erbnachweises	296
I. Verfahren bei Fehlerhaftigkeit des Erbscheins	296
1. Die Fehlerhaftigkeit des Erbscheins	297
a) Inhaltliche Fehler	297
b) Verfahrensverstöße	298
2. Die Einziehung des Erbscheins, § 2361 BGB	299
a) Zuständigkeiten	299
b) Verfahrensablauf	299
3. Die Kraftloserklärung, § 353 Abs. 1 FamFG (§ 2361 Abs. 2 BGB a.F.)	301
4. Herausgabeanspruch des wirklichen Erben, § 2362 BGB	301
5. Vorläufige Maßnahmen zum Schutz der wahren Erben	302

6. Die Beschwerde gegen die Einziehung/Kraftloserklärung	303
a) Die Beschwerde gegen die Einziehung oder deren Ablehnung	304
b) Das Vorgehen gegen die Kraftloserklärung	305
II. Das Verfahren bei Unrichtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses	305
1. Die Berichtigung, die Änderung und der Widerruf des Europäischen Nachlasszeugnisses	306
a) Fehlerhaftigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses	306
b) Das Verfahren bei Unrichtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses	307
2. Die Aussetzung der Wirkungen des Zeugnisses	309
3. Die Unterrichtung des Inhabers beglaubigter Abschriften	310
4. Rechtsfolgen von Änderung, Widerruf und Aussetzung der Wirkungen	311
a) Die Wirkung von Berichtigung, Änderung und Widerruf der Urschrift auf die beglaubigten Abschriften	311
b) Rechtsfolgen einer Aussetzung der Wirkung, Art. 73 EuErbVO	312
c) Möglichkeit der Einziehung oder der Rückgabe zu den Akten	314
d) Weitere Schutzmöglichkeiten der Erben	317
§ 10. Die Wirkungen von Erbschein und Europäischem Nachlasszeugnis	319
I. Die Wirkungen des deutschen Erbscheins	319
1. Die Vermutungswirkung, § 2365 BGB	319
a) Inhalt und Umfang der Vermutungswirkung	320
b) Die Vermutung im Erbrechtsstreit	322
2. Die Gutglaubenswirkung	325
a) Erwerb durch Rechtsgeschäft im Sinne eines Verkehrsgeschäfts	326
b) Existenz des Erbscheins	327
c) Bezeichnung als Erbe	329
d) Erwerb eines Nachlassgegenstandes durch einen Dritten	329
e) Der Schutz des Gutgläubigen, §§ 2366 f. BGB	331

3. Das Zusammentreffen zweier sich widersprechender Erbscheine	334
a) Die ständige BGH-Rechtsprechung und herrschende Meinung	334
b) Kritik an der BGH-Rechtsprechung	335
c) Stellungnahme	337
II. Die Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses (Art. 69 EuErbVO)	339
1. Die Vermutungswirkungen	339
2. Die Beweiswirkung im Grundbuchrecht	341
3. Die Gutgläubenswirkung	343
a) Die Art des gewährten Gutgläubensschutzes	344
e) Die Grenze des Gutgläubensschutzes	346
f) Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses bei Widerruf	348
g) Das Zusammentreffen sich widersprechender Europäischer Nachlasszeugnisse	349
§ 11. Die Anerkennung nationaler Erbnachweise nach Artt. 39 und 59 EuErbVO	350
I. Anerkennung ausländischer Erbnachweise nach Art. 39 EuErbVO	350
II. Die „Annahme“ nationaler Erbnachweise gemäß Art. 59 EuErbVO	354
1. Bisheriges Verfahren bei Vorlage ausländischer Urkunden im deutschen Recht	356
2. Nationale Erbscheine als „öffentliche Urkunden“ i.S.d. Norm	357
a) Argumente für eine enge Auslegung des Anwendungsbereichs	358
aa. Unsicherheiten für den Rechtsverkehr	359
bb. Umschreibung des Grundbuchs nur nach Vorlage eines deutschen Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses	360
b) Argumente für eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs	361

3. Der Begriff der „formellen Beweiskraft“ in Art. 59 Abs. 1 EuErbVO	361
a) Entstehungsgeschichte des Art. 59 Abs. 1 EuErbVO	362
aa. Diskussionen zum Begriff der „Anerkennung“ in Art. 34 EuErbVO-E	362
bb. Parallel verwendete Begrifflichkeiten in anderen EU-Verordnungen	365
(1) Der Begriff der „Anerkennung“ in der Brüssel IIa VO (EuEheVO)	366
(2) Der Begriff der „Annahme“ in der Verordnung (EU) 2016/1191	368
b) Heutige Rechtsansichten zur Wirkung des Art. 59 Abs. 1 EuErbVO	369
aa. Die „Annahme“ materiell-rechtlicher Wirkungen von Erbnachweisen	369
bb. Bloße formelle Beweiswirkungen „angenommener“ Urkunden	370
c) Stellungnahme	372
aa. Wortlaut und Systematik des Art. 59 Abs. 1 EuErbVO	373
bb. Historische Auslegung	374
cc. Teleologische Argumente	374
(1) Umgehung des geschaffenen Kollisionsrechts	374
(2) Fehlender praktischer Nutzen	376
(3) Hinfälligkeit einer Wirkungserstreckung nationaler Erbnachweise nach Schaffung des Europäischen Nachlasszeugnisses	378
§ 12. Widerspruch zwischen Europäischem Nachlasszeugnis und nationalen Erbnachweisen	380
I. Gründe für eine Divergenz zwischen nationalen Erbnachweisen und dem Europäischen Nachlasszeugnis	381
1. Unterschiedliche Vorfragenanknüpfung	382
a) Die Schaffung der EUGüVO und der EuPartVO	384
b) Die Zuständigkeiten und die Rechtswahl nach der EuGüVO/EuPartVO	385
c) Selbstständige und unselbstständige Vorfragenanknüpfung	388
aa. Darstellung der Problematik	389
bb. Stellungnahme	392

d) Die Substitution und die Anpassung bei Disharmonie von Erb- und Güterrechtsstatut	395
e) Die Abgrenzung von Erb- und Güterrechtsstatut	397
aa. Abgrenzung der Anwendungsbereiche von EuErbVO und EuGüVO	398
bb. Schwierigkeiten im Zusammenhang mit § 1371 Abs. 1 BGB	399
(1) Rechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB	402
(a) Qualifikation aus deutscher Sicht	402
(b) Qualifikation aus europäischer Sicht	406
(2) Der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses unter Einbeziehung des Güterrechts am Beispiel des § 1371 Abs. 1 BGB	408
(a) Widersprüche im Wortlaut der Verordnung	409
(b) Bestehende Lösungsansätze	410
(c) Stellungnahme	412
cc. Vorlage beim EuGH	416
f) Die Eingetragene Lebenspartnerschaft im Kontext der EU-Erbrechtsverordnung	418
aa. Problemendarstellung	418
bb. Folgen für den Erbnachweis	420
cc. Lösungsvorschläge	421
2. Das ungeklärte Verhältnis von Erbstatut zum Sachenrechtsstatut	422
a) Abgrenzung von Erb- und Sachenrechtsstatut nach deutschem IPR	424
b) Abgrenzung von Erb- und Sachenrechtsstatut unter Geltung der EuErbVO	427
aa. Historische Auslegung	429
(1) Diskussionen im Europäischen Parlament	429
(2) Ansicht des deutschen Gesetzgebers bei Schaffung des IntErbRVG	431
bb. Systematische und teleologische Auslegung	432
(1) 1. Auslegungsmöglichkeit: Vorrang des Sachenrechtsstatuts	433
(a) Keine Differenzierung zwischen dinglichem Recht und Erwerbsvorgang	433

(b) Differenzierung hinsichtlich Mobilien und Immobilien	435
(c) Zwischenergebnis	436
(2) 2. Auslegungsmöglichkeit: Vorrang des Erbstatuts	437
(3) Das Registerrecht gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. I EuErbVO	440
(4) Stellungnahme	442
3. Unterschiede hinsichtlich bestehender bilateraler Abkommen (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO)	449
a) Bestehende bilaterale Abkommen in den einzelnen Mitgliedstaaten	449
b) Problemdarstellung und Lösungsvorschläge	451
aa. Der Ausstellungsstaat ist durch einen bilateralen Vertrag gebunden	452
(1) Keine Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses bei vorrangig zu beachtenden bilateralen Verträgen	452
(2) Die Berücksichtigung bilateralen Verträge des Ausstellungsstaats sind hinzunehmen	453
(3) Keine Berücksichtigung bilateralen Verträge im Europäischen Nachlasszeugnis	454
(4) Beschränkung der Anwendung der Abkommen auf Inlandsvermögen	455
(5) Stellungnahme	456
bb. Anderweitige Bindung des Verwendungsstaats durch bilateralen Vertrag	459
II. Folgen einer Divergenz zwischen nationalen Erbnachweisen und dem Europäischen Nachlasszeugnis	461
1. Prozessuale Folgen	463
2. Folgen für die materiell-rechtlichen Wirkungen beider Erbnachweise	464
a) Beide Erbnachweise stimmen überein	464
b) Europäisches Nachlasszeugnis und Erbschein divergieren inhaltlich	465
aa. Darstellung der bisher entwickelten Lösungswege	466
(1) Vorrangstellung der nationalen Erbnachweise	467
(2) Vorrangstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses	470

(3) Wirkungslosigkeit sich widersprechender Erbnachweise	471
(4) Nebeneinander der Gutgläubenswirkung beider Papiere	472
bb. Stellungnahme	474
(1) Folgen für den Gutgläubensschutz des Europäischen Nachlasszeugnisses	475
(2) Folgen für den Gutgläubensschutz des Erbscheins	477
(a) Erbschein und Europäisches Nachlasszeugnis divergieren, der Dritte hat keine Kenntnis von der Existenz des vom Erbschein abweichenden Europäischen Nachlasszeugnisses	477
(b) Der Dritte erlangt Kenntnis vom divergierenden Europäischen Nachlasszeugnis	481
3. Verfahren des Grundbuchamtes bei Vorlage sich widersprechender Erbnachweise	482
III. Widerspruch zwischen mehreren ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnissen	484
1. Gründe für die Ausstellung konfligierender Europäischer Nachlasszeugnisse	485
a) Probleme im Zusammenhang mit der Beurteilung des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes	485
b) Fehlende Pflicht zur Einziehung	486
2. Rechtsfolge bei Vorliegen sich widersprechender Europäischer Nachlasszeugnisse	486
a) Prozessuale Folgen	487
b) Folgen für die materiell-rechtlichen Wirkungen beider Europäischer Nachlasszeugnisse	489
aa. Widersprechende Europäische Nachlasszeugnisse entfalten keine Gutgläubenswirkung	489
bb. Allein die Vermutungswirkung entfällt, nicht die Gutgläubenswirkung	490
cc. Stellungnahme	491
§ 13. Schlussbetrachtungen	493
I. Bisherige Erfahrungen der Praxis mit dem neuen Europäischen Nachlasszeugnis	493

II. Der Blick in die Zukunft	495
1. Möglichkeit und Grenzen weiterer Vereinheitlichungsbestrebungen	495
2. Kompetenz- und verfassungsrechtliche Bedenken	501
Literaturverzeichnis	505

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften; seit Februar 2003 Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ÄB	Ärvidabalken (schwedisches Erbgesetz)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
al.	Absatz (im französischen Recht)
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung(en)
Anl.	Anlage
AnwBl BE	Berliner Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Artt.	(mehrere) Artikel
Aufl.	Auflage
AußStrG	Außerstreitgesetz
Az.	Aktenzeichen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGHs in Zivilsachen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BCEW	Bar Council of England and Wales
Bd.	Band
Begr.	Begründung

Abkürzungsverzeichnis

Beschl.	Beschluss
BeckEuRS	Beck online Rechtsprechung des EuGH, EuG und EuGöD
BeckOK	Beck-online Kommentar
BeckOGK	Beck-online Großkommentar
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGB-RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar BGB
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
Bsp.	Beispiel
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BundesReg	Bundesregierung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek (niederländisches Recht)
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
bzgl.	bezüglich
ca.	circa
CC	Civil Code
C.c./c.c.	Code civil/ codul civil/ Codice civile/ Código civil
Clunet	Journal du droit international (Frankreich)
CODIP	Code de Droit International Privé (belgisches Recht)
D.	Digesten
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDR-ZGB	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois (Frankreich)
ders.	derselbe

d.h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotV	Deutscher Notarverein
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
Dok.	Dokument
DRiB	Deutscher Richterbund
Drucks.	Drucksache
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (Österreich)
EG	In Zusammenhang mit einer Verordnung: Erwägungsgrund Sonst: Europäische Gemeinschaft, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der vom 01. Mai 1999 bis zum 31. November 2009 geltenden Fassung)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der vor dem 01. Mai 1999 geltenden Fassung)
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
engl.	englisch
ENZ	Europäisches Nachlasszeugnis
ErbG	Erb(schafts)gesetz
ErbR	Zeitschrift für die gesamte erbrechtliche Praxis
ErbRÄG	Erbrechtsänderungsgesetz (Österreich)
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuEheVO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuErbVO-E	Entwurf zur Europäischen Erbrechtsverordnung

Abkürzungsverzeichnis

EuGüVO	Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968 in der Fassung des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29. November 1996
EuGVVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuPartVO	Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24. Juni 2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EuUnthVO	Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2007 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen
EUV	Vertrag über die Europäische Union (in der vor dem 01. Mai 1999 und seit dem 01. Dezember 2009 geltenden Fassung)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	Folgende (Seite)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	Folgende Seiten
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGPrax	Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FHZivR	Fundheft für Zivilrecht
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht (Zeitschrift)

frz.	französisch
FS	Festschrift
GBO	Grundbuchordnung
GBV	Grundbuchverordnung (Schweiz)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
gr.	griechisch
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HapostilleÜ	Haager Apostille-Übereinkommen
HccH	Hague Conference on Private International Law/ Conférence de La Haye de droit international privé
HERÜ	Haager Übereinkommen vom 01. August 1989 über das auf die Erbfolge anzuwendende Recht
Hervorh.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk-BGB	Bürgerliches Gesetzbuch – Handkommentar (Schulze u.a.)
h.M.	Herrschende Meinung
HNVÜ	Haager Übereinkommen vom 02. Oktober 1973 über die internationale Verwaltung von Nachlässen
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber(in)
hrsg. v.	herausgegeben von
Hs.	Halbsatz
HWBEuP	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts
IDL	internationella rättsförhållanden rörande dödsbo, schwedisches Gesetz über internationale Rechtsverhältnisse in Nachlassfragen
i.d.F.	in der Fassung
i.d.S.	in diesem Sinne
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
IntErbR	Internationales Erbrecht

Abkürzungsverzeichnis

IntErbRVG	Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Gesetz über das Internationale Privatrecht
i.S.d.	Im Sinne des/der
ital.	italienisch
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP N	La semaine juridique (Edition notariale et immobilière) (französische Zeitschrift)
JherJb	Jherings Jahrbücher
jM	Juris- die Monatszeitschrift
JN	Jurisdiktionsnorm
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPK	Juris Praxiskommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KatZ	katastrální zákon, tschechisches Katastergesetz
KG	Kammergericht
LEC	Ley de enjuiciamiento civil, spanisches Zivilprozessgesetz
LH	Ley Hipotecaria, spanisches Hypothekengesetz
lit.	littara(e)
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LS	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayerns
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen v. 23.10.2008, BGBI. I 2026
MPI	Max-Planck-Institut
MünchKomm BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m.V.a.	mit Verweis auf
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

m.W.v.	mit Wirkung vom
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK-BGB	Nomos-Kommentar für das Bürgerliche Gesetzbuch
notar	Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis
NotarG	Notariatsgesetz (Polen)
Nr.	Nummer
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek, neues Zivilgesetzbuch der Niederlande
o.ä.	oder ähnliches
ObchZ	Obchodní zákoník (tschechisches Handelsgesetzbuch)
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
port.	portugiesisch
pr.	principium
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RegE	Regierungsentwurf
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé (Frankreich)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.H.	Reglamento Hipotecario, spanische Ausführungsverordnung zum Hypothekengesetz
Riv. dir. int.	Rivista di diritto internazionale (italienische Zeitschrift)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift (Rheinland)
röm.	römisch

Abkürzungsverzeichnis

Rom-I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom-II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom-III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts vom 20. Dezember 2010
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
Rv.	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorderin (Niederlande)
s.	siehe
S.	i.V.m. einer Gesetzesangabe: Satz; i.V.m. einer Fundstelle: Seite
schw.	schweizer
sec.	section
SeuffBl	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung in Bayern
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
SN	Stellungnahme
sog.	sogenannte
span.	spanisch
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StAZ	Das Standesamt
str.	streitig
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und Europäisches Recht
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
unstr.	unstreitig
umstr.	umstritten
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	vom, von
v.A.w.	von Amts wegen

Var.	Variante
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa, Zeitschrift zur Rechts- und Wirtschaftsentwicklung in den Staaten Mittel- und Osteuropas
YPIL	Yearbook of Private International Law
z.B.	zum Beispiel
ZErB	Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht (Österreich)
ZGB	Zivilgesetzbuch (z.B. Belgien, Italien, Polen)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZüKo	Züricher Kommentar zum IPRG
ZVGB	Zivilverfahrensgesetzbuch der Volksrepublik Polen
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Archiv für in- ternationales Wirtschaftsrecht)
zzgl.	zuzüglich

Einleitung

Die Bedeutung internationaler Erbfälle hat – auch in Deutschland – in den vergangenen Jahren stetig an Bedeutung gewonnen. Ein internationaler Erbfall, also ein Erbfall mit Auslandsbezug, liegt vor, wenn der Erblasser entweder Ausländer war, d.h. seinen Wohnsitz nicht in dem Staat wählte, dem er angehörte, oder über Vermögen im Ausland verfügte.¹ Mit wachsender Mobilität, der Notwendigkeit auch außerhalb des Heimatstaats zu arbeiten und sich (zumindest für eine gewisse Zeit) dort niederzulassen, dem zunehmenden Interesse am Kauf eines (Zweit-) Domizils im Ausland sowie dem großen Umfang der Kapitalflucht mehrten sich die Fälle grenzüberschreitender Nachlässe und die damit verbundenen Schwierigkeiten. Von insgesamt ca. 82,2 Millionen² Einwohnern betrug der Anteil in Deutschland lebender Ausländer im Jahre 2015 insgesamt 8,7 Millionen³, d.h. knapp 10,5 Prozent. Davon stammen 3,8 Millionen (4,6 Prozent⁴) aus dem EU-Ausland. Auch in anderen Mitgliedstaaten stellt die Anzahl von EU-Ausländern einen hohen Teil der inländischen Bevölkerung dar (z.B. 39,8% in Luxemburg, 12,9% in Zypern, 8,1% in Irland und 7,7% in Belgien)⁵. Bezogen auf die Anzahl der sich jährlich ereignenden Erbfälle in Deutschland (925.200⁶) bedeutet dies, dass knapp jeder zehnte Erbfall in Deutschland bereits internationale Bezüge allein aufgrund einer vom Auf-

1 Flick/Piltz/Piltz, Der Internationale Erbfall, Rn. 1; zum erbrechtlichen Mandat mit Auslandsberührung: Mörschner, ErbR 2014, 65.

2 Zahlen des Statistischen Bundesamtes (Stand: 31.12.2015), abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerung.html> (zuletzt aufgerufen am 14.08.2017).

3 Stand: 31.12.2015 Zahlen des Statistischen Bundesamtes, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerung.html> (zuletzt aufgerufen 14.08.2017).

4 Die Zahlen stammen von Eurostat, dem Statistischen Amt der Europäischen Gemeinschaft, Stand: 01.01.2016, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Non-national_population_by_group_of_citizenship_1_January_2016_\(1\).png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:Non-national_population_by_group_of_citizenship_1_January_2016_(1).png) (zuletzt aufgerufen am 14.08.2017).

5 Zahlen stammen von Eurostat aaO, Stand: 01.01.2016.

6 Zahlen des Statistischen Bundesamtes, Stand: 31.12.2015, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Sterbefaelle.html> (zuletzt aufgerufen am 14.08.2017).

enthaltsstaat abweichenden Staatsangehörigkeit des Erblassers aufweist.⁷ Neben Fälle, in denen der Erblasser nicht die Staatsangehörigkeit seines Aufenthaltsstaats besitzt, treten weitere Konstellationen, die das Vorliegen eines Erbfalls mit internationalen Bezügen begründen. So steigt die Anzahl der Erblasser stetig an, die neben Vermögen im Inland auch Vermögenswerte im Ausland vererben. Laut einem Bericht des Deutschen Notarinstituts (im Folgenden DNotI) aus dem Jahre 2002 wird die Zahl im Ausland erworbener Immobilien deutscher Staatsangehöriger auf rund 800.000 - 1 Millionen⁸ (davon ca. 300.000 in Spanien und je 150.000 in Italien und Frankreich) geschätzt. Hinzu treten zahlreiche Depots und Bankkonten (vor allem in Luxemburg). Auf das Gebiet der ganzen EU bezogen rechnete das DNotI im Jahre 2002 mit einer Anzahl von rund 50.000-100.000 Erbfällen mit Auslandsbezug.⁹ Die Europäische Kommission selbst geht inzwischen sogar von 450.000 grenzüberschreitenden Erbfällen pro Jahr in der EU aus.¹⁰

Mit einem internationalen Erbfall einher gehen häufig juristische Unsicherheiten: Unklarheiten bestehen bezüglich der Frage, welches Erbrecht zur Anwendung gelangt, welches Gericht zur Entscheidung berufen ist und wie die Erbenstellung im Ausland nachgewiesen werden kann bzw. welche weiteren Voraussetzungen für eine dortige Registerumschreibung zu beachten sind. Da die erbrechtlichen Kollisionsvorschriften bisher dem nationalen Recht entnommen wurden, existierte eine Vielfalt von Vorschriften, die nicht nur die erbrechtliche Planung und Rechtsgestaltung erschwerte, sondern aufgrund bestehender Widersprüche auch zu Rechtsverlusten führen konnte. Auf diese Weise wurde die Wahrnehmung europäischer Grundfreiheiten durch freie Aufenthaltnahme in einem anderen Mitgliedstaat erheblich beschnitten. Nicht selten divergierte das vom Recht am Orte des Wohnsitzes und am Orte der Belegenheit des Nachlassvermögens zur Entscheidung berufene Erbrecht, was auch durch Rechtswahl des Erblassers nur bedingt vermieden werden konnte, da viele

7 Müller-Lukoschek, NotBZ 2014, 329; zur weiteren Spezifizierung der Zahlen s. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/MigrationIntegration/AuslaendBevoelkerung2010200157004.pdf?__blob=publicationFile (zuletzt aufgerufen am 14.08.2017). Die Zahl würde allerdings geringer ausfallen, wenn man davon ausginge, dass viele Ausländer nach Beendigung ihrer beruflichen Tätigkeit wieder in ihr Heimatland zurückkehren.

8 DNotI/Dörner/Lagarde, Rechtsvergleichende Studie, 169 (183).

9 DNotI/Dörner/Lagarde, Rechtsvergleichende Studie, 169 (189).

10 Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/successions/index_en.htm (zuletzt aufgerufen am 14.08.2017), wobei der Wert des so vererbten Vermögens auf 120 Mrd. Euro geschätzt wird.

Rechtsordnungen dem Erblasser eine solche Option nicht zugestanden.¹¹ Neben kollisionsrechtlichen Schwierigkeiten, die als Folge komplizierte Nachlassspaltungen und rechtliche Unsicherheiten an der Schnittstelle zwischen Erb- und Güterrecht¹² bzw. Erb- und Sachenrecht¹³ nach sich zogen, blieb zentrales Problem der Abwicklung eines internationalen Erbfalls der Nachweis der erbrechtlichen Stellung. Aufgrund der Vielzahl bestehender nationaler Erbnachweise, der damit einhergehenden unterschiedlichen Wirkungen und uneinheitlichen Regelung zur Anerkennung ausländischer Erbzeugnisse waren Erben nicht selten gezwungen, mehrere Erbnachweise in unterschiedlichen Mitgliedstaaten zu beantragen, wenn der Nachlass über mehrere Staaten verteilt war. Dies war nicht nur kostspielig und zeitaufwendig, sondern auch mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden, da im internationalen Privatrecht (IPR) der einzelnen Mitgliedstaaten nicht selten divergierende Anknüpfungspunkte für die Bestimmung des anwendbaren Rechts gewählt wurden. Als Folge war es nicht unüblich, dass der einzelne internationale Erbfall unterschiedlich beurteilt wurde, je nachdem, welche Behörden welchen Mitgliedstaats mit der Entscheidung betraut waren. Weiterhin konnte es sein, dass ein Erbe zwar im Wege der – nach dem berufenen Erbrecht geltenden – Universal-sukzession automatisch in die besitz- und eigentumsrechtliche Position des Erblassers eintrat, dies jedoch im Belegenheitsstaat aufgrund des dortigen Nachlassverfahrensrechts nicht anerkannt wurde. So kann in England allein ein *executor/administrator* auf im Inland belegenes, unbewegliches Nachlassvermögen zugreifen und es verwalten, auch wenn englisches Recht nicht als Erbstatut berufen ist. Gleiche Probleme stellen sich im Zusammenhang mit dem österreichischen *Verlassenschaftsverfahren* und der dort notwendigen *Einantwortung* des Erben in den Nachlass.

Um diesen Unwägbarkeiten bei der Abwicklung internationaler Erbfälle entgegenzuwirken, wurde die am 05.07.2012 in Kraft getretene und für

11 DNotI/Dörmer/Lagarde, Rechtsvergleichende Studie, 169 (189). Eine entsprechende Verfügung von Todes wegen konnte das Problem zwar umgehen, musste jedoch so ausgestaltet sein, dass sie den Anforderungen mehrerer Rechtsordnungen (nämlich aller Belegenheitsstaaten) gerecht wurde.

12 Z.B. Erhöhung der erbrechtlichen Quote im gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten durch güterrechtlichen Ausgleich; insbes. der deutsche § 1371 Abs. 1 BGB bereitet besondere Qualifikationsprobleme im internationalen Erbfall.

13 Insbesondere bei Eingreifen ausländischer Rechtsinstitute, die im Belegenheitsstaat unbekannt sind, wie z.B. der Nießbrauch des Ehegatten am gesamten Nachlass im französischen Recht oder Vindikationslegate.

Erbfälle ab dem 17.08.2015 geltende EU-Erbrechtsverordnung¹⁴ geschaffen. Sie soll eine homogene Beurteilung ein und desselben internationalen Erbfalls in allen Mitgliedstaaten i.S.d. Verordnung ermöglichen. Zu diesem Zweck beruht sie auf drei Säulen: (1) den vereinheitlichten Kollisions- und Zuständigkeitsvorschriften, (2) den vereinheitlichten Regelungen zur Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen sowie (3) der Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

Mit Letzterem wurde ein europaweit einheitlicher Erbnachweis geschaffen, der in jedem Mitgliedstaat gleichermaßen als Ausweis der erbrechtlichen Stellung genügen soll. Die Einführung eines Europäischen Erbscheins stellt damit ein Unterfangen dar, das seit dem Scheitern des Haager Übereinkommens über die internationale Verwaltung von Nachlässen vom 02.10.1973 nicht mehr umgesetzt werden konnte. Zweifelsohne ist die Schaffung des Europäischen Nachlasszeugnisses als Meilenstein im europäischen internationalen Privatrecht zu bezeichnen. Nachdem sich die erste Euphorie um das neu geschaffene Rechtsinstitut gelegt hat, zeigen sich jedoch erhebliche Lücken und Widersprüche in der EU-Erbrechtsverordnung, die Wissenschaft und Praxis inzwischen gleichermaßen beschäftigen. So ist die Verordnung in erheblicher Weise von Kompromissen geprägt, die den großen Unterschieden der einzelnen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen auf dem Gebiet des Erbrechts geschuldet waren. Eine Vereinheitlichung sollte nämlich unter größtmöglicher Schonung der nationalen Eigenheiten im Erbrecht vollzogen werden. Insbesondere die geschichtlich gewachsenen und in jedem Mitgliedstaat bewährten nationalen Erbnachweise sollten nicht vom Europäischen Nachlasszeugnis verdrängt werden. So regelt Art. 62 Abs. 3 S. 1 EuErbVO, dass das neu geschaffene Europäische Nachlasszeugnis nicht an die Stelle bestehender nationaler Erbnachweise treten und diese nicht ersetzen soll. Über diese kryptische Aussage hinaus sah man aber offensichtlich keinen weiteren Regelungsbedarf, sodass das Verhältnis von nationalen Erbnachweisen und dem Europäischen Nachlasszeugnis bis heute ungeklärt ist. Dies führt sowohl im verfahrensrechtlichen als auch im materiell-rechtlichen Bereich zu erheblichen Regelungslücken und Rechtsunsicherheiten. Aus dem Nebeneinander beider Nachweisdokumente entstehen Friktionen, die von der EU-Erbrechtsverordnung weder erkannt noch gelöst werden. Das Problem wird

14 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04. Juli 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.

zusätzlich verschärft durch Artt. 39 und 59 EuErbVO, die die Auslegung nahelegen, dass nationale Erbnachweise als „Entscheidung“ der Ausstellungsbehörde bzw. als „öffentliche Urkunde“ nunmehr zwingend in jedem Mitgliedstaat anzuerkennen/anzunehmen seien und damit auch in jedem Verwendungsstaat mit dem neu geschaffenen Europäischen Nachlasszeugnis konkurrieren können. Nach dem Konzept der Verordnung werden inhaltliche Widersprüchlichkeiten zwischen nationalen Erbnachweisen und dem Europäischen Nachlasszeugnis nicht nur nicht vermieden, sondern sind geradezu in ihr angelegt. Aus welchen Gründen solche Divergenzen möglich sind, ob, und gegebenenfalls wie, sie vermieden werden können und welche Wirkungen sich widersprechende Zeugnisse überhaupt entfalten können, soll zentrales Thema dieser Arbeit sein. Verständlicherweise können an dieser Stelle nicht alle Besonderheiten nationaler Erbnachweise gleichermaßen beleuchtet werden. Die Arbeit wird sich daher im Schwerpunkt auf das Verhältnis des deutschen Erbscheins zum Europäischen Nachlasszeugnis konzentrieren und nur an geeigneter Stelle auf die Besonderheiten der nationalen Zeugnisse anderer Staaten eingehen.

§ 1. Zweck und geschichtliche Entwicklung des Erbscheins

Der Erbschein ist das hoheitlich, vom Nachlassgericht amtlich ausgestellte Zeugnis über die Erbfolge und die vom Erblasser vorgesehenen Beschränkungen des Erben. Sinn und Zweck des Erbscheins ist es, die sich im Wege des Vonselbsterwerbs vollziehende Erbfolge für den Rechtsverkehr offenzulegen und die Verkehrsunsicherheit zu beseitigen, die der Übergang des Erblasservermögens *ipso iure* auf den Erben, d.h. ohne äußerlich dokumentierten und für den Rechtsverkehr erkennbaren Einweisungsakt, zur Folge hat.¹⁵ Für den Erwerber von Nachlassgegenständen oder den Nachlassschuldner ist aufgrund äußerer Umstände kaum nachvollziehbar, ob es sich bei seinem Gegenüber tatsächlich um den (einzigen) Erben des Verstorbenen handelt. Während der Nachweis der Erbenstellung bei Geltung gesetzlicher Erbfolge noch durch Nachweis der verwandtschaftlichen bzw. ehelichen Stellung geführt werden kann, fehlt es im Falle gewillkürter Erbfolge bereits an einer äußerlich erkennbaren Verbindung zwischen Erben und Erblasser. Zwar könnte der Erbe in diesem Fall das Testament oder den Erbvertrag zum Nachweis seiner rechtlichen Stellung vorlegen, doch ist für den Dritten kaum ersichtlich, ob es sich hier tatsächlich um das „letzte Wort“ des Erblassers handelt. Das Testament könnte durch eine spätere Verfügung von Todes wegen (z.B. §§ 2258 oder 2289 BGB) aufgehoben oder durch Auflösung der Ehe mit dem Bedachten unwirksam (§ 2077 BGB) geworden sein. Hinzu treten zahlreiche weitere Unsicherheiten, die der Dritte nicht ohne umfangreiche Nachforschungen klären kann: Das Testament könnte angefochten (§ 2078 ff. BGB) oder gar (bei Handschriftlichkeit) gefälscht worden sein. Auch die Testierfähigkeit des Erblassers lässt sich nicht aus dem Dokument selbst herleiten.

Das Bedürfnis für einen amtlich ausgestellten Erbnachweis steht zudem mit einer Wandlung der Zusammensetzung des Vermögens und seines Umfangs in Verbindung. Dies zeigt ein Blick auf die Lebenssituation der Menschen vor mehreren Jahrhunderten: Lebte der Verstorbene sein Leben lang im selben Dorf und hinterließ seiner Frau und seinen Kindern ein

15 *Bartholomeyczik*, 5. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, S. 262. So ebenfalls: *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 39 I Nr. 4a; *Muscheler*, Erbrecht II, § 48 Rn. 3266; *Zimmermann*, Erbschein, S. 28 Rn. 4; *Grziwotz*, FamRZ 2016, 417; *Keller/von Schrenck*, JA 2016, 51 (52); *Muscheler*, JURA 2009, 329; *Lieder*, JURA 2010, 801.

kleines Vermögen, bestehend aus Haus, Kleidung und Vieh, so musste sich die Familie selten nach außen als Erben legitimieren, da die Verhältnisse der gesamten Dorfgemeinschaft bekannt waren.¹⁶ Mit steigendem Vermögen, wachsenden Familien, häufigem Umziehen des zukünftigen Erblassers und einer geänderten Zusammensetzung des Vermögens, zu welchem neben Grundstücken und Barvermögen inzwischen auch Forderungen, Hypotheken, Versicherungen und Wertpapiere zählen, zerbrach dieses öffentliche Bewusstsein zunehmend.¹⁷ An seine Stelle trat zum Schutze des Rechtsverkehrs ein auf Antrag geführtes behördliches Verfahren zur Aufklärung des erbrechtlichen Sachverhalts und der sich daraus ergebenden Rechtsstellungen.

Der gewählte Weg über das amtlich auszustellende Zeugnis erklärt sich zum einen aus dem für das deutsche Erbrecht prägenden Grundsatz der Universalsukzession¹⁸ und zum anderen aus der Vorstellung des Gesetzgebers, dass die Erbschaftsabwicklung vornehmlich privater Natur sei und nur in Ausnahmefällen in den Händen des Staates liegen soll.¹⁹ Damit unterscheidet sich das deutsche Recht maßgeblich von römischrechtlich geprägten Rechtsordnungen, die die Erbschaftsabwicklung vornehmlich staatlichen Stellen überlassen und den Erben vor Einweisung in den Besitz und in das Eigentum am Nachlass keinerlei Rechte zusprechen. Als Beispiel ist zum einen das österreichische *Verlassenschaftsverfahren* zu nennen (dazu sogleich unter § 2 Abschn. I. 1. d.) und die Verwaltung des Nachlassvermögens im Wege der „*administration*“ in den *common-law* Staaten (dazu sogleich in § 2 Abschn. I. 3. b). Aufgrund des Fehlens eines vergleichbaren hoheitlichen Aktes steigt im deutschen Rechtskreis das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Klarheit bzw. einer einfachen Feststellung der besitz- und eigentumsrechtlichen Stellung am Nachlassvermögen. Sicherheit schafft nicht in jedem Fall der Weg über die staatlichen Prozessgerichte, denn zum einen muss dem Dritten die rechtliche Unklarheit der erbrechtlichen Position bereits bekannt sein, um einen Prozess anzustreben, zum anderen gilt das gerichtlich gefundene Ergebnis nur *inter partes*.²⁰ Besonde-

16 Zimmermann, Erbschein, S. 29 Rn. 5.

17 Zimmermann, Erbschein, S. 29 Rn. 5.

18 Besonders der automatische Übergang der besitzrechtlichen Position des Erblassers auf die Erben nach § 857 BGB geht auf das germanische Recht zurück, dazu sogleich unter Abschn. II. 2.

19 Zu darüber hinaus denkbaren anderen Lösungsmöglichkeiten zum Schutze des Rechtsverkehrs und den Gründen für ihre Ablehnung: Muscheler, Erbrecht II, § 48 Rn. 3269 f.; Muscheler, JURA 2009, 329 (330).

20 Ebenso Muscheler, Erbrecht II, § 48 Rn. 3267.

re Schutzvorschriften (§§ 94 ZPO, § 372 S. 2 BGB bzgl. einer Hinterlegungsmöglichkeit) gelten nur für Nachlassschuldner.²¹ Ein anderweitiger Schutz, z.B. durch einen gutgläubigen Erwerb vom Besitzer der Nachlassgegenstände, ist dem Rechtsverkehr wegen des Erbenbesitzes nach § 857 BGB und dem daraus folgenden Abhandenkommen bei den wirklichen Erben (§ 935 Abs. 2 BGB) versagt.

I. Die geschichtliche Entwicklung des Erbscheins

Der deutsche Erbschein ist tief im germanischen Recht verwurzelt und wurde schließlich nach dem Vorbild der gerichtlichen Erbsbescheinigung im Preußischen Gesetz von 1869 geschaffen. Das weitaus jüngere (2012 geschaffene) Europäische Nachlasszeugnis orientiert sich nicht zuletzt wiederum am deutschen Vorbild. Seine Entstehungsgeschichte muss vor dem Hintergrund bisheriger Schwierigkeiten des Erbnachweises im internationalen Erbfall (dazu § 2), gescheiterter früherer Reformversuche (dazu § 3) und vor Schaffung der EU-Erbrechtsverordnung diskutierter Ansätze zur Vereinfachung der Abwicklung internationaler Erbfälle (dazu § 4) betrachtet werden. Der folgende Abschnitt wird daher zunächst allein die Geschichte des deutschen Erbscheins darstellen, während die Geschichte des Europäischen Nachlasszeugnisses erst später im Zusammenhang mit der Schaffung der EU-Erbrechtsverordnung in § 5-6 aufgerollt wird.

1. Das römische Recht

Dem römischen Recht war das Institut eines Erbscheins unbekannt.²² Es existierte keine amtliche Bescheinigung, die (nach staatlicher Prüfung) eine bestimmte Person als Erben auswies und gegenüber dem Rechtsverkehr Publizitäts- und Gutgläubensschutz entfaltete. Ein Gutgläubens-

21 Ausführlicher dazu und mit einer Beschreibung der damit einhergehenden Unsicherheiten für den Nachlassschuldner: *Muscheler*, Erbrecht II, § 48 Rn. 3268; *Muscheler*, JURA 2009, 329.

22 Staudinger²⁰¹⁶ BGB/*Herzog*, Einleitung zu §§ 2353-2370 Rn. 41; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 7 ff.; *Scheer*, Der Erbschein, S. 18. Zu *hereditas* und *bonorum possessio* ausführlich *Kaser/Knützel/Lohsse*, Das römische Privatrecht, § 65.

schutz war dem römischen Recht allgemein fremd.²³ Es galt vielmehr der Grundsatz „*nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*“²⁴. Zwar konnte der Prätor durch das Institut der „*bonorum possessio*“²⁵ bestimmte Personen in die Erbschaft einweisen, diese Einweisung war jedoch nicht rechtlich bindend im materiell-rechtlichen Sinne und entfaltete keine Publizitäts- oder Gutglaubenswirkung.²⁶ Wollte der Eingewiesene z.B. Nachlassforderungen einziehen, musste er gegenüber dem Nachlassschuldner sein Erbrecht gesondert nachweisen.²⁷ Durch das sogenannte „*interdictum quorum bonorum*“ konnte der Eingewiesene lediglich vom Erbschaftsbesitzer (Erben oder Dritte²⁸) die Herausgabe der Erbschaft verlangen. Eine darüber hinaus gehende Legitimierung kam der Einweisung nicht zu.²⁹ Später ging ihr zwar eine summarische Prüfung der Rechtslage durch den Prätor voraus, aber auch diese war nur vorläufiger Natur, erwuchs nicht in Rechtskraft und konnte jederzeit durch ein gegenteiliges Ergebnis im Erbprätendentenstreit aufgehoben werden.³⁰ Ausnahmsweise konnte eine bindende „*bonorum possessio*“ in Fällen erteilt werden, in denen keine

23 Eine Ausnahme galt nur bei Verfügungen, die eine Person über Grundstücke oder bewegliche Sachen vornahm, welche sie selbst vorher ersessen hatte, *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, § 25 Rn. 20; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 10.

24 Übersetzt: „Niemand kann mehr Rechte auf eine andere Person übertragen, als er selbst inne hat.“

25 D.43.2.1 pr.-1 Ulpianus libro 67 ad edictum: pr. „Ait praetor. ‘*Quorum bonorum ex edicto meo possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas.*’“ Übersetzt in *Babusiaux*, Römisches Erbrecht, Abschn. 5.3: „Der Prätor sagt: ‘Was du von dem Nachlass, in dessen Besitz jener durch mein Edikt eingewiesen worden ist, als Erbe oder Erbschaftsbesitzer besitzt oder besitzen würdest, wenn es nicht ersessen worden wäre oder an welchem du arglistig den Besitz aufgegeben hast, sollst du jenem zurückgeben’“; dazu auch *Kaser/Knütel/Lohsse*, Röm. Privatrecht, § 65 Rn. 17.

26 *Kaser/Knütel/Lohsse*, Röm. Privatrecht, § 71 Rn. 9; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 8; *Scheer*, Der Erbschein, S. 19.

27 *Scheer*, Der Erbschein, S. 19.

28 *Babusiaux*, Römisches Erbrecht, Abschn. 5.3.

29 *Kaser*, Erster Abschnitt, § 182. II.

30 Vielmehr konnte wiederum der Erbe mit der *hereditatis petitio* den eingewiesenen Erbschaftsbesitzer auf Herausgabe verklagen; *Babusiaux*, Römisches Erbrecht, Abschn. 5.3; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 8. *Kaser*, Erster Abschnitt, § 158, II 2 und *Kaser*, Zweiter Abschnitt, § 297, II 1: In der Spätzeit flossen hingegen *bonorum possessio* und *hereditas* (Klage auf Feststellung des Erbrechts) zusammen, sodass das *interdictum quorum bonorum* sich nunmehr auch auf den Schutz der *hereditas* erstreckte.

zivilen Erben vorhanden waren oder aus Billigkeitsgründen anstelle der zivilen Erben eine andere Person eingewiesen werden musste.³¹ Eine weitere Möglichkeit, das Erbrecht verbindlich zu erlangen, bestand nur über das Rechtsinstitut der Ersitzung. Hatte der Eingewiesene den Nachlass ein Jahr im Besitz, ohne dass seine Stellung in dieser Zeit von einer Seite angefochten wurde, erlangte er nach Fristablauf das Erbrecht (*usucapio pro herede*).³²

2. Das germanische Recht

Auch das germanische Recht kannte eine gerichtliche Einweisung des Erben in die Erbschaft.³³ Mit dem Erbfall, d.h. mit dem Tod des Hausvaters, ging die sogenannte *Gewere*, die Verfügungsgewalt über den Nachlass, automatisch auf die Erben über. Dieser Grundgedanke spiegelt sich noch heute im unmittelbaren Erbenbesitz des § 857 BGB wider.³⁴ Sollte die *Gewere* auch nach außen hin für den Rechtsverkehr sichtbar gemacht werden, konnte eine gerichtliche Besitzeinweisung erfolgen.³⁵ Im Falle eines Erbprätendentenstreits sprach das Gericht nach summarischer Prüfung die *Gewere* jener Partei zu, deren Recht nach dem ersten Anschein stärker erschien.³⁶ Später konnte über die erfolgte gerichtliche Einweisung darüber hinaus ein „Schöffенbrief“ ausgestellt werden, der das festgestellte Erbrecht auswies und dem Erben als Nachweis des Erbrechts bei Verfügung über Nachlassgegenstände (insbesondere Grundstücke) diente.³⁷ Eine

31 Kaser, Erster Abschnitt, § 158, II 2; Lemke, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 9.

32 Scheer, Der Erbschein, S. 18 m.w.N.

33 Staudinger²⁰¹⁶ BGB/Herzog, Einleitung zu §§ 2353-2370 Rn. 42; Hillenkamp, Erbschein, S. 15 ff.; Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, § 103, S. 742; Lemke, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 10 ff.

34 Lemke, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 11.

35 Staudinger²⁰¹⁶ BGB/Herzog, Einleitung zu §§ 2353-2370 Rn. 42; Hübner, Grundzüge des Deutschen Privatrechts, § 103, S. 742; Lemke, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 11; Scheer, Der Erbschein, S. 20; von Schwerin, S. 299: Besitzergreifung und Einweisung waren nur nach Jahr und Tag ab Besitzergreifung durch einen Dritten möglich. Nach Ablauf der Frist erlangte der Dritte die „Gewere“ am Gut. In diesem Fall blieb dem wahren Erben nur die Erbschaftsklage oder die Eigentumsklage.

36 Staudinger²⁰¹⁶ BGB/Herzog, Einleitung zu §§ 2353-2370 Rn. 42; Lemke, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 11.

37 Staudinger²⁰¹⁶ BGB/Herzog, Einleitung zu §§ 2353-2370 Rn. 42; Lemke, Der Erbschein im System der Gutglaubensvorschriften, S. 11; Behrend, Anevang und Erben-gewere, S. 46: Nach Ablauf einer Frist von Jahr und Tag erhielt der Eingewie-

Rechtsgrundlage für einen gutgläubigen Erwerb vom Scheinerben bildete die Einweisung nicht. Sollte sich allerdings erst nach „Jahr und Tag“ zeigen, dass der Verfügende selbst nicht Erbe war, konnte der redliche Erwerber die Herausgabe gegenüber dem wahren Erben verweigern.³⁸

3. Das gemeine Recht

Auch im gemeinen Recht war das Institut eines Erbscheins noch unbekannt. Zur Sicherung des Nachlasses wurde ein amtliches Nachlassverfahren eingerichtet, an dessen Ende die amtliche Erbenfeststellung stand.³⁹ Als Folge einer Verschmelzung von römischen und germanischen Grundsätzen gab es in Fällen der Nachlasspflegschaft oder der Verwahrung des Nachlasses durch Dritte das sogenannte Institut des „*Einsatzes*“ in den Besitz der Erbschaft.⁴⁰ Dieser erfolgte nach summarischer Prüfung durch einen Richter und ermächtigte den festgestellten Erben zur Inbesitznahme des Nachlasses und zur Klage gegenüber Dritten. Die Einweisung war jedoch allein ein Rechtsmittel zur Erlangung des Besitzes und bezog sich daher nicht auf das Recht, zum Nachlass gehörende Forderungen einzuziehen.⁴¹ Dafür musste der Eingewiesene seine Erbberechtigung nachweisen und erforderlichenfalls sein Recht im Prozess geltend machen.⁴² Einen Schutz zugunsten gutgläubiger Dritter entfaltete der „*Einsatz*“ nicht.⁴³ Von dem Institut der „*Einweisung*“ zu trennen war das schon damals bekannte Aufgebotsverfahren für den Fall unbekannter Erben. Das Gericht beschlag-

sene ein definitives Recht. Er konnte nun, wie es im Schöffensbrief hieß, „*in dem erbe berusten nu ende te ewigen dagen*“ und war damit gegen Ansprüche etwaiger Erbprätendenten abgesichert.

38 *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 12; *von Schwerin*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 299. *Behrend*, Anevang und Erben-gewere, S. 26 ff.: Es existierte in Magdeburg für den Eingewiesenen und seinen Vertragspartner keine Rechtssicherheit, solange nicht zusätzlich eine Auflassung an den Käufer erfolgt war. Ein Schutz über die Einweisung des vermeintlichen Erben reichte jedenfalls im Grundstücksrecht nicht aus. Ein umfassenderer Schutz wurde dem Dritten erst mit Entstehung des Rechtsinstituts des „Schöffensbriefs“ zuteil, S. 42.

39 Staudinger²⁰¹⁶ BGB/Herzog, Einleitung zu §§ 2353-2370 Rn. 43.

40 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 15 ff.; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 12; *Scheer*, Der Erbschein, S. 22.

41 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 17; *Scheer*, Der Erbschein, S. 22.

42 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 17; *Scheer*, Der Erbschein, S. 22.

43 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 18; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 12; *Scheer*, Der Erbschein, S. 22.

nahmte den Nachlass, bestellte einen vorläufigen Nachlasspfleger und erließ ein Aufgebot (*Ediktalcitation*), wonach etwaige Erben innerhalb einer festgelegten Frist ihre Rechte anmelden mussten, wollten sie nicht für immer von der Geltendmachung ihres vermeintlichen Erbrechts ausgeschlossen sein. Verfügte der durch anschließendes Urteil bestimmte Erbe über Nachlassgegenstände, wirkte diese Verfügung auch gegenüber den wahren Erben.⁴⁴

4. Das Allgemeine Landrecht Preußens

Einhergehend mit der Schaffung von öffentlichen Registern und Hypothekenbüchern, die die Richtigkeit der Eintragung gewährleisteten, wuchs jedenfalls in Staaten, deren Erbrecht der Grundsatz der Universalsukzession zugrunde lag, das Bedürfnis zur Schaffung eines amtlichen, erbrechtlichen Legitimationspapiers. Das erbrechtliche Nachweisdokument sollte das Fehlen eines äußerlich sichtbaren Vermögensübergangs kompensieren.

a) Das Erblegitimationsattest

Im Allgemeinen Landrecht war bereits die Ausstellung eines gerichtlichen „*Erblegitimationsattests*“⁴⁵ vorgesehen. Die Preußische Hypothekenordnung vom 20.12.1783⁴⁶ sah erstmals vor, dass der Erbe, wollte er ins Hypothekenbuch eingetragen werden, ein Attest über sein Erbrecht vorzuweisen hatte. Das „*Erblegitimationsattest*“ – das in der geschichtlichen Entwicklung bis dahin am ehesten mit dem heutigen Erbschein zu vergleichende Legitimationspapier – wies allein den *gesetzlichen* Erben aus und ermächtigte ihn als amtlich ausgewiesenen Rechtsnachfolger des Erblassers zur Umschreibung der Hypothekenbücher.⁴⁷ Das Dokument wies den Grad der Verwandtschaft aus und attestierte, dass dem Gericht keine näheren (oder

44 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 20; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 13.

45 ALR I, Tit. 9, §§ 482 ff.; abrufbar unter: <https://opinioius.de/quelle/1622> (zuletzt aufgerufen am 14.08.2017).

46 *Dernburg*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 5, S. 438. Zur damaligen Ausgestaltung des Grundbuchs: *von Ledebur*, Allgemeines Archiv für Geschichtskunde des Preußischen Staates, Bd. 7, S. 158 ff.

47 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, S. 630; *Dernburg*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 5, S. 438; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 22.

gleich nahen) Verwandten des Erblassers bekannt seien.⁴⁸ Öffentlicher Glauben und Gutgläubensschutz kam aber nur dem Register selbst zu⁴⁹, nicht dem Erblegitimationsattest. Ein gewisser Schutz des Erbschaftsbesitzers, der sich für den Erben hielt, konnte daher nur durch Abschluss eines Aufgebotsverfahrens erlangt werden. Dessen Bedeutung trat im Laufe der Zeit immer weiter in den Hintergrund, sodass die ursprünglichen Funktionen und Wirkungen des Aufgebotsverfahrens immer weiter auf das Erblegitimationsattest übertragen wurden.⁵⁰

b) Die gerichtliche Erbbescheinigung im Preußischen Gesetz von 1869

Schließlich führte das Preußische Gesetz betreffend die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen vom 12.03.1869 erstmals die Möglichkeit ein, auf Antrag eines gesetzlichen Erben eine Erbbescheinigung auszustellen, während der gewillkürte Erbe lediglich eine ergänzende Bescheinigung erhielt.⁵¹ Diese amtliche Erbbescheinigung ermöglichte es dem Erben nicht nur, seine Rechte gegenüber öffentlichen Stellen und Registern nachzuweisen, sondern legitimierte ihn auch gegenüber jedem Dritten. Der Dritte wiederum war erstmals in seinem guten Glauben an die Erbentstellung seines Vertragspartners geschützt, sodass die preußische Erbbescheinigung als direkter Vorläufer des heutigen deutschen Erbscheins angesehen werden kann.⁵²

5. Entwicklung seit 1900

Der Entwurf des BGB baute auf dem Preußischen Gesetz von 1869 auf und sah zunächst ebenfalls nur die Möglichkeit vor, einen Erbschein für gesetz-

48 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 22.

49 *Hillenkamp*, Erbschein, S. 23. *Scheer* (Der Erbschein, S. 28) nennt zum Schutz des Erwerbes das Präklusionsurteil.

50 *Dernburg*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 5, S. 438; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 23; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 16.

51 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 642; *Dernburg*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 5, S. 439; *Lemke*, Der Erbschein im System der Gutgläubensvorschriften, S. 17.

52 *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. II, S. 642.

liche Erben auszustellen⁵³, da man für den Fall, dass auch testamentarische Erben Anspruch auf Ausstellung eines Erbscheins erhalten könnten, eine zu große Ausdehnung der Verantwortlichkeit und des Geschäftskreises des Nachlassgerichts befürchtete. Schließlich wurde der Kreis der Antragsberechtigten jedoch auch auf gewillkürte Erben erweitert, um einen möglichst umfangreichen Schutz des Rechtsverkehrs zu gewährleisten. Der Vorschlag, am Nachlassgericht zukünftig auch ein Erbschaftsregister zu führen, wurde jedoch abgelehnt, um die Anzahl der zu führenden Register nicht noch weiter zu erhöhen.⁵⁴

Seit 1900 wurde der Erbschein unverändert⁵⁵ in den Vorschriften §§ 2353-2369 BGB im vorletzten Abschnitt des Fünften Buches geregelt, was sich erst durch Einführung des Internationalen Erbrechtsverfahrensgesetzes (IntErbRVG)⁵⁶ im Jahre 2015 änderte. Lediglich in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) galten ab dem 01.01.1976 bis zur Wiedervereinigung die §§ 413 ff. DDR-ZGB, wonach allein die Notare berechtigt waren, einen Erbschein zu erteilen. Die dort ausgestellten Erbscheine wurden in Westdeutschland vor der Wiedervereinigung grundsätzlich unter der Voraussetzung anerkannt, dass auch das eigene Kollisionsrecht eine Zuständigkeit der DDR-Ausstellungsstellen vorsah.⁵⁷

Ab Inkrafttreten des IntErbRVG wurden wesentliche Bestimmungen zum Erbscheinsverfahren aus systematischen Gründen in das FamFG überführt⁵⁸, darunter die Vorschriften zum Antrag auf Ausstellung eines Erbscheins, zum Nachweis der Richtigkeit der Angaben, zum gemeinschaftlichen Erbschein, zum Nachweis des Rechts des Vorerben mittels Erbscheins, zur Einziehung und zur Kraftloserklärung.

53 *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 5, S. 833; Protokolle, V, S. 671.

54 *Mugdan*, Materialien BGB, Bd. 5, S. 834.

55 Eine Ausnahme bildete der § 2360 BGB a.F. zur Anhörung des Gegners vor Erbscheinserteilung, der bereits mit Einführung des FamFG zum 01.09.2009 zugunsten der dortigen ausführlicheren Regelungen aufgehoben wurde.

56 Gesetz vom 29.07.2015, BGBl. I S. 1042; Inkrafttreten am 17.08.2015.

57 Ausführlich zur Anerkennung und zu weiteren Problemen im Zusammenhang mit DDR-Erbscheinen: *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 39 I Nr. 3.

58 Ausführliche Darstellung z.B. bei *Grzibowicz*, FamRZ 2016, 417 (418 ff.).

II. Wesen und Funktion des Erbscheins

Der Erbschein stellt eine Art gutachterliche Bescheinigung⁵⁹ des Nachlassgerichts über die Frage dar, wer Erbe geworden ist (bei einer Mehrheit von Erben zusätzlich, wer zu welchem Teil zur Erbschaft berufen ist) und durch welche Schranken (Testamentsvollstreckung, Anordnung von Vor- und Nacherbschaft) das Verfügungsrecht der Erben begrenzt wird. Es handelt sich beim Erbschein weder um ein Urteil noch um einen Beschluss, denn er ist nicht mittels Berufung, Revision oder Anfechtung angreifbar, kann jederzeit als unrichtig eingezogen werden und erwächst nicht in materielle Rechtskraft.⁶⁰ Daher vermag der Erbschein auch nicht die tatsächliche erbrechtliche Lage zu ändern. Er wirkt nur deklaratorisch, nicht konstitutiv.⁶¹ Zivilprozessual führt die Vermutung zu einer *Beweislastumkehr* gemäß § 292 ZPO analog zugunsten des Erbscheinserben.⁶²

Umstritten ist, ob es sich beim Erbschein um eine öffentliche Urkunde i.S.d. § 415 ZPO handelt. Da er vom Nachlassgericht als einer öffentlichen Behörde nach den gesetzlichen Vorgaben ausgestellt wird und zur Umschreibung eines Vollstreckungstitels (§ 727 Abs. 1 ZPO) dient, bejaht ein Teil der Literatur⁶³ die Frage. Dafür spricht weiter, dass eine nachträgliche Vornahme von Änderungen am Erbschein als Urkundenfälschung i.S.d. §§ 267, 271, 348 StGB zu qualifizieren ist.⁶⁴ Der Urkundsbegriff der ZPO kann jedoch zumindest nicht uneingeschränkt auf den Erbschein übertragen werden. So gibt der Erbschein allein aufgrund seiner Rechtsnatur (als

59 Motive V, S. 558; MünchKomm²⁰¹⁷ BGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 6; *Muscheler*, Erbrecht II Rn. 3271; *Zimmermann*, Erbschein, S. 27 Rn. 1.

60 Dazu insbesondere § 8 Abschn. IV sowie § 9 Abschn. I.

61 KG Berlin Beschl. v. 07.04.1955, 1 W 807/55, NJW 1955, 1074 (1075), wonach Erbscheine keine rechtsgestaltende Bedeutung haben; MünchKomm²⁰¹⁷ BGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 2; *Muscheler*, Erbrecht II, § 48 Rn. 3271; *Zimmermann*, Erbschein, S. 27 Rn. 1; *Grziwotz*, FamRZ 2016, 417 (417).

62 Z.B. NK²⁰¹⁴ BGB/Kroiß, § 2365 Rn. 12; Palandt²⁰¹⁷/Weidlich, § 2365 Rn. 2; Soergel²⁰⁰² BGB/Zimmermann, § 2365 Rn. 1; *Rosenberg*, Beweislast, § 16 II 4 a; *Bredemeyer*, ZEV 2016, 65. Ob darüber hinaus der Erbschein auch im Erbprätendentenstreit Vermutungswirkung entfaltet, ist umstritten, s. dazu § 10 Abschn. I. 1. b.

63 Burandt/Rojahn²⁰¹⁴/Gierl, ErbR, § 2353 BGB Rn. 4. Dem nur unter Einschränkungen zustimmend: MünchKomm²⁰¹⁷ BGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 6, möchte die Beweiswirkungen allein darauf beschränken, dass der Erbschein nach den in ihm ausgewiesenen Begleitumständen (Ort, Zeit) ergangen ist. *Muscheler* (Erbrecht II, § 48 Rn. 3271 und JURA 2009, 329 (330)) weist darauf hin, dass der Erbschein gerade keine Tatsachen i.S.d. § 418 ZPO, sondern ein Rechtsverhältnis bezeugt.

64 BGH Urt. v. 27.08.1963, 5 StR 260/63, BGHSt 19, 87 = NJW 1964, 558; MünchKomm²⁰¹⁷ BGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 6.

Urkunde) keine Gewähr für die Richtigkeit und Wirksamkeit der in ihm niedergelegten Rechtslage.⁶⁵ Diese Gewähr folgt vielmehr aus den eigenständigen Regelungen der §§ 2365 ff. BGB (dazu sogleich). Auch gibt er keine Tatsachen wider, sondern weist deklaratorisch eine Rechtsstellung aus, die im Prozess zur Erbenfeststellung das Prozessgericht in seiner Entscheidung nicht bindet.⁶⁶ Letztlich kann auch der Erbe, wurde seine Klage aufgrund fehlenden Erbrechts abgewiesen, keine Restitutionsklage (§ 80 Nr. 7 b ZPO) erheben, wenn er anschließend einen zu seinen Gunsten sprechenden Erbschein auffindet.⁶⁷

Hinsichtlich der Funktion des Erbscheins ist zwischen drei Unterpunkten zu differenzieren: Gemäß § 2365 BGB kommt dem Erbschein zuvörderst eine *Beweisfunktion* zu. Liegt ein Erbschein vor, so wird vermutet, dass dem im Erbschein ausgewiesenen Erben das Erbrecht auch tatsächlich zusteht und er keinen weiteren als den angegebenen dinglichen Beschränkungen unterliegt. Im Umfang der Beweisfunktion kommt dem Erbschein *Legitimationsfunktion* zu. Dem Erben wird es ermöglicht, sein Erbrecht aktiv z.B. gegenüber Banken, Behörden (Grundbuchämtern, § 35 Abs. 1 S. 1 GBO, und Handelsregistern, § 12 Abs. 1 S. 4 HGB) sowie gegenüber Privaten nachzuweisen. Insbesondere liegt es nicht in der Kompetenz des Grundbuchamtes, die Entscheidung des Nachlassgerichts inhaltlich zu überprüfen (dazu sogleich unter Abschn. I.1.). Die Vorlage des Erbscheins gestattet es dem darin ausgewiesenen Erben, sowohl seine Aktivlegitimation zur Durchsetzung von Nachlassansprüchen als auch seine Passivlegitimation im Kontext der Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten (§§ 727, 792 ZPO) nachzuweisen.⁶⁸ Daneben ermöglicht der Erbschein dem Erben, Vollstreckungstitel des Erblassers gemäß § 727 Abs. 1 ZPO auf sich umschreiben zu lassen. In Abhängigkeit von der Legitimationsfunktion weist der Erbschein zuletzt eine *Gutgläubensschutzfunktion/Publizitätsfunktion* auf

65 So auch MünchKomm²⁰¹⁷ BGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 6.

66 Dazu ausführlich unter § 8 Abschn. II. 1. e.

67 BVerwG Urt. v. 16.03.1965, BVerwG III C 122/64, BVerwGE 20, 344 (345 f.) = NJW 1965, 1292 (1293): Der Erbschein beweist nur, dass das Nachlassgericht ein Dokument diesen Inhaltes erteilt hat, nicht jedoch, dass das in ihm dargelegte Erbrecht tatsächlich besteht. Es wäre widersinnig, wenn die Entscheidung des Nachlassgerichts die Rechtskraft eines von einem ordentlichen Gericht gefällten Urteils durchbrechen könnte, wenn gleichzeitig das ordentliche Gericht im Prozess nicht an die Entscheidung des Nachlassgerichts gebunden ist. Zur fehlenden Bindungswirkung im Zivilprozess s. § 8 Abschn. II. 1. e. Gegen die Möglichkeit der Erhebung einer Restitutionsklage in diesem Fall auch Zimmermann, Erbschein, S. 28 Rn. 3.

68 Zimmermann, Erbschein, S. 376 Rn. 742.

(§§ 2366, 2367 BGB). Gutgläubige Dritte, die Nachlassgegenstände erwerben wollen, werden über die allgemeinen Vorschriften zum gutgläubigen Erwerb aus §§ 932 ff. BGB hinaus geschützt, da das Vorhandensein eines Erbscheins das Abhandenkommen des Erbenbesitzes (§ 857 BGB)–als Ausschlussstatbestand des allgemeinen gutgläubigen Erwerbs nach § 935 BGB–überbrückt. Der Erbschein ist Träger öffentlichen Glaubens und ermöglicht den rechtsgeschäftlichen, gutgläubigen Erwerb von Nachlassgegenständen, da die gesetzliche Vermutung gilt, dass der im Erbschein Ausgewiesene auch tatsächlich der wahre Erbe ist.

1. Der Nachweis gegenüber öffentlichen Stellen

Bezüglich der *Legitimationsfunktion* ist zwischen Behörden und dem privaten Rechtsverkehr zu differenzieren. Während der Erbe gegenüber Behörden, die über bestehende Rechte amtliche Bücher führen (Grundbuchamt, Handelsregister), in bestimmten Fällen kraft Gesetzes zum Nachweis seiner Rechtsstellung als Rechtsnachfolger durch Erbschein gezwungen wird, besteht eine solche Pflicht zur Vorlage gegenüber Privaten nicht.

a) Der Nachweis mittels Erbschein

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO stellt der Erbschein (und inzwischen auch das Europäische Nachlasszeugnis, dazu § 10 Abschn. II. 2.) das alleinige Nachweismittel für die bestehende Erbfolge dar, soweit die Rechtsnachfolge nicht auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO). Im letzten Fall genügt die Vorlage des öffentlichen Testaments oder des Erbvertrags zusammen mit dem Protokoll über die Eröffnung der Verfügung.⁶⁹ § 35 Abs. 1 GBO

69 Der Ausnahmefall des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO sieht vor, dass – falls die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist – die Vorlage der Verfügung von Todes wegen zusammen mit der Niederschrift über ihre Eröffnung (§ 348 FamFG) als Nachweis der Erbfolge ausreichen soll. Die Eröffnungsniederschrift ist zwar selbst eine öffentliche Urkunde nach § 415 ZPO, aber allein kein ausreichender Nachweis des Erbrechts (Uricher/Uricher, Erbrecht, § 6 Rn. 26.). Wird das Erbrecht mittels Vorlage einer Verfügung von Todes wegen nachgewiesen, obliegt dem Grundbuchamt die Kompetenz, die vorgelegte Verfügung von Todes wegen auszulegen und ihre Wirksamkeit zu überprüfen (BayObLG Beschl. v. 09.02.2000, 2 Z BR 139/99, ZEV 2000, 233 (235);

regelt damit die Nachweismöglichkeiten des Erben gegenüber dem Grundbuchamt abschließend. Der Erbe bedarf daher, falls kein Ausnahmefall nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO vorliegt, zwingend einer Ausfertigung⁷⁰ des Erbscheins. Ein Nachweis des Erbrechts mittels rechtskräftigen Urteils genügt nicht.⁷¹ Auf die Vorlage eines Erbscheins darf nur dann verzichtet werden, wenn die Erbfolge offenkundig ist, § 29 Abs. 1 S. 2 GBO. Für den Nachweis der Rechtsnachfolge im Handelsregister reicht hingegen gemäß § 12 Abs. 1 S. 4 HGB der Nachweis durch öffentliche Urkunde.

Weist der Erbe seine Rechtsstellung durch gültigen Erbschein nach, ist das Grundbuchamt wiederum verpflichtet, die Eintragung vorzunehmen, wenn das vorgelegte Dokument einer *formellen Prüfung* standhält und der Erbschein zwischenzeitlich weder eingezogen noch für kraftlos erklärt

BayObLG Beschl. v. 07.10.1994, 2 Z BR 84/94, DNotZ 1995, 306 (308); OLG Köln Beschl. v. 05.11.1999, 2 Wx 41/99, ZEV 2000, 232 f.). Drängen sich dem Grundbuchamt bezüglich der behaupteten erbrechtlichen Stellung weiterhin Zweifel auf oder beruhen die bestehenden Unsicherheiten auf Umständen tatsächlicher Art, die nur vom Nachlassgericht selbst ermittelt werden können (s. § 29 Abs. 1 GBO), kann auch in diesem Fall der Nachweis durch Vorlage eines Erbscheins verlangt werden.

70 Eine beglaubigte Abschrift genügt insoweit nicht: BGH Beschl. v. 20.05.1981, V ZB 25/79, NJW 1982, 170 (172); wegen der Möglichkeit einer vorherigen Einziehung ebenfalls verneinend Burandt/Rojahn²⁰¹⁴/Egerland, ErbR, § 35 GBO Rn. 8. Inwieweit im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen, § 137 GBO i.V.m. § 39a BeurkG, auch eine elektronische Übermittlung anstelle der Vorlage in Papier zulässig ist, ist umstritten. Die herrschende Meinung in der Literatur verlangt weiterhin eine Vorlage in Papier (BeckOK^{29.Ed./2017} GBO/Wilsch, § 137 GBO Rn. 6; KEHE²⁰¹⁵/Püls, § 137 GBO Rn. 8. Dagegen a.A. Becker/Wegener, notar 2017, 32 f., die parallel zur zugelassenen elektronischen Übermittlung in der Neufassung des § 12 HGB im Rahmen des EHUG die elektronische Vorlage auch im Grundbuchverkehr als zulässig ansehen).

Ob Gleiches auch für das Europäische Nachlasszeugnis gelten kann, ist bis jetzt noch nicht geklärt. Da von diesem, anders als beim Erbschein, nur beglaubigte Abschriften ausgestellt werden, die bei Widerruf und Wirkungsaussetzung (Artt. 71 und 73 EuErbVO) auch nicht eingezogen werden können (str., dazu § 9 Abschn. II. 4. b), und das Grundbuchamt selbst nicht Adressat der Benachrichtigung i.S.d. Art. 71 Abs. 3 EuErbVO ist (benachrichtigt werden nur „Personen“), ist die Abschrift als gegenüber dem Erbschein sehr viel schwächer ausgestaltetes Beweismittel anzusehen. Die Möglichkeit einer Anwendung des § 137 Abs. 1 S. 3 GBO auch auf das Europäische Nachlasszeugnis wird daher abzulehnen sein (so auch Becker/Wegener, notar 2017, 32 (33)).

71 Ausführlich dazu Muscheler, JURA 2009, 567 (573 f.).

worden ist.⁷² Die Feststellung des Erbrechts selbst, d.h. die materielle Prüfung, obliegt allein dem Nachlassgericht⁷³ und kann nicht vom Grundbuchamt kontrolliert werden. Es darf daher nicht die Echtheit des zugrunde gelegten Testaments erneut prüfen oder eine eigene Auslegung vornehmen sowie keinen Nacherbenvermerk eintragen, wenn sich die Nacherbschaft nicht aus dem Erbschein ergibt⁷⁴. Insoweit gilt die Vermutungswirkung des § 2365 BGB auch für das Grundbuchamt. Drängen sich dem Grundbuchamt Bedenken⁷⁵ hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit des Erbscheins auf, muss es Rücksprache mit dem ausstellenden Nachlassgericht halten und eine Einziehung oder Kraftloserklärung anregen.⁷⁶ Nimmt das Nachlassgericht die angeregten Maßnahmen nicht vor, ist das Grundbuchamt an den Erbschein gebunden und muss die Eintragung vornehmen.

b) Der Nachweis mittels sonstiger öffentlicher Urkunden

Alternativ zur Vorlage eines deutschen Erbscheins kann der Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO auch durch Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in Form einer öffentlichen Urkun-

72 BayObLG Beschl. v. 14.11.1996, 2 Z BR 83/96, DNotZ 1998, 138 (140): keine eigene Prüfung der Rechtslage durch das Grundbuchamt; OLG München Beschl. v. 21.12.2015, 34 Wx 245/15, RNotZ 2016, 185 (187); BeckOK^{29. Ed./2017} GBO/Wilsch, § 35 GBO Rn. 50; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 39 I Nr. 4b.

73 OLG Bremen Beschl. v. 07.09.2011, 3 W 13/11, NJOZ 2012, 245 (246); Bauer/v. Oefele GBO²⁰¹³/Schaub, § 35 Rn. 81; BeckOK^{29. Ed./2017} GBO/Wilsch, § 35 GBO Rn. 51; Firsching/Graf, Handbuch Rechtspraxis, VII Rn. 4.139; Lange/Kuchinke, Erbrecht, § 39 S. 1004; Uricher/Uricher, Erbrecht, § 6 Rn. 26; Muscheler, JURA 2009, 567 (574).

74 OLG München Beschl. v. 27.02.2012, 34 Wx 548/11, RNotZ 2012, 286 (288); BeckOK^{29. Ed./2017} GBO/Wilsch, § 35 GBO Rn. 51.

75 Beispielsweise können dem Grundbuchamt neue Tatsachen zur Kenntnis gelangt sein, die dem Nachlassgericht bei Ausstellung unbekannt waren, es kann ein offenkundiger Verstoß gegen eine st. Rspr. vorliegen, die st. Rspr. kann sich inzwischen geändert haben oder der Erbschein kann in sich unvollständig oder widersprüchlich sein.

76 OLG Frankfurt Beschl. v. 19.10.1978, 20 W 262/78, Rpfleger 1979, 106 (107); BeckOK^{29. Ed./2017} GBO/Wilsch, § 35 GBO Rn. 51; Burandt/Rojahn²⁰¹⁴/Egerland, ErbR, § 35 GBO Rn. 12.

de⁷⁷ zusammen mit der Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung geführt werden. Diese Urkunden sind anstelle des Erbscheins grundsätzlich als Beweis der Nachfolge anzuerkennen, wenn nicht im Einzelfall die Erbfolge durch die Urkunden nicht zweifelsfrei nachgewiesen ist. Der Begriff „Verfügung von Todes wegen“ umfasst nach herrschender Meinung⁷⁸ auch die ausländische Verfügung von Todes wegen in Form der öffentlichen Urkunde, da der Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO nicht ausdrücklich auf inländische Urkunden beschränkt ist. Unbedingte Voraussetzungen für die Anerkennung ausländischer Urkunden sind die kollisionsrechtliche Formwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen und die Erteilung einer Apostille⁷⁹. Umstritten ist, ob das Grundbuchamt für den Fall der Vorlage einer ausländischen Urkunde den Nachweis des Erbrechts mittels deutschen Erbscheins nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO verlangen kann oder ob es verpflichtet ist, die Erbfolge selbstständig anhand der vorgelegten Dokumente zu bestimmen.⁸⁰ Gegen eine solche Prüfungspflicht spricht, dass die Überprüfung der Wirksamkeit einer ausländischen öffentlichen Urkunde dem Grundbuchamt nur unter erschwerten Bedingungen möglich sein wird. Führt die kollisionsrechtliche Prüfung zur Anwendbarkeit ausländischen Rechts, müsste das deutsche Grundbuchamt – ganz im

77 Wird dem deutschen Grundbuchamt ein englisches *probate* zusammen mit einem privatschriftlichen Testament vorgelegt, wird vertreten (Soergel¹⁹⁹⁶ EGBGB/*Schurig*, Art. 25 Rn. 73 f. und Rn. 83 ff. zum Umfang des Prüfungsrechts), dass das privatschriftliche Testament nachträglich zu einem in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Testament aufgewertet werden könne. Zu beachten ist jedoch, dass § 35 Abs. 1 S. 2 GBO lediglich das notariell beurkundete, aber gerade nicht das notariell beglaubigte Testament umfasst. Im Übrigen erfolgt die Prüfung der Wirksamkeit des Testaments im Verfahren zur Ausstellung eines *probate* allein nach englischem Recht. Damit würde eine Entscheidung eines englischen Gerichts vor dem deutschen Grundbuchamt als bindend angesehen, obwohl das entscheidende englische Gericht gerade für außerhalb von England belegene Grundstücke weder zuständig ist noch nach britischem Kollisionsrecht englisches Erbrecht überhaupt Anwendung findet (*Schäuble*, ZErB 2011, 267 (270)).

78 Bauer/von Oefele²⁰¹³ GBO/*Schaub*, Int. Bezüge, Rn. 594; *Grau*, in: Kompetenz und Verantwortung in der Bundesverwaltung (2009), 477 (479); *Heggen*, RNotZ 2007, 1 (6).

79 Nach Geltung des Haager Übereinkommens vom 05.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation galt in vielen Erbfällen die Apostille als ausreichender Echtheitsnachweis.

80 Bauer/von Oefele²⁰¹³ GBO/*Schaub*, Int. Bezüge, Rn. 598; *Kaufhold*, ZEV 1997, 339 (400); wohl auch *Heggen*, RNotZ 2007, 1 (6 f.), soweit das ausländische Recht ein Protokoll über eine amtliche Eröffnung der Verfügung von Todes wegen kennt. Für eine selbstständige Prüfungspflicht des Grundbuchamtes: *Grau*, in: Kompetenz und Verantwortung in der Bundesverwaltung (2009), 477 (479).

Widerspruch zu § 35 Abs. 1 S. 1 GBO – nunmehr doch selbstständig die schwierige Anwendung ausländischen Rechts vornehmen.

Gleichwohl kann eine solche unbedingte Freistellung des Grundbuchamtes von jeglichen eigenen Prüfungspflichten nicht überzeugen. Gegen das Argument, dem Grundbuchamt müsse in jedem Fall eine eigene materiell-rechtliche Prüfung erspart bleiben, lässt sich nämlich wiederum argumentieren, dass auch das Grundbuchamt in schwierigen Fällen Sachverständige hinzuziehen kann. Der Grundbuchbeamte muss daher nicht allein eine Prüfung nach ausländischem Recht vornehmen.⁸¹ Dass ausnahmsweise – im Gegensatz zu § 35 Abs. 1 S. 1 GBO – hier nun doch eine Überprüfungspflicht unter Anwendung ausländischen Rechts vom Grundbuchamt gefordert wird, kann damit begründet werden, dass auftretende Probleme selten auf Schwierigkeiten im Bereich der Tatsachenbeurteilung zurückzuführen sein werden, sondern hauptsächlich im Bereich der rechtlichen Würdigung anzusiedeln sind.⁸² Bloße mangelnde Kenntnis ausländischen Erbrechts rechtfertigt nicht das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins.⁸³ Eine Ausnahme kann nur dort gemacht werden, wo die Anwendung des ausländischen Erbrechts mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, sodass die Richtigkeit der beantragten Eintragung in Zweifel steht. Hier darf das Grundbuchamt die Vorlage eines deutschen Fremdrechterbscheins verlangen.⁸⁴

2. Der Nachweis gegenüber Privaten

Gegenüber Privaten ist der Erbe nicht gezwungen, seine Rechtstellung mittels Erbschein nachzuweisen⁸⁵; vielmehr genügt jede andere Form des Nachweises. Der Erbe ist also nicht gezwungen, dem Rechtsverkehr durch

81 Daher für eine selbstständige Prüfungspflicht des Grundbuchamtes: Bauer/von Oefele²⁰¹³ GBO/Schaub, Int. Bezüge, Rn. 598; Grau, in: Kompetenz und Verantwortung in der Bundesverwaltung (2009), 477 (479); Kaufhold, ZEV 1997, 339 (400).

82 Bauer/von Oefele²⁰¹³ GBO/Schaub, Int. Bezüge, Rn. 598.

83 LG Aachen Beschl. v. 28.07.1964, 7 T 198/64, Rpfleger 1965, 233 (234); Bauer/von Oefele²⁰¹³ GBO/Schaub, Int. Bezüge, Rn. 598.

84 Kaufhold, ZEV 1997, 339 (400).

85 Motive V, S. 568 a.E.; Protokolle V, S. 686 f.; Bartholomeyczik, 5. Denkschrift des Erbrechtausschusses der Akademie für Deutsches Recht, S. 263; RG Urt. v. 01.05.1903, III 4/03, RGZ 54, 343 (344); BGH Urt. v. 10.12.2004, V ZR 120/04, NJW-RR 2005, 599 (600); BGH Urt. v. 07.06.2005, XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779 (2780); Bredemeyer, ZEV 2016, 65.

Vorlage eines Erbscheins den bestmöglichen Vertrauensschutz zu gewähren. Verweigert ein Nachlassschuldner die Zahlung an den Erben bis zur Vorlage eines Erbscheins und hat der Erbe trotz anderer Beweise für seine Stellung als Rechtsnachfolger gleichwohl einen Erbschein beantragt, können die Kosten als Schadensersatz gemäß § 280 Abs. 1 BGB vom Schuldner zu ersetzen sein.⁸⁶ Bei einer Abwägung der Interessen des Nachlassschuldners an einem möglichst umfassenden Schutz vor mehrfacher Inanspruchnahme und den Interessen der Erben an einer möglichst kostengünstigen und schnellen Nachlassabwicklung, obsiegen die Interessen der Erben, wenn der Fall aufgrund bestehender Unklarheiten nicht ausnahmsweise das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins rechtfertigt.⁸⁷ Damit trägt der Erbe, der sich nicht durch Vorlage eines Erbscheins legitimiert und den Nachlassschuldner auf Zahlung an sich verklagt, das Risiko, dass das Gericht den erbrachten anderweitigen Nachweis (z.B. die Vorlage eines Testaments) als nicht ausreichend erachtet.⁸⁸ Entgegen den Regelungen in anderen Bereichen des BGB (§§ 111, 174, 182, 1831 BGB) kann ein einseitiges Rechtsgeschäft des Erben nicht allein aufgrund des fehlenden Nachweises der Legitimation, d.h. der unterlassenen Vorlage eines Erbscheins, zurückgewiesen werden⁸⁹.

Etwas anderes kann gelten, wenn Schuldner und Gläubiger vertraglich die Vorlage eines Erbscheins vereinbart haben, so etwa häufig durch die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen von Banken. Der entsprechende Passus in den AGB der Sparkassen zum Nachweis der Rechtsnachfolge von Todes wegen lautete früher wie folgt:

Nr. 5 AGB: „Nach dem Tode des Kunden kann die Sparkasse zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen der Sparkasse mit deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Sparkasse kann auf die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder

86 So bereits *Lehmkuhl*, Das Bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reichs, S. 620; bis heute gültig und bestätigt durch BGH Urt. v. 07.06.2005, XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779 (2780).

87 BGH Urt. v. 10.12.2004, V ZR 120/04, NJW-RR 2005, 599 (600); BGH Urt. v. 07.06. 2005, XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779 (2780).

88 *Zimmermann*, Erbschein, S. 376 Rn. 742, geht dabei davon aus, dass auch eine Zurückweisung aufgrund fehlenden Schuldnerschutzes zulässig wäre.

89 *Zimmermann*, Erbschein, S. 376 Rn. 742.