

Dr. Gabriele Müller

Rechtsanwältin, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht
am Deutschen Notarinstitut

DNotI
Deutsches Notarinstitut

Würzburg, 4.5.2012

An den
Deutschen Bundestag
Rechtsausschuss
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

Vorab-Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung des BT-Rechtsausschusses am 9.5.2012 zu dem

- a) Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 98a GG)
- BT-Drucks. 17/1468**

und zu dem

- b) Entwurf eines Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen
Gerichtsbarkeit auf Notare
- BT-Drucksache 17/1469**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst darf ich mich bei Ihnen ganz herzlich für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den o. a. Entwürfen bedanken.

Im Hinblick auf den mitübersandten Änderungsvorschlag des BMJ, der den Länderentwurf modifiziert, gehe ich davon aus, dass die Umsetzung der „großen Lösung“ der Aufgabenübertragung auf Notare derzeit nicht geplant ist. Meine Anmerkungen beziehen sich daher auf die sog. „kleine Lösung“ in Gestalt der Änderungsvorschläge aus dem BMJ, Stand: 11.4.2012.

Gestatten Sie mir eine kurze Vorbemerkung: Das Deutsche Notarinstitut (DNotI) in Würzburg, für das ich als Leiterin des Referates für Erb- und Familienrecht tätig bin, ist eine Service-Einrichtung des deutschen Notariats. Diese bietet den Notaren bundesweit Hilfestellung bei rechtlichen Problemen, die im Rahmen der notariellen Tätigkeit auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (mit Ausnahme des Berufs- und Kostenrechts) auftreten. Die Hilfestellung erfolgt durch die Erstellung von schriftlichen oder – *ad hoc* – telefonischen Rechtsgutachten oder durch die Überlassung geeigneter Literatur oder einschlägiger Rechtsprechung zum Selbststudium des Notars. Die Gutachten des DNotI sind über das Notariat hinaus fachlich geschätzt.

Nicht selten passiert es, dass der Notar in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit von Seiten der Justiz – namentlich in Fällen mit Auslandsberührung – um Vorlage eines DNotI-Gutachtens zur Rechtslage gebeten wird.

Bevor ich nun inhaltlich zu den Vorschlägen, die das Erbrecht betreffen, vor dem Hintergrund meiner langjährigen Tätigkeit als Fachgutachterin am Deutschen Notarinstitut Stellung beziehe, möchte ich mich kurz den Aufgaben des Notars auf dem Gebiet des Erbrechts zuwenden.

I. Notare sind Erbrechtsspezialisten

Die Tätigkeit der Notare auf dem Gebiet des Erbrechts umfasst im Wesentlichen drei Bereiche: die Beratung, die Gestaltung und die Nachlassabwicklung.

Die Notare sind zum einen umfassende **erbrechtliche Berater**. Dies gilt nicht nur im Vorfeld der Gestaltung letztwilliger Verfügungen, sondern auch im Rahmen von lebzeitigen Rechtsgeschäften wie z. B. Grundstücksüberlassungen, Schenkungen, Ehe- und Gesellschaftsverträgen.

Die Notare sind zum anderen v. a. **Erbrechtsgestalter**. In ihren (ausschließlichen) Aufgabenbereich fällt die Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen. Die Notare sorgen in diesem Zusammenhang dafür, dass der von der gesetzlichen Erbfolge abweichende letzte Wille des Erblassers klar und unzweideutig niedergelegt wird. Sie tragen damit dazu bei, den Erblasserwille zu verwirklichen und helfen andererseits, nach Eintritt des Erbfalls Streit zwischen den Beteiligten über die Erbfolge und damit langwierige Erbscheinsverfahren sowie teure Erbprozesse zu vermeiden.

Die Notare sind schließlich auf dem Gebiet der **Nachlassabwicklung** tätig. Mit Eintritt des Erbfalls ist die notarielle Tätigkeit nicht beendet. Vielmehr schließen sich an diesen Zeitpunkt einige beurkundungsbedürftige oder zu beglaubigende Nachlassgeschäfte an. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang z. B. die Aufnahme von Erbscheinen, die Beurkundung von Erbteilsabtretungen (§ 2033 BGB), die Protokollierung von Erbauseinandersetzungen und Erbausschlagungen sowie die Erfüllung von Vermächtnissen.

II. Stellungnahme zu den Entwürfen

1. Allgemein

Nach den letzten Änderungsvorschlägen betrifft der Entwurf zur Aufgabenübertragung in seinem erbrechtlichen Teil v. a. den dritten Bereich der notariellen Tätigkeit, die Nachlassabwicklung.

Der Entwurf begründet insoweit keine neuen notariellen Zuständigkeiten, sondern sieht lediglich eine Ausweitung der notariellen Tätigkeit i. S. der Schaffung einer **ausschließlichen Kompetenz** vor. Dem Notar werden nur bereits vorhandene Aufgaben in stärkerem Maße übertragen. Es ist damit zu rechnen, dass diejenigen Notare, die bereits mit den betreffenden Angelegenheiten befasst waren, in größerem Umfang diesbezüglich tätig sein werden.

2. Vermittlung von Erbauseinandersetzungen und der Auseinandersetzung von beendeten Gütergemeinschaften

Nach den Entwürfen sollen die Notare ausschließlich zuständig werden für die Vermittlung von Erbauseinandersetzungen nach §§ 363 ff. FamFG. Hierbei handelt es sich um ein förmliches Verfahren, für das bislang neben dem Nachlassgericht (vgl. § 342 Abs. 2 FamFG, § 23a Abs. 2 Nr. 2 GVG; funktionelle Zuständigkeit: Rechtspfleger), nach Landesrecht (vgl. § 487 Abs. 1 Nr. 3 FamFG) zumeist auch die Notare zuständig sind.

Das Verfahren spielt in der Praxis – und zwar sowohl in der gerichtlichen als auch in der notariellen – bislang keine bedeutende Rolle. Dies liegt v. a. daran, dass es nur auf Antrag eines Miterben stattfindet und dann auch nur, wenn kein zur Auseinandersetzung befugter Testamentsvollstrecker vorhanden ist. Ergibt sich im Rahmen des Vermittlungsverfahrens Streit zwischen den Beteiligten, ist das Verfahren auszusetzen und der streitige Punkt vor den Prozessgerichten zu klären. Dem Gericht bzw. Notar steht im Vermittlungsverfahren keine echte Streitentscheidungskompetenz zu. Sind die Miterben dagegen einigungsbereit, wird in der Regel außerhalb eines förmlichen Verfahrens eine einvernehmliche Erbauseinandersetzung vereinbart und durch den Notar beurkundet.

Zu den Teilungssachen i. S. des Gesetzes, für die nunmehr ausschließlich Notare zuständig sein sollen, gehören ferner Vermittlungsverfahren zur Auseinandersetzung einer beendeten Gütergemeinschaft. Hierfür gelten §§ 363 ff. FamFG entsprechend. Auch dieses Verfahren findet nur auf Antrag statt und eine weitere Vermittlungstätigkeit wird durch Widerspruch eines Beteiligten gehindert. Dieses Verfahren ist in der Praxis ebenfalls selten, zumal heute kaum noch Gütergemeinschaften ehevertraglich vereinbart werden.

Durch die Aufgabenübertragung könnten die beiden Vermittlungsverfahren, v. a. die Vermittlung der Erbauseinandersetzung, eine größere praktische Bedeutung erlangen und so ggf. Auseinandersetzungsklagen vor dem Zivilgericht entbehrlich machen. Dabei sind die Notare als Vermittler besonders geeignet, wie sich anhand ihrer erfolgreichen Vermittlertätigkeit im Rahmen der Sachenrechtsbereinigung (für welche die Vermittlung bei der Erbauseinandersetzung legislatorisches Vorbild war) oder – nach Maßgabe der jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften – als Gütestelle i. S. von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ersehen lässt. Aus ihrer Tätigkeit im Rahmen der Nachlassabwicklung, namentlich bei einvernehmlichen Erbauseinandersetzungen, verfügen sie auch über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen auf diesem Gebiet. Die Schaffung einer ausschließlichen Zuständigkeit für die o. a. Vermittlungstätigkeiten ist daher uneingeschränkt zu begrüßen.

3. Aufnahme von Nachlassinventaren gem. § 2003 BGB

Der Entwurf sieht ferner die Übertragung der ausschließlichen Zuständigkeit zur Errichtung eines Nachlassinventars i. S. von § 2003 BGB auf die Notare vor (vgl. Art. 12 des Entwurfs). Die Aufnahme des Nachlassinventars und dessen Einreichung bei Gericht (sog. Inventarerrichtung) führt keine Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlass herbei. Sie dient lediglich dazu, dem Erben die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung zu erhalten und den Nachlassgläubigern durch die damit geschaffene Übersicht über den Nachlassbestand die Zwangsvollstreckung und eine etwaige Inanspruchnahme des Erben bei Bestandsveränderungen zu erleichtern.

Die Erstellung von notariellen Nachlassverzeichnissen hat in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen. Im Mittelpunkt steht dabei die Erstellung von Nachlassverzeichnissen auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten i. S. von § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB, die sich aber nur in wenigen Punkten von derjenigen nach § 2003 BGB unterscheidet.

Häufig sind die mit der Erstellung von Nachlassverzeichnissen einhergehenden Ermittlungen der Urkundsperson sehr zeitaufwändig. Die Feststellung des Nachlassbestands wird vielfach dadurch erschwert, dass der Erbe die erforderliche Mitwirkung verweigert, die Nachlassgegenstände weit verstreut belegen sind und/oder die Erblasserwohnung bereits aufgelöst ist. Gerade mit Blick auf die vorgenannten Schwierigkeiten bietet die Mitwirkung eines Notars als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses.

In Anbetracht dessen, dass die Nachlassgerichte (funktionell zuständig ist hierfür der Rechtspfleger) die Angelegenheit in der Regel schon bislang auf einen Notar übertragen haben, sind Letztere gut gerüstet für die Verstärkung ihrer diesbezüglichen Zuständigkeit. Zum Teil war außerdem die gerichtliche Zuständigkeit kraft Landesrechts (so z. B. in Bayern nach Art. 8 BayAGGVG) ausgeschlossen und schon bislang ausschließlich den Notaren zugewiesen.

4. Aufnahme von Erbscheinsanträgen

Im vorgelegten Gesetzentwurf des Bundesrates ist in § 23a Abs. 4 GVG-E eine Öffnungsklausel für die sog. „große Lösung“ vorgesehen, die die Übertragung aller dem Nachlassgericht in erster Instanz obliegenden Verrichtungen auf Notare ermöglicht hätte. Die Übertragung der Zuständigkeit hätte ohne Weiteres nicht nur die Zuständigkeit zur Aufnahme von Erbscheinsanträgen, sondern auch zur Erteilung von Erbscheinen erfasst.

Nach den zuletzt vorgelegten Änderungsvorschlägen sieht eine Länderöffnungsklausel in Art. 239 EGBGB-E vor, dass die Länder durch Gesetz bestimmen können, dass der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins der notariellen Beurkundung bedarf und die Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 S. 1 BGB nur vor einem Notar abzugeben ist.

Die Schaffung einer ausschließlichen Zuständigkeit für die Entgegennahme der eidesstattlichen Versicherung und die Einführung eines Beurkundungserfordernisses für den Erbscheinsantrag ist **sehr sinnvoll** und für den Bürger mit einem **echten Mehrwert** verbunden.

Dies gilt v. a. dann, wenn ein „komplizierterer“ Erbrechts-Fall gegeben ist. Ein solcher liegt etwa vor, wenn der Erblasser eine oder mehrere Verfügungen von Todes wegen hinterlassen hat oder die Anwendung ausländischen Rechts in Frage steht, z. B. weil der Erblasser eine ausländische Staatsangehörigkeit hat und/oder im Ausland Vermögensgegenstände besitzt. Hier ist es schon jetzt in der Praxis häufig der Notar, der – oft auf Empfehlung des Nachlassgerichts – als besonders qualifizierter Erbrechtsberater den Erbscheinsantrag aufnimmt.

Als bedeutsamer Faktor hat sich in den vergangenen Jahren in diesem Zusammenhang erwiesen, dass den Notaren mit dem Deutschem Notarinstitut eine Serviceeinrichtung

zur Verfügung steht, die nicht nur bei rechtlichen Zweifelsfragen im deutschen Recht (z.B. betreffend der Formwirksamkeit oder Auslegung letztwilliger Verfügungen) sondern v. a. auch im ausländischen Recht mithilfe der Erfahrung ihrer Gutachter und der hervorragenden Recherchemöglichkeiten (umfangreiche Bibliothek, zahlreiche ausländische Datenbanken und Kooperationen mit ausländischen Notar- und Wissenschaftseinrichtungen) umfassend Hilfestellung bieten kann. Dies ermöglicht den Notaren die **bestmögliche Vorbereitung** des Erbscheinsantrages. Da dieser vom Nachlassgericht nur so wie beantragt erteilt werden kann, ist eine qualifizierte Hilfe bei der Formulierung besonders wichtig. Ein Pluspunkt für den Bürger ist dabei, dass die Erstellung der einzelnen Rechtsgutachten durch das DNotI sehr schnell (in der Regel innerhalb zwei Wochen) und für die Notare gebührenfrei erfolgt, während die von Seiten des Nachlassgerichts andernorts eingeholten Sachverständigengutachten in der Regel deutlich zeitaufwändiger und mit nicht unerheblichen Kosten – die zu Lasten des Antragstellers gehen – verbunden sind.

Die Aufgabenübertragung auf Notare ist aber ebenfalls für vermeintlich einfache Erbfälle sinnvoll, z. B. bei Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge. Abgesehen davon, dass eine rechtliche Beratung im Zusammenhang mit der Annahme der Erbschaft beispielsweise auch im Hinblick auf steuerliche Aspekte (und die Erforderlichkeit einer etwaigen Erbausschlagung) eigentlich durchwegs sinnvoll ist, wird häufig verkannt, dass auch hier ausländisches Recht zur Anwendung gelangen kann.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass sich mit der Änderung der Erbscheinsvorschriften durch das FamFG zum 1.8.2009 auch die Anforderungen an die Erbscheinserteilung und damit indirekt auch an den Erbscheinsantrag geändert haben. Durch das FamFG wurde der sog. Gleichlaufgrundsatz abgeschafft, so dass ein deutsches Nachlassgericht nunmehr für die Erteilung des Erbscheins unabhängig davon zuständig ist, ob deutsches oder ausländisches Recht zur Anwendung gelangt, sofern es sich beim Erblasser nur um einen Deutschen oder einen Ausländer mit Vermögen in Deutschland handelt. Dem deutschen allgemeinen Erbschein i. S. von § 2353 BGB kommt nach der Reform durch das FamFG **Weltgeltung** zu, da er nun auch die Erbfolge in ausländische Vermögenswerte nach ausländischem Erbrecht bezeugt (welche natürlich zuvor vom Nachlassgericht oder dem Antragsteller festgestellt werden muss). Da die Fälle mit Auslandsbezug immer weiter zunehmen, haben sich die Anforderungen an die Erbscheinserteilung und indirekt auch an den Erbscheinsantrag nicht unerheblich geändert, so dass die Einführung einer Beurkundungspflicht und die Übertragung der Zuständigkeit auf die Notare ratsam erscheint.

Hierdurch kann – wie etwa im **vergleichbaren Falle eines Adoptionsantrags**, der schon immer beurkundungsbedürftig war – sichergestellt werden, dass der Antragsteller durch den Notar fachkundig beraten wird, dass der richtige Antrag gestellt wird, dieser die erforderlichen Angaben enthält und die zur Weiterbearbeitung des Antrags erforderlichen Urkunden vorgelegt werden.

III. Fazit

Aus **Sicht der Notare** sind die zuletzt vorgelegten Änderungsvorschläge, die für einige Nachlassgeschäfte eine ausschließliche Kompetenz des Notars begründen, uneingeschränkt zu begrüßen. Die Ausweitung der bestehenden Zuständigkeiten stellt sich als **konsequente Fortentwicklung** der bereits bestehenden Kompetenzen des Notars auf dem Gebiet der Nachlassabwicklung dar. Mit der Aufgabenübertragung rückt Deutschland näher an den europäischen Standard heran, wonach die notariellen Kompetenzen im Nachlassverfahren

verbreitet stärker ausgebaut sind, indem die Notare entweder als Nachlassgericht erster Instanz fungieren (so z. B. in Ungarn) oder zumindest auch die Erbbescheinigungen ausstellen (so z. B. in Frankreich, Belgien und den Niederlanden). Im Verhältnis von Notar zu Gericht kann durch die Bündelung der Aufgaben bei einer Stelle eine **größere Effizienz** bei der Bearbeitung erreicht werden.

Aus **Sicht der Nachlassgerichte** ist die Aufgabenübertragung vorteilhaft, weil durch die Mitwirkung bzw. Zuarbeit des Notars gerade im Erbscheinsverfahren eine **optimale Vorbereitung** des Verfahrens und Unterstützung des Gerichts erreicht werden kann. Die Aufgabenübertragung wird damit zu einer Entlastung der Justiz führen, und zwar nicht nur in Gestalt einer Entlastung hinsichtlich der weggefallenen gerichtlichen Zuständigkeiten, sondern auch im Hinblick auf eine Beschleunigung der Verfahren.

Für den **Bürger** wird die stärkere Einbindung der Notare im Nachlasswesen durch die **intensivere rechtliche Beratung** und die bürgerfreundliche Gestaltung der Arbeitsprozesse zweifellos eine nicht zu unterschätzende Qualitätssteigerung zur Folge haben.

Dr. Gabriele Müller