Zwischenbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe

„Aufgabenübertragung auf Notare“

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Praxisbefragung

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hält es für notwendig, vor einer Entscheidung über konkret vorzuschlagende Gesetzesänderungen zur Übertragung gerichtlicher Aufgaben auf Notare die gerichtliche und notarielle Praxis darüber zu befragen, in welchen Bereichen Aufgabenübertragungen aus deren Sicht fachlich für realisierbar und sinnvoll gehalten werden. Hierzu sind der gerichtlichen und notariellen Praxis konkrete Fragen zu unterbreiten.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe verspricht sich von der Praxisbeteiligung auch nähere Erkenntnisse zu der Frage, ob es die unterschiedliche Struktur der Notariatsformen überhaupt erlaubt, die Zuständigkeiten bundesweit einheitlich zu regeln. Sofern dies nicht der Fall sein sollte, wäre zu prüfen, ob den Ländern dennoch die Übertragung von Aufgaben etwa im Rahmen einer Öffnungsklausel zu ermöglichen ist oder im Bereich des Anwaltsnotariats besondere zusätzliche Qualifikationen zu verlangen sind.

2. Übertragbare Materien

a) **Familiengerichtliches Verfahren**

Im Bereich des familiengerichtlichen Verfahrens sollen Aufgabenübertragungen im Rahmen der einverständlichen Scheidung näher geprüft werden. Eine einverständliche Scheidung liegt dann vor, wenn sich die Eheleute über alle in Betracht kommenden Folgesachen inklusive des Versorgungsausgleichs und den Scheidungsausspruch geeinigt haben. Als „große Lösung“ in diesem Bereich käme die Vollübertragung auf Notare in Betracht, die vor allem auch den Scheidungsausspruch beinhaltet. Für vorzugswürdig hält die Bund-Länder-Arbeitsgruppe allerdings den Vorschlag, den Ausspruch der Scheidung bei den Familiengerichten zu belassen, das Scheidungsverfahren bei Einvernehmen der Ehegatten aber dahin zu vereinfachen, dass die Scheidung bei Vorliegen einer notariell beurkundeten Scheidungsfolgenvereinbarung ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann („kleine Lösung“).

b) **Nachlassverfahren**

Im Nachlasswesen hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe sämtliche Aufgaben der Nachlassgerichte auf ihre Übertragbarkeit auf die Notare untersucht. Dabei handelt es sich um die folgenden Tätigkeiten:

- Verwahrung insbesondere notarieller Verfügungen beim Notar.
- Eröffnung von Testamenten und Erbverträgen durch den Notar.
- Übertragung des Erbscheinsverfahrens auf die Notare (Gesamtübertragung; inklusive der Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge, Konzentration der Beurkundungszuständigkeit für Erbscheinsanträge und eidesstattlichen Versicherungen).
- Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung der Testamentsvollstreckerzeugnisse auf die Notare.
- Übertragung der Zuständigkeit für die Bestellung von Nachlasspflegern und – verwaltern auf die Notare.
- Aufnahme von Nachlassverzeichnissen.
- Konzentration der Zuständigkeit für die Nachlassauseinandersetzung bei den Notaren.
- Verlagerung der Hauptkartei für Testamente bei dem Amtsgericht Schöneberg auf die Bundesnotarkammer.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe ist derzeit der Auffassung, dass die Übertragung lediglich einzelner, isolierter Aufgabenbereiche weniger geeignet ist, das Nachlassverfahren für die Bürger effizienter, die Notare sinnvoll und für die Justiz wirtschaftlicher zu gestalten. Vorzugswürdig ist deshalb die Zusammenfassung und Übertragung einzelner eng miteinander verbundener Aufgaben.

Insbesondere im Erbscheinsverfahren bietet sich eine solche Zusammenfassung an. Sie könnte die Erteilung der Erbscheine, die Konzentration der Beurkundungszuständigkeit für Erbscheinsanträge und die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung umfassen.

Darüber hinaus sind verschiedene andere Lösungen denkbar:

- Zunächst könnten die einem Erbscheinsverfahren vorgelagerten und es einleitenden Aufgaben zusammen gefasst werden. Dabei handelt es sich um Verwahrung und Eröffnung letztwilliger Verfügungen sowie Stellung des Erbscheinsantrags und Abnahme der eidesstattlichen Versicherung.

- Zusätzlich könnten diese Aufgaben um das eigentliche Erbscheinsverfahren und die Befugnis zur Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen erweitert werden. Jedenfalls in solchen die Masse der Verfahren ausmachenden Fälle, die unstreitig ablaufen und in denen eine Sicherung des Nachlasses nicht erforderlich ist, läge hier die Abwicklung des Nachlasses in der Hand der Notare, die dann die zentrale Anlaufstelle für die Bürger in Nachlasssachen wären.
- Als umfassendste Lösung käme die Übertragung sämtlicher nachlassgerichtlicher Aufgaben auf die Notare in Betracht. Der Notar träte in diesem Fall an die Stelle des Nachlassgerichts.

Zu der Frage, ob die Übertragung des Erbscheinsverfahrens oder sogar der gesamten nachlassgerichtlichen Aufgaben auf die Notare verfassungsrechtlich möglich ist, werden verschiedenen Positionen vertreten. Gegebenenfalls wäre eine Ergänzung des Grundgesetzes erforderlich.

c) **Registerrecht**

Im Registerrecht soll eine weitere Prüfung folgender Themen erfolgen:

- Einführung einer „qualifizierten“ Beglaubigung für Registeranmeldungen, d.h. eine Erweiterung des § 40 BeurkG um Prüfungspflichten (bezogen auf die Eintragungsfähigkeit) und um Belehrungspflichten (bezogen auf die Rechtsfolgen einer Antragstellung).
- Aufhebung/Einschränkung der Prüfungszuständigkeiten der Registergerichte; bei Satzungsänderungen könnte die Prüfungspflicht der Gerichte entsprechend § 9c Abs. 2 GmbHG und § 38 Abs. 3 AktG auf die Notare übertragen werden.
- Notarielle Vollmachtsbescheinigung als Eintragungsgrundlage, um die Grundbuchämter und Registergerichte von der Prüfung langer Vollmachtsketten zu entlasten.
- Gewährung der Grundbucheinsicht beim Notar im Rahmen des automatisierten Abrufverfahrens von Daten aus dem maschinell geführten Grundbuch, verbunden mit
- der Befugnis zur Erstellung von Grundbuchausdrucken beim Notar.

d) **Zwangsvollstreckungsrecht**

Im Zwangsvollstreckungsrecht soll die gerichtliche und notarielle Praxis zur Möglichkeit der Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden durch den beurkundenden Notar befragt werden.

e) **Sonstige Aufgaben**

Im Übrigen werden in diesem Bericht folgende, im Zusammenhang mit notarieller Tätigkeit stehende Aufgaben behandelt:

- Übertragung der Notarrevision (Notarprüfung) auf die Notarkammern.
- Aufnahme von Wechsel- und Scheckprotesten ausschließlich durch Notare.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....	I
1. Praxisbefragung	I
2. Übertragbare Materien.....	I
a) Familiengerichtliches Verfahren	I
b) Nachlassverfahren	II
c) Registerrecht	III
d) Zwangsvollstreckungsrecht	IV
e) Sonstige Aufgaben	IV
Inhaltsverzeichnis.....	V
A. Einleitung.....	1
B. Gang der Beratungen	1
C. Einzelthemen.....	3
I. Familienrecht.....	3
1. Übertragung einvernehmlicher Scheidungen auf die Notare.....	3
a) Geltendes Recht.....	3
b) Vorschlag	4
c) Entlastungseffekt.....	5
aa) unmittelbare Entlastung	5
bb) mittelbare Entlastung.....	6
d) Vorteile bei der Übertragung des Scheidungsausspruchs auf Notare	8
e) Nachteile/Probleme der Übertragung des Scheidungsausspruchs auf Notare	8
aa) Verfassungsrecht.....	8
(1) Art. 92 GG	8
(2) Art. 33 Abs. 4 GG	9
(3) Art. 6 GG und Art. 14 GG	11
bb) Sonstige Problemfelder	13
f) Lösungsvorschlag.....	14
2. Vereinfachte Scheidung im Beschlussverfahren aufgrund notariell beurkundeter Scheidungsfolgenvereinbarung	15
a) Geltendes Recht.....	15
b) Vorschlag	15
c) Entlastungseffekt (Volumen der Aufgabe/Kosten).....	15
aa) Unmittelbare Entlastung	16
bb) Mögliche mittelbare Entlastung.....	16
d) Vorteile des Beschlussverfahrens.....	17
e) Nachteile/Probleme des Beschlussverfahrens.....	18
aa) Verfassungsrecht.....	18
(1) Art. 6 GG	18
(2) Art. 103 Abs. 1 GG	18
bb) Sonstige Problemfelder	18
3. Fragen an die gerichtliche Praxis	18
4. Fragen an die notarielle Praxis	20
II. Erbrecht.....	22

1.	Verwahrung notarieller Verfügungen von Todes wegen beim Notar	23
a)	Aufgaben nach geltendem Recht.....	23
b)	Vorschlag	24
c)	Entlastungseffekt.....	24
aa)	Volumen der Aufgabe.....	24
(1)	Zahl der Fälle	24
(2)	Eingesetztes Personal.....	24
bb)	Kosten/Einnahmen	25
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	26
aa)	Rechtssuchende.....	26
bb)	Justiz.....	26
e)	Mögliche Nachteile/Probleme der Aufgabe.....	27
aa)	Rechtssuchende.....	27
bb)	Justiz	28
f)	Lösungsmöglichkeiten	30
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	30
h)	Fragen an die notarielle Praxis	31
2.	Eröffnung von Testamenten und Erbverträgen durch den Notar.....	31
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	31
b)	Vorschlag	34
c)	Entlastungseffekt.....	35
aa)	Volumen der Aufgabe.....	35
bb)	Kosten/Einnahmen	36
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	38
aa)	Rechtssuchende.....	38
bb)	Justiz.....	38
e)	Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	39
aa)	Rechtssuchende.....	39
bb)	Justiz.....	39
f)	Lösungsmöglichkeiten	40
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	41
h)	Fragen an die notarielle Praxis	42
3.	Übertragung des Erbscheinsverfahrens auf die Notare (Erbscheinserteilung; Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und Konzentration der Zuständigkeit für die Antragstellung bei den Notaren sowie Konzentration der Zuständigkeit für Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB bei den Notaren).....	42
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	42
b)	Vorschlag	47
(1)	Übertragung des Erbscheinsverfahrens.....	47
(2)	Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und Konzentration der Beurkundungszuständigkeit für diese bei den Notare	48
c)	Entlastungseffekt.....	49
aa)	Volumen der Aufgabe.....	49
(1)	Erbscheinsverfahren insgesamt.....	49
(2)	Stellung der Erbscheinsanträge.....	50
(3)	Abnahme der Versicherung an Eides statt durch die Gerichte	50
bb)	Kosten/Einnahmen	52
(1)	Erbscheinsverfahren insgesamt.....	52
(2)	Stellung der Anträge.....	53
(3)	Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB durch die Gerichte	53
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	55
aa)	Rechtssuchende.....	55
(1)	Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt.....	55

(2) Ausschließliche Zuständigkeit der Notare für Erstanträge auf Erteilung eines Erbscheins und ausschließliche Zuständigkeit der Notare für die Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB.....	56
bb) Justiz.....	56
(1) Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt.....	56
(2) Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und ausschließliche Zuständigkeit der Notare für die erstmalige Stellung eines Erbscheinsantrags.....	57
(3) Ausschließliche Zuständigkeit des Notars für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB.....	57
e) Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgaben.....	58
aa) Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt.....	58
(1) Verfassungsrechtliche Probleme.....	58
(aa) Artikel 92 GG.....	58
(bb) Art. 33 GG.....	59
(cc) Artikel 138 GG.....	63
(2) Sachliche Probleme bei der Abwicklung der Verfahren.....	64
(3) Finanzielle Auswirkungen.....	68
bb) Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und Konzentration der Beurkundungszuständigkeit für diese bei den Notaren.....	70
cc) Konzentration der Zuständigkeit für Versicherungen an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB bei den Notaren.....	71
f) Lösungsmöglichkeiten.....	72
aa) Übertragung des Erbscheinsverfahrens.....	72
bb) Beurkundungspflicht für erstmalige Erbscheinsanträge; Konzentration der Zuständigkeit für Versicherungen an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB bei den Notaren.....	73
g) Fragen an die gerichtliche Praxis	74
h) Fragen an die notarielle Praxis	77
4. Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung der Testamentsvollstreckerzeugnisse auf die Notare.....	79
a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	79
b) Vorschlag.....	81
c) Entlastungseffekt.....	82
aa) Volumen der Aufgabe.....	82
bb) Kosten/Einnahmen.....	82
d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe.....	83
aa) Rechtssuchende.....	83
bb) Justiz.....	83
e) Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	83
f) Lösungsmöglichkeiten.....	84
g) Fragen an die Praxis	84
5. Übertragung der Zuständigkeit für die Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern auf die Notare.....	85
a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	85
aa) Nachlasspflegschaft.....	85
bb) Nachlassverwaltung.....	86
b) Vorschlag.....	87
c) Entlastungseffekt.....	88
aa) Volumen der Aufgabe.....	88
bb) Kosten/Einnahmen.....	88
d) Mögliche Vorteile einer Übertragung der Aufgabe.....	89
aa) Rechtssuchende.....	89
bb) Justiz.....	89
e) Mögliche Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	89
aa) Rechtssuchende.....	90
bb) Justiz.....	91

f)	Lösungsmöglichkeiten	92
g)	Fragen an die Praxis	92
6.	Aufnahme von Nachlassverzeichnissen	93
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	93
b)	Vorschlag	93
c)	Entlastungseffekt.....	93
aa)	Volumen der Aufgabe	93
bb)	Kosten/Einnahmen	93
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	94
aa)	Rechtsuchende	94
bb)	Justiz.....	94
e)	Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	94
f)	Lösungsmöglichkeiten	94
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	95
h)	Fragen an die notarielle Praxis	95
7.	Zuständigkeit der Notare für Nachlassauseinandersetzungen	
gem. §§ 86 ff. FGG.....		95
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	95
b)	Vorschlag	96
c)	Entlastungseffekt.....	96
aa)	Volumen der Aufgabe	96
bb)	Kosten/Einnahmen	96
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	96
aa)	Rechtsuchende	96
bb)	Justiz	97
e)	Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	97
f)	Lösungsmöglichkeiten	97
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	97
h)	Fragen an die notarielle Praxis	98
8.	Verlagerung der Hauptkartei für Testamente vom Amtsgericht Schöneberg auf die Bundesnotarkammer.....	98
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	98
b)	Vorschlag	100
c)	Entlastungseffekt.....	101
aa)	Volumen der Aufgabe	101
(1)	Zahl der Fälle - GÜ 2 Zählkartenstatistik.....	101
(2)	Eingesetztes Personal.....	101
bb)	Kosten/Einnahmen	102
d)	Mögliche Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	102
aa)	Rechtssuchende.....	102
bb)	Justiz	103
e)	Mögliche Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe	104
f)	Lösungsmöglichkeiten	105
g)	Beteiligung der Praxis.....	105
9.	Übertragung zusammenhängender nachlassgerichtlicher Aufgaben	106
a)	Notare als Eingangsinstanz	106
b)	Notare als zentrale Stelle für das Erbscheinsverfahren im weiteren Sinn ...	107
c)	Notare als Nachlassgericht erster Instanz	108
d)	Öffnungsklausel für den Landesgesetzgeber.....	108
e)	Fragen an die Praxis	109
III.	Registerrecht	110
1.	Einführung einer „qualifizierten Beglaubigung“ für Registeranmeldungen.....	110
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	110
b)	Vorschlag	110
c)	Entlastungseffekt.....	111
aa)	Volumen	111

bb)	Kosten/Einnahmen	111
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	111
e)	Nachteile	112
f)	Lösungsmöglichkeiten	112
g)	Fragen an die Praxis	112
2.	Aufhebung/Einschränkung der Prüfungszuständigkeit der Registergerichte z.B. bei Satzungsänderungen	113
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	113
b)	Vorschlag	115
c)	Entlastungseffekt.....	115
aa)	Volumen der Aufgabe.....	115
bb)	Kosten/Einnahmen	116
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	116
aa)	Rechtssuchende.....	116
bb)	Justiz	117
e)	Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	117
f)	Lösungsmöglichkeit	118
g)	Fragen an die Praxis	118
3.	Notarielle Vollmachtsbescheinigung als Eintragungsgrundlage	119
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	119
b)	Vorschlag	120
c)	Entlastungseffekt.....	120
aa)	Volumen der Aufgabe.....	120
bb)	Kosten / Einnahmen	120
d)	Mögliche Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	120
aa)	Rechtsuchende	120
bb)	Justiz	121
e)	Mögliche Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	121
f)	Lösungsmöglichkeiten	121
g)	Fragen an die Praxis	122
4.	Gewährung der Grundbucheinsicht durch Notare	123
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	123
b)	Vorschlag	124
c)	Entlastungseffekt.....	124
aa)	Volumen der Aufgabe.....	124
bb)	Kosten/Einnahmen	125
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	125
aa)	Rechtsuchende	125
bb)	Justiz.....	125
e)	Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	126
f)	Lösungsmöglichkeiten	126
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	126
h)	Fragen an die notarielle Praxis	127
5.	Erstellung von Grundbuchausdrucken durch Notare	128
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	128
b)	Vorschlag	128
c)	Entlastungseffekt.....	128
aa)	Volumen der Aufgabe.....	128
bb)	Kosten/Einnahmen	129
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	130
aa)	Rechtsuchende	130
bb)	Justiz	130
e)	Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe.....	130
f)	Lösungsmöglichkeiten	131
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	131
h)	Fragen an die notarielle Praxis	132

IV.	Vollstreckungsrecht	133
1.	Geltendes Recht.....	133
2.	Vorschlag	133
3.	Entlastungseffekt.....	133
a)	Volumen der Aufgabe	133
b)	Kosten/Einnahmen	134
4.	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	134
5.	Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe	134
6.	Lösungsmöglichkeiten	135
7.	Fragen an die Praxis	136
V.	Sonstiges.....	137
1.	Übertragung der Notarrevison (Notarprüfung) nach §§ 92 ff. BNotO auf die Notarkammern.....	137
a)	Aufgabe nach geltendem Recht.....	137
b)	Vorschlag	137
c)	Entlastungseffekt.....	138
aa)	Volumen der Aufgabe	138
bb)	Kosten/Einnahmen	138
d)	Vorteile einer Übertragung der Aufgabe	138
aa)	Rechtsuchende	138
bb)	Justiz	139
e)	Nachteile/Probleme der Übertragung der Notarrevison auf die Notarkammern.....	139
f)	Lösungsmöglichkeiten	141
g)	Fragen an die gerichtliche Praxis	142
h)	Fragen an die notarielle Praxis	142
2.	Aufnahme von Wechsel- und Scheckprotesten ausschließlich durch Notare	142
a)	Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht.....	142
b)	Vorschlag	143
c)	Entlastungseffekt.....	143
aa)	Volumen der Aufgabe	143
bb)	Kosten/Einnahmen	144
d)	Vorteile einer Aufgabenkonzentration bei den Notaren	144
aa)	Rechtssuchende.....	144
bb)	Justiz	145
e)	Nachteile/Probleme einer Aufgabenkonzentration	146
f)	Lösungsmöglichkeiten	146
g)	Fragen an die Praxis	147

A. Einleitung

Die Justizministerinnen und –minister haben die Bundesministerin der Justiz auf ihrer Herbstkonferenz vom 6. November 2003 in Berlin gebeten, gemeinsam mit den Ländern zu prüfen, welche Aufgaben der Zivilgerichte insbesondere im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Ziel einer Effektivierung des Verfahrens und der Entlastung der Justiz auf Notare übertragen werden können. In diese möglichst breit angelegte Überprüfung sollte die Bundesnotarkammer einbezogen werden. Das Bundesministerium der Justiz sollte den Vorsitz des zu bildenden Gremiums übernehmen.

Die Herbstkonferenz der Justizministerinnen und –minister vom 25. November 2004 in Berlin hat die Justizstaatssekretärinnen und –sekretäre gebeten, bis zur Frühjahrskonferenz 2005 detaillierte Vorschläge für eine „Große Justizreform“ zu erarbeiten. Soweit bereits Arbeitsgruppen mit einer möglichen Aufgabenverlagerung befasst sind, sollten deren Ergebnisse im Kontext der „Großen Justizreform“ gebündelt werden.

Die Justizstaatssekretärinnen und –sekretäre haben daraufhin Arbeitsgruppen gebildet, unter anderem auch zur Übertragung von Aufgaben. Sie haben ihre Erwartung zum Ausdruck gebracht, dass die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Aufgabenübertragung auf Notare“ zur Frühjahrskonferenz 2005 einen Zwischenbericht vorlegt.

B. Gang der Beratungen

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Aufgabenübertragung auf Notare“ hat in vier Sitzungen in Magdeburg (18. Februar 2004) und Berlin (10. bis 11. Mai 2004, 14. Dezember 2004 und 2. bis 3. März 2005) getagt. Die Bundesnotarkammer war jeweils vertreten.

Auf ihrer konstituierenden Sitzung am 18. Februar 2004 hat die Bund-Länder-Arbeitsgruppe die zu behandelnden Themen eingegrenzt. In der Folgezeit wurden hierzu Arbeitspapiere nach einem in der ersten Sitzung einvernehmlich festgestellten Aufbauschema erstellt, die die einzelnen Aufgaben sowie die damit verbundenen Kosten darstellten und in denen Argumente für und wider eine Übertragung der einzelnen Aufgaben gesammelt wurden. Die Arbeitspapiere wurden in den weiteren Tagungen beraten und unter Berücksichtigung einer ausführlichen Stellungnahme der Bundesnotarkammer überarbeitet. Die einzelnen Themen werden nachfolgend dargestellt.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hält eine umfassende Beteiligung sowohl der gerichtlichen als auch der notariellen Praxis für erforderlich, bevor konkrete Vorschläge unterbreitet werden sollen. Deshalb soll dieser Zwischenbericht mit konkreten Fragen an die Praxis mit der Bitte um Abgabe entsprechender Stellungnahmen gegeben werden.

Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat versucht, die Kostenfolgen von Aufgabenübertragungen möglichst genau zu ermitteln. Das ist auf Schwierigkeiten gestoßen, weil für die Berechnung erforderliche statistische Angaben in weiten Teilen der Landesjustizverwaltungen nicht bzw. nur allgemein erhoben werden. Soweit Erhebungen vorhanden sind, sind sie schwer miteinander vereinbar, weil sie auf unterschiedlichen Erhebungsmethoden beruhen. Auch mit diesen Einschränkungen hält die Arbeitsgruppe es für sinnvoll, die finanziellen Auswirkungen den Entscheidungsträgern vorzulegen.

C. Einzelthemen

I. Familienrecht

1. Übertragung einvernehmlicher Scheidungen auf die Notare

a) **Geltendes Recht**

Gemäß § 1564 S. 1 BGB kann eine Ehe nur durch gerichtliches Urteil auf Antrag eines oder beider Ehegatten geschieden werden. Dabei gilt der Grundsatz der einheitlichen Endentscheidung (§ 629 Abs. 1 ZPO). Dieser besagt, dass für den Fall, dass dem Scheidungsantrag stattzugeben und gleichzeitig über Folgesachen (etwa nachehelicher Unterhalt, elterliche Sorge) zu entscheiden ist, die Entscheidung einheitlich durch Urteil ergeht.

Dies hat zur Folge, dass auch bei einer einverständlichen Scheidung gemäß § 630 ZPO zumindest eine Entscheidung über den Wertausgleich von Versorgungsanswartschaften (Versorgungsausgleich gemäß 1587b BGB) zu erfolgen hat, weil dieser von Amts wegen als Folgesache geregelt wird (§ 623 Abs. 1 S. 3 ZPO). Ein Scheidungsurteil ohne Ausspruch über die Folgesache Versorgungsausgleich kann nur unter den engen Voraussetzungen des § 628 ZPO erfolgen.

Die (einheitliche) Endentscheidung hat nach obligatorischer mündlicher Verhandlung zu ergehen. Für die mündliche Verhandlung soll das Gericht gemäß § 613 ZPO das persönliche Erscheinen der Ehegatten anordnen und sie persönlich anhören. Sofern gemeinschaftliche minderjährige Kinder vorhanden sind, sind die Ehegatten des Weiteren zur elterlichen Sorge anzuhören.

Bei einer einverständlichen Scheidung (§ 630 ZPO i. V. m. §§ 1565, 1566 Abs. 1 BGB) muss zudem eine Einigung vorliegen über die Aufteilung des Hausrats, die Nutzung der Ehwohnung, die elterliche Sorge, Umgangsrecht und Kindesunterhalt, die Unterhaltspflicht gegenüber Kindern sowie die Unterhaltspflicht der Ehegatten bzw. deren Verzicht diesbezüglich.

Besteht diese Einigung erfolgt die Ehescheidung in der Praxis regelmäßig auch dann, wenn keine vollstreckbaren Titel gemäß § 630 Abs. 3 ZPO vorliegen.

b) Vorschlag

(1) Bei einer einverständlichen Scheidung soll die Ehe durch den Notar geschieden werden können. Eine einverständliche Scheidung i.d.S. liegt vor, wenn sich die Eheleute über alle in Betracht kommenden Folgesachen einschließlich des Versorgungsausgleichs und den Scheidungsausspruch geeinigt haben. Nach geltendem Recht hätte das Gericht in diesem Fall nur noch die von den Eheleuten getroffene Vereinbarung über den Versorgungsausgleich nach § 1587o Abs. 2 BGB zu genehmigen.

(2) Alternativ soll die Scheidung durch den Notar auch dann ausgesprochen werden können, wenn keine Einigung über den Versorgungsausgleich vorliegt. Die Entscheidung über den Versorgungsausgleich erfolgt dann entweder durch das Gericht, könnte aber auch auf Dritte (z.B. die Versorgungsträger) übertragen werden.

Bei beiden Vorschlägen übernimmt der Notar die Funktion des Familiengerichts bei der Entscheidung über den Scheidungsausspruch.

Die auch bei der einverständlichen Scheidung nach geltendem Recht obligatorische mündliche Verhandlung vor dem Familiengericht soll in diesen Fällen durch die notarielle Beurkundungsverhandlung ersetzt werden. Im Rahmen der Beurkundungsverhandlung soll der Notar

- die Sach- und Rechtslage ermitteln,
- sie mit den Ehegatten erörtern,
- mit ihnen zu einer einvernehmlichen Lösung gelangen und
- diese sodann nebst den für die Entscheidung über den Scheidungsausspruch notwendigen Feststellungen und Erklärungen in einer beurkundeten Scheidungsfolgenvereinbarung festhalten.

Die notarielle Beurkundungsverhandlung soll so ausgestaltet werden, dass sie der mündlichen Verhandlung vor Gericht gleichwertig ist. Hierzu wird vorgeschlagen, dass der Notar

- im Gespräch mit den Ehegatten die Voraussetzungen der §§ 1565 - 1567 BGB (Scheitern der Ehe) erörtert und feststellt. Die Trennungsumstände und der Trennungszeitraum sollen in der notariellen Urkunde nachvollziehbar dargelegt werden.

- die in § 630 Abs. 1 ZPO vorgesehenen Gegenstände erörtert und ggfls. beurkundet.
- das bislang in § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO für die mündliche Verhandlung bei Gericht vorgeschriebene Gespräch zur elterlichen Sorge führt, die erforderlichen Belehrungen zur gemeinsamen elterlichen Sorge bzw. zur Übertragung der Sorge auf einen Ehegatten erteilt und auf bestehende Möglichkeiten der Beratung durch die Beratungsstellen und Dienste der Träger der Jugendhilfe hinweist.

Ferner soll der Notar

- die Befugnis erhalten, bei den Versorgungsträgern Auskünfte zur Regelung des Versorgungsausgleichs einzuholen. Diese soll er dann mit den Ehegatten erörtern, um eine Regelung zum Versorgungsausgleich zu treffen. Die Auskünfte der Versorgungsträger würden dann als Anlage zur Urkunde genommen, um die inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Versorgungsausgleich und die Basis der Entscheidung der Ehegatten für eine Lösung zu dokumentieren und dem Richter die Tatsachen für die Genehmigungsentscheidung nach § 1587o BGB darzulegen.

c) Entlastungseffekt

aa) unmittelbare Entlastung

Ein spürbarer personeller und finanzieller Entlastungseffekt im Bereich der Richterinnen und Richter sowie der Geschäftsstellen und Kanzleien würde sich ergeben, wenn auch die Durchführung und Entscheidung der Folgesache Versorgungsausgleich entsprechend dem Vorschlag (1) auf die Notare bzw. bei Vorschlag (2) gegebenenfalls auf Dritte übertragen würde.

Bei den Gerichten verbliebe beim Vorschlag (1) nur noch die Genehmigung der Vereinbarung über den Versorgungsausgleich gemäß § 1587o Abs. 2 BGB, wobei nach dem obigen Vorschlag die Auskünfte der Versorgungsträger der notariellen Urkunde bereits beiliegen sollen. Bei den Gerichten würden alle mit der Scheidung und der Einholung der Auskünfte für den Versorgungsausgleich zusammenhängenden Tätigkeiten entfallen. Die Gerichte müssten allerdings weiterhin eine Akte „Versorgungsausgleich“ und gegebenenfalls einer Akte über die Durchführung der einverständlichen Scheidung beim Notar anlegen. Die Genehmi-

gung wiederum könnte ohne mündliche Verhandlung durch – die Gerichte zeitlich entlastenden - Beschluss erfolgen.

Wird der Versorgungsausgleich beim Vorschlag (2) auf Dritte wie z.B. den Versorgungsträger übertragen, ist das Gericht mit der einverständlichen Scheidung zunächst insgesamt nicht mehr befasst.

Verbleibt dagegen beim Vorschlag (2) die Entscheidung über den Versorgungsausgleich beim Gericht, würde sich ein unmittelbarer Entlastungseffekt nur dadurch ergeben, dass bei einer Entscheidung über den Versorgungsausgleich durch Beschluss für die Richterinnen und Richter die mündliche Verhandlung und für die Geschäftsstellen die Ladung der Parteien zum Termin entfielen. Wie auch beim Vorschlag (1) müssten die Gerichte weiterhin aber nicht nur eine Akte „Versorgungsausgleich“, sondern auch eine Akte zur Durchführung der einverständlichen Scheidung beim Notar anlegen. Zusätzlich müssten allerdings - wie bislang auch - die für den Versorgungsausgleich maßgeblichen Auskünfte eingeholt, den Parteien rechtliches Gehör gewährt und abschließend die Entscheidung durch Beschluss getroffen werden. Damit wäre der Entlastungseffekt minimal, zumal eine mündliche Verhandlung in Verfahren mit einverständlichen Scheidungen regelmäßig keinen großen zeitlichen Aufwand erfordern dürfte. Auch in der Gesamtsumme bliebe ein solcher Entlastungseffekt gering, da die Anzahl der Scheidungen, bei denen die Eheleute über alle Folgesachen Einigkeit erzielt haben, deutlich unter 10 % liegen dürfte (s. bb)).

bb) mittelbare Entlastung

Ein weiterer - mittelbarer - Entlastungseffekt könnte sich daraus ergeben, dass eine Übertragung einverständlicher Scheidungen auf Notare die Bereitschaft der Eheleute fördern könnte, sich außergerichtlich über die Folgesachen zu einigen. Anreiz hierfür könnte für die Parteien jedoch allenfalls die Aussicht sein, bei Abschluss einer notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung und eines Scheidungsausspruchs durch den Notar die Scheidung ohne persönliches Erscheinen vor Gericht zu erreichen. Dies wäre auch durch die unter I 2 dargestellte Möglichkeit einer vereinfachten Scheidung im Beschlussverfahren zu erreichen.

Ein Anhaltspunkt für den möglicherweise zu erreichenden mittelbaren Entlastungseffekt lässt sich aus der Zählkartenstatistik entnehmen. Aus dieser ist ersichtlich, in wie vielen Fällen vor der Scheidung durch gerichtlichen Vergleich (beim Versorgungsausgleich auch durch notarielle Vereinbarung) einvernehmliche Regelungen der Ehegatten zu Folgesachen getroffen worden sind. Gelänge es, einen Teil dieser erst vor Gericht abgeschlossenen Vergleiche

bereits durch außergerichtliche notarielle Vereinbarungen und einverständliche Scheidungen vor dem Notar zu ersetzen, könnte insoweit eine weitere Entlastung der Gerichte erreicht werden.

Aus der Zählkartenauswertung für die Jahre 2002 und 2003 ergibt sich bundesweit folgendes Bild¹:

Familien­sachen vor dem Amtsgericht	2002	2003
-------------------------------------	------	------

Scheidungs­urteile insgesamt	205.897	215.839
Durch gerichtlichen Vergleich wurden vor der Scheidung Regelungen getroffen über Folgesachen insgesamt	81.637	81.299
davon betrafen:		
- Unterhalt für ein Kind	6.748	6.367
- Unterhalt für den Ehegatten	14.382	14.348
- Versorgungsausgleich (auch durch notarielle Vereinbarung)	44.091	45.024
- Wohnung, Hausrat	8.027	7.194
- Eheliches Güterrecht	8.389	8.366

Zu beachten ist allerdings, dass aus dieser Statistik nicht zu entnehmen ist, in wie vielen Fällen eine Einigung der Ehegatten nicht nur über einen Teil, sondern über alle in Betracht kommenden Folgesachen zustande gekommen ist. Eine vor einigen Jahren durchgeführte Praxisbefragung hat ergeben, dass der Anteil der Scheidungen, bei denen zwischen den Eheleuten Einigkeit über alle im konkreten Fall zu regelnden Folgesachen besteht, auf unter 10 % zu schätzen ist. Auch in den Fällen, in denen eine Einigung bisher nur über Teile zustande gekommen ist, könnte freilich eine Durchführung der einverständlichen Scheidung durch den Notar möglicherweise die Bereitschaft zur außergerichtlichen Einigung über alle Scheidungsfolgen stärken.

¹ Quelle: Fachserie 10, Reihe 2.2, Tabelle 2.2 und Tabelle 2.3 Statistisches Bundesamt 2002 + 2003

d) Vorteile bei der Übertragung des Scheidungsausspruchs auf Notare

Ein echter Vorteil bei der Übertragung des Scheidungsausspruchs auf Notare wäre dann denkbar, wenn gemäß Vorschlag (1) gleichzeitig die Übertragung der Durchführung und Entscheidung der Folgesache Versorgungsausgleich auf die Notare erfolgen würde. Hiermit wäre insbesondere auch eine Entlastung der Geschäftsstellen und Kanzleien verbunden, was weitere Einsparmöglichkeiten beinhaltet. Für die Bürgerinnen und Bürger ergäbe sich der Vorteil, dass sie sich im Fall einer einverständlichen Scheidung nur an die Notare und nicht auch an die Gerichte wenden müssten. Auch könnte der Grundsatz der einheitlichen Endentscheidung (§ 629 Abs. 1 ZPO) erhalten bleiben, der bei einer Trennung der Entscheidungsbefugnis über die Scheidung und den Versorgungsausgleich nicht mehr praktikabel erscheint.

Wird bei Vorschlag (2) der Versorgungsausgleich auf Dritte übertragen, führt dies auch zu einer umfassenden Entlastung der Gerichte, da diese mit der einverständlichen Scheidung insgesamt nicht mehr befasst wären. Allerdings hätten die Bürgerinnen und Bürger wiederum zwei Ansprechpartner, den Notar für die Scheidung und den Dritten für den Versorgungsausgleich. Der Grundsatz der einheitlichen Endentscheidung bliebe nicht erhalten.

Wird allein der Scheidungsausspruch auf die Notare übertragen und verbleibt bei Vorschlag (2) die Entscheidung über den Versorgungsausgleich beim Gericht, würde dieses nur in geringem Umfang entlastet werden.

e) Nachteile/Probleme der Übertragung des Scheidungsausspruchs auf Notare

aa) Verfassungsrecht

(1) Art. 92 GG

Nach Art. 92 GG ist die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut. Ihre Ausübung ist den Gerichten des Bundes und der Länder vorbehalten. Der Gesetzgeber darf deshalb eine Angelegenheit, die Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 erster Halbsatz GG ist, nicht anderen Stellen als den Gerichten und dort den Richtern zuweisen.

Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt ist durch die Verfassungsrechtsprechung nicht abschließend geklärt. Ob die Wahrnehmung einer Aufgabe als Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG anzusehen ist, hängt wesentlich von verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie von traditionellen oder durch den Gesetzgeber vorgenommenen Qualifizierungen ab². Um Rechtsprechung im materiellen Sinne handelt es sich – neben den Fällen, in denen bestimmte hoheitsrechtliche Befugnisse bereits durch die Verfassung Richtern zugewiesen sind – im Wesentlichen bei dem Kernbereich der Aufgaben, die herkömmlicherweise den Gerichten übertragen sind³.

Wesentlich zum Begriffsmerkmal der Rechtsprechung gehört „das Element der Entscheidung der letztverbindlichen, der Rechtskraft fähigen Feststellung und des Ausspruchs dessen, was im konkreten Fall rechtens ist“⁴.

Ausgehend hiervon hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vermögensrechtlicher Art und die „Ausübung der Strafgerichtsbarkeit“⁵, aber auch die Ehescheidung und die Regelung der hiermit zusammenhängenden Folgen⁶ als typische bzw. von jeher bestehende Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt bezeichnet.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wird man davon ausgehen müssen, dass es sich bei der Ehescheidung nach wie vor um „Rechtsprechung“ i.S.d. Art. 92 GG und damit um einen nach dieser Vorschrift dem Richter übertragenen Aufgabenbereich handelt; will man diesen Aufgabenbereich für die Fälle der sog. formalisierten einvernehmlichen Ehescheidung entgegen der bisherigen klaren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts⁷ anderen als gerichtlichen Stellen zuordnen, so ist damit ein erhebliches verfassungsrechtliches Risiko verbunden.

(2) Art. 33 Abs. 4 GG

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-

² BVerfGE 22,49,76; 64,175,179;76,100,106; 103,111,136ff

³ zuletzt BVerfG, Beschluss vom 3. August 2004, 1 BVR 135/00, 1 BVR 1086/01

⁴ BVerfGE 103, a.a.O.

⁵ BVerfGE 22, 49, 78

⁶ BVerfGE 64, 175, 180

⁷ BVerfGE 64, 175, 180

rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Aus der Entstehungsgeschichte, aus dem systematischen Zusammenhang von Art. 33 Abs. 4 mit Abs. 5 GG sowie aus Art. 74a Abs. 1 GG als Regelung der Gesetzgebungskompetenz unter anderem für die Besoldung folgt, dass nur Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen⁸. Die Vorschrift trifft eine Grundsatzentscheidung für die Wahrnehmung bestimmter öffentlicher Aufgaben durch Beamte und enthält damit, insoweit durch Abs. 5 ergänzt, eine institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums⁹. Die Auffassungen über die Bedeutung des Begriffes Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse i.S.v. Art. 33 Abs. 4 GG und damit die Auffassungen über die Reichweite des Funktionsvorbehalts decken sich nur in einem Kernbereich und gehen im Übrigen weit auseinander. Unstreitig hoheitsrechtlicher Natur ist die Ausübung von Eingriffsbefugnissen¹⁰. Allerdings fällt die Ausübung von Eingriffsbefugnissen ggf. sogar unter den Richtervorbehalt¹¹. Daher sind Art. 92 GG und Art. 33 Abs. 4 GG im Zusammenhang zu betrachten mit der Folge, dass die Übertragung von hoheitlichen Befugnisse auf beliebige Private umso weniger in Betracht kommt, je mehr diese Befugnisse denen eines Richters in einem streitigen gerichtlichen Verfahren im Sinne des Art. 92 GG nahe kommen. Denn der Richtervorbehalt gilt ausnahmslos, während der Funktionsvorbehalt durch die Begriffe „in der Regel“ und „als ständige Aufgaben“ eingegrenzt wird.

Dass Notare, von den Notaren im Landesdienst in Baden-Württemberg abgesehen, auch Beliehene im vorgenannten Sinn sind, wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur vertreten¹². Soweit sie in § 1 BNotO als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes bezeichnet werden, stehe dies ihrer Einordnung als Beliehene nicht entgegen, sondern verdeutlicht gerade diese Stellung. Es ist kennzeichnend für Beliehene, dass sie aufgrund der ihnen verliehenen Befugnis Verwaltungsaufgaben selbständig in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts wahrzunehmen haben¹³. Die Notare sind insoweit mit schlicht-hoheitlichen Kompetenzen ausgestattet¹⁴. Es ist daher nicht zulässig, Notare in den Anwendungsbereich von Art. 33 Abs. 4 GG mit einzubeziehen und deshalb nicht von einer Aufgabenübertragung im Sinne dieser Verfassungsvorschrift, sondern lediglich von einer Verschiebung der Zuständigkeiten von einem Amtsträger (dem Richter/Rechtspfleger) zum anderen Amtsträger (dem Notar) auszugehen.

⁸ Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein, Das Bonner Grundgesetz, Art. 33, Rdnr. 30

⁹ Lübbe-Wolff, in: Dreier, GG, Art. 33, Rdnr. 53

¹⁰ Lübbe-Wolff, a.a.O., Art. 33 Rdnr. 57

¹¹ vgl. für Ausübung der Strafgerichtsbarkeit BVerfGE 8, 192, 207 und 12, 264, 274

¹² Bonk in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 34 Rdnr. 101; Wolff/Bachoff/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Aufl., § 90 Rdnr. 18

¹³ Krebs, HBStR III, S. 590

¹⁴ Wolff/Bachoff/Stober, a.a.O. § 90 Rdnr. 15

Auch im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG wäre somit eine Übertragung der einvernehmlichen Scheidung auf die Notare mit einem nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen Risiko verbunden.

(3) Art. 6 GG und Art. 14 GG

Die Ehe steht nach Art. 6 Abs. 1 GG unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Der Bedeutung von Ehe und Ehescheidung wird die gegenwärtige Gesetzeslage – Scheidung durch Urteil – in besonderer Weise gerecht. Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass sie von Verfassung wegen geboten sei und eine Verlagerung der Ehescheidungszuständigkeit bei einvernehmlichen Scheidungen auf den Notar von vornherein nicht in Betracht käme. Jedenfalls bei Beibehaltung der derzeitigen materiellen Scheidungsvoraussetzungen und entsprechender fachlicher Kompetenz der Notare ist aus grundrechtlicher Sicht eine Zuständigkeitsverlagerung nicht ausgeschlossen.

Einen ausdrücklichen Richtervorbehalt kennt das Grundgesetz – soweit es Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte betrifft - lediglich in den Art. 13 Abs. 2 bis 5 und 104 Abs. 2 Satz 1 GG, deren Schutzbereich hier nicht in Rede steht.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dürfte sich ferner herleiten lassen, dass ein Richtervorbehalt auch für besonders schwerwiegende und irreparable Grundrechtseingriffe besteht, wenn sie ohne vorherige Anhörung des Betroffenen erfolgen. Der Richtervorbehalt dient in diesen Fällen insbesondere einer gebührenden Berücksichtigung der Interessen der Betroffenen¹⁵. Ferner könnte die Einführung eines einfachgesetzlichen Richtervorbehalts auch bei besonders schwerwiegenden Eingriffen, die nicht irreparabel sind und nach Anhörung des Betroffenen ergehen, zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs geboten sein¹⁶.

Bei einer einverständlichen Scheidung vor dem Notar erscheint die Annahme eines schwerwiegenden Eingriffs in Art. 6 Abs. 1 GG als Freiheitsrecht aber ausgeschlossen. In einer einverständlichen Scheidung dürfte der beiderseitige Verzicht auf den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG zu erblicken sein. Gleiches gilt mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG für einverständlich herbeigeführte Regelungen über den nachehelichen Unterhalt, die Ehewohnung und den Hausrat. Eine mit der Scheidung verbundene Regelung des Versorgungsausgleichs (Eingriff in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 bzw. Art. 33 Abs. 5 GG) dürfte nicht irreparabel und

¹⁵ BVerfGE 9, 89, 97; 103, 142, 151

¹⁶ BVerfGE 103, 21, 34

auch nicht derart schwerwiegend sein, dass zur Herstellung der Verhältnismäßigkeit die Übertragung auf den Richter geboten wäre.

Anders könnte es liegen, soweit mit der Scheidung vor dem Notar auch eine Regelung über das Sorge- und Umgangsrecht für etwaig vorhandene Kinder verbunden wird. Zwar dürfte ein Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ausscheiden, wenn der Notar einem einverständlichen Vorschlag der Eltern zur Regelung der elterlichen Sorge folgt. Nicht ausgeschlossen erscheint indessen, dass auch eine auf einem einverständlichen Vorschlag der Eltern beruhende Regelung des Sorge- und Umgangsrechts (schwerwiegend) in das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen aus Art. 6 Abs. 1 GG eingreifen könnte.

Aus den Artt. 6 und 14 GG ergeben sich staatliche Schutzpflichten, denen durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung Rechnung zu tragen wäre. So dürfte sich aus Art. 6 Abs. 1 GG die Verpflichtung ergeben, das Scheidungsverfahren so zu gestalten, dass eine Scheidung von Ehen, die nicht gescheitert sind, und eine Scheidung zur „Unzeit“ vermieden wird¹⁷, und aus Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG eine Verpflichtung zur Schaffung von Regelungen, die eine hinreichende Berücksichtigung der grundrechtlichen Stellung des betroffenen Kindes im sorgerechtlichen Verfahren garantieren¹⁸. Aus Art. 14 Abs. 1 GG dürften sich Schutzpflichten zugunsten des wirtschaftlich und sozial schwächeren Partners vor Übervorteilung beim Versorgungsausgleich, dem nachehelichen Unterhalt und der Aufteilung der Ehewohnung und des Hausrats ableiten lassen¹⁹.

Das Problem einer Scheidung zur „Unzeit“ dürfte bei einer einverständlichen Scheidung keine Rolle spielen. Es erscheint auch gut vorstellbar, dass Notare den Schutzpflichten aus Art. 14 Abs. 1 GG nachkommen können, zumal entsprechende Beratungspflichten sie bereits hinsichtlich ihrer jetzigen Tätigkeiten treffen dürften, z.B. beim Grundstückserwerb.

In der Arbeitsgruppe wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht die Einschaltung des Gerichtes erforderlich ist, um den erwähnten Schutzpflichten zu genügen, insbesondere damit nicht eine Ehe geschieden wird, die nicht gescheitert ist.

Zum einen wurde vertreten, den Schutzpflichten könne nur im Rahmen einer mündlichen Verhandlung vor Gericht nachgekommen werden, nicht aber durch eine Beurkundungsverhandlung vor dem Notar und gegebenenfalls eine Entscheidung des Gerichts im Beschluss-

¹⁷ BVerfGE 53, 224, 249 zu § 614 ZPO; 55, 134, 144

¹⁸ BVerfGE 55, 171, 179

¹⁹ BVerfGE 42, 64, 76 f.

wege (s.u. I 2). Soweit die Ehegatten gemeinsame Kinder hätten, sei eine persönliche Anhörung durch das Gericht auch zur Wahrung der Grundrechte der Kinder in Bezug auf die Regelung des Umgangs- und Sorgerechts erforderlich.

Dagegen wurde vorgebracht, der Vorschlag bewirke keine Erleichterung der Ehescheidung. Die notarielle Beurkundungsverhandlung könne so ausgestaltet werden, dass sie der mündlichen Verhandlung vor Gericht mindestens gleichwertig sei. Dem verfassungsrechtlichen Gebot, im Scheidungsverfahren auch die Ehe erhaltende Elemente zu berücksichtigen, werde durch die Einschaltung des Notars in das Scheidungsverfahren sogar in besonderem Maße Rechnung getragen. Da der Notar regelmäßig vor Stellung der Anträge auf Ehescheidung und damit früher als die Familiengerichte eingeschaltet werde, treffe er in der Regel auch noch auf eine größere Einigungs- und so auch gegebenenfalls auf eine größere Aussöhnungsbereitschaft. Die materiell-rechtlichen Scheidungsvoraussetzungen blieben unberührt. Die Notare hätten ebenso wie die Richter die materiellen Voraussetzungen zu prüfen und mit den Eheleuten zu erörtern. Insbesondere die Sachverhaltsaufklärung bezüglich der Kernfrage, ob die Ehe tatsächlich gescheitert ist, würde durch den Wegfall der mündlichen Verhandlung vor Gericht und gegebenenfalls die Übertragung der Prüfung auf die Notare keine Einbuße erleiden. In der gerichtlichen Praxis verließen sich die Richter auch heute in der Regel allein auf die Erklärungen der Ehegatten. Ermittlungen, mit denen die Behauptungen über die Trennung überprüft werden könnten, fänden nur in hoch streitigen Fällen, also nicht bei einvernehmlichen Scheidungen statt. Schließlich könne der Notar auch die Anhörung und Belehrungen in Bezug auf das Sorge- und Umgangsrecht ebenso gut wie das Gericht durchführen. Das Ergebnis der Anhörung könne in der notariellen Urkunde festgehalten werden.

bb) Sonstige Problemfelder

Aus den Vorschlägen ergeben sich zu klärende Folgefragen:

So wäre zu prüfen, ob einvernehmliche Scheidungsverfahren ausschließlich durch Notare durchgeführt werden sollten oder ob die Parteien die Möglichkeiten haben sollten, sich auch an die Gerichte wenden zu können. Schließlich müssten Regelungen entwickelt werden, wie zu verfahren wäre, wenn sich erst im Laufe des Verfahrens vor dem Notar herausstellt, dass sich die Parteien nicht einig sind.

Für den Fall, dass gemäß Vorschlag (1) auch das Versorgungsausgleichsverfahren auf die Notare bzw. gemäß Vorschlag (2) eventuell auf Dritte übertragen werden soll, würde ein

neues Rechtsmittelsystem für die anderen Verfahrensbeteiligten (z.B. die BfA) erforderlich werden. Auch müssten die Notare die Auskünfte bei den Versicherungsträgern einholen und die Berechnung des Versorgungsausgleichs durchführen. Dies wirft u.a. haftungs- und kostenrechtliche Fragen auf.

Unter anderem vor diesem Hintergrund wurde ein solcher Schritt von der Expertengruppe abgelehnt, die im Rahmen der Arbeiten zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs vom Bundesministerium der Justiz eingesetzt worden war. Insoweit gehen die hier geprüften Vorschläge in eine andere Richtung, als die bereits veröffentlichten Ergebnisse der Expertengruppe.

Bislang nicht abschließend geklärt sind die mit der Bewilligung von Prozesskostenhilfe zusammenhängenden Fragen, wenn der Scheidungsausspruch durch die Notare erfolgt. Zu klären wäre insbesondere, ob Prozesskostenhilfe auch für die Teilnahme beratender Rechtsanwälte gewährt werden soll und wer hierfür aufzukommen hat (der Notar oder die Justizverwaltung?). Die Klärung dieser Frage wird erheblichen Einfluss auf die Höhe des Einsparpotentials für die Justiz haben. Soweit eine Prüfung der Prozesskostenhilfevoraussetzungen beim Gericht verbleibt, würden Entlastungseffekte weitgehend minimiert.

f) Lösungsvorschlag

Eine Übertragung der einverständlichen Scheidung auf die Notare gemäß den Vorschlägen (1) und (2) ist insgesamt kritisch zu bewerten. Ausschlaggebend sind neben den verfassungsrechtlichen Bedenken insbesondere die je nach Ausgestaltung der Übertragung zum Teil nur geringen Entlastungseffekte für die Gerichte. Gleichzeitig entstehen Folgeprobleme, die die Vorteile einer Übertragung nicht nur für die Gerichte, sondern auch für die Bürgerinnen und Bürger überwiegen dürften. Dennoch sollen die Vorschläge der Praxis zur Stellungnahme vorgestellt werden.

2. Vereinfachte Scheidung im Beschlussverfahren aufgrund notariell beurkundeter Scheidungsfolgenvereinbarung

a) Geltendes Recht

Nach geltendem Recht entscheidet das Familiengericht über Scheidungsanträge nach obligatorischer mündlicher Verhandlung (§ 128 ZPO) durch Urteil. Gemäß § 613 ZPO soll das Gericht das persönliche Erscheinen der Ehegatten anordnen und sie persönlich anhören. Soweit gemeinschaftliche minderjährige Kinder vorhanden sind, sind die Ehegatten auch zur elterlichen Sorge anzuhören. Diese Vorschriften gelten auch für den Fall einer formalisierten einverständlichen Scheidung i.S.d. § 630 ZPO, unabhängig davon, ob und inwieweit bereits eine (notarielle) Scheidungsfolgenvereinbarung getroffen worden ist.

b) Vorschlag

In Fällen der formalisierten einverständlichen Scheidung soll eine Entscheidung des Gerichts im Beschlussverfahren ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ermöglicht werden, wenn die Ehegatten eine notariell beurkundete Scheidungsfolgenvereinbarung getroffen haben. Eine einverständliche Scheidung i.d.S. liegt vor, wenn sich die Eheleute über alle in Betracht kommenden Folgesachen – unabhängig von einer Einigung über den Versorgungsausgleich - in der notariellen Vereinbarung geeinigt haben.

Die Funktion der mündlichen Verhandlung vor dem Familiengericht soll in diesen Fällen durch die notarielle Beurkundungsverhandlung ersetzt werden. Zu deren Ausgestaltung wird auf I 1. b) verwiesen. Durch sie soll es dem Gericht möglich sein, auch ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nachzuprüfen, ob die Ehe gescheitert ist. Das Gericht kann dann (fakultativ) auf der Grundlage der notariellen Urkunde die Scheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss aussprechen.

c) Entlastungseffekt (Volumen der Aufgabe/Kosten)

Der Vorschlag beinhaltet keine Übertragung von Aufgaben aus der Gerichtsbarkeit auf die Notare. Entlastungseffekte für die Justiz können jedoch aus der Vereinfachung des gerichtlichen Verfahrens entstehen.

aa) Unmittelbare Entlastung

Ein unmittelbarer Entlastungseffekt ergäbe sich aus der durch das Entfallen der mündlichen Verhandlung frei werdenden Arbeitszeit des Richters und gegebenenfalls frei werdenden Kapazitäten im Geschäftsstellen- und Kanzleibereich.

Die Zahl der im Vorfeld von einverständlichen Scheidungen getroffenen notariell beurkundeten Scheidungsfolgenvereinbarungen ist - soweit ersichtlich - statistisch nicht erfasst, so dass eine konkrete Aussage, in wie vielen Fällen das vereinfachte Beschlussverfahren greifen würde, nicht gemacht werden kann.

Konkrete Zahlen dazu, wie viel Zeit im Schnitt durch den Wegfall der mündlichen Verhandlung einzusparen wäre und welche Kostenersparnis hiermit korrespondiert, liegen ebenfalls nicht vor. Bekannt ist jedoch, dass die Durchführung der mündlichen Verhandlung und Anhörung der Ehegatten in den Fällen der einverständlichen Scheidung, in denen sich die Ehegatten über alle Folgesachen einig sind, regelmäßig keinen großen zeitlichen Aufwand erfordert. Ein nennenswertes Entlastungspotential wird daher jedenfalls allein unter dem Gesichtspunkt des ersparten Zeitaufwandes für die Durchführung der mündlichen Verhandlung nicht zu erwarten sein (vgl. oben I 1 d) aa)).

bb) Mögliche mittelbare Entlastung

Eine mittelbare Entlastung der Gerichte könnte unter dem bereits unter I 1 d) bb) geschilderten Gesichtspunkt eintreten, dass durch die Aussicht, bei Abschluss einer notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung eine Scheidung ohne persönlichen Gang zum Gericht erreichen zu können, die Bereitschaft der scheidungswilligen Ehegatten erhöht wird, sich bereits außergerichtlich über die Folgesachen zu einigen. Der Vorschlag stellt insoweit einen Beitrag zur Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung dar. Dieser Effekt könnte gegebenenfalls durch eine Ermäßigung der Verfahrenskosten für den Fall der Entscheidung im Beschlussverfahren unterstützt werden.

d) Vorteile des Beschlussverfahrens

Sowohl den Beteiligten als auch dem Gericht bliebe der zeitliche Aufwand für die Durchführung der mündlichen Verhandlung erspart, den Beteiligten auch die möglicherweise mit der mündlichen Verhandlung verbundene persönliche Belastung.

Hinzutreten könnte die beschriebene Förderung der Bereitschaft zur außergerichtlichen Streitbeilegung. Den Notaren könnte im Scheidungsverfahren eine vergleichbare Funktion zukommen, wie sie etwa in anderen Zivilsachen den Schlichtungsstellen nach § 15a EGZPO zukommt. Eine einvernehmliche Regelung der Folgesachen könnte dadurch begünstigt werden, dass die Beteiligung des Notars am Anfang des Verfahrens steht und nicht erst wie die mündliche Verhandlung bei Gericht an dessen Ende. So könnte der Notar frühzeitig im Gespräch die Einigungsmöglichkeiten ausloten und fördern.

Inwieweit die Aussicht, bei Abschluss einer notariellen Scheidungsfolgenvereinbarung eine Scheidung ohne persönlichen Gang zum Gericht erreichen zu können, die Bereitschaft scheidungswilliger Ehegatten zu einer außergerichtlichen Einigung über alle im konkreten Fall in Betracht kommenden Folgesachen tatsächlich erhöhen wird, ist freilich nur schwer abzuschätzen. Dies gilt umso mehr, wenn das Entfallen der mündlichen Verhandlung nur fakultativ sein sollte. Der zu erzielende Streitschlichtungseffekt wird maßgeblich auch davon abhängen, ob und inwieweit der Notar für die umfangreichen Tätigkeiten (ausführliche Erörterungen über die Scheidungsvoraussetzungen, die elterliche Sorge, die Unterhaltspflichten und die Rechtsverhältnisse an Ehewohnung und Hausrat; ferner die Einholung, Auswertung und Erörterung von Tatsachen zum Versorgungsausgleich) zusätzliche oder erhöhte Gebühren zu berechnen hat. Ein Anreiz für die Einigungsbereitschaft könnte zudem durch eine Ermäßigung der Gerichtsgebühren geschaffen werden. Die notarielle Scheidungsfolgenvereinbarung könnte etwa entsprechend dem gerichtlichen Vergleich in Nr. 1311 Ziff. 3 Kostenverzeichnis GKG behandelt und die Verhandlungsgebühr nach Nr. 1310 Kostenverzeichnis GKG auf 0,5 ermäßigt werden.

e) Nachteile/Probleme des Beschlussverfahrens

aa) Verfassungsrecht

(1) Art. 6 GG

Hierzu kann auf die bereits unter I 1 f) aa) gemachten Ausführungen verwiesen werden.

(2) Art. 103 Abs. 1 GG

Das rechtliche Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG wird durch eine Entscheidung im Beschlussverfahren nicht verletzt. Es reicht aus, wenn die Beteiligten Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme haben²⁰.

bb) Sonstige Problemfelder

Klärungsbedürftig erscheint die Frage, in welcher Weise die Mitwirkung von Prozessbevollmächtigten der Ehegatten im Rahmen des Beurkundungsverfahrens zu regeln ist. Soll die Anhörung der Eheleute im Beurkundungsverfahren die persönliche Anhörung vor Gericht ersetzen, so muss gewährleistet sein, dass die Parteien hierzu jeweils auch im Beistand ihres Prozessbevollmächtigten erscheinen können und dass der Rechtsanwalt hierfür auch eine Vergütung erhält. Hinsichtlich der mit der Prozesskostenhilfe zusammenhängenden Probleme wird auf I f) cc) verwiesen.

3. Fragen an die gerichtliche Praxis

Zur Übertragung der einverständlichen Scheidung auf Notare:

1. Wie hoch schätzen Sie den Anteil der einverständlichen Scheidungsverfahren (§ 630 ZPO i.V.m. §§ 1565, 1566 Abs.1 BGB) an der Gesamtzahl der Scheidungen?

²⁰ BVerfGE 6, 12, 14; st.Rspr.

2. Wie hoch ist dabei ca. der Anteil (bezogen auf die Gesamtzahl der einverständliche Scheidungsverfahren), in denen dem Gericht eine notarielle Scheidungsfolgenvereinbarung über alle in Betracht kommenden Folgesachen vorgelegt wird?
3. Überwiegen erst im gerichtlichen Termin erklärte Vergleiche bzw. Verzichte der Ehegatten auf Regelung der Scheidungsfolgen? Bitte geben sie ein ungefähres Verhältnis von im Termin erklärtem Verzicht, Einigung und/oder Vergleich und vorheriger Scheidungsfolgenvereinbarung zueinander an.
4. Halten Sie ein Festhalten an der gerichtlichen Scheidung bei einverständlichen Scheidungen für erforderlich oder könnte diese Aufgabe auch auf die Notare übertragen werden?
5. Inwieweit gilt dies auch für die Entscheidung über den Versorgungsausgleich?
6. Wie viel Bearbeitungszeit des Richters nimmt nach Ihrer Einschätzung ein einverständliches Scheidungsverfahren durchschnittlich insgesamt in Anspruch?

Wie viel Zeit davon entfällt auf die

- a) Bearbeitung des Scheidungsantrages, Prüfung der von beiden Seiten eingereichten Unterlagen, Verfügungen (ohne Versorgungsausgleich)?
 - b) Vorbereitung der Entscheidung über den Versorgungsausgleich (Einholung und Bearbeitung von Auskünften, Vorbereitung des Tenors)?
 - c) Durchführung der mündlichen Verhandlung, insbesondere welche Zeit nimmt die persönliche Anhörung der Ehegatten nach § 613 Abs. 1 S. 1 und 2 ZPO durchschnittlichen in Anspruch?
7. Wie viel Bearbeitungszeit in der Serviceeinheit (Geschäftsstelle)
 - a) nimmt ein einverständliches Scheidungsverfahren durchschnittlich insgesamt in Anspruch?

- b) würde voraussichtlich weiterhin anfallen, wenn die einverständlichen Scheidungen zwar von den Notaren durchgeführt würden, die Gerichte aber für den Versorgungsausgleich zuständig blieben?
8. Erwarten Sie eine spürbare Entlastung durch eine Übertragung der einverständlichen Scheidungen auf die Notare,
- a) wenn für den Versorgungsausgleich weiterhin das Gericht zuständig bliebe?
- b) wenn auch der Versorgungsausgleich auf die Notare übertragen würde?
9. Rechnen Sie damit, dass die verstärkte Einschaltung der Notare in das Scheidungsverfahren dazu beitragen würde, Ehescheidungen einschließlich der Folgesachen häufiger als sonst einvernehmlich durchzuführen?
10. Sollte die einvernehmliche Scheidung vor dem Notar gebührenrechtlich gegenüber der gerichtlichen Scheidung begünstigt werden?
11. Welche sonstigen Vor- und Nachteile sehen Sie bei einer Übertragung der einverständlichen Scheidungen auf die Notare (mit oder ohne Versorgungsausgleich)?

Zur vereinfachten Scheidung im Beschlussverfahren

12. Welche tatsächliche Bedeutung messen Sie der persönlichen Anhörung durch das Familiengericht nach § 613 Abs.1 ZPO bei der einverständlichen Scheidung bei? Handelt es sich in der Regel eher um einen „Durchlauftermin“ oder finden in der Regel sinnvolle Erörterungen statt?
13. Könnte eine solche Anhörung auch durch den Notar im Rahmen der Beurkundung einer Scheidungsfolgenvereinbarung vorgenommen werden?
14. Welche sonstigen Vor- und Nachteile erwarten Sie bei der Einführung einer Scheidung im Beschlussverfahren in Fällen der einverständlichen Scheidung?

4. Fragen an die notarielle Praxis

Zur Übertragung der einverständlichen Scheidung auf Notare:

1. Halten Sie ein Festhalten an der gerichtlichen Entscheidung bei einverständlichen Scheidungen für erforderlich oder könnte diese Aufgabe auch auf die Notare übertragen werden?
2. Inwieweit gilt dies auch für die Entscheidung über den Versorgungsausgleich?
3. Welche sonstigen Vor- und Nachteile sehen bei einer Übertragung einer einverständlichen Scheidung auf Notare?

Zur vereinfachten Scheidung im Beschlussverfahren

4. Sind Sie der Auffassung, dass die Anhörung nach § 613 ZPO durch die Beurkundungsverhandlung ersetzt werden kann?
5. Wie viele Scheidungsfolgenvereinbarungen beurkunden Sie durchschnittlich pro Jahr?
6. Wie beurteilen Sie eine mittelbare und künftige Verringerung der Arbeitsbelastung der Familiengerichte unter dem Aspekt, dass die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung einen Anreiz bieten könnte, einen Scheidungsauspruch ohne Gang zum Familiengericht erreichen zu können?
7. Welche sonstigen Probleme, Vor- und Nachteile erwarten Sie bei der Einführung einer Scheidung im Beschlussverfahren?

II. Erbrecht

Die Beschäftigung mit erbrechtlichen Fragestellungen bildet heute einen nicht unerheblichen Teil notarieller Tätigkeit. Es liegt deshalb nahe, insbesondere im nachlassgerichtlichen Bereich die schon bestehenden Kompetenzen des Notariats zu erweitern, also nach Aufgaben zu suchen, die sich für eine Übertragung auf die Notare anbieten. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe hat deshalb zunächst die einzelnen Tätigkeiten der Nachlassgerichte analysiert und die für und gegen eine Übertragung sprechenden Argumente gesammelt. Dabei hat sich ergeben, dass es Aufgaben gibt, die ggf. isoliert übertragen werden könnten. Die Übertragung anderer Aufgaben dürfte nur zusammen mit anderen sinnvoll sein. Letztlich wird auch eine Gesamtübertragung der nachlassgerichtlichen Zuständigkeiten auf die Notare diskutiert.

Insoweit stellt sich auch die Frage, ob es die unterschiedliche Struktur der einzelnen Notariatsformen erlaubt, die Zuständigkeiten bundesweit gleich zu regeln. Sofern dies nicht der Fall sein sollte wird erwogen, den Ländern die Übertragung von Aufgaben im Rahmen einer Öffnungsklausel zu ermöglichen oder im Bereich des Anwaltsnotariats besondere zusätzliche Qualifikationen zu verlangen. Nähere Erkenntnisse hierzu verspricht sich die Bund-Länder-Arbeitsgruppe aus der Befragung der gerichtlichen und notariellen Praxis.

Im Folgenden werden die einzelnen Aufgaben der Nachlassgerichte dargestellt. Aus Gründen der Effektivierung des Verfahrens und der Qualitätssicherung sollte die Nachlassbetreuung soweit wie möglich von einer Stelle, also aus einer Hand abgewickelt werden. Hierzu kommt einerseits eine vollständige Übertragung von Entscheidungskompetenzen des Nachlassgerichts erster Instanz, andererseits die Übertragung eng miteinander verwobener Aufgaben, in erster Linie derjenigen, die das Nachlassverfahren einleiten, in Betracht. Demgegenüber wird die Übertragung isolierter Sachbereiche zur Vermeidung einer Zuständigkeitszersplitterung und zur Vermeidung von Doppelstrukturen als nicht sinnvoll angesehen. Soweit bei einzelnen Aufgaben dennoch Nachteile einer Einzelübertragung angeführt werden, so bestehen diese nicht bzw. nur eingeschränkt im Falle der Gesamtübertragung bzw. im Falle der Übertragung einzelner, eng miteinander verwobener Aufgaben.

1. Verwahrung notarieller Verfügungen von Todes wegen beim Notar

a) Aufgaben nach geltendem Recht

Wird zur Niederschrift des Notars ein Testament errichtet, soll der Notar die unverzügliche Verbringung des Testaments in besondere öffentliche Verwahrung veranlassen, § 34 Abs. 1 S. 4 BeurkG. Zuständig für die besondere amtliche Verwahrung sind die Amtsgerichte, örtlich dasjenige, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat, § 2258a BGB. Nach § 1 Abs. 2 LFVG BW und Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Ermächtigung des Landes Baden-Württemberg zur Rechtsbereinigung (BWRBerErmG) sind in Baden-Württemberg für die besondere amtliche Verwahrung die Notariate zuständig.

Funktionell zuständig sind die Rechtspfleger, § 3 Nr. 2 c) RPfVG, wobei den Ländern die Möglichkeit eröffnet ist, die Zuständigkeit auf die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu übertragen, § 36b Abs. 1 Nr. 1 RPfVG.

Das Verfahren der amtlichen Verwahrung ist in § 2258b BGB geregelt. Danach hat der Rechtspfleger die Annahme anzuordnen und sie gemeinsam mit dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu bewirken, § 2258b Abs. 1 BGB. Bei der Annahme obliegt dem Rechtspfleger nur eine formale Prüfungspflicht dahin, ob es sich überhaupt um eine Verfügung von Todes wegen handelt, die örtliche und sachliche Zuständigkeit gegeben ist und die in § 34 Abs. 1 BeurkG vorgesehenen Förmlichkeiten durch den Notar beachtet worden sind. Die eigentliche Verwahrung hat der Rechtspfleger gemeinschaftlich mit dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu bewirken, § 2258b Abs. 2 BGB, und dem Erblasser einen Hinterlegungsschein zu erteilen, § 2258b Abs. 3 BGB. Die weiteren Einzelheiten sind in § 27 AktO geregelt.

Schließlich obliegen dem Rechtspfleger die Erfüllung der Benachrichtigungspflichten in Nachlasssachen, insbesondere die Benachrichtigung des Geburtsstandesamts des Erblassers oder, bei einem Geburtsort im Ausland, der Hauptkartei für Testamente beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin.

Beim Abschluss eines Erbvertrags finden die Vorschriften über die besondere amtliche Verwahrung entsprechende Anwendung, § 2300 Abs. 1 BGB. Allerdings können die Vertragsschließenden die besondere amtliche Verwahrung ausschließen, § 34 Abs. 2 BeurkG. In diesem Fall verbleibt die Urkunde in der Verwahrung des Notars, § 34 Abs. 3 S. 1 BeurkG.

Dem Notar obliegen dann dieselben Benachrichtigungspflichten, die der Rechtspfleger bei Verwahrung bei Gericht zu erfüllen hat, vgl. § 20 Abs. 2 DONot.

b) Vorschlag

Alle notariellen Verfügungen von Todes wegen sollen ausschließlich beim Notar verwahrt werden. Alternativ wäre auch die Gesamtübertragung der Verwahrungszuständigkeiten für alle Verfügungen von Todes wegen denkbar.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

(1) Zahl der Fälle

Den Geschäftsübersichten der Amtsgerichte lassen sich bundesweit im Durchschnitt der letzten 10 Jahre bis zum Jahr 2002 440.000 Verfahren über die Verwahrung letztwilliger Verfügungen und von Erbverträgen entnehmen (ab dem Jahr 2003 enthalten die Geschäftsübersichten keine Angaben über die Verwahrung mehr). Die Statistik unterscheidet allerdings nicht zwischen den in Verwahrung genommenen Verfügungen von Todes wegen und Erbverträgen. Auch lässt sich der Statistik nicht der Anteil der in Verwahrung genommenen öffentlichen Verfügungen von Todes wegen entnehmen.

(2) Eingesetztes Personal

Die Personalübersichten der Amtsgerichte differenzieren bei dem in Nachlasssachen eingesetzten Personal nicht nach den einzelnen Geschäften, so dass nicht ermittelt werden kann, welcher Personalbedarf konkret auf die Verwahrung bezogen besteht. Der Personalübersicht für das Jahr 2002 zufolge waren bundesweit (ohne Baden-Württemberg) 591,41 (2003 = 570,2) Mitarbeiter des gehobenen Dienstes und 1.022,73 (2003 = 1019,98) Mitarbeiter des mittleren Dienstes und des Schreibdienstes mit Nachlasssachen betraut.

bb) Kosten/Einnahmen

Für die amtliche Verwahrung einer Verfügung von Todes wegen wird bei der Annahme ein Viertel der vollen Gebühr erhoben, § 101 KostO. Der Geschäftswert bestimmt sich nach §§ 103 Abs. 1, 46 Abs. 4 KostO. Die mit der amtlichen Verwahrung letztwilliger Verfügungen von Todes wegen erzielten Einnahmen werden von den Justizverwaltungen nicht gesondert erfasst, so dass entsprechende Angaben nicht gemacht werden können. Ausgehend von der in § 33 KostO festgesetzten Mindestgebühr in Höhe von 10,00 EURO und bundesweit 440.000 Verfahren der amtlichen Verwahrung, muss von Einnahmen in Höhe von mindestens 4,4 Mio. EURO ausgegangen werden. Da die Mindestgebühren in der Regel deutlich überschritten werden dürften, ist tatsächlich von erheblich höheren Einnahmen auszugehen. Das bestätigt ein Prüfbericht des baden-württembergischen Landesrechnungshofs aus dem Jahr 2003. Danach wurden im Jahr 2002 insgesamt in Baden-Württemberg 2.288.369,00 EURO an Gebühren für die Testamentsverwahrung eingenommen. Durchschnittlich wurden im badischen Rechtsgebiet 75,96 EURO und im württembergischen Rechtsgebiet 65,72 EURO eingenommen. Ausgehend von einem Mittel von 70,84 EURO könnte dies bundesweit Gebühreneinnahmen in Höhe von 31.169.600 EURO (= 440.000 x 70,84) bedeuten. Wegen der den Notaren obliegenden Ablieferungspflicht ist anzunehmen, dass sich der größte Teil dieser Einnahmen aus der Verwahrung öffentlicher Testamente ergibt.

In Hessen sind im Jahr 2004 an allen Amtsgerichten insgesamt 22.541 Verwahrungen gezahlt und Einnahmen in Höhe von 2.028.690 EURO erzielt worden. Aus JUKOS lassen sich für die letzten 3 Jahre folgende Durchschnittseinnahmen bei den Verwahrungen feststellen: 2002 86,70 EURO, 2003 88,60 EURO, 2004: 92,18 EURO. Ausgehend von einem angenommenen Durchschnittswert von 90 EURO je Verwahrung ergäben sich bundesweit Einnahmen in Höhe von 39.600.000 EURO (= 440.000 x 90).

Tatsächlich dürften die Einnahmen bundesweit allerdings aufgrund der durchschnittlich höheren Wirtschaftskraft von Baden-Württemberg und Hessen unter den errechneten Werten liegen.

In Hessen kann auf Grund einer Erhebung an ausgewählten Amtsgerichten davon ausgegangen werden, dass für die Verwahrungen 0 % der in Nachlasssachen eingesetzten Richter, 3,28% der in Nachlasssachen eingesetzten Rechtspfleger und 15,17 % der in Nachlasssachen eingesetzten Serviceeinheiten benötigt werden.

Zusätzlich können für Hessen auch Zahlen für die Kosten des Personals in Nachlasssachen ermittelt werden. Für 2004 betragen sie insgesamt für die Rechtspfleger 3.507.380 EURO, für die Serviceeinheiten 5.994.400 EURO.

Die Kosten beinhalten dabei

- Personalkosten (Besoldung einschließlich Zuschlägen nach Durchschnittsjahreskosten; diese betragen für Richter 46.800 €, für Rechtspfleger 38.800 € und für den Servicebereich 30.000 €)
- Kosten der Versorgung (bemessen mit 42,68 % des Jahresdurchschnittswerts der Personalkosten)
- Kosten für sonstige Sozialleistungen (3.710 € p.a. pro Bediensteten, davon 3.550 € für Beihilfen – dieser Wert berücksichtigt auch die von den jetzt aktiven Bediensteten nach Eintritt in den Ruhestand zu erwartenden Leistungen)
- Arbeitsplatzkosten (Raumkosten, laufende Sachkosten, Büroausstattung einschließlich Bildschirmarbeitsplatz, Investitionskosten; insgesamt 10.260 € pro Bediensteten)
- „indirekte Kosten“ (für Leitung, Aufsichtsbehörden, allgemeine Dienste; angenommen mit 15 % der Personal- und Arbeitsplatzkosten)
- personalbezogene Sachkosten (angenommen mit 160 € pro Bediensteten).

Damit entstehen Kosten für die Verwahrung iHv. 1.024.393 EURO. Es ergibt sich damit für Hessen eine Kostendeckung von 198,04%.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Bei einer Verwahrung beim Notar erhalte der Erblasser sämtliche Mitteilungen von dem Notar, insbesondere könnte dem Erblasser der Hinterlegungsschein unmittelbar im Anschluss an die Beurkundung ausgehändigt werden. Der Notar dürfte – nach Terminsabsprache - häufig leichter zu erreichen sein als das Amtsgericht.

Erblasser, die ihr öffentliches Testament aus der Verwahrung nehmen wollen, müssten sich nur an den ihnen von der Beurkundung bereits bekannten Notar wenden.

bb) Justiz

Die Förmlichkeitsprüfung gemäß § 2258b BGB entfielen. Da der Anteil öffentlicher Verfügungen von Todes wegen, die in amtliche Verwahrung gegeben werden, nicht genau benannt werden kann, kann aber auch das Maß der Entlastung bei den Nachlassgerichten nicht benannt werden.

Durch den (langfristigen) Wegfall der mit der Aufbewahrung verbundenen Personal- und Sachmittel (die Kosten für die zur Verwahrung notwendigen Panzerschränke usw. sind nicht unerheblich) wäre mit Kosteneinsparungen zu rechnen. Die Einsparungen wären naturgemäß geringer, wenn den Notaren lediglich die Verwahrung öffentlicher Testamente übertragen würde.

Die fachlichen Anforderungen bei der Verwahrung öffentlicher Testamente unterscheiden sich nicht von denen bei der Verwahrung von Erbverträgen (insbesondere in Bezug auf die Benachrichtigungspflichten), so dass insoweit kein Qualitätsverlust zu befürchten ist. Allerdings werden z.T. Zweifel erhoben, ob die Notare ausnahmslos in allen Fällen die ihnen bereits nach heutigem Recht obliegenden Benachrichtigungspflichten ordnungsgemäß erfüllen; bei einer Verwahrzuständigkeit auch für Testamente kämen weitere Benachrichtigungspflichten hinzu.

Durch eine Aufgabenübertragung zumindest bei öffentlichen Testamenten würde ein Gleichlauf zwischen diesen Verfügungen von Todes wegen und Erbverträgen, wie er mit Änderung des § 2300 BGB durch das OLGVertrÄndG erreicht wurde, weiter betrieben.

e) Mögliche Nachteile/Probleme der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Nicht selten werden Testamente von Erblassern ergänzt. Hier käme es zu einer Zersplitterung der Zuständigkeiten, wenn die Ergänzung eines in notarieller Verwahrung befindlichen öffentlichen Testaments durch ein privatschriftliches erfolgt und das letztere Testament ebenfalls in die besondere amtliche Verwahrung gegeben werden soll. Für diese Verwahrung wäre das Amtsgericht zuständig. Sofern der Erblasser zugleich das öffentliche Testament aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurücknehmen will, müsste er sich hierfür an den Notar wenden. Nach geltendem Recht kann er alles bei einem Amtsgericht erledigen. Eine Zersplitterung der Zuständigkeiten zwischen Gericht und Notar könnte allerdings dann ver-

mieden werden, wenn die Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen vollständig den Notaren aufgegeben würde.

Erblasser werden vorrangig ein Interesse an der sicheren Verwahrung ihrer letztwilligen Verfügungen haben, so dass persönliche Beziehungen zu dem Notar eine untergeordnete Rolle spielen. Die sichere Verwahrung bei Gericht ist erprobt; Erkenntnisse, dass sämtliche Notariate hierfür sachlich ausgestattet oder bereit sind, entsprechende Vorkehrungen zu treffen, liegen hingegen nicht vor. Ob die technische Verwahrung nur durch die Notare selbst oder bei einer entsprechenden Struktur des Notariats auch bei den Notarkammern erfolgen soll, müsste noch geprüft werden.

Die derzeitige Lagerung der Testamente und Erbverträge beim Amtsgericht erscheint im Vergleich zu einer solchen bei den Notarkammern bürgerfreundlicher. Bei den Amtsgerichten kann dem Erblasser das Testament sogleich ausgehändigt werden, während er sich an die Notarkammer nur über seinen Notar wenden könnte.

Sofern die Höhe der Gebühren für die Verwahrung beibehalten wird, wäre die Verwahrung durch die auf die Kosten des Notars anfallende Umsatzsteuer für die Erblasser teurer.

bb) Justiz

Den Ländern gehen die ihnen durch die Verwahrung zufließenden Gebühreneinnahmen verloren; zumindest in Hessen ergibt sich eine überschießende Kostendeckung. Dem Verlust an Gebühren stünden die Einnahmen aus der zu erhebenden Umsatzsteuer gegenüber, die jedoch nicht den Ländern allein zufließt, vgl. Art. 106 Abs. 3 und 4 GG. Die isolierte Übertragung dieser Aufgabe auf die Notare wäre dann problematisch, wenn andere kostenintensive Aufgaben bei den Gerichten verblieben.

Die Prüfungen bei der Verwahrung sind stark formalisiert; besondere Arbeitsbelastungen insbesondere bei der Rückgabe von Testamenten und Erbverträgen aus der amtlichen Verwahrung sind nicht festzustellen. Der entlastende Effekt für die Justiz dürfte deshalb jedenfalls auf den personalen Aufwand bezogen verhältnismäßig gering sein. Dies gilt nicht in gleicher Weise für den Sachaufwand.

Die Gerichte müssten auch bei einer vollständigen Übertragung der Aufgabe die sachlichen Einrichtungen zur Verwahrung vorhalten, weil bei Erlöschen des Amtes eines Notars die dann in seiner Verwahrung befindlichen letztwilligen Verfügungen und Erbverträge dem Amtsge-

richt zur Verwahrung zu übergeben sind, § 51 Abs. 1 S. 1 BNotO. Der Eintritt solcher Fälle ist nicht unwahrscheinlich, weil Testamente teilweise über einen langen Zeitraum verwahrt werden. Allerdings werden die Akten vor allem im Bereich des hauptberuflichen Notariats in der Regel nach § 51 Abs. 1 S. 2 BNotO dem Notar, der am Amtssitz an Stelle des ausscheidenden Notars bestellt wird, übertragen; ggf. könnte die Übergabe von in Verwahrung gegebenen Testamenten und Erbverträgen auf andere Notare gesetzlich angeordnet werden. Allerdings wären von einer solchen Regelung nicht die Testamente und Erbverträge erfasst, die bereits heute von den Amtsgerichten verwahrt werden. Es dürfte einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeuten, diese Testamente und Erbverträge in die Verwahrung der Notare zu überführen. Es wäre bereits unklar, nach welchen Vorgaben die im Bezirk eines Amtsgerichts ansässigen Notare zu berücksichtigen wären. Da die derzeit verwahrten Testamente und Erbverträge im Zweifel noch Jahrzehnte zu verwahren sind, vgl. nur § 2263a BGB, müssten die sachlichen Einrichtungen jedenfalls noch langfristig von den Amtsgerichten vorgehalten werden. Sie müssten allerdings auch nicht mehr erweitert werden.

Soll lediglich ein Gleichlauf zwischen öffentlichen Testamenten und Erbverträgen erreicht werden, so bliebe die Verwahrung beim Amtsgericht die Regel und die beim Notar die Ausnahme, vgl. § 34 Abs. 2 und 3 BeurkG. Eine Vermehrung der Zuständigkeiten für die amtliche Verwahrung kann dazu führen, dass weitere Fehlerquellen z.B. beim Auffinden von öffentlichen Testamenten eröffnet werden.

Sofern privatschriftliche Testamente bei den Amtsgerichten verblieben, könnte dies zu einem erhöhten Aufwand bei der Testamentseröffnung führen. Derzeit werden alle Testamente eines Erblassers in der Regel von ein und demselben Nachlassgericht verwahrt und schließlich auch eröffnet. Bei einer Verwahrung öffentlicher Testamente beim Notar müssten diese zur Eröffnung erst an das Nachlassgericht abgeliefert werden wie das umgekehrt bei der angedachten Zuständigkeit der Notare für die Eröffnung von Testamenten für privatschriftliche Testamente der Fall wäre. Das Problem stellte sich allerdings dann nicht, wenn die Eröffnungszuständigkeit der Verwahrungszuständigkeit folgte, wie das bereits von § 2260 Abs. 1 S. 1 BGB vorausgesetzt wird; Voraussetzung wäre allerdings, dass den Notaren auch die Zuständigkeit für die Eröffnung bei ihnen verwahrter Testamente (und dann auch von Erbverträgen) übertragen würde.

f) Lösungsmöglichkeiten

Sollte eine Übertragung erwogen werden, so wäre ein Handeln des Bundesgesetzgebers erforderlich, weil Bundesgesetze zu ändern wären (BGB, BeurkG, ggf. BNotO). Zudem müssten die Benachrichtigungspflichten der Notare in Nachlasssachen ergänzt werden. Dies wäre bei der in Vorbereitung befindlichen Verrechtlichung der Testamentskarteien zu berücksichtigen.

g) **Fragen an die gerichtliche Praxis**

1. Welchen Anteil an den in Verwahrung genommenen letztwilligen Verfügungen von Todes wegen haben
 - a) öffentliche Testamente,
 - b) privatschriftliche Testamente,
 - c) sonstige Testamente (§§ 2249, 2250 Abs. 1 BGB oder § 10 Abs. 3 KonsularG),
 - d) Erbverträge?
2. Wo wird die besondere amtliche Verwahrung technisch vollzogen? Verwahren die Amtsgerichte die Testamente immer im eigenen Gerichtsgebäude oder gibt es auch zentrale Einrichtungen für mehrere Amtsgerichte?
3. In wieviel Prozent der Fälle werden Testamente und Erbverträge aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen (Schätzungen genügen)?
4. Wie bewerten Sie die durch einen Wegfall der Verwahrung, Rücknahme aus der Verwahrung und durch den Wegfall des damit verbundenen Publikumsverkehrs eintretenden Personaleinsparungen? Welche Zeit nimmt die Abwicklung der Rückgabe eines Testamentes oder Erbvertrages aus der amtlichen Verwahrung in etwa in Anspruch? Können die Verfügungen dem Bürger „sogleich“ ausgehändigt werden?
5. In welchem Umfang könnten Kosteneinsparungen für die technische Verwahrung (Verwahräume, Archivierung, Sicherheit der Verwahrung) eintreten?

6. Wie verhalten sich die Einsparpotentiale im Verhältnis zum Wegfall der Verwahrgebühren (§ 101 KostO)?
7. Stimmen Sie zu, dass die Übertragung der Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen auf Notare im Hinblick auf die flächendeckende Präsenz und die Geschäftszeiten für die Beteiligten Verfahrensvorteile mit sich bringen würde?
8. Sehen Sie weitere Probleme, Vor- oder Nachteile bei der Übertragung dieser Aufgabe?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. Wie häufig und aus welchen Gründen verzichten die Vertragsparteien eines Erbvertrages auf die Übergabe in die besondere Verwahrung?
2. Verfügen Sie über die technischen Voraussetzungen, um eine sichere Verwahrung in entsprechendem Umfang wie derzeit die Nachlassgerichte zu gewährleisten? Wenn nein, wären Sie in der Lage, bei entsprechender gesetzlicher Verpflichtung solche Voraussetzungen zu schaffen?
3. Stimmen Sie zu, dass die Übertragung der Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen auf Notare im Hinblick auf die flächendeckende Präsenz und die Geschäftszeiten für die Beteiligten Verfahrensvorteile bringen würde?
4. Sehen Sie weitere Probleme, Vor- oder Nachteile bei der Übertragung dieser Aufgabe?

2. Eröffnung von Testamenten und Erbverträgen durch den Notar

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Das Testamentseröffnungsverfahren stellt nach geltendem Recht ein gerichtliches Verfahren dar, das

- allen Nachlassbeteiligten die Möglichkeit geben soll, ihre wirklichen oder vermeintlichen Rechte wahrzunehmen, gleichzeitig aber auch
- im öffentlichen Interesse zu einer geordneten Nachlassabwicklung beitragen soll.

Die Eröffnung ist nicht Voraussetzung für die Gültigkeit eines Testaments oder Erbvertrags, aber ein wesentlicher und notwendiger Formalakt, so dass sich grundsätzlich nur auf die eröffnete Verfügung Rechtsakte gründen lassen²¹.

Zu diesem Zweck wird durch die Eröffnung nach dem Tod des Erblassers der Inhalt der Verfügung von Todes wegen verkündet²². Nach Ablauf von 30 Jahren (Testament, § 2263 a BGB) bzw. 50 Jahren (Erbvertrag, § 2300 a BGB) sind von Amts wegen Ermittlungen anzustellen, ob der Erblasser noch lebt.

Jede Verfügung von Todes wegen (für Testamente § 2260 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Sondervorschrift für gemeinschaftliche Testamente in § 2273 BGB; für Erbverträge § 2300 i.V.m. § 2260 Abs. 1 S. 1 BGB) ist nach geltendem Recht zu eröffnen, falls sie sich nur äußerlich als solche darstellt.

Zu eröffnen sind sowohl die in amtlicher Verwahrung befindlichen als auch die nach § 2259 BGB (für Erbverträge i.V.m. § 2300 Abs. 1 BGB) abgelieferten Verfügungen; zu letzteren gehören auch die in der einfachen Urkundenverwahrung des Notars nach § 34 Abs. 2, Abs. 3 BeurkG verbliebenen Erbverträge.

Zu eröffnen sind grundsätzlich die letztwilligen Verfügungen von Deutschen; die von Ausländern sind nur zu eröffnen, wenn

- auf den Erbfall ganz oder teilweise deutsches materielles Erbrecht anzuwenden ist;
- die Ausstellung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins nach § 2369 BGB beantragt wird;
- ein Sicherheitsbedürfnis für den Nachlass besteht;
der Erblasser nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB für sein inländisches und bewegliches Vermögen wirksam deutsches Recht gewählt hat.

Zu eröffnen sind dabei immer die Urschrift bzw. die Urschriften, hilfsweise beglaubigte Abschriften²³.

²¹ ausführlich dazu: Staudinger-Baumann, BGB, Bearbeitung 2003, § 2260 Rdnr. 3, 5 f.

²² a.a.O. Rdnr. 7

²³ Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl., Rdnr. 4.32

Das Testamentseröffnungsverfahren wird vom Nachlassgericht (Amtsgericht) durchgeführt, und zwar vom Rechtspfleger (§ 2260 BGB; §§ 72, 73 FGG; § 3 Nr. 2 c RPfIG).

Dies gilt nicht, soweit sich die Verfügung von Todes wegen (Testament oder Erbvertrag) bei einem anderen Amtsgericht in amtlicher oder einfacher Verwahrung befindet. Dann ist dieses Gericht zuständig (§ 2261 BGB).

Abweichend hiervon sind in Baden-Württemberg die staatlichen Notariate als Nachlassgerichte (Art. 147 EGBGB; §§ 1, 38 LFGG) und als Verwahrungsgerichte²⁴ zuständig.

In bestimmten Fällen ist für die Eröffnung auch der Konsularbeamte zuständig (§ 11 Abs. 3 Konsulargesetz).

Einzuleiten ist das Eröffnungsverfahren sobald das Nachlassgericht vom Todesfall Kenntnis erlangt, was in der Regel durch die Todesanzeige eines Standesbeamten geschieht (dies ist landesrechtlich geregelt; vgl. § 39 LFGG für Baden-Württemberg; Art. 35 AGGVG für Bayern oder § 15 LFFG für Rheinland-Pfalz).

Zu dem Termin sind die Beteiligten nach § 16 Abs. 2 FGG zu laden, soweit tunlich (§ 2260 Abs. 1 S. 2 BGB).

In der Praxis unterbleibt die Ladung oft als „untunlich“, weil die Beteiligten zweckmäßiger, schneller und zuverlässiger durch Übersendung von Ablichtungen des Testaments als durch Verkündung unterrichtet werden²⁵.

Die Verfahrensweise scheint hier regional sehr unterschiedlich zu sein:

So hat der Rechnungshof Baden-Württemberg in seiner Prüfung des Nachlasswesens vom Dezember 2003 festgestellt, dass etwa im badischen und im württembergischen Rechtsgebiet eine völlig unterschiedliche Handhabung besteht: im ersteren wird von der persönlichen Ladung der Beteiligten in der Regel abgesehen, im letzteren erfolgt diese dagegen regelmäßig und findet daraufhin ein Termin statt. Ein solcher wird häufig auch anberaumt, wenn keine Verfügung von Todes wegen vorliegt und dient dann auch der amtlichen Erbenermittlung

²⁴ § 1 Abs. 2 LFGG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Ermächtigung des Landes Baden-Württemberg zur Rechtsbereinigung vom 17. Dezember 1974; BGBl. I S. 3602 i.d.F. v. Art. 6 § 9 des Gesetzes zur Neuregelung des internationalen Privatrechts vom 25. Juli 1986; BGBl. I S. 1142

²⁵ so jedenfalls Palandt-Edenhofer, BGB, 64. Aufl., § 2260 Rdnr. 4

nach § 41 LFGG. Zu diesem werden die mutmaßlichen Erben geladen. Die Ladung enthält neben der Aufforderung, evtl. vorhandene Verfügungen von Todes wegen mit in den Termin zu bringen, auch die Bitte, Unterlagen zur Bestimmung des Nachlasswertes vorzulegen.

Ferner werden im Termin dann häufig die vorhandenen Verfügungen von Todes wegen eröffnet, aber auch evtl. notwendige Erklärungen entgegen genommen oder weitere Anträge (z. B. auf Grundbuchberichtigung) gestellt.

Im Termin werden dann auch Anträge auf Erteilung eines Erbscheins gestellt und, sofern dies geschieht, die eidesstattliche Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB abgenommen und anschließend der Wert des Nachlasses anhand der vorgelegten Unterlagen bzw. der gegebenen Auskünfte bestimmt.

Dies bestätigt die Behauptung in der Kommentarliteratur, die Eröffnungsverhandlung werde auch zu Erörterungen über Echtheit der letztwilligen Verfügung, Ausschlagung, Annahme, Anfechtung, Erbenhaftung, Erbteilung etc. genutzt²⁶. Hier bestehen aber – wie bereits ausgeführt – im Bundesgebiet regional sehr unterschiedliche Verfahrensweisen. Bei einer Praxisbefragung sollten Einzelheiten hierzu ermittelt werden.

In dem Termin ist die letztwillige Verfügung, sofern ein Beteiligter erscheint, zu eröffnen (also zu verkünden), § 2260 Abs. 2 BGB. Bei Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten sind die Einschränkungen der §§ 2273 Abs. 1 und 2300 Abs. 1 BGB zu beachten.

Die nicht erschienenen Beteiligten sind vom Nachlassgericht (auch für den Fall, dass die Eröffnung durch das Verwahrungsgericht nach § 2261 BGB erfolgt ist²⁷) zu benachrichtigen.

Die eröffneten Verfügungen bleiben offen in den Nachlassakten (Ausnahme für gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge in besonderer amtlicher Verwahrung; §§ 2273 Abs. 2, 2300 Abs. 1 BGB).

b) Vorschlag

(1) Die Zuständigkeit zur Eröffnung der bei dem einzelnen Notar verwahrten Verfügungen von Todes wegen wird auf die verwahrenden Notare übertragen. Dies ist vergleichbar mit der Eröffnungszuständigkeit des Verwahrungsgerichts gemäß § 2261 BGB. Für die übrigen Ver-

²⁶ Palandt-Edenhofer, BGB, 64. Aufl., § 2260 a.a.O. Rdnr. 5

²⁷ Staudinger-Baumann, BGB, § 2261 Rdnr. 4

fügungen von Todes wegen (insbesondere privatschriftliche Testamente) bliebe danach das Nachlassgericht zuständig.

(2) Die Zuständigkeit zur Eröffnung für sämtliche Verfügungen von Todes wegen, also auch für die privatschriftlichen, geht auf die Notare über.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Die Geschäftsübersichten der Amtsgerichte (GÜ 2) unterscheiden in Nachlass- und Teilungssachen lediglich die „Vermittlungen von Auseinandersetzungen“ von den „sonstigen Handlungen des Nachlassgerichts außerhalb eines Verfahrens auf Ermittlung der Auseinandersetzung und Erbenermittlungen“ und sind daher für die hier interessierende Frage nicht verwertbar.

Für das Jahr 2003 liegen Zahlen anhängiger Testamentsverfahren bei den Nachlassgerichten folgender Länder vor:

Bayern	883.912
Berlin:	13.838
Niedersachsen:	54.806
Rheinland-Pfalz:	etwa 26.700
Saarland:	8.040
Thüringen:	13.352

In Baden-Württemberg wurden im Jahr 2002 von den staatlichen Notariaten als Nachlassgericht 55.233 Verfügungen von Todes wegen eröffnet.

In Hessen wurde nach den JUKOS-Zahlen im Jahr 2004 in 25.359 Fällen eine Gebühr für die Eröffnung erhoben. Danach kann davon ausgegangen werden, dass es sich bundesweit jährlich um ca. 300.000 – 400.000 Vorgänge handelt.

Zahlen, welchen Personaleinsatz diese Aufgabe erfordert, liegen außer für Hessen nicht vor. In der Statistik wird dies nicht erfasst. Für Hessen ergaben für 2004 Erhebungen an ausgewählten Amtsgerichten, dass von den insgesamt bei den Nachlassgerichten vorhandenen

Personalkapazitäten bei den Richtern 0 %, bei den Rechtspflegern 30,81 % (= ca. 14 AKA) und bei den Servicekräften 19,83 % (= ca. 19 AKA) für die Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen benötigt wurden, insgesamt also etwa 23 % des bei den Nachlassgerichten vorhandenen Personals.

Eine ungefähre Einschätzung des Personaleinsatzes wird dadurch erschwert, dass – wie oben unter a) am Beispiel Baden-Württembergs aufgezeigt – die Handhabung der Ladung der Beteiligten völlig verschieden gehandhabt wird. Da je nach Handhabung der Eröffnungstermin nur „Formalakt“ oder ein umfassender Erörterungstermin, in dem über die Eröffnung hinaus sämtliche den Nachlassfall betreffende Fragen besprochen werden, sein kann, sind der hierfür erforderliche Zeitaufwand und die hierfür einzusetzende Arbeitskraftanteile verschieden.

bb) Kosten/Einnahmen

Für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen wird die Hälfte der vollen Gebühr erhoben (§ 102 KostO). Maßgebend ist der Wert des nach Abzug der Verbindlichkeiten verbleibenden reinen Vermögens, über den verfügt wird (§ 103 Abs. 1 i.V.m. § 46 Abs. 4 KostO).

Bei gleichzeitiger Eröffnung mehrerer Verfügungen von Todes wegen desselben Erblassers bei demselben Gericht wird nur eine Gebühr nach dem zusammengerechneten Wert erhoben; eine Zusammenrechnung unterbleibt, soweit über den gleichen Nachlass mehrfach verfügt wird (§ 103 Abs. 2 KostO).

Die Gebühr wird aber immer vom Nachlassgericht erhoben, auch wenn die Eröffnung vom Verwahrungsgericht vorgenommen wurde (§ 103 Abs. 3 KostO).

Die daraus resultierenden Gebühreneinnahmen werden nicht gesondert erfasst. Statistiken hierüber bestehen demgemäß nicht.

Für Hessen liegen jedoch Zahlen aufgrund der „JUKOS“-Auswertungen vor. Danach wurden im Jahr 2004 für die Eröffnung Gebühren in Höhe von 3,488 Mio. € in Rechnung gestellt. Das waren 23,1 % der Gesamteinnahmen der Nachlassgerichte in Höhe von 15,086 Mio. €. Dem standen Kosten von 2,269 Mio. € gegenüber. Der Kostendeckungsgrad betrug damit 153,7 %.

Für Baden-Württemberg hat der Rechnungshof in seiner Prüfung des Nachlasswesens vom Dezember 2003 eine Hochrechnung aufgrund örtlicher Erhebungen durchgeführt. Danach wurden durch die 55.233 Eröffnungen im Jahr 2002 Gebühreneinnahmen von 7,613 Mio. € erzielt, das sind 28 % der durch die Nachlassgerichte erzielten Gebühreneinnahmen, also ein mit Hessen etwa vergleichbarer Anteil. Die Nachlassgerichte in Baden-Württemberg erreichten dabei nach den Berechnungen des dortigen Rechnungshofs insgesamt einen Kostendeckungsgrad von 87,2 % (württembergisches Rechtsgebiet 92,8 %, badisches Rechtsgebiet 78,7 %).

Als Kosten wurden dabei berücksichtigt:

- Personalkosten nach der Methodik der „VwV Kostenfestlegung“ des Finanzministeriums vom 21.10.2002, wobei aber für jede Besoldungs-/Vergütungsgruppe ein gesonderter Wert ermittelt wurde; einbezogen sind damit Personalnebenkosten einschließlich Versorgungslast, Beihilfe und Kosten der Leitung und Aufsicht
- Raum- und Sachkosten in Form der von der VwV Kostenfestlegung vorgesehenen Zuschläge
- Kosten für Krankheitsausfälle, Vorbereitungsdienst, Verwaltungs- und sonstige Tätigkeiten sowie Schadensersatzleistungen für Amtspflichtverletzungen

Nimmt man an, dass wie in Hessen 23 % des Personals für diese Aufgabe benötigt würden, käme man auf einen Kostendeckungsgrad von 106 %.

Nach der im Justizministerium Baden-Württemberg erstellten Kosten- und Leistungsrechnung ergibt sich für die Nachlassgerichte insgesamt im Jahr 2004 ein Kostendeckungsgrad von 193 % (Einnahmen: 23,409 Mio. €, Ausgaben 12,141 Mio. €). Auch hier werden bei den Personalkosten neben Grundgehalt/-besoldung einschließlich Zuschlägen auch Beihilfe und Versorgung berücksichtigt. Legt man diese Zahlen zu Grunde, wäre für den Bereich der Eröffnung auf jeden Fall von einem erheblichen Einnahmenüberschuss auszugehen.

Welche der Zahlen richtig ist, muss leider offen bleiben. Festgehalten werden kann jedoch, dass die Berechnung des Rechnungshofs nicht berücksichtigt, dass im württembergischen Rechtsgebiet die Gemeinden die Notariate und damit auch die Nachlassgerichte unterzubringen haben (§ 14 LFGG), weshalb die Sachkosten des Landes geringer sind, da die Gemeinden hierfür lediglich eine nicht kostendeckende Entschädigung des Landes erhalten. Im Wesentlichen beruht der Unterschied zwischen beiden Berechnungen auf Unsicherheiten über den Umfang des eingesetzten Personals und der genauen Berechnung der Personalkosten. Berechnet man den Personalbedarf der Nachlassgerichte wie der Rechnungshof,

würden sich die Gesamtkosten der Kosten-Leistungs-Rechnung auf 23,991 Mio. € belaufen, womit der Kostendeckungsgrad der Nachlassgerichte 2004 98 % betrüge. Legte man schließlich der KLR den Personalbedarf zu Grunde, der sich bei Anwendung der bundesweiten PEBB§Y-Pensen ergibt, ergäben sich für 2004 Gesamtkosten von 21,794 Mio. € und damit ein Kostendeckungsgrad der Nachlassgerichte von 108 %. Für den Bereich der Eröffnung dürfte damit nach dem o. G. eher von einem Überschuss auszugehen sein.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Die Eröffnung durch den Notar anstelle des Nachlassgerichts hat als solche für den Rechtssuchenden den Vorteil, dass die Notariatsbezirke kleiner als die Amtsgerichtsbezirke sind und deshalb in der Regel die Wege für die Beteiligten kürzer sein dürften. Für Baden-Württemberg trifft dies angesichts der kleinräumigen Bezirke der Nachlassgerichte (staatlichen Notariate) allerdings nicht zu. Bei Schließung kleiner Amtsgerichte oder von Zweigstellen gewinnt das Argument aber an Bedeutung.

Ferner ist anzunehmen, dass der Rechtssuchende bei einer Eröffnung durch den Notar die Möglichkeit erhält, sich sofort rechtlich beraten zu lassen – sofern eine Ladung der Beteiligten durch den Notar nicht als untunlich unterbleibt.

bb) Justiz

Der Entlastungseffekt für die Justiz bei einer isolierten Übertragung der Eröffnung dürfte bei Zugrundelegung der hessischen JUKOS-Zahlen knapp $\frac{1}{4}$ des Personals der Nachlassgerichte ausmachen. Die Entlastung könnte tatsächlich aber geringer sein, insbesondere dann, wenn im Eröffnungstermin Erörterungen durchgeführt werden, die zu einer Vereinfachung des nachlassgerichtlichen (Erbscheins-)Verfahrens führen können und bei Entfallen des Eröffnungstermins dann im Erbscheinsverfahren oder zur amtlichen Erbenermittlung (in Baden-Württemberg und Bayern – dort wird deren Fortexistenz aber hinterfragt) wieder ein Termin durchgeführt werden müsste.

e) Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Wie bereits unter a) skizziert, geht in der Praxis jedenfalls in Teilen der Bundesrepublik die Funktion des Eröffnungsterms über die bloße Eröffnung hinaus; dieser dient vielmehr auch der Erörterung des gesamten Nachlassfalls und etwaiger sich dabei bietender Probleme durch das Nachlassgericht mit den Beteiligten. Diese mündet dann häufig in die Stellung von Erbscheinsanträgen im Termin, der dann auch noch zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB genutzt wird. In welchem Umfang dies tatsächlich der Fall ist, wird erst durch die beabsichtigte Praxisbefragung zu klären sein.

Würde die Eröffnung künftig durch den Notar und nicht durch das Nachlassgericht erfolgen, entfielen in der genannten Fallkonstellation diese Funktionen. Hielte das Nachlassgericht – insbesondere wenn in der Folge ein Erbscheinsantrag gestellt wird (in Baden-Württemberg und Bayern aber auch zur Erfüllung der Pflicht zur amtlichen Erbenermittlung) – dann dennoch einen Termin für erforderlich, müsste in diesen Fällen der Bürger zwei Termine bei zwei verschiedenen Stellen (Notar und Amtsgericht) wahrnehmen. In welchem Umfang diese Problematik aufträte, wäre durch eine Praxisbefragung zu ermitteln.

Eine „Segmentzuständigkeit“ des Notars bei einer isolierten Übertragung – jedenfalls bei einer Zuständigkeit nicht nur für die von ihm verwahrten Verfügungen - wäre zudem für den Bürger eher verwirrend. Umgekehrt bliebe der Effekt bei einer Übertragung im Zusammenhang erhalten.

Finanziell wäre der Bürger dadurch belastet, dass bei der Erhebung der Gebühr nach § 102 KostO durch die Notare statt durch die Nachlassgerichte zusätzlich Mehrwertsteuer anfiele (§ 151a KostO). In Hessen wie Baden-Württemberg beträgt die Gebühr nach § 102 KostO im Durchschnitt knapp 138 €. Für den Bürger fielen im Durchschnitt bei Zugrundlegung dieser Zahlen Mehrkosten von 22 € an.

bb) Justiz

Zum Teil dürfte zusätzlicher Aufwand entstehen. Die dann vom Notar anzulegende Nachlassakte (mit der Niederschrift über den Eröffnungstermin und die beizufügenden geöffneten

Verfügungen) müsste an das Gericht übersandt werden (was allerdings für das Verwahrungsgericht in den Fällen des § 2261 BGB auch heute schon zutrifft).

Im Erbscheinsverfahren (und in Baden-Württemberg und Bayern auch darüber hinaus aufgrund der amtlichen Erbenermittlung) wäre zusätzlich häufig ein Termin abzuhalten.

Was die finanziellen Auswirkungen angeht, so wären diese nicht negativ, wenn § 103 Abs. 3 KostO in der Sache unverändert erhalten bliebe, da danach die Gebühr immer beim Nachlassgericht erhoben wird, auch wenn die Eröffnung bei einer anderen Stelle stattgefunden hat. Dies dürfte aber gegenüber den Notaren weder durchsetzbar noch sachlich gerechtfertigt sein. Wird die Gebühr hingegen künftig bei den Notaren erhoben, sind für die Landeshaushalte im Ergebnis Einnahmeverluste zu befürchten, welche die durch die Aufgabenverlagerung ersparten Kosten übersteigen dürften.

Hinzu kommt, dass die Zuständigkeitsübertragung zur Eröffnung nur beim Notar hinterlegter Verfügungen von Todes wegen nicht zur Beseitigung der nachlassgerichtlichen Zuständigkeit für die Eröffnung führen würden. Für privatschriftliche, nicht in Verwahrung gegebene Testamente bliebe die Eröffnungszuständigkeit des Nachlassgerichts erhalten und damit auch dieser vorgelagert die Pflicht, diese an das Nachlassgericht abzuliefern (§ 2259 BGB) und umgekehrt die Aufgabe der Nachlassgerichte, die Ablieferung (notfalls durch Zwangsmittel) durchzusetzen. Diese (aufwendigeren) Verfahren blieben damit von der Übertragung ausgenommen.

Geht man deshalb davon aus, dass künftig die Gebühr für die Eröffnung nach § 102 KostO den Notaren zufließt, hätte die Übertragung für die Landeshaushalte wohl eine Mehrbelastung zur Folge, da der Verlust an Gebühreneinnahmen aller Wahrscheinlichkeit höher wäre als die eingesparten Personal- und Sachkosten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass zusätzliche Einnahmen aus Einkommenssteuer und Umsatzsteuer (wegen § 151a KostO) anfallen würden, die allerdings nicht den Ländern allein zufließen würden, vgl. Art. 106 Abs. 3 und 4 GG.

f) Lösungsmöglichkeiten

Die Verlagerung der Zuständigkeit des Nachlassgerichts nach § 2262 BGB auf die Notare bedarf einer bundesrechtlichen Regelung. Zwar ermöglicht Art. 147 EGBGB den Ländern nach wie vor, die dem Nachlassgericht obliegenden Verrichtungen anderen als gerichtlichen Behörden zu übertragen, auch soweit sie bislang von dem Vorbehalt keinen Gebrauch ge-

macht haben (Art. 1 Abs. 2 EGBGB). Notare sind jedoch nur insoweit als Behörde im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen, als sie beamtet sind²⁸.

Die Zuständigkeit des Amtsgerichts als Verwahrungsgericht nach § 2261 BGB wäre von Art. 147 EGBGB ohnehin nicht erfasst.

In Betracht käme danach entweder eine Länderöffnungsklausel (Erweiterung des Art. 147 EGBGB und Ergänzung von § 20 BNotO) oder eine bundeseinheitliche Regelung.

Im letzteren Fall müsste § 2261 Satz 1 BGB neu gefasst werden.

Der Änderung bedürfte auch § 103 Abs. 3 KostO; die DNot müsste ebenfalls angepasst werden.

g) Fragen an die gerichtliche Praxis

1. Wie hoch ist der Anteil der Fälle, in denen nach § 2260 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Ladung der Beteiligten zum Eröffnungstermin als „untunlich“ abgesehen wird?
2. Dient der Eröffnungstermin nur der Eröffnung oder auch anderen Zwecken wie
 - a) der Erörterung des Erbfalls mit den Beteiligten (etwa bezüglich Echtheit einer letztwilligen Verfügung, Ausschlagung, Annahme, Erbenhaftung, Erbteilung)?
 - b) der Abgabe oder Entgegennahme von Erklärungen der Beteiligten (insbesondere Stellung von Erbscheinsanträgen, Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB, Anträge auf Grundbuchberichtigung)?
3. Wie hoch wird die Belastung durch die Aufgabe der Eröffnung gemessen an den Gesamtaufgaben des Nachlassgerichts eingeschätzt?
4. Wie häufig müsste, wenn die Eröffnung nicht mehr wie heute durch das Gericht, das gleichzeitig Verwahrungs- und Nachlassgericht ist, erfolgt, ein weiterer Ter-

²⁸ Staudinger-Mayer, BGB, Bearb. 1998, Art. 147 EGBGB, Rdnr. 5 mit zutreffender Berufung auf den Wortlaut und weiteren Nachweisen

min zur Erörterung der Nachlasssache (insbesondere eines Erbscheinsantrags) anberaumt werden?

5. Werden bei einer Übertragung der Eröffnungszuständigkeit auf die Notare Probleme dadurch gesehen, dass eröffnende Stelle und für das Erbscheinsverfahren zuständige Stelle häufiger als bisher auseinander fallen?
6. Welche sonstigen Probleme, Vorteile oder Nachteile werden bei Übertragung der Eröffnungszuständigkeit auf die Notare gesehen?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. In wieviel Prozent der Fälle wird nach ihrer Erfahrung nach § 2260 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Ladung der Beteiligten als untunlich abgesehen?
2. Falls in der Regel von der Ladung der Beteiligten abgesehen wurde, haben Sie Erfahrungen gemacht, welchen Eindruck dieses Verfahren bei den Bürgern hinterlässt?
3. Sehen Sie weitere Probleme, Vor- oder Nachteile bei der Übertragung dieser Aufgabe?

3. Übertragung des Erbscheinsverfahrens auf die Notare (Erbscheinserteilung; Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und Konzentration der Zuständigkeit für die Antragstellung bei den Notaren sowie Konzentration der Zuständigkeit für Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB bei den Notaren)

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Der Erbschein ist ein amtliches Zeugnis, eine dem Rechtsverkehr dienende amtliche Bescheinigung, die bekundet wer Erbe ist und welchen Verfügungsbeschränkungen er unterliegt. Er ist als öffentliche Urkunde mit besonderer Beweiskraft und öffentlichem Glauben ausgestattet: § 2365 BGB enthält eine entsprechende Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins. Er besitzt nach § 2366 BGB öffentlichen Glauben und schützt den rechtsgeschäftli-

chen redlichen Einzelerwerb vom Nichterben bzw. die Leistungen an den Nichterben (§ 2367 BGB).

Von besonderer Bedeutung ist, dass gegenüber dem Grundbuchamt zur Grundbuchberichtigung die Erbfolge grundsätzlich nur durch einen Erbschein nachgewiesen werden kann (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO; Ausnahme: bei Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen und des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts kann das Grundbuchamt nur bei begründeten Zweifeln an der Erbfolge einen Erbschein verlangen, § 35 Abs. 1 S. 2 GBO).

Als Arten des Erbscheins sind zu unterscheiden:

- der Erbschein des Alleinerben (§ 2353 erste Alternative BGB),
- der gemeinschaftliche Erbschein nach § 2357 BGB, der das Erbrecht aller Miterben unter Angabe der Erbteile bezeugt und von einem Miterben beantragt werden kann,
- der Teilerbschein nach § 2353 zweite Alternative BGB, der die Erbquote des Erbteils eines Miterben angibt,
- der gegenständlich beschränkte Erbschein (Beschränkung auf bestimmte Nachlassgegenstände), insbesondere der sog. Fremdrechterschein nach § 2369 BGB beschränkt auf das dem fremden Erbrecht unterliegende inländische Vermögen²⁹.

Für das Erbscheinsverfahren ist ausschließlich das Nachlassgericht zuständig (§ 2353 BGB), also das Amtsgericht (§ 72 FGG) und in Baden-Württemberg nach Art. 147 EGBGB, §§ 1 Abs. 1 und 2, 38 LF GG das staatliche Notariat.

Funktionell zuständig ist grundsätzlich der Rechtspfleger (§ 3 Nr. 2 c RPfIG), bei testamentarischer Erbfolge oder Ausländernachlässen (Fremdrechterschein, § 2369 BGB) jedoch der Richter (§ 16 Abs. 1 Nr. 6, 7 RPfIG).

§ 19 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 RPfIG, zum 1. September 2004 eingefügt durch Artikel 9 Nr. 3 des 1. Justizmodernisierungsgesetzes, sieht jedoch nunmehr vor, dass die Länder den Richter vorbehalt für unstrittige Fälle durch Rechtsverordnung aufheben können.

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach § 73 FGG (Gericht am letzten Wohnsitz des Erblassers, ohne Wohnsitz nach dem letzten Aufenthaltsort – das ist auch der Sterbeort³⁰; hilfsweise ist das Amtsgericht Berlin Schöneberg zuständig).

Die internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts knüpft grundsätzlich an der Anwendung materiellen Erbrechts an (Gleichlaufgrundsatz), so die ständige Rechtsprechung³¹.

Eine internationale Zuständigkeit besteht ferner

- bei deutschen Erblassern mit anderem Erbstatut,
- bei ausländischen Erblassern unter Anwendung ausländischen materiellen Erbrechts beschränkt auf Nachlassgegenstände im Inland (Fall des § 2369 BGB) oder wenn sich der Erblasser ansonsten in einer an Rechtsverweigerung grenzenden Notlage befände.

Das Erbscheinsverfahren ist ein echtes FGG-Antragsverfahren; das Nachlassgericht ist an den Antrag gebunden und darf bei Erteilung des Erbscheins von ihm inhaltlich nicht abweichen (strenger Antragsgrundsatz).

Der Antrag kann formlos gestellt werden, insbesondere auch privatschriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts.

Jedenfalls im württembergischen Rechtsgebiet wird der Antrag häufig in dem Termin gestellt, in dem die Eröffnung der Verfügungen von Todes wegen vorgenommen wird und welcher auch der Erfüllung der Pflicht zur amtlichen Erbenermittlung nach § 41 Abs. 1 LFGG dient; ob und in welchem Umfang auch in anderen Teilen des Bundesgebiets so verfahren wird, ist durch eine Praxisbefragung zu ermitteln.

Die notwendigen Nachweise und erforderlichen Angaben sind in §§ 2354 bis 2357 BGB geregelt. Von besonderer Bedeutung ist, dass nach § 2356 Abs. 2 BGB der Antragsteller zum Nachweis bestimmter Umstände eine Versicherung an Eides statt abzugeben hat, wonach ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. Gericht ist dabei nicht nur das Nachlassgericht, sondern jedes Amtsgericht³². Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung sind folgende Umstände, die eine negative Beweisführung erfordern:

- Vorhandensein von näheren oder mitberufenen Erbanwärtern bei gesetzlicher Erbfolge (§ 2354 Abs. 1 Nr. 3 BGB),
- Vorhandensein von Verfügungen von Todes wegen (§§ 2354 Abs. 1 Nr. 4, 2355 BGB),

²⁹ zu weiteren speziellen Arten von Erbscheinen vgl. Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl., Nr. 4.416 ff.

³⁰ Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 73 FGG Rdnr. 9

³¹ neuere Nachweise bei Palandt-Heldrich, BGB, 64. Aufl., Art. 25 EGBGB Rdnr. 18

³² Palandt-Edenhofer, BGB, 64. Aufl., § 2356 Rdnr. 11

- Anhängigkeit eines Rechtsstreits (§§ 2354 Abs. 1 Nr. 5, 2355 BGB),
- bei verheiratet gewesenen Erblasser: Zugewinnngemeinschaft im Zeitpunkt des Todes (§ 2356 Abs. 2 S. 1 BGB).

Von der eidesstattlichen Versicherung kann das Nachlassgericht gem. § 2356 Abs. 2 S. 2 BGB nach pflichtgemäßem Ermessen absehen, wenn es sie nicht für erforderlich erachtet, was bereits auch dann angenommen werden darf, wenn ein sorgfältiges glaubwürdiges Vorbringen allein die Würdigung des Vortrags ausreichend unterstützt³³.

Hat der Antragsteller die nach §§ 2354 bis 2357 BGB erforderlichen Angaben mit Belegen beigebracht (ansonsten kann der Antrag als unzulässig zurückgewiesen werden), hat das Nachlassgericht die notwendigen Ermittlungen von Amts wegen durchzuführen (§ 2358 BGB und § 12 FGG); soweit dies zur Entscheidung über den Antrag erforderlich ist, also auch Beweis zu erheben (z. B. über die Testierfähigkeit).

Ist der Erbscheinsantrag statthaft, zulässig und begründet, erlässt das Nachlassgericht einen Beschluss, in dem die Erteilung des Erbscheins angeordnet bzw. bewilligt wird. Dieser ist zu begründen, wenn dem Antrag eines anderen Beteiligten widersprochen oder nur einem Hilfsantrag stattgegeben wird, aber auch im Übrigen ist eine Begründung oft angezeigt, insbesondere, wenn eine Beweiswürdigung oder Testamentsauslegung erfolgt ist³⁴.

Erteilt ist der Erbschein erst, wenn aufgrund des Beschlusses eine Urschrift oder Ausfertigung (hier bestehen unterschiedliche Handhabungen) ausgehändigt wird. Danach ist eine Beschwerde nur noch mit dem Ziel der Anweisung an das Nachlassgericht zur Einziehung bzw. Kraftloserklärung des Erbscheins zulässig.

Die Beteiligten sind wegen Art. 103 Abs. 1 GG (trotz des Wortlauts von § 2360 BGB, der deshalb letztlich nur noch die Frage regelt, wann die Beteiligten zur Aufklärung des Sachverhalts anzuhören sind) zu hören, was jedoch nicht mündlich geschehen muss (ausreichend in der Regel schriftliche Äußerung innerhalb angemessener Frist). Die Anhörung erfolgt jedoch auch häufig in einem Termin, der dann zugleich Termin zur Eröffnung im Sinne von § 2260 BGB ist.

Die konkrete Ausgestaltung des Erbscheinsverfahrens scheint dabei trotz der einheitlichen bundesrechtlichen Vorgaben recht unterschiedlich zu sein.

³³ weitere Konstellationen bei MüKo-J. Mayer, BGB, 4. Aufl., § 2356, Rdnr. 56f

So hat der Rechnungshof Baden-Württemberg für die Verfahrensweise der Notariate im badischen und im württembergischen Rechtsgebiet folgende völlig unterschiedliche Verfahrensweise festgestellt:

„Im badischen Rechtsgebiet wird in der Regel ein vorbereiteter Erbscheinsantrag an die Erben versandt. In diesem Antrag werden die Erben aufgefordert, Angaben über Personenstand, Güterstand, weitere Miterben, vorhandene Testamente und Erbverträge sowie die Höhe des Nachlasses zu machen. Dieser Antrag und das Nachlassverzeichnis werden von den Erben ausgefüllt und unterschrieben an das Nachlassgericht zurückgesandt. Eventuelle Anlagen werden mitübersandt.

Danach erfolgt, sofern ein Testament oder Erbvertrag vorliegt, die förmliche vom Gesetz vorgeschriebene Eröffnung der Verfügung von Todes wegen. Die Eröffnung erfolgt in der Regel ohne persönliche Ladung der Beteiligten zu einer mündlichen Verhandlung. Sofern keine Verfügung von Todes wegen vorliegt, wird der ausgefüllte Erbscheinsantrag auf Vollständigkeit und Richtigkeit überprüft und danach der Erbschein erteilt. Eine Abnahme der eidesstattlichen Versicherung durch die Erben zur Bestätigung der Richtigkeit der Angaben unterbleibt in der Regel.

Im württembergischen Rechtsgebiet wird regelmäßig zur weiteren Behandlung des Sterbefalls durch das Nachlassgericht ein Termin anberaumt. Die mutmaßlichen Erben werden zu diesem Termin persönlich geladen. Die Ladung enthält neben der Aufforderung, eventuell vorhandene Testamente mit in den Termin zu bringen, häufig auch die Bitte, Unterlagen zur Bestimmung des Nachlasswertes vorzulegen. Schriftliche Nachlassverzeichnisse werden überwiegend nicht angefordert.

Im Termin werden die vorhandenen Verfügungen von Todes wegen eröffnet. Es werden in diesem Termin eventuell notwendige Erklärungen entgegengenommen oder weitere Anträge, wie z. B. Grundbuchberichtigungsanträge, gestellt.

Sofern keine Verfügung von Todes wegen vorhanden ist, wird soweit erforderlich aufgrund der gesetzlichen Erbfolge der Erbscheinsantrag gestellt (...). Zum Nachweis der Richtigkeit seiner Angaben wird dem Antragsteller regelmäßig gem. § 2356 Abs. 2 BGB die eidesstattliche Versicherung abgenommen (...). In beiden Rechtsgebieten [wird] die Eröffnungsniederschrift oder der Erbschein an die Erben versandt (...).“

³⁴ so Firsching/Graf, a.a.O., Rdnr. 4.261

Bei Durchführung einer Praxisbefragung sollte versucht werden, ein genaueres Bild über die Handhabung des Erbscheinsverfahrens in den einzelnen Ländern zu erhalten.

Ergeben sich nach Erteilung des Erbscheins Zweifel an seiner Richtigkeit, hat das Nachlassgericht ein Verfahren zur Einziehung des Erbscheins von Amts wegen (§ 2361 Abs. 3 BGB) einzuleiten und diesen durch Beschluss einzuziehen, wenn es die Überzeugung von der Unrichtigkeit des Erbscheins gewinnt (§ 2361 Abs. 1 S. 1 BGB). Kann der Erbschein nicht sofort erlangt werden, ist er durch Beschluss für kraftlos zu erklären (§ 2361 Abs. 2 BGB).

Im Hinblick auf die durch Erteilung des Erbscheins erzeugte und nicht mehr rückwirkend zu beseitigende Publizitätswirkung wird in der Praxis in streitigen Fällen durch Vorbescheid die Erteilung eines bestimmten, inhaltlich genau bezeichneten Erbscheins angekündigt, für den Fall, dass nicht binnen bestimmter Frist Beschwerde eingelegt wird.

b) Vorschlag

(1) Übertragung des Erbscheinsverfahrens

Die Zuständigkeit für die Durchführung des Erbscheinsverfahrens (von der Antragstellung bis zur Erteilung des Erbscheins) einschließlich des Einziehungsverfahrens wird von den Amtsgerichten auf die Notare übertragen. Diesen soll dann die Befugnis zur Amtsermittlung nach § 12 FGG übertragen werden.

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit soll es bei § 73 FGG bleiben; zuständig ist also der Notar, in dessen Amtsbereich (§ 10a Abs. 1 BNotO) der Erblasser seinen Wohnsitz zur Zeit des Erbfalls hatte.

Zur Lösung des Problems mehrerer notarieller Amtssitze am letzten Wohnort des Erblassers wird in Anlehnung an § 12 StPO eine Lösung durch den Prioritätsgrundsatz zur Diskussion gestellt. Danach wäre der Notar im Bezirk des Nachlassgerichts zuständig, bei dem das Verfahren zuerst eingeleitet wird.

Zur Vermeidung von Zuständigkeitskonflikten wäre ein zentrales Verfahrensregister einzurichten, dem die Verfahrensaufnahme zu melden wäre. Die Notwendigkeit zeigt der Fall, wenn mehrere Erbprätendenten bei verschiedenen Notaren Erbscheine beantragen. Es muss dann für jeden eingegangenen Antrag feststellbar sein, ob schon bei einem anderen

Notar des Bezirks (in den Großstadtbezirken u. U. mehrere Hundert) ein Erbscheinsverfahren anhängig ist. Das könnte durch ein elektronisches Verfahrensregister, das zentral bei einer Notarkammer geführt würde, erreicht werden. Bei einer elektronischen Registerführung über einen gesicherten Internetzugang würden praktisch keine Zeitverluste durch die dezentralisierten Zuständigkeiten entstehen. Jeder Notar, der auf Antrag tätig werden soll, könnte jederzeit prüfen, ob bereits ein Notar durch Antragstellung oder nach Maßgabe des Geschäftsverteilungsplans mit dem Nachlassverfahren befasst ist.

Diskutiert wird auch, bei mehreren am Wohnsitz ansässigen Notaren die Zuständigkeit durch einen durch das Nachlassgericht, das Landgericht als Dienstaufsichtsbehörde oder die Notarkammer aufzustellenden Geschäftsverteilungsplan zu regeln.

Auch erscheint eine „Kombinationslösung“ denkbar, in welcher die Zuständigkeit grundsätzlich nach dem Prioritätsprinzip entsprechend § 12 StPO begründet wird, in den Fällen aber, in denen das Nachlassgericht schon vor einer zuständigkeitsbegründenden Antragstellung *de lege lata* von Amts wegen tätig werden muss, die Zuständigkeit durch einen Geschäftsverteilungsplan, etwa der Notarkammer, ermittelt wird. Die Sterbefallmitteilung müsste in diesem Fall auch an die Notarkammer gerichtet werden. Abgesichert würde auch diese Lösung über ein elektronisches Verfahrensregister.

Weitgehend unverändert können die Zuständigkeiten für die Entgegennahme von Anträgen an das Nachlassgericht bleiben, d.h. z.B. für die Aufnahme von Erbscheinsanträgen bliebe jeder Notar zuständig.

(2) Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und Konzentration der Beurkundungszuständigkeit für diese bei den Notare

Die Aufnahme von Erbscheinsanträgen wird ausschließlich den Notaren übertragen. Damit wird der Antrag selbst beurkundungspflichtig gemacht.

Gleichzeitig wird die parallele Zuständigkeit der Gerichte für die Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB abgeschafft und die Zuständigkeit hierfür bei den Notaren konzentriert.

Dies war bereits in dem „Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit“³⁵ enthalten, welcher der Diskontinuität anheim gefallen war.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

(1) Erbscheinsverfahren insgesamt

Die Geschäftsübersichten der Amtsgerichte (GÜ 2) unterscheiden in Nachlass- und Teilungssachen lediglich die „Vermittlungen von Auseinandersetzungen“ von den „sonstigen Handlungen des Nachlassgerichts außerhalb eines Verfahrens auf Ermittlung der Auseinandersetzung und Erbenermittlungen“ und sind daher für die hier interessierende Frage nicht verwertbar.

Für das Jahr 2003 liegen Zahlen anhängiger Testamentsverfahren bei den Nachlassgerichten folgender Länder vor:

Bayern:	883.912
Berlin:	13.838
Niedersachsen:	54.806
Rheinland-Pfalz:	etwa 26.700.
Saarland:	8.040
Thüringen:	13.352

In Baden-Württemberg wurden im Jahr 2002 von den staatlichen Notariaten als Nachlassgericht 44.252 Erbscheine und Testamentsvollstreckerzeugnisse erteilt oder eingezogen. Die Masse hiervon dürfte sicherlich die Erteilung von Erbscheinen betreffen. In Hessen wurde im Jahr 2004 in 22.421 Fällen eine Gebühr für die Erteilung und in 93 Fällen für die Einziehung eines Erbscheins erhoben. Rechnet man diese Zahlen auf Bundesebene hoch, dürfte es sich um etwa 200.000 – 300.000 Verfahren handeln.

Die in Hessen durchgeführte Erhebung an ausgewählten Amtsgerichten hat für 2004 den Einsatz folgender Anteile der in Nachlasssachen eingesetzten Arbeitskraft für das Erbscheinsverfahren ergeben:

³⁵ BT-Drs. 13/11042

Richter	77,5%	(8,59 Richter)
Rechtspfleger	33,1%	(15,11 Rechtspfleger)
Serviceeinheiten	9,2%	(8,73 Personen)

Dabei ist zu berücksichtigen, dass vom gesamten Personaleinsatz im Bereich des Nachlassgerichts bei den Richtern 14,7 % und bei den Rechtspflegern 18,9 %, bei den Servicekräften dagegen 48,2 % keiner spezifischen Aufgabe des Nachlassgerichts zugeordnet werden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass im Servicebereich tatsächlich für das Erbscheinsverfahren ein höherer Personaleinsatz erforderlich ist.

Für die anderen Länder liegen Zahlen über den Personaleinsatz für das Erbscheinsverfahren nicht vor. Auch die Geschäftsübersichten der Notariate in Baden-Württemberg differenzieren bei den Arbeitskraftanteilen nicht nach den von diesen wahrgenommenen Aufgaben.

Frühere Schätzungen einzelner Länder gehen davon aus, dass die Arbeitskapazität der Nachlassgerichte zu 1/2 bis 2/3 auf das Erbscheinsverfahren entfällt. Nach den hessischen Erhebungen dürfte diese Zahl wohl zu hoch gegriffen sind (nimmt man Richter und Rechtspfleger als „Entscheider“ zusammen, beträgt der Anteil knapp 42 %).

(2) Stellung der Erbscheinsanträge

Bislang sind die Anträge – wie unter a) dargestellt – beim Nachlassgericht zu stellen, was auch formlos möglich ist. Es wird berichtet, die Anträge auf Erteilung eines Erbscheins und die Abnahme der die Beurkundungspflicht auslösenden eidesstattlichen Versicherung würden vielfach vorab bei den Notaren beurkundet. Teilweise soll es gängige Praxis der Nachlassgerichte in schwierigen Fällen sein, die Beteiligten zur Stellung ihres Erbscheinsantrags an den Notar zu verweisen. Statistische Daten hierüber existieren aber offenbar nicht.

(3) Abnahme der Versicherung an Eides statt durch die Gerichte

Der durch diese Aufgabe entstehende Aufwand wird wesentlich durch zwei Faktoren bestimmt:

- Den Anteil der Verfahren, in denen nach § 2356 Abs. 2 S. 2 BGB von der Versicherung an Eides statt abgesehen wird und

- den Anteil der Fälle, in denen die Versicherung an Eides statt schon jetzt (Parallelzuständigkeit) vor dem Notar und nicht vor dem (Nachlass-) Gericht abgegeben wird.

Zu ersterem liegen keine Statistiken vor. Bei seiner Prüfung des Nachlasswesens in Baden-Württemberg hat der dortige Rechnungshof in seinem Bericht vom Dezember 2003 festgestellt, dass im badischen Rechtsgebiet (in Relation zur Zahl der Erbscheine) in 91 %, im württembergischen Rechtsgebiet dagegen nur in 9 % der Fälle von der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 S. 2 BGB abgesehen wird.

Nach der vom Rechnungshof Baden-Württemberg durchgeführten Umfrage bei den Rechnungshöfen der anderen Länder wird dort regelmäßig (entsprechend den Verhältnissen im württembergischen Rechtsgebiet) die Abnahme der Versicherung an Eides statt verlangt.

Hinsichtlich der Verteilung zwischen Notaren und Gerichten liegen ebenfalls keine Statistiken vor. Für Baden-Württemberg ist die Frage auch weitestgehend irrelevant, da im badischen Rechtsgebiet ausschließlich die gleichzeitig als Nachlassrichter fungierenden Notare im Landesdienst bestellt sind. Im württembergischen Rechtsgebiet könnte ein Teil der Versicherungen an Eides statt auch durch die dort bestellten hauptberuflichen Notare - und Anwaltsnotare abgenommen werden; doch dürfte auch hier davon auszugehen sein, dass die große Masse der eidesstattlichen Versicherungen durch die Notare im Landesdienst (Bezirksnotare) abgenommen wird. Der Rechnungshof geht dabei von 23.254 von den Nachlassgerichten (durch die Notare im Landesdienst) abgenommene eidesstattliche Versicherungen aus (21.606 im württembergischen und 1.648 im badischen Rechtsgebiet).

Der Rechnungshof Baden-Württemberg hat gleichzeitig eine Umfrage bei den übrigen Rechnungshöfen durchgeführt. Der Anteil der von den (Nachlass-)Gerichten und nicht von den Notaren abgenommenen eidesstattlichen Versicherungen wurde dabei wie folgt angegeben:

Bayern:	99%
Berlin:	Angabe nicht möglich
Brandenburg:	70 – 95 %
Bremen:	60 %
Hamburg:	75 – 80 %
Hessen:	70 %
Mecklenburg-Vorpommern:	80 %
Niedersachsen:	Angabe nicht möglich
Nordrhein-Westfalen:	50 %
Rheinland-Pfalz:	75 %

Saarland:	10 %
Sachsen:	87 %
Sachsen-Anhalt:	90 – 95 %
Schleswig-Holstein:	60 – 70 %
Thüringen:	Angabe nicht möglich.

Diese Angaben sind in der Praxisbefragung zu überprüfen.

Für Hessen lassen sich Anhaltspunkte zu dieser Frage auch den JUKOS-Zahlen entnehmen: danach wurde im Jahr 2004 in 22.421 Fällen eine Gebühr für die Erbscheinserteilung und in 15.264 Fällen eine solche nach § 49 KostO für die Abnahme der Versicherung an Eides statt durch die Gerichte erhoben. Dies ergäbe einen Anteil von ungefähr 68 %, was die obige Schätzung bestätigen würde (wobei berücksichtigt werden muss, dass nicht bekannt ist, in wie vielen Fällen von der Abnahme der Versicherung abgesehen wurde).

bb) Kosten/Einnahmen

(1) Erbscheinsverfahren insgesamt

Da keine Statistiken über die Arbeitskraftanteile vorliegen, lassen sich diese nicht völlig exakt bestimmen, was die Ermittlung der (Personal-)kosten erschwert. Der für das Erbscheinsverfahren anfallende Arbeitsaufwand wird sich auch häufig nicht von anderen rechtlich davon zwar zu unterscheidenden, aber faktisch einheitlich ablaufenden Vorgängen (insbesondere der Vorbereitung und Wahrnehmung des Eröffnungstermins nach § 2260 BGB) trennen lassen (vgl. die oben unter a) am Ende gegebene Darstellung der Verfahrensweise in Baden-Württemberg). Für Hessen liegen allerdings Schätzwerte auf der Basis der Angaben ausgewählter Gerichte vor (siehe dazu bereits oben zu c)aa) (1)). Legt man die Zahlen für 2004 zu Grunde, so ergeben sich Kosten von jährlich 2,478 Mio. € (zu deren Ermittlung siehe bereits oben in dem Abschnitt „Verwahrung notarieller Verfügungen von Todes wegen beim den Notar“ unter c)bb)).

Für die Erteilung eines Erbscheins – einschließlich des vorangegangenen Verfahrens, also auch der Antragstellung – wird eine volle Gebühr erhoben (§ 107 Abs. 1 S. 1 KostO), berechnet nach dem Wert des „reinen Nachlasses“ (also unter Abzug sämtlicher Verbindlichkeiten einschließlich Vermächtnissen, Pflichtteilsrechten, Auflagen und Beerdigungskosten, § 107 Abs. 2 S. 1 KostO).

In Baden-Württemberg vereinnahmten die Nachlassgerichte für die 44.252 im Jahr 2002 erteilten Erbscheine (in dieser Zahl sind allerdings auch die Testamentsvollstreckerzeugnisse sowie die Erbscheinseinziehungen enthalten) 11,032 Mio. €, also im Durchschnitt etwa 250 € pro Erbschein. In Hessen wurden im Jahr 2004 nach den JUKOS-Zahlen in 22.421 Fällen Gebühren nach § 107 KostO von insgesamt 5,666 Mio. € erhoben; also im Durchschnitt ebenfalls 250 €.

In diesen Zahlen sind die Gebühren für die Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 49 KostO nicht enthalten.

(2) Stellung der Anträge

Die hierdurch anfallenden (Personal-)kosten lassen sich nicht beziffern; sie sind auch in Hessen nicht gesondert erhoben worden.

Mangels entsprechendem Gebührentatbestand erzielen die Nachlassgerichte aus der bloßen Antragstellung keine Gebühren; diese ist durch die Erbscheinserteilung abgegolten.

(3) Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB durch die Gerichte

Für die Abnahme der Versicherung an Eides statt wird nach §§ 49, 107 Abs. 1 S. 2 KostO zusätzlich zur Gebühr für die Erteilung des Erbscheins eine volle Gebühr aus dem Wert des reinen Nachlasses erhoben (§§ 49, 107 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 KostO).

In Hessen ist ausweislich der „JUKOS“-Zahlen im Jahr 2004 in 15.264 Fällen eine Gebühr nach § 49 KostO für die Abnahme der Versicherung an Eides statt angefallen, was Gebühreneinnahmen von 3,434 Mio. € erbrachte. Die durchschnittliche Gebühr beträgt damit 225 €.

Für die anderen Länder liegen keine Statistiken vor. Für Baden-Württemberg geht der Rechnungshof aufgrund seiner Erhebungen davon aus, dass im Jahr 2002 die 23.254 abgenommenen Versicherungen Gebühreneinnahmen von 5,334 Mio. € erbracht haben, im Durchschnitt also 229 €, ein mit den hessischen Ergebnissen vergleichbarer Wert.

Was die Kostenseite angeht, so liegen für Hessen Angaben nur für ein Nachlassgericht vor, bei dem der Personaleinsatz für die Abnahme der Versicherung an Eides statt bei Rechts-

pflegern und im Servicebereich ca. 1/3 des für das gesamte Nachlassverfahren erforderlichen Arbeitseinsatzes ausmacht. Übernimmt man diese Zahl für ganz Hessen, ergäben sich Kosten von 569.976 €, also pro Versicherung an Eides statt ca. 37 €. Der Kostendeckungsgrad belief sich dann auf über 600 % (Überschuss: ca. 2,86 Mio. €)

Ferner kann für Baden-Württemberg aufgrund der Berechnungen des Rechnungshofs in dem genannten Prüfungsbericht folgende ungefähre Berechnung angestellt werden:

Der durchschnittliche Zeitaufwand für die Abhaltung eines mündlichen Termins wird mit 45 bis 60 Minuten angegeben. Da aufgrund der oben unter a) am Ende geschilderten Verfahrensweise in dem Termin nicht nur die eidesstattliche Versicherung abgenommen wird (sondern z. B. auch die Eröffnung der Verfügung von Todes wegen und die Ermittlung des Geschäftswerts), veranschlagt der Rechnungshof für die Abnahme der Versicherungen an Eides statt einen Zeitaufwand von 30 Minuten im mündlichen Termin für den Notar als Nachlassrichter.

Rechnet man für den Unterstützungsbereich einen ähnlichen Zeitaufwand, ergeben sich pro eidesstattliche Versicherung folgende Kosten:

Bei ungefähr 1.600 abgenommenen Versicherungen an Eides statt im badischen und etwa 21.600 im württembergischen Rechtsgebiet ergeben sich bei Zugrundelegung der vom Rechnungshof ermittelten Kostenansätze für die einzelnen Bedienstetengruppen (Personalkosten einschließlich Pensionslasten und pauschalierte Raum- und Sachkosten³⁶) durchschnittliche Kosten für die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung von 50 €, was noch in der Größenordnung der oben für Hessen ermittelten Zahl von 37 € liegt, zumal zu berücksichtigen ist, dass in allen Ländern außer Baden-Württemberg der Rechtspfleger für die Abnahme der Versicherung zuständig ist (§ 3 Nr. 1 f. 2 c RPflG) und für diesen geringere Personalvollkosten anfallen als für die baden-württembergischen Notare.

Die in Baden-Württemberg von den Nachlassgerichten im Jahr 2002 abgenommenen gut 23.000 Versicherungen an Eides statt hätten damit Kosten von 1,17 Mio. € verursacht, was einen Überschuss von ca. 4,17 Mio. € bedeutet (Kostendeckungsgrad ca. 450 %).

Für die anderen Länder liegen keine derartigen Angaben vor.

³⁶ Diese betragen: Notare im badischen Rechtsgebiet 114.893 €, Bezirksnotare im württembergischen Rechtsgebiet 101.837 €, Notarvertreter im württembergischen Rechtsgebiet 92.021 €, Schreibdienst, Bürodienst und mittlerer Dienst 57.924 bis 69.174 €

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

(1) Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt

Der Notar ist verglichen mit dem Amtsgericht die dezentralere Anlaufstelle, sodass sich die Wege für den Bürger verkürzen (dies gilt allerdings nicht in Baden-Württemberg für die Notariate als Nachlassgerichte). Dies gilt insbesondere bei einer möglichen Schließung weiterer Amtsgerichte oder der in Bayern beschlossenen Schließung der Zweigstellen der Amtsgerichte. Von kürzeren Wegen kann allerdings dann nicht ohne weiteres ausgegangen werden, wenn die Frage, welcher Notar bei mehreren Notaren im Amtsgerichtsbezirk örtlich zuständig sein soll, eine Geschäftsverteilungslösung getroffen würde, bei der ja nicht sichergestellt wäre, dass die Entfernung zu dem jeweils zuständigen Notar geringer ist als die zum Amtsgericht.

Zu bedenken ist, dass bereits heute offenbar häufig Anträge auf Erteilung eines Erbscheins zur Urkunde des Notars gestellt werden und in diesem Rahmen die Notare eine umfassende Beratungspraxis entfalten; also in vielen Fällen ohnehin der Notar und nicht das Nachlassgericht die Anlaufstelle für den Bürger in Erbfällen ist. In welchem Umfang dies genau der Fall ist, muss durch die Praxisbefragung geklärt werden.

Die Notare sind sicher durch ihre eigenverantwortliche Organisation (Selbständigkeit) flexibler als die gerichtlichen Organe (Öffnungs- und Sprechzeiten); aufgrund ihrer auch an Wirtschaftlichkeit orientierten Büroorganisation könnten sie auch eher effiziente Verfahren anstreben.

- (2) Ausschließliche Zuständigkeit der Notare für Erstanträge auf Erteilung eines Erbscheins und ausschließliche Zuständigkeit der Notare für die Abnahme der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB

In den Fällen, in denen die Amtsgerichte (Rechtspfleger) den Bürger bereits jetzt an die Notare verweisen, tritt eine Erleichterung für den Bürger bei der Antragstellung ein, da er sich nur mit einer Stelle auseinandersetzen muss.

Die Einführung der Beurkundungspflicht führt dazu, dass ihm bei jeder Antragstellung die Vorteile der notariellen Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG zu Gute kommen. Der Notar ist verpflichtet zu prüfen, ob der Erbschein dem Antrag entspricht und haftet bei Verletzung dieser Pflicht³⁷.

Ein genereller Vorteil für den Bürger durch die Konzentration der Zuständigkeit für die Abnahme der Versicherung an Eides statt ist zunächst nicht erkennbar; ihm wird eine Wahlmöglichkeit genommen. In Bezirken, in denen er heute eher informell zum Gang zum Notar bewegt wird, entfällt allerdings der dort vergebliche Umweg über das Gericht.

bb) Justiz

- (1) Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt

Nachdem davon auszugehen ist, dass das Erbscheinsverfahren wohl knapp die Hälfte der Arbeitskraftanteile der Nachlassgerichte bindet, könnte langfristig entsprechend Personal einschließlich der damit verbundenen Folgekosten und –lasten eingespart werden. Aufgrund der Verteilung über die zahlreichen, häufig nur mit wenigen Richtern oder Rechtspflegern besetzten Amtsgerichte und alle Dienste ist allerdings zu berücksichtigen, dass eine unmittelbare Einsparung der möglicherweise freiwerdenden Bruchteile bei einzelnen Landesjustizverwaltungen nur beschränkt möglich sein könnte.

³⁷ BGH DNotZ 1988, S. 372

- (2) Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und ausschließliche Zuständigkeit der Notare für die erstmalige Stellung eines Erbscheinsantrags

Für die Justiz wäre damit eine Entlastung verbunden, zumal häufig im Rahmen der Antragstellung eine Beratung der Antragsteller erfolgt. Der zumindest weitgehende Wegfall des Publikumsverkehrs (auch von telefonischen Anfragen), wenn der Notar die „Anlaufstelle“ für die Bürger in Nachlasssachen wird, führt zu Entlastungseffekten. Mit Personaleinsparungen ist damit zu rechnen, sie können aber nicht konkretisiert werden.

- (3) Ausschließliche Zuständigkeit des Notars für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB

Nachdem diese ausweislich der oben unter d) aa) (3) mitgeteilten Schätzungen nach wie vor in der Mehrheit der Länder überwiegend vor dem Nachlassgericht und nicht vor dem Notar abgenommen wird, kann davon ausgegangen werden, dass mit dem Wegfall dieser Aufgabe eine gewisse Entlastung und damit auch Möglichkeiten für den Abbau von Personal gegeben sind.

Bezieht man die Verhältnisse im württembergischen Rechtsgebiet (die im badischen Rechtsgebiet dürften mit dem übrigen Bundesgebiet nicht vergleichbar sein, siehe oben c) aa) (3)) und die für Hessen angenommenen Zahlen auf alle übrigen Länder so dürften bundesweit sehr grob geschätzt etwa 110 - 150 Arbeitskraftanteile überflüssig werden. Berücksichtigt man die Zahl der Amtsgerichte, wären dies pro Amtsgericht Bruchteile.

e) Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgaben

aa) Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt

(1) Verfassungsrechtliche Probleme

(aa) Artikel 92 GG

Art. 92 GG dürfte einer Übertragung nicht entgegenstehen. Das Erbscheinsverfahren stellt keine Ausübung rechtsprechender Gewalt dar, sondern ist ein verwaltungsmäßiges Verfahren. Dies sah auch der historische Gesetzgeber des BGB so, wie Art. 147 EGBGB zeigt.

Vorbehaltlich einer näheren Prüfung führt Art. 92 GG nicht zu einer anderen Betrachtung. Das Erbscheinsverfahren stellt keine Ausübung rechtsprechender Gewalt im Sinne dieser Vorschrift dar, die dem Richter vorbehalten ist. Diese Auffassung hat der Bundesgesetzgeber geteilt, ansonsten hätte er nicht nach § 3 Nr. 2 c RPfIG in Verbindung mit § 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfIG auch streitige Erbscheinsverfahren aufgrund gesetzlicher Erbfolge auf den Rechtspfleger übertragen dürfen. Der BGH hat schließlich bereits in einem Beschluss vom 20. Mai 1969³⁸ die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Erteilung von Erbscheinen nicht um eine gerichtliche, sondern um verwaltungsmäßige Tätigkeit handle, da die Erteilung des Erbscheins nur Legitimationswirkung habe, nicht aber einen Streit über eine Erbberechtigung materiell entscheide³⁹.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts fallen unter Art. 92 GG die „traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung und Bürgerliche Rechtspflege und Strafgerichtsbarkeit“. Zumindest der „Kernbereich der herkömmlicherweise den einzelnen Gerichtsbarkeiten übertragenen Aufgaben“ sei Rechtsprechung im materiellen Sinn⁴⁰.

Welche Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter diesen Rechtsprechungsbegriff fallen, hat das Bundesverfassungsgericht bisher offen gelassen⁴¹. Die Entscheidungen der freiwilligen

³⁸ Az.: III ZB 3/67; BGHZ 52, S. 123, 133

³⁹ BGH, a.a.O., Seite 133

⁴⁰ BVerfGE, 22, S. 49, 76 ff.

⁴¹ BVerfGE 21, S. 139, 144

Gerichtsbarkeit zählt es jedoch nicht zu den „bürgerlichen Rechtstreitigkeiten“⁴². Für die typischen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also soweit sie nicht „echte Streitverfahren“ sind, wird deshalb von der Literatur kein verfassungsrechtlicher Richtervorbehalt angenommen⁴³.

(bb) Art. 33 GG

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, also Beamten oder Richtern⁴⁴. Die Notare sind keine Beamte im Sinne von Art. 33 Abs. 4 GG. Sie sind zwar – unstreitig - Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO), aber weder Beamte im statusrechtlichen Sinne noch Richter und nicht Teil des öffentlichen Dienstes, sondern stehen den Richtern „nahe“⁴⁵. Damit ist aber klar, dass Art. 33 Abs. 4 GG die Notare nicht mit umfassen kann, da diese Norm nach wohl allgemeiner Meinung⁴⁶ nur Beamte und Richter meint.

Aus diesen Vorgaben können unterschiedliche Schlüsse gezogen werden, die letztlich eine Übertragung des Erbscheinsverfahrens jedenfalls verfassungsrechtlich nicht als völlig risikolos erscheinen lassen.

Bei der Tätigkeit der Nachlassgerichte handelt es sich wohl unstreitig um die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Auch wenn das Erbscheinsverfahren keine Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG ist, so ist es doch ein „rechtsprechungsähnliches“ Verfahren, das nicht ohne Grund bei den Gerichten angesiedelt worden ist. Es wird zwar nicht im Sinne einer letztverbindlichen Streitentscheidung über das materielle Erbrecht entschieden, rein faktisch hat die Erbscheinserteilung aufgrund der damit verbundenen Wirkungen (§§ 2365 bis 2367 BGB und auch § 35 Abs. 1 S. 1 GBO – Ermöglichung der Grundbuchberichtigung mit den Folgen der §§ 891 bis 893 BGB) nahezu eine ähnliche Funktion. In der Praxis wird dann auch häufig ein Streit zwischen verschiedenen Erbprätendenten im (kostengünstigeren) Erbscheinsverfahren und nicht in einem streitigen Zivilverfahren ausgetragen und die im Erbscheinsverfahren (ggf. von dem Rechtsmittelgericht) getroffenen Entscheidungen dann als Entscheidung über das Erbrecht respektiert werden. Art. 92 GG und Art. 33 Abs. 4 GG sind

⁴² BVerfGE 21, S. 139, 144; zu Grunde lag ein Erbscheinsverfahren

⁴³ Bettermann, in: Handbuch des Staatsrecht, § 73 Rdnr. 48

⁴⁴ einhellige Meinung, vgl. Maunz/Dürig-Maunz, GG, Art. 33 Rdnr. 39; von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 33 Rdnr. 20; von Münch-Kunig, GG, 5. Aufl., Art. 33 Rdnr. 39

⁴⁵ BVerfGE 17, 371, 377 und 73, 280, 292

⁴⁶ siehe die obigen Nachweise, FN 45

dabei in einem Zusammenhang zu betrachten mit der Folge, dass eine Übertragung umso weniger in Betracht kommt, je mehr diese Befugnisse denen eines Richters in einem streitigen gerichtlichen Verfahren im Sinne des Art. 92 GG nahe kommen.

Besonders problematisch erscheint die Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 4 GG angesichts des Umstands, dass mit den Aufgaben des Nachlassgerichts im Erbscheinsverfahren auch Zwangsbefugnisse verbunden sind, insbesondere wenn im Rahmen der Amtsermittlung eine Beweisaufnahme erforderlich ist; zu nennen ist insbesondere die Verhängung von Ordnungs- und Zwangsmitteln gegen Zeugen und Sachverständige (§ 15 Abs. 1 FGG i.V.m. §§ 380, 409, 411 Abs. 2 ZPO). Die Verhängung von Ordnungshaft nach § 380 Abs. 1 S. 2 ZPO ist schon wegen Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG dem Richter vorbehalten (deshalb ist in § 5 Abs. 3 LFGG für Baden-Württemberg immer dann, wenn in einem Verfahren des Notariats die Androhung oder die Anordnung von Haft erforderlich ist, das Amtsgericht für zuständig erklärt worden).

Art. 33 Abs. 4 GG verlangt, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse „in der Regel“ Beamten (und Richtern) vorzubehalten ist, Ausnahmen von dieser Regel also in begründeten Ausnahmefällen zulässig sind. Dabei muss das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Gunsten der Beamten gewahrt werden und zugleich ein sachlicher Grund für die Übertragung bestehen⁴⁷. Ob dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis bei einer Gesamtübertragung gewahrt bliebe, könnte fraglich sein, weil das Erbscheinsverfahren – sowohl vom Umfang als auch der Bedeutung her gesehen – immerhin das „Herzstück“ der nachlassgerichtlichen Aufgaben, jedenfalls deren bedeutendste, darstellen dürfte. Lässt man als Ausnahme von Art. 33 Abs. 4 GG – zu Recht - nicht nur einzelfallbezogene, sondern auch bereichsspezifische Ausnahmeregelungen zu, müssen diese – wenn die Norm nicht ihrer Funktion entkleidet werden soll – innerhalb der zu betrachtenden Aufgabe – hier die des Nachlassgerichts – auf einen sachlich abgrenzbaren Bereich beschränkt bleiben und in diesem Bereich die Ausnahme bleiben. Die Übertragung eines Aufgabentyps insgesamt – also der gesamten Nachlasssachen – oder eines wesentlichen Teils – hier des Erbscheinsverfahrens – stellt demgegenüber eine nicht nur begrenzte Abweichung von einem Regeltatbestand, sondern einen Systemwechsel dar. Vergleichbare Maßnahmen wie etwa die Privatisierung der Flugsicherung beruhten auf Verfassungsänderungen (vgl. Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG). Die Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 4 GG kann deshalb nicht damit begründet werden, der weit überwiegende Teil der justiziellen Verfahren außerhalb des Nachlassbereichs bleibe ja bei den Gerichten.

⁴⁷ vgl. Maunz/Dürig-Maunz, Art. 33 GG, Rdnr. 42

Die Gesamtübertragung des Erbscheinsverfahrens ist demnach mit einem nicht unerheblichen verfassungsrechtlichen Risiko verbunden. Der Umstand, dass der Notar auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴⁸ Aufgaben der „vorsorgenden Rechtspflege“ als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit und damit originäre staatliche Aufgaben wahrnimmt, kann demnach aufgrund der oben dargestellten Umstände trotz eines möglicherweise aufgrund der Nähe zum öffentlichen Dienst größeren Gestaltungsspielraums eine Gesamtübertragung des Erbscheinsverfahrens nicht ohne weiteres rechtfertigen.

Dieselben Probleme stellen sich auch im Einziehungsverfahren nach § 2361 BGB, da die Ablieferung notfalls durch die Zwangsmittel des § 33 FGG durchzusetzen ist.

Demgegenüber wird aber auch die Meinung vertreten, aus dem Umstand, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse nach Art. 33 Abs. 4 GG nur „in der Regel“ Beamten zu übertragen ist, folge, dass das Institut der Beleihung nicht von vornherein ausgeschlossen sei. Aus dem Wortlaut der Vorschrift ergebe sich nur, dass die Übertragung hoheitsrechtlicher Aufgaben auf Nichtbeamte die Ausnahme bleiben müsse.

Bei der ähnlich gelagerten Frage der Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens wurde die Wahrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses vor allem deshalb in Zweifel gezogen, weil dem Gerichtsvollzieher Maßnahmen mit ganz erheblicher Grundrechtsrelevanz (z.B. Durchsuchung der Wohnung des Schuldners, Brechung von Widerstand des Schuldners, Wegnahme beweglicher Sachen) obliegen. Eine „Verbeamtungspflicht“ d.h. die Pflicht des Staates, dafür zu sorgen, dass bestimmte hoheitsrechtliche Funktionen von Beamten wahrgenommen werden, wird jedenfalls bei Aufgaben angenommen, deren Erfüllung unerlässlich ist für die Funktionsfähigkeit des Staates und die Wahrung grundgesetzlicher Schutzgüter. Art. 33 Abs. 4 GG ist nicht nur Vorbehaltsklausel zugunsten des Berufsbeamtentums, sondern auch freiheitssichernde Strukturvorgabe gegen einen zu weit gehenden Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung zu eigener Aufgabenwahrnehmung. In diesem Zusammenhang wird gelegentlich der Gesichtspunkt nicht übertragbarer „Kernaufgaben des Staates“ angesprochen, wobei beispielhaft Bundeswehr, Zoll, Polizei, Steuererhebung und Justiz einschließlich Strafvollzug genannt werden.

Auch wenn man anerkennt, dass zu den wesentlichen hoheitsrechtlichen Aufgaben der Exekutive solche zählen, die im Zusammenhang mit der Ausübung des staatlichen Monopols der Gewaltanwendung wahrgenommen werden, wird man das Erbscheinsverfahren – unbeschadet der auch in diesem Rahmen möglichen Ausübung von Zwangsbefugnissen – nicht

⁴⁸ BVerfGE 17, 371, 376f.

zu dem nicht delegierbaren Kern von Staatsaufgaben rechnen müssen. Bei den Gerichtsvollziehern ist dies anders zu sehen, weil deren Befugnisse in der Gesamtschau als hoheitsrechtliche Befugnisse angesehen werden können, für deren Wahrnehmung gerade die Besonderheiten des Beamtenverhältnisses in besonderem Maße adäquat sind. Angesichts des Tätigkeitsbildes des Gerichtsvollziehers fiele es schwer, eine Beleihung Privater mit sämtlichen Tätigkeiten des Gerichtsvollziehers noch als Ausnahme im Sinne des Art. 33 Abs. 4 GG zu begreifen.

Für die Übertragung der Erbscheinserteilung auf Notare erscheint dagegen die Betrachtung gerechtfertigt, dass es sich um eine nach Art. 33 Abs. 4 GG zulässige Ausnahme handelt. Zum einen wird man sagen können, dass die Ausübung von Befehl und Zwang jedenfalls nicht prägendes Charakteristikum der Erteilung von Erbscheinen, sondern eher gelegentliche Begleiterscheinung ist. Das gilt in besonderem Maße dann, wenn man davon ausgeht, dass die Verhängung von Ordnungshaft (§ 15 Abs. 1 FGG i.V.m. § 380 Abs. 1 S. 2 ZPO) dem Richter vorbehalten bleibt.

Vor allem wird man aber auch in Rechnung stellen dürfen, dass die Aufgabe nicht irgendwelchen Privaten, sondern Personen übertragen werden soll, die eine besondere Rolle im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege einnehmen. § 1 BNotO umschreibt die Stellung des Notars als diejenige eines unabhängigen Trägers eines öffentlichen Amtes für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Die besondere Stellung des Notars hat auch das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben⁴⁹. Es hat daraus gefolgert, dass der Beruf des Notars sowohl nach der Eigenart der ihm übertragenen Aufgaben wie nach der positiven Ausgestaltung des Berufsrechts dem öffentlichen Dienst sehr nahe gerückt ist. Die Aufgaben des Notars seien für den Rechtsverkehr zwischen den Bürgern und damit für den Rechtsfrieden in der Gemeinschaft von hoher Bedeutung. Der Staat könnte und müsste sie durch seine Behörden erfüllen, wenn er sie nicht den Notaren übertragen hätte. Es bedürfe keiner näheren Begründung, dass „Rechtspflege“ und „freiwillige Gerichtsbarkeit“ originäre Staatsaufgaben seien⁵⁰. Der Notar nehme, soweit er diese Tätigkeiten ausführe, staatliche Funktionen wahr. Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG (hier Beschränkung der Amtsstellen für Notare) hat das Bundesverfassungsgericht deshalb für grundsätzlich möglich gehalten⁵¹.

Wenn wegen der großen Nähe des Notars zum öffentlichen Dienst berufsrechtliche Sonderregelungen nach Art. 33 GG zulässig sind, so wird man auch annehmen dürfen, dass der

⁴⁹ BVerfGE 17, a.a.O., 377

⁵⁰ BVerfGE, a.a.O., 376

⁵¹ BVerfGE, a.a.O., 379

von Art. 33 Abs. 4 GG eröffnete Gestaltungsspielraum nicht überschritten ist, wenn auf ein so gestaltetes Amt weitere Befugnisse übertragen werden und dies auch dann, wenn damit im Einzelfall die Möglichkeit von Zwangsmaßnahmen verbunden ist.

(cc) Artikel 138 GG

Die Übertragung der Aufgaben des Nachlassgerichts auf selbständige Notare könnte wohl auch eine Änderung der Notariatsverfassung im Sinne des Art. 138 GG darstellen, so dass die Zustimmung der Landesregierungen Baden-Württembergs und Bayerns zu einer derartigen Änderung in jedem Fall erforderlich wäre.

Dies wird teilweise unter Verweis auf die Erläuterungen von Holtkotten zu Art. 138 GG im Bonner Kommentar mit der Begründung verneint, geschützt seien nur Fragen der Notariatsformen, nicht aber Fragen der gesetzlich den Notaren zugewiesenen Zuständigkeiten. Gerade dort wird aber (unter „I. Entstehungsgeschichte“) deutlich, dass Artikel 138 GG im Zusammenhang mit der im Parlamentarischen Rat umstrittenen Frage, ob eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Notariat bestehen soll, gesehen werden muss. Es wurde dabei ein Kompromiss dahingehend gefunden, dass dem Bund zwar in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Notariat eingeräumt worden ist, gleichzeitig aber die Besonderheiten des badischen, württembergischen und bayerischen Notariats mittels Art. 138 GG vor einer einseitigen Änderung durch den Bund geschützt werden sollten. Noch ausführlicher als im Bonner Kommentar wird der Begriff „Einrichtungen des bestehenden Notariats“ und seine Entstehungsgeschichte von Wenckstern⁵² erläutert. Daraus ergibt sich, dass es in den Beratungen des Parlamentarischen Rates ausdrücklich um die „bewährten Einrichtungen in Süddeutschland“ ging⁵³, darunter die besonderen Verhältnisse des badischen, württembergischen und bayerischen Notariats verstanden wurden und in den Beratungen hierbei von einem Vertreter (Süd-)Badens besonderer Wert gerade auf die Erhaltung der richterlichen Funktionen des badischen Richternotariats gelegt worden ist. In Baden sei der Notar Beurkundungsbeamter, erfülle daneben die Aufgabe des Nachlassgerichts, er sei Grundbuchbeamter und erledige einen Teil der Aufgaben des Vollstreckungsgerichts. Baden sei interessiert, „dass dem badischen Notariat die richterlichen Funktionen belassen bleiben und dass Baden allein darüber entscheiden kann, ob die gegenwärtige (...) Grundbuchverfassung bestehen bleiben soll oder geändert wird“⁵⁴. Daraus folgert

⁵² in Umbach/Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 138 Rdnr. 1 ff.,

⁵³ Abg. De Chapeaurouge, zitiert nach Umbach/Clemens, a.a.O., Rn. 8

⁵⁴ so der Abg. Fehr, zitiert nach JöR 1951, S. 502)

Wenckstern⁵⁵, dass auch und gerade die Zuständigkeiten der Amtsnotare (also der Bezirksnotariate als staatliche Behörden) als Grundbuch-, Nachlass- und Vormundschaftsrichter „Einrichtungen des Notariats“ i. S. v. Art. 138 GG sind. Diese Ansicht wird - auch bisher schon - vom Justizministerium Baden-Württemberg vertreten.

(2) Sachliche Probleme bei der Abwicklung der Verfahren

Bei einer Übertragung des gesamten Erbscheinsverfahrens können sich Probleme ergeben, die in ihrem Ausmaß auch von der Struktur und der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Notariatsform abhängen.

Das Erbscheinsverfahren ist ein justizförmiges Verfahren, bei dem nicht selten mündliche Verhandlungen durchgeführt und Beweise erhoben werden müssen (Einvernahme von Zeugen zur z. B. Testierfähigkeit und zur Ermittlung des Erblasserwillens; Einholung von Sachverständigengutachten und deren Würdigung), die typischerweise den Aufgaben eines Richters und nicht denen eines Notars entsprechen. Allerdings werden diese Aufgaben schon heute und künftig verstärkt im Nachlassgericht vom Rechtspfleger erledigt. Auch wenn die Beurkundung einer Willenserklärung eine auf Antrag hin ergehende Amtshandlung in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit darstellt, so weicht das Beurkundungsverfahren doch in der Sache von gerichtlichen Verfahren ab, da in ihm die oben erwähnten Verfahrenshandlungen schon deshalb nicht vorkommen, weil es keinen Strengbeweis kennt. Justizförmige Verfahren wie etwa diejenigen nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz sind für die notarielle Tätigkeit nicht typisch, vielmehr ist der Notar nahezu durchweg „unparteiische Urkundsperson“⁵⁶ und nicht „Entscheider“. Das Vermittlungsverfahren nach den §§ 87ff Sachenrechtsbereinigungsgesetz könnte aber dafür sprechen, dass Notare durchaus in der Lage sind, sich auch in justizförmige Verfahren einzuarbeiten und deren Ablauf zu bewältigen. Jedenfalls zeigt die dortige Regelung, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich die Notare für die Führung justizförmiger Verfahren für geeignet hielt.

Aus der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens durch einen selbständigen Amtsträger können sich Folgeprobleme ergeben. So bedarf es eines „Geschäftsstellenbetriebs“ für Ladungen, Zustellungen, Auszahlung von Zeugen- und Sachverständigenentschädigung. Zwar verfügen auch die Notare über Geschäftsstellen (und müssen über solche auch verfügen, § 10 Abs. 2 Satz 1 BNotO), es stellt sich aber die Frage, ob die dann den Notaren zuwachsenden Aufgaben mit den bisherigen vergleichbar sind und die notwendigen personellen und

⁵⁵ in Umbach/Clemens, a.a.O., Rdnr. 18

⁵⁶ BVerfGE 17,381, 388

sachlichen Einrichtungen, insbesondere bei Anwaltsnotaren mit geringem Beurkundungsvolumen, vorhanden sind. Diese Fragen dürften bei Ländern mit der Notariatsform des hauptberuflichen Notariats (mit zum Teil speziell ausgebildetem, von den Notarkassen bezahltem Personal) geringer zu bewerten sein.

In diesem Zusammenhang wäre auch die Frage zu klären, wer die Kosten für die bislang aus den Landesjustizhaushalten gezahlten „Auslagen in Rechtssachen“ zu tragen hat. Da die Notare auch die Gebühr für die Erbscheinerteilung nach § 107 KostO vereinnahmen würden, müssten sie konsequenterweise auch diese Auslagen „aus eigener Tasche“ tragen.

Es könnte die Befürchtung entstehen, dass dann kostenaufwendige Ermittlungsmaßnahmen (insbesondere Sachverständigengutachten), die der Notar aus eigener Tasche bezahlen müsste, möglicherweise deshalb künftig zu zurückhaltend angewandt werden. Diese Befürchtung würde aber entfallen, wenn diese Kosten aus einem von den Notarkammern bzw. -kassen gespeisten Fonds bezahlt würden, also nicht beim einzelnen Notariat anfielen. Allerdings haben grundsätzlich die Beteiligten diese nach § 137 Abs. 1 Nr. 6 KostO als Auslagen zu tragen und soll nach § 8 Abs. 2 Satz 1 1. Halbsatz KostO die Vornahme des Geschäfts (hier: Erbscheinerteilung) von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden. Letzteres ist in Nachlasssachen jedoch nur möglich, wenn dies zur Sicherung des Eingangs der Kosten angebracht ist (§ 8 Abs. 2 Satz 2 2. Halbsatz KostO). Das wird nur angenommen, wenn Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kosteneingangs im konkreten Falle bestehen⁵⁷, etwa weil aus anderen Verfahren die Mittellosigkeit des Antragstellers bekannt ist⁵⁸. Zudem ist folgendes zu bedenken: von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden kann danach nur das Geschäft insgesamt, nicht aber eine einzelne Verfahrenshandlung wie die Erhebung eines Beweises⁵⁹. Ist das Verfahren bereits in Gang gekommen und stellt sich erst dann heraus, dass eine (teure) Beweisaufnahme erforderlich ist, kann diese aufgrund dessen und wegen des Amtsermittlungsgrundsatzes nicht von der Zahlung eines (weiteren) Vorschusses abhängig gemacht werden. Dies wird aber bei den hier in Frage stehenden Beweisaufnahmen die Regel sein.

In Amtsverfahren (wie sie die Einziehung eines Erbscheins, aber auch z.B. die Bestellung eines Nachlasspflegers darstellen) darf die Tätigkeit des Gerichts überhaupt nicht von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden⁶⁰.

⁵⁷ Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 15. Aufl., § 8, Rdnr. 14a

⁵⁸ vgl. Hartmann, Kostengesetze, 34. Aufl., § 8, KostO, Rdnr. 11

⁵⁹ Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., Rdnr. 12, Rohs/Wedewer-Waldner, § 8 KostO, Rdnr.

16

⁶⁰ Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., Rdnr. 11; Rohs/Wedewer a.a.O. Rdnr. 15

Dasselbe Problem stellt sich bei der bedürftigen Antragstellern im Erbscheinsverfahrens zu bewilligenden Prozesskostenhilfe, welche auch die Beiordnung eines Anwalts beinhalten kann⁶¹. Eine Lösung könnten auch hier bei den Notarkammern oder Notarkassen (soweit diese existieren) anzusiedelnde Fonds sein, die diese Kosten für alle Notare ihres Bezirks tragen. Diese Aufgabe müsste gesetzlich verankert werden.

Zwar verlaufen die meisten Erbscheinsverfahren nicht streitig, doch ändert dies nichts daran, dass in den streitigen und eine Beweisaufnahme erfordernden Fällen die geschilderten Probleme auftreten könnten. Denkbar wäre es, dass der Notar derartige streitige Verfahren an das Nachlassgericht abgibt. Dagegen spräche allerdings, dass dann die kostenaufwendigeren Verfahren bei der öffentlichen Hand verblieben, was auch aus finanziellen Gründen problematisch wäre. Zum anderen könnte es zu einem Hin und Her zwischen Notar und Nachlassgericht kommen, da sich die Einstufung eines Verfahrens als streitig oder nichtstreitig auch ändern kann. Schließlich würde die Abgabe an das Nachlassgericht zu der merkwürdigen Konsequenz führen, dass dem Notar die Entscheidung zwischen widerstreitenden Interessen der Betroffenen nicht zugebilligt würde, die letztlich beim Nachlassgericht im Fall der gesetzlichen Erbfolge ein Rechtspfleger zu treffen hat.

Insgesamt würde eine Übertragung nur des Erbscheinsverfahrens die Gefahr bergen, dass durch die Aufteilung der Zuständigkeit in Nachlasssachen zwischen dem Gericht und den nichtbeamteten Notaren eine erhebliche Erschwerung und Verzögerung bei der Abwicklung einzelner Nachlasssachen einträte. Die Nachlasssicherung würde etwa durch das Gericht, die Testamentseröffnung (bei Umsetzung der hierzu gemachten Vorschläge) durch den Notar, die Benachrichtigung nach § 2262 BGB durch das Gericht und das Erbscheinsverfahren wieder durch den Notar durchgeführt werden. Problematisch erscheint insbesondere, wie sich die Aufgabe der amtlichen Erbenermittlung, die den Nachlassgerichten in Baden-Württemberg und Bayern (§ 41 Abs. 1 LF GG bzw. Art. 37 AGGVG) obliegt, mit der Durchführung des Erbscheinsverfahrens durch den Notar verträgt.

Durch die Übertragung nur des Erbscheinsverfahrens kann auch die Gefahr widersprechender Entscheidungen des Notars im Erbscheinsverfahren und des Amtsgerichts in den übrigen bei ihm verbliebenen Nachlasssachen entstehen. Diese dürften allerdings nicht häufig sein. Nicht zutreffend erscheint es allerdings, gegen diese Gefahr einzuwenden, sie bestehe heute auch schon angesichts der Aufteilung der Zuständigkeit zwischen Richter und Rechtspfleger. Hier können die Bestimmungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 Rpf lG (Vorlage an den Richter) und § 6 Rpf lG (Bearbeitung übertragender Sachen durch den Richter bei engem Zusam-

⁶¹ vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., § 14 FGG, Rdnr. 9

menhang mit eigener Aufgabe) Abhilfe schaffen. Das wäre bei einer Aufgabenübertragung auf Notare nicht möglich.

Ob das Argument, durch die intensive Befassung mit dem Erbrecht seien die Notare für die Übernahme dieser Aufgabe besonders geeignet, für alle Notare trägt, erscheint angesichts von Erkenntnissen aus den frühen 1990er Jahren nicht zweifelsfrei. Damals wurde berichtet, die Masse der Anwaltsnotare könne ihre Aufgaben qualitativ nicht in einer den hauptberuflichen Notaren vergleichbaren Weise wahrnehmen: ihre Urkunden müssten häufiger beanstandet werden, gäben häufiger zu Zwischenverfügungen der Registergerichte Anlass und verursachten im Verhältnis zum Geschäftsanfall vier Mal so viele Haftpflichtfälle⁶². Teile der Literatur teilen diese Einschätzung nach wie vor⁶³. Erkenntnisse hierzu könnten durch die Praxisbefragung gewonnen werden.

Insbesondere in größeren Städten bedürfte die örtliche Zuständigkeit einer besonderen Regelung. Anstelle eines Amtsgerichtes wären im Bereich des Anwaltsnotariats in Städten wie Berlin (1.095 Notare), Frankfurt a.M., Hannover (ca. 200 Notare) oder den großen Städten des Ruhrgebiets Dutzende oder Hunderte von Anwaltsnotaren zuständig; das gälte aber auch für Köln oder München (80 Notare) im Bereich des hauptberuflichen Notariats. Hierzu werden die oben (b) (1)) dargestellten Vorschläge diskutiert.

Ein Vorteil der Übertragung des Erbscheinsverfahrens wäre eine mögliche Verfahrensbeschleunigung durch Auswahl eines Notariats, das ad hoc Arbeitskapazitäten verfügbar hat. Vermieden werden müsste allerdings, dass sich ein Antragsteller im Erbscheinsverfahren einen ihm genehmen (und möglicherweise in der Vergangenheit bereits geschäftlich verbundenen) Notar als Nachlassrichter auswählen könnte. Dies erscheint nicht akzeptabel. Ausgeschlossen werden müsste deshalb die Möglichkeit, durch Rücknahme des Antrags bei einem sich im Sinne des Antragstellers „unwilligen“ Notar die Zuständigkeit eines anderen Notars für einen weiteren Antrag zu erreichen.

Soweit in diesem Zusammenhang auf die Verhältnisse in Baden-Württemberg hingewiesen wird, ist zu beachten, dass dort Nachlassgericht ist nicht der einzelne (beamtete) Notar ist, sondern das Notariat als staatliche Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Ist ein Notariat (wie häufig) mit mehreren Notaren besetzt, so stellt der aufsichtsführende Notar einen Ge-

⁶² Umbach/Clemens, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Art. 138, Rdnr. 34 mit weiteren Nachweisen; von Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, 5. Aufl., Art. 138, Rdnr. 16; Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz, 1963, S. 82

⁶³ neben Wenckstern a.a.O. etwa von Münch-Kunig, Grundgesetzkommentar, 5. Aufl. Art. 138 Rdnr. 16)

schäftsverteilungsplan auf, der der Zustimmung des Präsidenten des Landgerichts bedarf und von diesem auch geändert werden kann (§ 19 Abs. 1, Abs. 4 LFGG). Probleme in diesem Zusammenhang sind auch bei kleineren Notariaten nicht aufgetreten.

(3) Finanzielle Auswirkungen

Bei einer Übertragung des Erbscheinsverfahrens gingen die oben unter c) bb) (1) dargestellten Gebühreneinnahmen verloren. Betroffen wären aber auch die Einnahmen aus der Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB gemäß § 49 KostO, die ebenfalls entfielen.

Bundesweit lassen sich die wegfallenden Einnahmen nicht genau beziffern.

In Hessen würden – legt man die JUKOS-Zahlen für 2004 zu Grunde - Gebühreneinnahmen für die Erteilung von Erbscheinen in Höhe von 5, 666 Mio. € und für die Abnahme der Versicherung an Eides statt durch die Gerichte in Höhe von 3,434 Mio. € entfallen. Hinzu kämen wegfallende Gebühren für Einziehung von Erbscheinen, die aber vernachlässigbar sind (ca. 7000 €). Insgesamt würden damit 9,107 Mio. € und damit etwa 60 % der Gesamteinnahmen der Nachlassgerichte von 15,086 Mio. € entfallen.

Für Baden-Württemberg machen die Gebühreneinnahmen nach § 107 KostO in Höhe von 11,23 Mio. € im Jahr 2002 (5,49 Mio. € im badischen und 5,74 Mio. € im württembergischen Rechtsgebiet) 41 % der von den Nachlassgerichten insgesamt erwirtschafteten Gebühreneinnahmen aus. Die Gebühren für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung betragen im badischen Rechtsgebiet 250.000 € und im württembergischen 5,08 Mio. €, also insgesamt 5,33 Mio. € und damit knapp 20 % der Gesamtgebühreneinnahmen. Auch in Baden-Württemberg würden damit insgesamt etwa 60 % der bisherigen Gesamteinnahmen von 27,177 Mio. € entfallen.

Durch die Übertragung des Erbscheinsverfahrens würden den Nachlassgerichten also – wenn die baden-württembergischen und hessischen Verhältnisse auf das Bundesgebiet übertragbar sind – etwas mehr als 60 % der Gesamteinnahmen verloren gehen.

Es erscheint daher äußerst fraglich, ob (insbesondere nachdem eine unmittelbare Einsparung freiwerdender Bruchteile von Arbeitskräften nur sehr eingeschränkt möglich sein würde) entsprechend hohe Einsparungen im Personalbereich realisierbar wären:

Dagegen sprechen zunächst insbesondere die Zahlen aus Hessen. Die wegfallenden Kosten würden unter Zugrundlegung der oben unter 2.c)bb) dargestellten Berechnungsweise 2,478 Mio. € betragen, also deutlich weniger als die wegfallenden Einnahmen von 9,107 Mio. € (Einnahmen für die Erteilung des Erbscheines und Abnahme der Eidesstattlichen Versicherung; Kostendeckungsgrad des Erbscheinsverfahrens: 367,5 %). Selbst wenn man hier den nicht spezifiziert zuzuordnenden Arbeitseinsatz komplett einbezüge – was sicher nicht der Wirklichkeit entspricht –, käme man noch auf einen Kostendeckungsgrad von knapp 148 %.

Außer für Baden-Württemberg und Hessen wird auch für andere Länder angenommen, dass die Gerichte in Erbscheinsverfahren (zumindest) kostendeckend arbeiten:

So betrug in Bayern im Jahr 2002 nach der allerdings erst an 7 Amtsgerichten probeweise eingeführten Kosten-Leistungs-Rechnung (KLR) für alle Nachlasssachen (außer der Testamentsverwahrung) der Kostendeckungsgrad 151,1 % und 182,8 % im Jahr 2003. Dabei werden Einnahmen in Höhe des zu Soll gestellten Betrages berücksichtigt. Auf der Kostenseite fließen Personaldurchschnittskosten je Laufbahn, kalkulatorische Abschreibungen für Ausstattungen in Höhe von 1 % der Personaldurchschnittskosten für jeden Bediensteten und kalkulatorische Raumkosten als fiktive Mietkosten in Höhe der ortsüblichen Miete ein. Die Kosten der übergeordneten Gerichte und des Staatsministeriums der Justiz sind nicht enthalten.

In Nordrhein-Westfalen werden im Rahmen der Einführung der KLR gegenwärtig an 5 Amtsgerichten Kosten und Erlöse erhoben. Dabei zeigt sich für das Produkt „Testamentssachen“ ein Kostendeckungsgrad von bis zu 150 %. Die Daten sind jedoch aufgrund der geringen Zahl der Gerichte noch nicht repräsentativ. Außerdem sind die Kosten der übergeordneten Stellen, der zentralen Unterstützungseinheiten (z.B. Justizkasse) und der anderen Ressorts (etwa für das Landesamt für Besoldung und Versorgung) nicht enthalten.

Auch für Niedersachsen und Schleswig-Holstein liegen erste Ergebnisse von Kosten-Leistungs-Rechnungen vor, die dafür sprechen, dass die Nachlassgerichte zumindest im Erbscheinsverfahren Überschüsse erwirtschaften.

Für Baden-Württemberg ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sich die Auswirkungen in sehr bescheidenen Grenzen hielten, solange es die Notare im Landesdienst gibt. Personaleinsparungen wären voraussichtlich überhaupt nicht möglich. Umgekehrt würde es nach geltendem Recht auch keine Einnahmeverluste geben, bei Umsetzung der geplanten Änderung des Landesjustizkostengesetzes wäre mit solchem allerdings zu rechnen.

Für den Bürger ergäbe sich eine zusätzliche Belastung dadurch, dass er auf die Gebühr nach § 107 KostO Umsatzsteuer zu zahlen hätte (§ 151 a KostO). Legt man eine durchschnittliche Gebühr nach § 107 KostO von 250 € zu Grunde (wie sie sich aus den Zahlen für Hessen und Baden-Württemberg ergäbe), bedeutete dies eine Mehrbelastung pro Fall von 40 €. Für den Bürger, der die Versicherung an Eides statt bei Gericht abgibt, erhöhte sich dieser Betrag, wenn man die Zahlen für Hessen und Baden-Württemberg zu Grunde legt (s.o. c)bb) (3)) um ca. 36 € auf ca. 76 €.

bb) Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge und Konzentration der Beurkundungszuständigkeit für diese bei den Notaren

Der Zwang, den Erbscheinsantrag über einen Notar in der Weise zu stellen, dass er von diesem beurkundet wird, hat für die Abwicklung des Verfahrens folgende Nachteile:

- die Nachlassgerichte könnten nicht mehr auf eine sachgerechte Antragstellung (im Sinne ihrer Rechtsauffassung) beim Antragsteller hinwirken, wie dies bislang der Fall ist, wenn die Anträge zu Protokoll des Nachlassgerichts gestellt werden. Hier ist zu bedenken, dass gerade bei der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen der Notar eine andere Ansicht vertreten mag als der Nachlassrichter. Das Nachlassgericht müsste dann einen Hinweis geben und ggf. den seiner Ansicht nach falschen Antrag zurückweisen. Der Verfahrensaufwand wäre damit sowohl für den Bürger als auch das Nachlassgericht höher wie bisher. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nach geltendem Recht der Erbscheinsantrag in der Rechtsantragstelle auch nicht von dem Nachlassrichter aufgenommen wird und eine „Rückversicherung“ zwischen Rechtsantragstelle und Nachlassrichter in der Regel nicht erfolgt.
- Der Vorschlag ist für den Bürger in den Fällen, in denen er sich bisher direkt an das Nachlassgericht gewendet hätte, mit einem höheren Aufwand verbunden. Er kann nicht mehr bei dem über den Antrag entscheidenden Amtsgericht einen mit diesem abgestimmten Antrag stellen, sondern muss zunächst zum Notar, um diesen beurkunden zu lassen; in der Folge muss er sich dann zur Abwicklung des Verfahrens selbst (oder über den Notar) wieder an das Amtsgericht wenden. Dieses Problem würde lediglich in Baden-Württemberg (in der Regel, es sei denn der Erbscheinsantrag würde im württembergischen Rechtsgebiet von einem hauptberuflichen oder Anwaltsnotar beurkundet) nicht auftreten.

- Der Vorschlag ist in den Fällen, in denen keine Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB beurkundet wird (dann ist die Beurkundung des Antrags mit abgegolten, § 49 Abs. 3 KostO) für den Bürger mit einer finanziellen Mehrbelastung verbunden. Der Antragsteller müsste nämlich zusätzlich zu der Gebühr nach § 107 KostO für die Erteilung des Erbscheins noch eine volle Gebühr nach § 36 KostO aus dem Nettowachlass tragen.

Da für die Antragstellung bei Gericht keine gesonderte Gebühr anfällt, wären mit dem Vorschlag keine direkten Einnahmeverluste verbunden. Zu befürchten ist allerdings, dass bei einer ausschließlichen Zuständigkeit der Notare für die Stellung eines Erbscheinsantrags diese dann auch in der Regel die Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB abnehmen würden. Damit wäre ein massiver Einnahmeverlust für die Justizhaushalte verbunden, wie unten unter c) bb) näher dargestellt wird.

Schließlich ist zu befürchten, dass eventuell durch den Wegfall der für die Aufnahme von Erbscheinsanträgen in die dabei häufig geleistete Beratung freiwerdende Arbeitskapazität bei den Nachlassgerichten durch die oben wiedergegebenen Verfahrensschwernisse doch nicht eingespart werden kann.

- cc) Konzentration der Zuständigkeit für Versicherungen an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB bei den Notaren

Dieser Vorschlag ist für den Bürger im Falle einer Einzelübertragung mit Mehraufwand verbunden, wenn man die Fälle betrachtet, in denen er bislang alle Verfahrensschritte (Antragstellung, Versicherung an Eides statt, Wahrnehmung einer eventuellen mündlichen Verhandlung oder schriftliches Vorbringen im Erbscheinsverfahren) bei einer Stelle, nämlich dem Nachlassgericht vornehmen konnte. Hinzu kommt, dass die Abnahme der Versicherung an Eides statt bei den Notaren für den Bürger teurer ist, weil er dann hierauf Mehrwertsteuer zu zahlen hätte (§ 151a KostO). Bei durchschnittlichen Kosten für die bei Gericht abgenommene Versicherung an Eides statt in Hessen und Baden-Württemberg von ca. 225 bzw. ca. 230 € wären dies durchschnittlich ca. 36 €.

Für die Justizhaushalte wäre die Aufgabe der Zuständigkeit der Gerichte nach § 2356 Abs. 2 BGB sehr wahrscheinlich mit massiven Einnahmeverlusten verbunden.

Wie oben unter c) bb) (3) dargestellt, betragen in Baden-Württemberg die durchschnittlichen Kosten für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung ca. 50 €, die dadurch erzielten

Gebühreneinnahmen jedoch ca. 230 €; für Hessen lauten die entsprechenden Werte 37 € und 225 €.

Übertrüge man die Verhältnisse des württembergischen Rechtsgebiets (die im badischen Rechtsgebiet sind nach den oben unter c) aa) (3) genannten Feststellungen des Rechnungshofs Baden-Württemberg nicht repräsentativ) auf die übrigen Länder, würden bundesweit Überschüsse in der Größenordnung von 35 - 50 Mio. € netto den Justizhaushalten verloren gehen (Württemberg: ca. 6,2 Mio. Einwohner und 3,89 Mio. € Überschuss; Hessen ca. 6,1 Mio. Einwohner. und 2,86 Mio. € Überschuss).

f) Lösungsmöglichkeiten

aa) Übertragung des Erbscheinsverfahrens

Zur Übertragung des Erbscheinsverfahrens wurde die Ergänzung des FGG um folgende zwei Paragraphen vorgeschlagen:

„§ 72a

(1) Für das Erbscheinsverfahren nach den §§ 2353 bis 2369 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind anstelle der Gerichte die Notare als Nachlassgericht zuständig.

(2) Für das Erbscheinsverfahren gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend. Über die Ablehnung eines Notars wegen Besorgnis der Befangenheit entscheidet das Landgericht. Während der Dauer des Verfahrens kann der Notar die Nachlassakte in Verwahrung nehmen.

§ 73a

(1) Für das Erbscheinsverfahren ist örtlich zuständig der Notar, der im Bezirk des örtlich zuständigen Nachlassgerichts seinen Amtssitz hat.

(2) Sind mehrere Notare zuständig, wird von der Dienstaufsichtsbehörde ein Geschäftsverteilungsplan aufgestellt. Hierbei wird auch die Vertretung in Verhinderungsfällen geregelt.“

Für eine Öffnungsklausel, welche die Berücksichtigung unterschiedlicher Gegebenheiten in den Ländern berücksichtigen soll und deshalb die Übertragung des Erbscheinsverfahrens durch Landesgesetz vorsehen muss, ist folgender neue § 73 a FGG vorgeschlagen worden:

„(1) Durch Landesrecht können die Länder bestimmen, dass für das Erbscheinsverfahren nach den §§ 2353 bis 2369 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anstelle der Gerichte die Notare als Nachlassgericht zuständig sind.“

(2) Soweit die Länder für das Erbscheinsverfahren die Zuständigkeit der Notare bestimmen, gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend. Über die Ablehnung eines Notars wegen Besorgnis der Befangenheit entscheidet das Landgericht. Während der Dauer des Verfahrens kann der Notar die Nachlassakte in Verwahrung nehmen.

(3) Für das Erbscheinsverfahren ist örtlich zuständig der Notar, der im Bezirk des örtlich zuständigen Nachlassgerichts seinen Amtssitz hat. Sind mehrere Notare zuständig, wird von der Dienstaufsichtsbehörde ein Geschäftsverteilungsplan aufgestellt. Hierbei wird auch die Vertretung in Verhinderungsfällen geregelt.“

Im gegenwärtigen Verfahrensstadium wird davon abgesehen, diese Formulierungsvorschläge zu ändern oder zu ergänzen.

Sollte die Aufgabe des Nachlassgerichts ganz den Notaren übertragen werden, wären weitere Regelungen zur örtlichen Zuständigkeit (Aufstellung und evtl. Genehmigung des Geschäftsverteilungsplans, Verhältnis zur Zuständigkeitsbegründung durch Antragstellung nach dem Prioritätsprinzip; Regelung der Zuständigkeit für den Folgeantrag bei Rücknahme des Antrags, Schaffung eines elektronischen Verfahrensregisters, - jeweils in FGG oder/und BNotO) und zur Verankerung eines „Fonds“ für Auslagen in Rechtssachen – PKH, Sachverständigenauslagen – und dessen Finanzierung durch Beiträge (an die Notarkammer) bzw. Abgaben (bei der Notarkasse) durch Ergänzung von § 67 BNotO bzw. der §§ 113, 113a BNotO erforderlich.

bb) Beurkundungspflicht für erstmalige Erbscheinsanträge; Konzentration der Zuständigkeit für Versicherungen an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 BGB bei den Notaren.

Sollte eine Abwägung der Vor- und Nachteile für eine Übertragung in diesem Umfang sprechen, ließe sich diese durch die Änderung von § 2353 BGB umsetzen, indem der bisherige Wortlaut zu Satz 1 führte und folgender neue Satz 2 einzufügen wäre: „Der Antrag ist notariell zu beurkunden“. Wollte man – was schon deshalb sinnvoll wäre, weil sonst während des laufenden Verfahrens bei einem Hinweis des Gerichts, der Antrag in der gegenwärtigen Form sei nicht erfolversprechend, der Antragsteller wieder an den Notar verwiesen werden (und unter Umständen erneut die Gebühr nach § 36 KostO zahlen) müsste – die Beurkun-

dungspflicht auf dem ersten Antrag eines Beteiligten beschränkt, könnte die Formulierung des „Entwurfs eines Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ in der vom Rechtsausschuss im Juli 1998 verabschiedeten Fassung⁶⁴ übernommen werden, wo § 2353 BGB folgender Satz 2 angefügt werden sollte: „Der erstmalige Antrag auf Erteilung eines Erbscheins in derselben Nachlasssache bedarf der notariellen Beurkundung.“

§ 107 Abs. 1 KostO (Abgeltung der Antragstellung durch die Gebühr für die Erteilung des Erbscheins) müsste dann gestrichen werden. Zu streichen wäre auch § 56 Abs. 3 Satz 2 BeurkG.

g) Fragen an die gerichtliche Praxis

Zum gegenwärtigen Ablauf der Verfahren

1. Wie häufig werden die Erbscheinsanträge
 - a) im Eröffnungstermin nach § 2260 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt?
 - b) ansonsten zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt?
 - c) zuerst notariell beurkundet und dann bei Gericht eingereicht?
2. Werden Antragsteller, die sich an das Nachlassgericht wenden, zur Formulierung des Antrags an die Notare verwiesen? Wenn ja, was sind die Gründe der Verweisung (Kapazität, Komplexität der Rechtslage, Vorliegen privatschriftlicher Testamente, andere)?
3. Wie häufig wird nach § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Abnahme der eV abgesehen?
4. Wie hoch ist der Anteil der von den Gerichten und nicht von den Notaren abgenommenen eVs ?
5. Wie häufig wird vor Entscheidung über einen Erbscheinsantrag ein Termin zur mündlichen Erörterung der Sache abgehalten?

⁶⁴ BT-Drs. 13/11042

6. In wie vielen Fällen wird Prozesskostenhilfe bewilligt?
7. Wie hoch ist der Anteil der Fälle, in denen eine Beweisaufnahme stattfindet? Wie ist das Verhältnis zwischen der Beweiserhebung im Strengbeweis- und im Freibeweisverfahren? In welchem Umfang kommt es im Rahmen des Strengbeweisverfahrens zur Verhängung von Ordnungs- und Zwangsmitteln gegen Zeugen und Sachverständige? Welche Größenordnung weist der Auslagenersatz in PKH-Verfahren auf?
8. Wie hoch wird der Anteil des Erbscheinsverfahrens an der Gesamtbelastung der Nachlassgerichte geschätzt?
9. Welcher Anteil entfällt hierbei auf Geschäfte im Zusammenhang mit
 - a) der Antragstellung?
 - b) der Abnahme der eV nach § 2356 Abs. 2 BGB?

Zur Begründung einer ausschließlichen Zuständigkeit der Notare für eVs nach § 2356 Abs. 2 BGB und zur Einführung einer Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge:

10. Wird für Einführung einer Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge ein Bedürfnis gesehen?
11. Würde hierdurch eine höhere Qualität der Anträge erreicht?
12. Ergäben sich Nachteile dadurch, dass die Gerichte nicht mehr unmittelbar gegenüber den Antragstellern auf die Stellung ihrer Rechtsauffassung entsprechender Anträge hinwirken können?
13. Wie wird der Umstand bewertet, dass bei einer ausschließlichen Zuständigkeit der Notare für die Abnahme der eV nach § 2356 Abs. 2 BGB das Gericht dann die eV nicht mehr gleich im Eröffnungstermin oder im Termin, in dem die Stellung des Erbscheinsantrags erfolgt, selbst abnehmen kann?

14. Könnten durch diese Maßnahmen (Fragen 13. und 14.) die Nachlassgerichte vom Publikumsverkehr weitgehend entlastet werden? Wäre dies sinnvoll?
15. Welche sonstigen Vor- und Nachteile werden gesehen?

Übertragung des Erbscheinsverfahrens insgesamt auf die Notare

16. Halten Sie nach ihrer Erfahrung alle Notare zur Wahrnehmung dieser Aufgabe fachlich und/oder organisatorisch geeignet ?
17. Liegen hier Erfahrungen über relevante Unterschiede zwischen Anwalts- und hauptberuflichen Notaren vor ?
18. Könnte das Problem der örtlichen Zuständigkeit bei mehreren Notaren in einem Amtsgerichtsbezirk gelöst werden durch
 - a) den Prioritätsgrundsatz (zuständig ist der Notar, bei dem der erste Beteiligte einen Antrag stellt)?
 - b) die Aufstellung eines Geschäftsverteilungsplans? Sollte diesen die Notarkammer oder der aufsichtsführende Präsident aufstellen? Sollten dabei alle oder nur wenige (etwa erfahrene, besonders befähigte) Notare berücksichtigt werden?
 - c) andere Möglichkeiten?
19. Welche Vor- und Nachteile werden bei den Varianten zu Frage 18 a) – c) jeweils gesehen?
20. Werden bei Übertragung des Erbscheinsverfahrens Probleme darin gesehen, dass es sich um „justizförmige Verfahren“ handelt, etwa
 - a) weil möglicherweise nicht sämtliche Notare über einen für derartige Verfahren (Ladungen etc) ausreichenden Geschäftsstellenbetrieb verfügen ?
 - b) im Zusammenhang mit der Durchführung von Beweisaufnahmen ?

c) mit der Bewilligung von PKH und der Auslagen für Sachverständige und Zeugen?

21. Wie könnten diese Probleme jeweils gelöst werden?
22. Ist eine solche Regelung für den Bürger von Vorteil, weil ohnehin der Notar und nicht das Nachlassgericht für ihn Anlaufstelle in Nachlasssachen ist ?
23. Welche sonstigen Probleme, Vor- oder Nachteile werden gesehen?

h) Fragen an die notarielle Praxis

Allgemein:

1. Sehen Sie ein Problem der Übertragung von Aufgaben darin, dass die Aufgaben teilweise in sog. „justizförmigen Verfahren“ zu bewältigen sind, also Parteien förmlich geladen werden, Anhörungen von Beteiligten und ggfs. Beweisaufnahmen durchzuführen sind? Inwieweit kann hier auf Erfahrungen aus dem allgemeinen Beurkundungsverfahren, den Klauselerteilungsverfahren, obligatorischen Güteverfahren nach § 15a EGZPO oder Vermittlungsverfahren nach dem Sachenrechtsbereinigungsgesetz zurückgegriffen werden?
2. Hätte die Übertragung der angesprochenen Aufgaben organisatorische Umstrukturierungen der Geschäftsstelle zur Folge und/oder wäre mit der Einstellung von zusätzlichen Mitarbeitern verbunden? Sehen Sie hierin ein Hindernis für die Aufgabenübertragung?

Zum Antragsverfahren

3. Werden Antragsteller, die sich an das Nachlassgericht wenden, zur Formulierung des Antrags an die Notare verwiesen? Wenn ja, aus welchen Gründen?
4. Wie hoch schätzen Sie den Anteil derjenigen Erbscheinsanträge, die in Ihrem Amtsbereich von Notaren beurkundet werden und nicht zu Protokoll des Nachlassgerichtes erklärt werden?

5. In wie vielen Fällen kann die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung nach § 2356 Abs. 2 BGB nicht sofort vorgenommen werden, bzw. der Antrag nicht unmittelbar nach der Beurkundung eingereicht werden, weil erforderliche Urkunden (§ 2356 Abs. 1 BGB), insbesondere Personenstandsurkunden, noch nachgereicht werden müssen?
6. Wie häufig wird nach ihrer Erfahrung von der Versicherung an Eides statt nach § 2356 Abs. 2 Satz 2 BGB abgesehen?
7. In wie viel Prozent der Fälle wird der Erbschein nicht bzw. erst nach Zwischenverfügung und ggfs. Änderung des Antrages erteilt? Welches sind die häufigsten Gründe (fehlende Personenstandsurkunden, unterschiedliche Rechtsauffassungen, etc.)?
8. Sehen Sie Nachteile darin, dass bei einer Konzentration der Zuständigkeit für die Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen nach § 2356 Abs. 2 BGB oder der Einführung einer Beurkundungspflicht für Erbscheinsanträge, die Gerichte nicht mehr unmittelbar gegenüber den Antragstellern auf die Stellung ihrer Rechtsauffassung entsprechender Anträge hinwirken können?
9. Suchen Sie in problematischen Fällen vorab die Abstimmung mit dem Nachlassgericht?
10. Welche sonstigen Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Konzentration des Antragsverfahrens bei den Notaren?

Zum Erteilungsverfahren:

11. Wie lange dauert nach ihrer Erfahrung durchschnittlich das Verfahren von der Einreichung des Antrages beim Nachlassgericht bis zur Erteilung des Erbscheines?
12. Könnte die Übertragung des Erbscheinerteilungsverfahrens auf die Notare für eine Beschleunigung sorgen?
13. Sehen Sie sich zur Wahrnehmung dieser Aufgabe (gesamtes Erbscheinsverfahren) fachlich und organisatorisch in der Lage?

14. Könnte das Problem der örtlichen Zuständigkeit bei mehreren Notaren in einem Amtsbereich gelöst werden durch
- a) den Prioritätsgrundsatz (zuständig ist der Notar, bei dem der erste Beteiligte seinen Antrag stellt)
 - b) die Aufstellung eines Geschäftsverteilungsplanes? Sollte diesen die Notarkammer oder der aufsichtsführende Präsident aufstellen? Sollten dabei alle oder nur wenige (etwa erfahrene, besonders befähigte Notare) berücksichtigt werden?
 - c) eine Kombinationslösung einschließlich eines elektronischen Verfahrensregisters?
 - d) andere Möglichkeiten?
15. Welche sonstigen Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Übertragung der Zuständigkeit für das gesamte Erbscheinsverfahren?

4. Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung der Testamentsvollstreckerzeugnisse auf die Notare

- a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Das Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB erfüllt bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung denselben Zweck für den Testamentsvollstrecker wie der Erbschein für den Erben. Das heißt, der Testamentsvollstrecker bedient sich zum Nachweis seiner Vertretungsbefugnis des Zeugnisses.

Wie sich aus der Generalverweisung auf die Vorschriften über den Erbschein in § 2368 Abs. 3 1. HS BGB ergibt, besteht auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis eine Vermutung der Richtigkeit. Es besitzt auch öffentlichen Glauben und schützt den rechtsgeschäftlichen redlichen Einzelerwerber bzw. an den Testamentsvollstrecker leistenden.

Diese Wirkungen bestehen allerdings nicht für das Fortbestehen des Vollstreckeramtes (da das Zeugnis mit Beendigung des Amtes von selbst kraftlos wird und damit auch die Vermutung des § 2365 BGB verliert, wie sich aus § 2368 Abs. 3 2. HS BGB ergibt) und auch nicht auf die Zugehörigkeit eines Gegenstands, über den der Testamentsvollstrecker verfügt, zum Nachlass (da dies ein Umstand ist, der außerhalb des Zeugnisinhalts liegt).

Im Gegensatz zum Erbschein wird allein durch die Bezeichnung „Testamentsvollstrecker“ die Stellung gegenüber dem Nachlass inhaltlich nicht ausreichend bezeichnet, so dass nach herrschender Meinung etwaige Erweiterungen der erbrechtlichen Rechtstellung des Testamentsvollstreckers durch den Erblasser in das Zeugnis aufzunehmen sind⁶⁵.

Im Normalfall ist lediglich ein Testamentsvollstrecker benannt, dem nach Annahme des Amtes ein Zeugnis über seine Ernennung erteilt wird. Sind allerdings mehrere Testamentsvollstrecker benannt, so sind (in Anlehnung an §§ 2353, 2357 Abs. 1 BGB) sowohl ein Teilzeugnis über das Recht eines Einzelnen, ein gemeinschaftliches Zeugnis über das Recht aller sowie ein gemeinschaftliches Teilzeugnis über die Rechte mehrerer Testamentsvollstrecker zulässig (die Mitvollstrecker sind anzugeben, es sei denn, der Antragsteller ist zu völlig selbständigem Handeln nach Außen ermächtigt).

In dem Zeugnis sind deshalb alle Anordnungen des Erblassers aufzuführen, die vom gesetzlichen Normalfall (§§ 2203 bis 2206 BGB) abweichen und für den Verkehr mit Dritten bedeutsam sind⁶⁶. Anzugeben sind alle Abweichungen der Verfügungsmacht hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses, der Freistellung bei der Eingehung von Verbindlichkeiten, der Übertragung der Verwaltung als selbständige Aufgabe, der Dauer der Verwaltungsbefugnis, der Regelung der Befugnisse mehrerer Testamentsvollstrecker und der besonderen Aufgabenkreise in den Fällen der Nacherbfolge und der Bestellung eines Vermächtnisnehmers sowie negative Teilungsanordnungen⁶⁷.

In Anlehnung an § 2369 BGB ist auch ein gegenständlich beschränktes Zeugnis zulässig⁶⁸.

Der Testamentsvollstrecker kann ferner vom Nachlassgericht

- eine Annahmebescheinigung und
- ein Zeugnis über das erloschene Amt erhalten.

⁶⁵ Mü-Ko-J.Mayer, BGB, 4. Aufl., § 2368 Rdnr. 34

⁶⁶ Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl., Rdnr. 4.462

⁶⁷ Untersagung der Veräußerung, vgl. Firsching/Graf. a.a.O.

⁶⁸ Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl., Rdnr. 4.451

Diese Bescheinigungen des Nachlassgerichts fallen in den Anwendungsbereich des § 2368 BGB⁶⁹.

Für die allgemeinen Fragen der Zuständigkeit gelten dieselben Regeln wie bei Erbscheinen; funktionell ist der Richter zuständig (auch für die Einziehung, § 16 Abs. 1 Nr. 6, 7 RPfIG). Allerdings ermöglicht es § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, Abs. 2 RPfIG den Ländern seit dem 1. September 2004, durch Rechtsverordnung die Richtervorbehalte für unstreitige Verfahren aufzuheben.

Das Verfahren entspricht, wie sich aus der Generalverweisung in § 2368 Abs. 3 1. Halbsatz BGB ergibt, dem Erbscheinsverfahren; es gilt also auch hier das Prinzip der Antragsstrenge.

Das Gericht hat dann von Amts wegen zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung gegeben sind. Insbesondere ist zu prüfen, ob

- eine gültige Ernennung vorliegt (oder ob z.B. der Erblasser durch einen Erbvertrag an der Ernennung gehindert war),
- der Testamentsvollstrecker die Annahme des Amtes erklärt hat⁷⁰,
- die Aufgaben des Testamentsvollstreckers bereits gegenstandslos geworden sind.

Bei Änderungen der durch das Zeugnis bescheinigten Umstände kann dieses berichtigt werden; bei Unrichtigkeit ist das Zeugnis einzuziehen. Das Erlöschen des Amtes führt allerdings nicht zur Unrichtigkeit (vgl. § 2368 Abs. 3 2. Halbsatz BGB), auch hier darf das Zeugnis allerdings nicht in Umlauf gelassen werden, sondern es ist die Rücklieferung anzuordnen⁷¹.

b) Vorschlag

Die Zuständigkeit der Nachlassgerichte für die Ernennung von Testamentsvollstreckerzeugnissen (und der Einziehung) wird auf die Notare übertragen.

⁶⁹ Mü-Ko-J.Mayer, BGB, 4. Aufl., § 2368 Rdnr. 57, 59ff.

⁷⁰ diese liegt konkludent auch in der Beantragung des Zeugnisses, vgl. Firsching / Graf, Rn. 4.453

⁷¹ Mü-Ko-J.Mayer, BGB, 4. Aufl., § 2368 Rdnr. 4848

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Der Umfang dieser von den Nachlassgerichten wahrgenommenen Aufgabe lässt sich aus den in den Statistiken erhobenen Daten nicht ermitteln.

Angesichts der insgesamt doch eher geringen Zahl von Testamentsvollstreckungen kann davon ausgegangen werden, dass die Testamentsvollstreckerzeugnisse betreffenden Verfahren nur einen Bruchteil der Erbscheinsverfahren ausmachen. Dies wird bestätigt durch die „Jukos“-Zahlen des Hessischen Ministeriums der Justiz. Danach wurde im Jahr 2004 in insgesamt lediglich 544 Fällen eine Gebühr nach § 109 KostO für die Erteilung oder Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses erhoben (verglichen mit 22.421 Fällen, in denen eine Gebühr für die Erteilung eines Erbscheins erhoben worden ist). In den 544 Fällen sind allerdings auch die sonstigen eine Gebühr nach § 109 KostO auslösenden Zeugnisse (vgl. § 109 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KostO, etwa Zeugnis über eine fortgesetzte Gütergemeinschaft) enthalten, die allerdings zahlenmäßig nicht ins Gewicht fallen dürften. Bundesweit ergäben sich so hochgerechnet ca. 5.000 Verfahren.

bb) Kosten/Einnahmen

Zahlen über die durch die Bearbeitung dieser Aufgabe gebundenen Arbeitskraftanteile liegen außer für Hessen nicht vor (Richter: 7,83% = 0,87 der bei den Nachlassgerichten vorhandenen Arbeitskraftanteile; Rechtspfleger 0,33% = 0,15 Arbeitskraftanteile; Serviceeinheit: 2 % = 1,90 Arbeitskraftanteile). Angesichts der geringen Zahl an Verfahren dürfte die Belastung der Nachlassgerichte durch die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen aber eher gering sein.

Für das erste Zeugnis über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers wird eine volle Gebühr nach § 109 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KostO erhoben. Der Geschäftswert bestimmt sich dabei nach § 109 Abs. 1 Satz 2 KostO nicht nach dem reinen Nachlasswert wie im Erbscheinsverfahren, sondern nach § 30 Abs. 2 KostO, wobei eine Vielzahl von Gesichtspunkten in die Wertberechnung einfließt⁷². Abgesehen von Fällen sehr hoher Nachlassverbind-

⁷² Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 15. Aufl. § 109 Rdnr. 16ff

lichkeiten soll nach Korintenberg u.a. der anzusetzende Wert 50 % des reinen Nachlasses nicht überschreiten.

Da die Gebühren statistisch nicht gesondert erfasst werden, kann über die Höhe der erzielten Einnahmen keine Aussage gemacht werden. Eine Ausnahme stellt Hessen dar. Im Jahr 2004 wurde dort in 544 Fällen eine Gebühr nach § 109 KostO erhoben, was Einnahmen von 133 Tsd. € erbrachte (also lediglich 0,9 % der von Hessen ermittelten Gesamtgebühreneinnahmen).

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Hier kann auf die Ausführungen im Kapitel „Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung der Erbscheine auf die Notare“ verwiesen werden.

bb) Justiz

Angesichts der zu vermutenden niedrigeren Verfahrenszahlen sind die freiwerdenden Arbeitskraftanteile eher gering zu veranschlagen.

e) Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Hierzu kann angesichts der Anwendung der Regelungen für das Erbscheinsverfahren für die Erteilung von Testamentvollstreckerzeugnissen grundsätzlich auf die Ausführungen im Kapitel „Übertragung der Erteilung der Erbscheine auf die Notare“ (siehe oben 3 e)) verwiesen werden. Nicht stellen würde sich wohl nur das im Erbscheinsverfahren bestehende Problem des Verhältnisses zur amtlichen Erbenermittlung in Baden-Württemberg und Bayern.

Eine isolierte Übertragung der Zuständigkeit für Testamentvollstreckerzeugnisse erscheint nicht sinnvoll. Zum einen wäre sie für den Bürger verwirrend, zum anderen wäre durch die Aufteilung der Zuständigkeiten für Nachlasssachen zwischen Gerichten und nicht beamteten Notaren größerer Verfahrensaufwand zu befürchten. Insbesondere erschiene es wenig sinnvoll, dann die Zuständigkeit für die Entgegennahme der Annahmeerklärung des Testaments-

vollstreckers (§ 2202 Abs. 2 BGB) bei den Gerichten zu belassen, vor allem, nachdem das Vorliegen einer wirksamen Annahmeerklärung im Verfahren auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses geprüft werden muss.

Was die finanziellen Auswirkungen angeht, so ist angesichts des zu vermutenden geringen Personalbedarfs für diese Aufgabe äußerst fraglich, ob eine unmittelbare Einsparung freierwerdender Bruchteile von Arbeitskräften über die große Zahl von Nachlassgerichten überhaupt möglich wäre.

f) Lösungsmöglichkeiten

Angesichts der anzunehmenden bescheidenen Verfahrenszahlen und der weitgehenden Vergleichbarkeit mit dem Erbscheinsverfahren sollte eine isolierte Übertragung der Zuständigkeit für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen nicht weiter erwogen werden. Umgekehrt wäre es aber dann, wenn man sich zur Übertragung der Zuständigkeit für das Erbscheinsverfahren entschliesse, konsequent, diesen Schritt auch für die Testamentsvollstreckerzeugnisse zu machen.

Konsequent wäre dann aber auch, die Zuständigkeit für die Erteilung sonstiger ähnlicher Zeugnisse (insbesondere der Überweisungszeugnisse nach §§ 36, 37 GBO und des Zeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach § 1507 BGB⁷³) vom Nachlassgericht auf die Notare zu übertragen.

g) **Fragen an die Praxis**

1. Fällt Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen neben der Erteilung von Erbscheinen nennenswert ins Gewicht ?
2. Gibt es Gründe, diese Aufgabe hinsichtlich einer Übertragung auf Notare anders zu behandeln als die Erteilung von Erbscheinen ?

⁷³ zu weiteren ähnlichen Zeugnissen vgl. Firsching/Graf, a.a.O. Rdnr. 4.333

5. Übertragung der Zuständigkeit für die Bestellung von Nachlasspflegern und - verwaltern auf die Notare

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

aa) Nachlasspflegschaft

Das Nachlassgericht ist in bestimmten Fallgruppen von Amts wegen für die Sicherung des Nachlasses zuständig, nämlich bis zur Annahme der Erbschaft durch die Erben, solange unbekannt ist, wer Erbe geworden ist oder ob der bekannte Erbe die Erbschaft angenommen hat. Neben anderen Sicherungsmaßnahmen (Anlegung von Siegeln, Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren, Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses) kann das Nachlassgericht von Amts wegen einen Nachlasspfleger für denjenigen bestellen, der Erbe wird. Die Nachlasspflegschaft dient mithin den Interessen des Erben. Die Nachlasspflegschaft ist abzugrenzen von den anderen Fällen der Pflegschaft (§§ 1909 ff. BGB).

Das Nachlassgericht bestellt auf Antrag eines Nachlassgläubigers einen Nachlasspfleger, wenn dieser seinen Anspruch gegen den Nachlass gerichtlich geltend machen will und deshalb die Bestellung beantragt.

Zuständig für die Anordnung der Nachlasspflegschaft und die Bestellung des Nachlasspflegers ist das Amtsgericht – Nachlassgericht – in der Person des Rechtspflegers.

Die Aufgaben des Nachlassgerichtes beschränken sich nicht auf die Bestellung des Nachlasspflegers. Der Nachlasspfleger untersteht der Aufsicht des Nachlassgerichts, das sich seiner zur Erfüllung der staatlichen Fürsorge bedient. Das Nachlassgericht hat den Nachlasspfleger zu überwachen und zu unterstützen, ggf. auf eine sachgemäße Erledigung hinzuweisen und gegen etwaige Pflichtwidrigkeiten mit Ge- und Verboten vorzugehen. Für gewisse Rechtsgeschäfte bedarf der Nachlasspfleger der Genehmigung des Nachlassgerichts (§§ 1828 - 1831 BGB). Das Nachlassgericht setzt die Höhe der Vergütung und des Aufwendungsersatzes des Nachlasspflegers fest.

Nach Art. 147 EGBGB bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen für die dem Vormundschaftsgericht oder dem Nachlassgericht obliegenden Verrichtungen andere als gerichtliche Behörden zuständig sind. Die Länder können von dem Vorbehalt weiterhin Gebrauch machen, soweit andere als gerichtliche Behörden für zuständig erklärt werden. Die wohl h. M. geht allerdings davon aus, dass nur beamtete Notare als Behörde im

Sinne dieser Vorschrift in Betracht kommen⁷⁴. Dagegen könnte man allerdings anführen, dass bereits de lege lata selbstständige Notare im Nachlassverfahren z. T. an Stelle des Nachlassgerichts tätig werden⁷⁵.

Gesetzliche Vorschriften: §§ 1960, 1961, 1962, 1915 Abs. 1, 1919, 1773 ff., 2012, 2017 BGB; §§ 73 ff., 35 ff., 189 FGG, §§ 3 Ziff. 2 lit. c), 16 RPfIG, Art. 140 EGBGB (betrifft nicht Bayern oder das ehem. preuß. Rechtsgebiet (Art. 128 Pr. FGG), Art. 147 EGBGB, §§ 104, 106 KostO

bb) Nachlassverwaltung

Die Nachlassverwaltung ist eine besondere Form der Nachlasspflegschaft. Ihr Zweck ist die Befriedigung der Nachlassgläubiger. Dennoch dient die Nachlassverwaltung ebenfalls dem Interesse der Erben, als sie deren Haftung auf den Nachlass beschränkt. Nicht selten mündet die Nachlassverwaltung in das Nachlassinsolvenzverfahren. Die Nachlassverwaltung ist der Nachlassinsolvenz zum Teil nachgebildet. Der Erbe verliert mit ihrer Anordnung die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass an den Nachlassverwalter. Dieser ist auch Adressat für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nachlass.

Die Nachlassverwaltung hat für den Erben bei unübersichtlichen Nachlässen den Vorteil, dass er seine Erbenhaftung auf den Nachlass beschränken kann, ohne durch die Ausschlagung der Erbschaft sich die Chance auf einen Vermögenszuwachs zu nehmen, wenn sich der Nachlass als nicht überschuldet herausstellt (sofern nicht die Anfechtung der Ausschlagung möglich ist). Er entledigt sich damit auch seiner Insolvenzantragspflichten und der mit der Insolvenzsverschleppung verbundenen Haftungsrisiken, da diese Pflichten grundsätzlich fortan den Nachlassverwalter treffen.

Antragsberechtigt ist der Erbe, aber auch Nachlassgläubiger, wenn Grund zur Annahme besteht, dass die Befriedigung der Nachlassgläubiger aus dem Nachlass durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird.

Der Antrag des Nachlassgläubigers kann nur innerhalb von zwei Jahren nach Annahme der Erbschaft gestellt werden. Die Nachlassverwaltung endet mit Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens, der Aufhebung mangels einer die Verfahrenskosten deckenden Masse oder auf Grund der Befriedigung der Nachlassverbindlichkeiten (Zweckerreichung).

⁷⁴ vgl. Staudinger-Mayer, BGB, 1998, Art. 145 EGBGB, Rn. 5

⁷⁵ z. B. in Bayern gemäß Art. 36 Abs. 2, 38 und 39 BayAGGVG zur sonstigen Nachlasssicherung, zur amtlichen Erbenermittlung und zur Vermittlung der Auseinandersetzung

Der Rechtspfleger des Nachlassgerichts ordnet die Nachlassverwaltung an, wählt den Verwalter aus und bestellt ihn. Der Nachlassverwalter führt sein Amt unabhängig und eigenverantwortlich. Er unterliegt aber über § 1915 BGB dem Vormundschaftsrecht. Damit obliegt dem Vormundschaftsgericht die Aufsicht, es bestehen auch Genehmigungstatbestände (s.o.).

Gesetzliche Vorschriften: §§ 1975 ff., 1915 Abs. 1, 1919, 1773 ff.; 2012, 2013, 2017, 2062 BGB, §§ 73 ff., 35 ff., 189 FGG, §§ 3 Ziff. 2 lit. c), 16 RPfIG, §§ 81 f., 315 ff. InsO; Art. 147 EGBGB, §§ 104, 106 KostO

b) Vorschlag

Die Aufgaben der Bestellung von Nachlasspflegern und –verwaltern und der damit zusammenhängenden Geschäfte werden auf den Notar übertragen.

Denkbar wäre zunächst eine isolierte (Segment)Übertragung der Aufgaben im Zusammenhang mit der Bestellung von Nachlasspflegern und –verwaltern.

Entschließt man sich zur weitergehenden Übertragung nachlassgerichtlicher Aufgaben, wie etwa des gesamten Erbscheinsverfahrens, käme die Übertragung der Aufgaben im Zusammenhang mit der Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern lediglich als Annex in Betracht.

Zur Lösung der Frage nach der Zuständigkeit des einzelnen Notars wird wie bei der Übertragung des Erbscheinsverfahrens vorgeschlagen, bei den antragsbezogenen Tätigkeiten nach dem Prioritätsgrundsatz vorzugehen. Um zu vermeiden, dass mehrere Notare mit ein und demselben Nachlass befasst sind, könnte ein elektronisches Verfahrensregister, das zentral von einer Notarkammer geführt würde, geschaffen werden.

Bei den von Amts wegen einzuleitenden Verfahren könnte die Zuständigkeit nach einem entweder von dem Nachlassgericht, dem Landgericht als Dienstaufsichtsbehörde oder der Notarkammer aufzustellenden Geschäftsverteilungsplan geregelt werden.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Das Volumen einer isolierten Übertragung der Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern lässt sich aus den in den Statistiken erhobenen Daten nicht ermitteln. Auch in PEBB§Y I und II wurde das Einzelgeschäft der Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern nicht ausgewiesen. Eine Schätzung bei einem großen Nachlassgericht (AG München) ergab folgende Erfahrungswerte: Der Zeitanteil bei der Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern beträgt bei den Rechtspflegern rund 1%, beim Servicepersonal rund 0,5%. Die nachfolgenden Tätigkeiten (etwa Überwachung) erfordert einen deutlich höheren Anteil an der Gesamttätigkeit, bei den Rechtspflegern rund 15%, bei den Servicekräften 5 - 10%.

In Hessen ergab die Erhebung bei ausgewählten Amtsgerichten für den Bereich Nachlasspflegschaft und -verwaltung folgende Arbeitskraftanteile der in Nachlasssachen eingesetzten Kräfte: Richter: 0; Rechtspfleger 13,63% (6,41 Rechtspfleger); Serviceeinheiten 5% (4,91 Kräfte).

Bundesweit waren 2002 in Nachlasssachen 591,41 Rechtspfleger und 1.022,73 Servicekräfte tätig. Damit ergäben sich für die Gesamtaufgabe im Zusammenhang mit der Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern rund 95 Arbeitskraftanteile, bei den Servicekräften 56 - 107 Arbeitskraftanteile.

bb) Kosten/Einnahmen

Für eine Nachlasspflegschaft oder eine Nachlassverwaltung wird gemäß § 106 KostO die volle Gebühr erhoben. Maßgebend ist der Wert des von der Pflegschaft oder der Verwaltung betroffenen Vermögens ohne Abzug der Schulden. Kostenschuldner sind die Erben (§ 6 KostO).

In Hessen wurden in JUKOS 2004 1.085 Fälle abgerechnet.

Die Einnahmen an Gebühren für Nachlasspflegschaften und -verwaltungen werden nicht gesondert erfasst. Weder über die Fallzahlen noch über die Vermögenswerte liegen statistische Unterlagen vor, die eine Berechnung ermöglichen würden.

Die Einnahmen in Hessen aus den 1.085 Fällen betragen 148.932 Euro und damit knapp 1% der Gesamteinnahmen in Nachlasssachen.

d) Mögliche Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Der Notar ist die dezentralere und damit bürgernähere Anlaufstelle. Mit der weiteren Schließung von Amtsgerichtszweigstellen, die in verschiedenen Ländern erwogen wird (so sind in Bayern die Überlegungen zur Schließung von 31 von 32 Zweigstellen politisch weit vorangetrieben), gewinnt dieser Aspekt zunehmend an Bedeutung. Im übrigen wird auf die Ausführungen zur dezentralen Struktur bei 2. verwiesen.

Die Nachlassverwaltung kann für den Erben eine Alternative zur Ausschlagung sein. Für die Ausschlagung ist der Notar schon heute neben dem Nachlassgericht Anlaufstelle wegen des Beglaubigungserfordernisses der Erklärung (§ 1945 Abs. 1 BGB).

bb) Justiz

Der Entlastungseffekt für die Justiz wäre gering, würde sich die Aufgabenübertragung nur auf die Nachlasspflegschaft und Nachlassverwaltung beschränken, zumal die absoluten Verfahrenszahlen jedenfalls nach den oben geschilderten Erfahrungen gering sein dürften. Überträgt man die Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern als Annex zum Erbscheinsverfahren zusammen mit den nachfolgenden Tätigkeiten, so wäre eine systematische und transparente Zuständigkeitsregelung gegeben. Eine umfassende Übertragung böte die Chance für eine wirkungsvolle Entlastung des Personalkörpers.

e) Mögliche Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Zunächst ist es zweifelhaft, ob eine Einzelübertragung weiterverfolgt werden sollte. Sie erschiene aus dem Gesamtzusammenhang des Nachlassverfahrens herausgelöst unorganisch und wenig sinnvoll. Deshalb sollen auch die mit einer Gesamtübertragung verbundenen Probleme beleuchtet werden.

In beiden Varianten (Einzelübertragung und Gesamtübertragung) stellt sich die Frage, ob auch die Aufgaben, die der Bestellung von Nachlasspflegern und -verwaltern nachfolgen, übertragen werden sollten und übertragungsfähig sind (Aufsicht, Genehmigungstatbestände, Vergütung). Wo eine verfassungsrechtliche Grenze zu ziehen wäre, ist fraglich. Entsprechende Probleme werden im Zusammenhang mit der Umgestaltung des Gerichtsvollzieherwesens erörtert. Ein kritischer Grenzbereich dürfte bei der heute dem Nachlassgericht zustehenden Befugnis zur Verhängung eines Zwangsgeldes gegen Nachlasspfleger und -

verwalter erreicht sein. Bei der Genehmigung von Rechtsgeschäften ist zudem die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum effektiven Rechtsschutz entsprechend zu beachten⁷⁶, wobei zu berücksichtigen ist, dass Notare bereits de lege lata mit den Vorbehaltsverfahren betraut sind. Die Diskussion fokussiert sich auf die Frage, ob Art. 33 Abs. 4 GG bei der Teil- oder Vollübertragung des Nachlassverfahrens berührt ist, und wird kontrovers geführt. Nähme man insgesamt eine Absicherung durch eine Ergänzung des Grundgesetzes vor, so stellt sich das Problem nicht mehr.

aa) Rechtssuchende

Die „Segmentzuständigkeit“ des Notars bei einer isolierten Übertragung wäre für den Bürger verwirrend. Für Maßnahmen der Haftungsbeschränkung bzw. Sicherung von Gläubigerrechten wären neben dem Amtsgericht als Zivilgericht im Aufgebotsverfahren, dem Amtsgericht als Insolvenzgericht im Insolvenzverfahren, dem Amtsgericht als Nachlassgericht im Verfahren der Inventarerrichtung (, in das der Notar bereits de lege lata integriert ist,) nun noch der Notar als Nachlassgericht erster Instanz treten. Übersichtlich wäre für den Bürger eine Lösung, bei der der Notar allgemein der Ansprechpartner in Nachlassangelegenheiten wäre, also eine Gesamtlösung gefunden würde.

Nach bisheriger Rechtslage ist mit der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit (§§ 73, 74 FGG) die Zuständigkeitsfrage eindeutig beantwortet. Bei einer Übertragung der Aufgaben auf Notare wäre zunächst die Vorfrage zu klären, ob der Grundsatz der freien Notarwahl (vgl. §§ 10 a Abs. 2, 15 BNotO) auch für diesen neuen Zuständigkeitsbereich gelten sollte. Durch die regional freie Notarwahl würde der bisherige Grundsatz der örtlichen Zuständigkeit am letzten Wohnsitz des Erblassers (§ 73 Abs. 1 FGG) aufgegeben. Für die Beibehaltung dieses Grundsatzes spricht indes, dass der letzte Wohnsitz in aller Regel auch sachlich in Beziehung zum Nachlass steht und gerade Maßnahmen der Nachlasssicherung und der Nachlassverwaltung durch einen örtlichen Notar besser veranlasst werden können. Schränkt man die freie Notarwahl also auf der Ebene des Amtsbereichs (§ 10 a BNotO) ein, muss noch die Zuständigkeit des einzelnen Notars gefunden werden, wenn der letzte Wohnsitz des Erblassers im Amtsbereich mehrerer Notare liegt. Die Problematik entspricht derjenigen bei der Gesamtübertragung des Erbscheinsverfahrens, weshalb auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.

⁷⁶ Beschluss vom 18. Januar 2000, NJW 2000, 1709ff.

Die Bestellung eines Nachlasspflegers auf Antrag eines Gläubigers könnte unmittelbar bei einem Notar mit Amtssitz in dem Amtsbereich (§ 10 a BNotO), in dem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte, erfolgen. Der Notar hätte zunächst (durch Einsicht in das – erst zu schaffende - elektronische Verfahrensregister) festzustellen, ob bereits ein anderer (örtlicher) Notar für dieses Nachlassverfahren zuständig ist. In diesem Fall hätte er den Antrag an den auf Grund der Priorität zuständigen Notar weiterzuleiten bzw. unter Hinweis auf dessen Zuständigkeit zurückzuweisen.

Die Bestellung des Nachlassverwalters könnte in entsprechender Weise erfolgen. Da die Anordnung der Nachlassverwaltung haftungsbeschränkend ex tunc wirkt, wäre die zeitliche Verzögerung bei einer isolierten Übertragung, die durch die zwingende Beziehung der beim Nachlassgericht befindlichen Nachlassakten entstünde, wohl noch hinnehmbar, obgleich bis zur Anordnung der Nachlassverwaltung der Erbe den verschärften Insolvenzantragspflichten des § 1980 BGB unterliegt und sein Eigenvermögen noch dem Zugriff der Nachlassgläubiger ausgesetzt bleibt.

In den Fällen, in denen de lege lata das Nachlassgericht von Amts wegen fürsorgend tätig wird, könnte der zuständige Notar auf der Grundlage eines Geschäftsverteilungsplans von dem Nachlassgericht, dem Landgericht als Dienstaufsichtsbehörde oder der Notarkammer bestimmt werden. Gleichzeitig würde die Eintragung in das elektronische Verfahrensregister vorgenommen. Die Mitteilungen über Sterbefälle wären künftig von den Standesämtern auch an die Notarkammern zu übermitteln.

bb) Justiz

Wenn der Notar nur in einem Segment des Nachlassverfahrens zuständige Stelle wird, entsteht zum Teil zusätzlicher Aufwand. So müssen die Nachlassakten häufig zwischen Gericht und Notar versandt werden. Dies gilt sowohl für die Frage, ob das Nachlassverfahren umfassend übertragen wird, als auch für den Umfang der Aufgaben, die im Zusammenhang mit der Bestellung des Nachlasspflegers oder -verwalters übergehen sollen.

Die dezentrale Zuständigkeit der Notare kann in Verbindung mit einer wirtschaftlich möglicherweise defizitären „Segmentzuständigkeit“ überall dort, wo viele Notare nebeneinander als zuständig in Betracht kommen, umgekehrt dazu führen, dass die Fehlerhaftigkeit mangels ausreichender Spezialisierung und Leistungsanreize steigt. Dies könnte zu einer größeren Zahl von Rechtsmittelverfahren und damit höheren Kosten führen.

Die Einführung eines elektronischen Verfahrensregisters zur raschen Klärung von Zuständigkeitsfragen müsste mit beinahe gleich großem Aufwand betrieben werden, wie dies bei einer umfassenden Aufgabenübertragung im Nachlassverfahren der Fall wäre. Die Möglichkeiten dieses Registers würden für nur relativ unbedeutende Verfahren genutzt.

Die Ausgliederung der Zuständigkeit von defizitären Verfahren aus der Zuständigkeit der Nachlassgerichte könnte die Rechtfertigung der Wertgebühr der Kostenordnung in Frage stellen.

Bei einer umfassenden Übertragung stellt sich die Frage der Einnahmeverluste allerdings für die Justiz in voller Schärfe.

f) Lösungsmöglichkeiten

Die Verlagerung der Zuständigkeit vom Amtsgericht – Nachlassgericht – auf den Notar bedürfte einer bundesrechtlichen Regelung, etwa auch durch Schaffung einer Öffnungsklausel durch Änderung des Art. 147 EGBGB und/oder des § 189 FGG sowie einer Ergänzung der Bundesnotarordnung (§ 20 Abs. 4 BNotO).

g) **Fragen an die Praxis**

1. In welchem Umfang wird die Arbeitskraft von Rechtspflegern durch die Bestellung von Nachlasspflegern und Nachlassverwaltern gebunden?
2. Wie verhält sich hierzu der Arbeitszeitaufwand für die der Bestellung nachfolgenden Tätigkeiten der Beaufsichtigung, Unterstützung, Genehmigungserteilung etc.?
3. Sehen Sie in der isolierten Übertragung der Aufgaben des Nachlassgerichts im Bereich der Bestellung und Überwachung der Nachlasspfleger und Nachlassverwalter auf Notare eine merkliche Arbeitsentlastung?
4. Welche weiteren Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Übertragung dieser Aufgabe?

6. Aufnahme von Nachlassverzeichnissen

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Bisher ist gemäß § 2003 BGB auch eine Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses (Inventarverzeichnis zur Wahrung der Inventarfrist nebst Haftungsbeschränkung auf den Nachlass) gegeben. Diese Zuständigkeit kann gemäß Art. 148 EGBGB durch Landesgesetz ausgeschlossen werden; von dieser Möglichkeit haben nicht alle Länder Gebrauch gemacht.

b) Vorschlag

Schaffung einer bundeseinheitlichen Regelung zur Übertragung dieser Aufgabe (Aufnahme von Nachlassverzeichnissen nach § 2003 BGB) allein auf die Notare.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Da die Verfahren, in denen ein Nachlassverzeichnis aufgenommen wird, statistisch nicht erfasst werden und auch keine gesonderte Kennzeichnung im Register erfahren, ist es nicht möglich, die Anzahl dieser Geschäfte zu benennen und eine an den Geschäftszahlen orientierte Personalbedarfsberechnung durchzuführen. Aus den Personalübersichten ist das für die Erledigung dieses Geschäfts tatsächlich eingesetzte Personal ebenfalls nicht ersichtlich.

bb) Kosten/Einnahmen

Auch hier erfolgt keine gesonderte statistische Erhebung, sodass keine genauen Angaben möglich sind. Die einschlägige Vorschrift des § 52 KostO ist durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz nicht geändert worden.

Lediglich für Hessen sind 23 Fälle in 2004 mit einem Gebührenaufkommen von 991, 50 € bekannt. Angesichts der Kosten von 40.162 € beträgt der Kostendeckungsgrad 3 %.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtsuchende

Die Nachlassabwicklung ist Teil der vorsorgenden Rechtspflege und den Notaren in weiten Teilen bereits übertragen. So kann der Erbe das Inventar unter Zuziehung eines Notars selbst aufnehmen (§ 2002 BGB). Mit diesen Möglichkeiten würde eine Regelung korrespondieren, wonach der Notar - und nicht das Nachlassgericht - generell ermächtigt wird, auch ein Verzeichnis nach § 2003 BGB aufzunehmen.

bb) Justiz

Eine bundeseinheitliche ausschließliche Übertragung der Aufnahme von Nachlassverzeichnissen auf die Notare könnte zu einer Entlastung der Nachlassgerichte (zuständig ist der Rechtspfleger nach § 3 Nr. 2 c RpfLG) beitragen.

e) Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Da eine Aufnahme von Nachlassverzeichnissen durch Notare schon heute – teilweise ausschließlich – übernommen wird und hierbei Probleme nicht bekannt sind, sind von einer bundeseinheitlichen Aufgabenübertragung keine Nachteile zu erwarten. Die mit Artikel 148 EGBGB gegebene Möglichkeit, durch Landesgesetz die Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses nach § 2003 BGB auszuschließen, steht einer bundeseinheitlichen ausschließlichen Übertragung dieser Aufgabe auf die Notare nicht entgegen, macht eine solche jedoch auch nicht dringend erforderlich. Sinnvoll erscheint sie allerdings bei einer Gesamtübertragung erbrechtlicher Aufgaben auf die Notare.

f) Lösungsmöglichkeiten

Durch Bundesgesetz müsste § 2003 BGB geändert werden und die ausschließliche Zuständigkeit des Notars zur Aufnahme des Inventars bestimmt werden. Artikel 148 EGBGB müsste dann aufgehoben werden.

g) Fragen an die gerichtliche Praxis

1. Nimmt das Nachlassgericht das Verzeichnis des Nachlasses (Inventar) selbst auf (§ 2003 Abs. 1 Satz 1 BGB)?
2. Wenn ja, welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Inventaraufnahme?
3. Was spricht dafür, die Inventaraufnahme ausschließlich den Notaren zu übertragen?
4. Bestehen aus Ihrer Sicht Bedenken, die Inventaraufnahme ausschließlich den Notaren zu übertragen?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. Wie viele Nachlassverzeichnisse nehmen Sie durchschnittlich im Jahr auf?
2. Welche Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der ausschließlichen Zuständigkeit für diese Aufgabe?

7. Zuständigkeit der Notare für Nachlassauseinandersetzungen gem. §§ 86 ff. FGG

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Nach den §§ 86 ff. FGG kann von den Beteiligten zur Vermittlung der Auseinandersetzung das Nachlassgericht angerufen werden. Aufgrund von § 193 FGG besteht die Möglichkeit einer landesgesetzlichen Regelung, wonach anstelle der Gerichte oder neben diesen die Notare die Auseinandersetzung zu vermitteln haben; von dieser landesgesetzlichen Ermächtigung haben nicht alle Länder Gebrauch gemacht.

b) Vorschlag

Schaffung einer einheitlichen bundesgesetzlichen Regelung zur Übertragung dieser Aufgabe allein auf die Notare. Die Vorschriften der §§ 86 ff. FGG bleiben für das Verfahren weiterhin maßgebend.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Im Geschäftsjahr 2002 waren 72 Verfahren über die Vermittlung von Auseinandersetzungen anhängig. Bei einer Bewertungszahl von 1.500 betrug der Personalbedarf im Rechtspflegerdienst für das Geschäftsjahr 2003 auf der Grundlage der Geschäftszahlen 2002: 0,048 Rechtspfleger. Seit dem Geschäftsjahr 2003 findet eine statistische Erfassung dieser Verfahren nicht mehr statt. Auch eine gesonderte Kennzeichnung im Register unterbleibt. Das für die Erledigung dieser Geschäfte tatsächlich eingesetzte Personal wird in der Personalübersicht nicht erfasst. Angaben über die Zahl der Fälle oder das eingesetzte Personal sind deshalb nicht mehr möglich.

bb) Kosten/Einnahmen

Es erfolgt keine gesonderte statistische Erhebung, so dass keine genauen Angaben möglich sind. Die einschlägigen Vorschriften aus der Kostenordnung (§ 116 KostO) haben durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz keine Veränderungen erfahren.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtsuchende

Zur Erleichterung der Nachlassteilung hat das FGG für die durch Erbfolge entstandene Miterbengemeinschaft auf Antrag eine behördliche Mitwirkung bei der Nachlassauseinandersetzung vorgesehen. So kann nach dem § 86 FGG von den Beteiligten das Nachlassgericht zur Vermittlung der Auseinandersetzung angerufen werden. Der Notar wird nach einem eingetretenen Erb-

fall häufig als Vermittler in Nachlassangelegenheiten herangezogen. Seine unparteiische Beratung kann hierbei bestehende Konfliktlagen entschärfen und eine Lösung in Form von materiellen Erbaueinandersetzungsverträgen herbeiführen. Der Notar erscheint besonders geeignet, Konflikte im Rahmen von Erbaueinandersetzungen als neutraler Dritter zu lösen.

bb) Justiz

Die Übertragung der Vermittlung von Erbaueinandersetzungen nach den §§ 86 ff. FGG allein auf die Notare würde zu einer geringen Entlastung der Nachlassgerichte (zuständig ist der Rechtspfleger nach § 3 Nr. 2 c RpfLG) führen.

e) Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Gegen die beabsichtigte Zuständigkeitsregelung bestehen keine grundlegenden Bedenken. Eine bundeseinheitliche Regelung hat den Vorteil der Vermeidung einer Rechtszersplitterung, die bei der geringen Zahl der Verfahren allerdings auch ohne eine solche Vereinheitlichung nicht zu erwarten ist. Das Verfahren der §§ 86 ff. FGG sollte grundsätzlich durch die Zuständigkeitsregelung unberührt bleiben. Es bliebe aber zu prüfen, inwieweit für die Festsetzung der Zwangsmittel bei der Zwangsvollstreckung gem. § 98 FGG aus einer „vorgängigen Vereinbarung“ oder einer „Auseinandersetzung“ die Notare oder aber die Gerichte zuständig sein sollen.

f) Lösungsmöglichkeiten

Durch Bundesgesetz müsste in § 86 FGG die alleinige Zuständigkeit der Notare geschaffen werden, auf Antrag die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses zwischen den Beteiligten zu vermitteln.

g) **Fragen an die gerichtliche Praxis**

1. Führt das Nachlassgericht Nachlassauseinandersetzungen gemäß §§ 86 ff. FGG durch?

2. Wenn ja, welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Durchführung von Nachlassauseinandersetzungen?
3. Was spricht dafür, die Nachlassauseinandersetzungen ausschließlich den Notaren zu übertragen?
4. Bestehen aus Sicht der Praxis Bedenken, die Durchführung von Nachlassauseinandersetzungen ausschließlich den Notaren zu übertragen?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. Wie viele Fälle „nicht förmlicher“ Nachlassauseinandersetzungen, also Beurkundungen von Erbschaftsauseinandersetzungen, etc., haben Sie durchschnittlich im Jahr?
2. Welche Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Übertragung der Nachlassauseinandersetzungen gemäß §§ 86 ff. FGG?

8. Verlagerung der Hauptkartei für Testamente vom Amtsgericht Schöneberg auf die Bundesnotarkammer

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Die Aufgabe der Hauptkartei für Testamente bei dem Amtsgericht Schöneberg besteht darin, Nachrichten über den Verwahrungsort von Verfügungen von Todes wegen systematisiert zu sammeln, soweit der Verfügende nicht im Geltungsbereich des Grundgesetzes geboren wurde. Damit soll sichergestellt werden, dass die Stellen, die Verfügungen von Todes wegen verwahren (Nachlassgerichte, Notare), Nachricht von dem Tod des Erblassers erhalten damit seinem letzten Willen Geltung verschafft werden kann.

Die Hauptkartei für Testamente ist Teil des folgenden Benachrichtigungssystems:

Testamente, die zur Niederschrift eines Notars oder eines Bürgermeisters erklärt wurden, werden vom Amtsgericht verwahrt (§ 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG; § 2249 Abs. 4 Satz 4 BGB). Eigenhändige Testamente des Erblassers sind auf sein Verlangen ebenfalls vom Amtsgericht zu verwahren (§§ 2248, 2258a BGB). Ferner werden Erbverträge vom Amtsgericht ver-

wahrt, auf Wunsch der Vertragschließenden anstelle dessen aber auch vom beurkundenden Notar (§ 34 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 BeurkG).

Die jeweils verwahrende Stelle teilt dem Standesamt, in dessen Bezirk der Erblasser geboren wurde (sog. Geburtsstandesamt), mit, dass bei ihr eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen verwahrt wird. Das Standesamt sammelt diese Mitteilung systematisch. Dabei wird die Aufgabe der Berliner Geburtsstandesämter von der Zentralkartei beim Amtsgericht Schöneberg wahrgenommen. Wurde der Erblasser außerhalb des Geltungsbereiches des Grundgesetzes geboren, d.h. entweder im Ausland oder in der ehemaligen DDR oder in Berlin (Ost), ist die Mitteilung an die Hauptkartei für Testamente beim Amtsgericht Schöneberg zu richten. Die Hauptkartei für Testamente beim Amtsgericht Schöneberg hat daher die Funktion eines Ersatzgeburtsstandesamtes.

Stirbt der Erblasser, benachrichtigt das Standesamt, in dessen Bezirk der Erblasser starb (sog. Sterbestandesamt), die Hauptkartei für Testamente (wenn die Geburt außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes stattfand), die Zentralkartei (wenn die Geburt in Berlin stattfand) bzw. das Geburtsstandesamt (in allen sonstigen Fällen) vom Sterbefall. Daraufhin ermittelt die benachrichtigte Stelle, ob für den Erblasser eine Nachricht über die Verwahrung einer Verfügungen von Todes wegen vorliegt. Auf diesem Wege werden beim Amtsgericht Schöneberg in etwa 10% aller angezeigten Sterbefälle Verwahrnachrichten für den Erblasser aufgefunden. Für den Fall, dass eine Verwahrnachricht ermittelt wird, wird die verwahrende Stelle von dem Sterbefall in Kenntnis gesetzt.

Die verwahrenden Stellen werden hierdurch in den Stand versetzt, dafür Sorge zu tragen, dass die Verfügungen von Todes wegen gemäß § 2259 Abs. 2 BGB zur Eröffnung an das zuständige Nachlassgericht abgeliefert bzw. in den Fällen des § 2261 BGB durch das verwahrende Amtsgericht eröffnet und anschließend an das Nachlassgericht übersandt werden.

Die Einzelheiten sind in einer bundeseinheitlichen Verfügung der Länderverwaltungen geregelt⁷⁷.

Ferner werden seit dem 1. Juli 1970 in sog. Nichteheleichenkarteien nichteheleiche Kinder und Kinder, die von einer Einzelperson adoptiert wurden, registriert. Die Karteien dienen der Sicherung der Erbansprüche der genannten Kinder und existieren auf Grundlage von §§ 33, 38 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes. Soweit die Geburt beider El-

⁷⁷ z.B. für Berlin: Gemeinsame Allgemeine Verfügung über Benachrichtigung in Nachlasssachen der Senatsverwaltungen für Justiz und für Inneres vom 2. Januar 2001, ABl. S. 605 ff.

tern bzw. des Annehmenden in Deutschland beurkundet wurde, ist für die Registrierung dasjenige Standesamt zuständig, das das Geburtenbuch der Eltern führt, bzw. das die Geburt des Annehmenden beurkundet hat. Soweit die Geburt eines der Eltern bzw. des Annehmenden nicht in Deutschland beurkundet wurde, ist wiederum die Hauptkartei für Testamente beim Amtsgericht Schöneberg zuständig.

Daneben prüft die Hauptkartei für Testamente, ob Angaben darüber vorliegen, ob der/die Verstorbene Kinder hatte, mit deren anderen Elternteil sie bzw. er nicht verheiratet war oder ob der Erblasser als Einzelperson Kinder angenommen hatte.

Von der Hauptkartei zu verarbeiten sind somit:

- Verwahrungsnachrichten der Gerichte über die in ihrer amtlichen Verwahrung befindlichen Testamente und Erbverträge,
- Verwahrungsnachrichten der Notare über die von ihnen beurkundeten Erbverträge und sonstige Erklärungen mit Einfluss auf die Erbfolge,
- Verwahrungsnachrichten der Prozessrichter über einen gerichtlichen Vergleich, in dem ein Erbvertrag oder sonstige Erklärungen mit Einfluss auf die Erbfolge enthalten sind,
- Sterbefallmitteilungen,
- Mitteilungen der Standesämter über nichteheliche Geburten,
- Mitteilungen der Standesämter über die Annahme durch eine Einzelperson.

b) Vorschlag

Die Führung der Hauptkartei, einschließlich der Nichteheleichenkartei, wird auf die Bundesnotarkammer übertragen.

In der Folge könnte durch sukzessiven Ausbau der Hauptkartei ein zentrales Testamentsregister bei der Bundesnotarkammer geschaffen werden. Zur Finanzierung der von der Bundesnotarkammer übernommenen Aufgabe käme neben der Schaffung neuer Gebührentatbestände oder einer Mittelzuweisung aus staatlichen Haushalten u.a. in Betracht, dass die Bundesnotarkammer - insbesondere im Falle einer Übertragung der Verwahrzuständigkeit für Verfügungen von Todes wegen auf die Notare (vgl. oben Ziff. II.1.) - an einem Teil des Gebührenaufkommens aus § 101 KostO beteiligt wird.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

(1) Zahl der Fälle - GÜ 2 Zählkartenstatistik

Täglich gehen auf dem Postwege beim Amtsgericht Schöneberg – Hauptkartei - derzeit ca. 1.200 bis 1.600 Sterbefallmitteilungen und ca. 800 neue Verwahrmachtungen ein. Die Mitteilungen an die Nichtehelichenkartei belaufen sich auf etwa 300 täglich. Im Bereich der Bearbeitung der Sterbefallmitteilungen besteht derzeit ein Bearbeitungsrückstand von ca. 450.000 Resten. Dadurch beträgt die durchschnittliche Bearbeitungsdauer bis zur Weiterleitung der Sterbefallmitteilungen derzeit ca. 18 Monate. Daneben werden derzeit pro Tag durchschnittlich 250 Auskunftersuchen bearbeitet.

Der Gesamtbestand der Hauptkartei beträgt zur Zeit ca. 2,5 Millionen Karteikarten (die Hauptkartei hat auch den Bestand der früheren Reichskartei für Testamente übernommen), einschließlich der Nichtehelichenkartei.

Bis heute ist eine Automation des Altbestandes in einem Umfang von ca. 1,5 Millionen Karteikarten durch Aufnahme in ein Bildspeicher-System erfolgt. Der Teil der neu eingehenden Verwahrmachtungen, der dem bereits gescannten Bereich zuzuordnen ist, wird seit dem 1. Februar 2004 automatisiert in Form einer Bilddatei (Projekt Testam – Neuzugänge) erfasst. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt kann nicht verbindlich eingeschätzt werden, wann die Erfassung dieser Verwahrmachtungen abgeschlossen sein wird.

Eine Zählkartenstatistik wird in der Hauptkartei für Testamente nicht geführt.

(2) Eingesetztes Personal

Sämtliche Karteien des Amtsgerichts Schöneberg, d.h. die Hauptkartei für Testamente, die Zentralkartei und die Nichtehelichenkartei (s.o.), werden von derzeit 34 Angestellten (Arbeitskraftanteile: 32,75) bedient. Davon sind 11 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (10,75 Arbeitskraftanteile) sog. Telefonkräfte, die nur eingeschränkt einsetzbar sind. Zu beklagen ist ein vergleichsweise hoher Krankenstand.

Da die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter karteiübergreifend eingesetzt werden, ist eine Differenzierung zwischen den Karteien nicht ohne weiteres möglich. Nach Einschätzung des örtlichen Gerichtsvorstandes sind die Arbeiten jedoch in etwa wie folgt verteilt: Etwa 17 Kräfte sind mit der Automation des Altbestandes befasst. Die anderen 17 Kräfte bedienen die Kartei. Von diesen 17 sind durchschnittlich etwa 2 Kräfte in der Zentralkartei und 15 Kräfte in der - hier vorrangig interessierenden - Hauptkartei tätig. Es ist davon auszugehen, dass dann, wenn die Automation des Altbestandes abgeschlossen ist, die Hauptkartei mit weniger als 15 Kräften bedient werden kann. Jedenfalls würden die 17 Kräfte, die derzeit mit der Automation des Altbestandes befasst sind, in diesem Bereich nicht mehr benötigt.

bb) Kosten/Einnahmen

Die für die Führung der Hauptkartei für Testamente beim Amtsgericht Schöneberg entstehenden Gesamtkosten (Personal, Material, Maschinenbetrieb, EDV etc.) werden im Einzelnen nicht erfasst.

Für die Registrier- und Benachrichtigungstätigkeit der Hauptkartei für Testamente - ebenso wie für diejenige der Geburtsstandesämter - werden Gebühren nicht erhoben. Einnahmen entstehen daher nicht. Die Kosten der Hauptkartei für Testamente werden derzeit allein vom Land Berlin getragen; eine Beteiligung der übrigen Länder bzw. des Bundes findet nicht statt.

Zur Ergänzung: Die Verwahrung der Verfügung von Todes wegen beim Amtsgericht (s.o.) löst eine 1/4 Gebühr zu Gunsten des Amtsgerichts aus (§ 101 KostO). Ferner fällt für die etwaige notarielle Beurkundung eines Testamentes 1 Gebühr zu Gunsten des Notars an, für die Beurkundung eines Erbvertrages fallen 2 Gebühren an (§ 46 Abs. 1 KostO). Soweit der Notar nach Beurkundung eines Erbvertrages diesen selbst verwahrt, erhält er keine zusätzliche Gebühr.

d) Mögliche Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Aus einer Verlagerung der Hauptkartei für Testamente auf die Bundesnotarkammer dürften sich keine unmittelbaren Vorteile für die Rechtssuchenden ergeben. Es ist nicht zu erkennen, dass die Bundesnotarkammer strukturell effizienter arbeiten kann als das Amtsgericht Schöneberg.

neberg. Ob sich der institutionell engere Kontakt zwischen der Bundesnotarkammer und den Notaren im alltäglichen Registerbetrieb signifikant auswirkt, erscheint zweifelhaft.

Ein Vorteil wäre zu erwarten, wenn mit der Verlagerung der Hauptkartei für Testamente die Einführung eines bei der Bundesnotarkammer angesiedelten bundesweiten, zentralen Testamentsregisters verbunden wäre. Dieses Register könnte sowohl die Funktion der Hauptkartei als auch die der Geburtsstandesämter übernehmen und wäre für die Rechtssuchenden leichter zu erreichen.

bb) Justiz

Abgesehen von Berlin ergäben sich allein aus der Verlagerung der Hauptkartei für Testamente keine unmittelbaren Vorteile für die Länder.

Sollte den Notaren allerdings die Aufgabe der amtlichen Verwahrung aller, also auch privatschriftlicher, Testamente und Erbverträge übertragen werden, könnte sich die Führung der Hauptkartei für Testamente durch die mit den Notaren besonders verbundene Bundesnotarkammer als systemkonforme Annexaufgabe darstellen.

Die Verlagerung der Aufgaben der Hauptkartei für Testamente auf die Bundesnotarkammer brächte für die Berliner Justiz deutliche Vorteile, denn sie würde damit von Kosten für eine bundesweite Aufgabe befreit, die nicht von Gebühren gedeckt werden. Diese Vorteile würden sich allerdings in dem Moment, in dem die Umstellung der Kartei auf das digitale System abgeschlossen ist, erheblich verringern, da dann der Betrieb der Kartei mit nur noch wenigen Mitarbeitern möglich ist.

Wenn mit der Verlagerung der Hauptkartei für Testamente die Einführung eines bei der Bundesnotarkammer angesiedelten bundesweiten, zentralen Testamentsregisters verbunden wäre, wäre sie auch die zentrale Ansprechstelle für Anfragen aus dem Ausland. Als Vorbild könnte eine Reihe zentraler Testamentskarteien in anderen europäischen Ländern dienen (Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, die Schweiz und Spanien) dienen.

Möglicherweise ist die Verkürzung der Meldewege weniger fehleranfällig.

e) Mögliche Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Nachteile für die rechtssuchenden Bürger ergäben sich bei einer für ihn kostenneutralen Aufgabenübertragung auf die Bundesnotarkammer im Prinzip nicht. Soweit damit eine Qualitätsverbesserung einhergeht, mag die zusätzliche Gebührenbelastung aus Sicht des Rechtssuchenden gerechtfertigt sein. Allerdings ließe sich derselbe Effekt auch bei einer Beibehaltung der gerichtlichen Zuständigkeit erreichen.

Eine im Jahr 2001 durchgeführte Schwachstellenanalyse des bestehenden Benachrichtigungssystems in Nachlasssachen ergab, dass zwar gewisse Mängel vorhanden, diese aber nicht als so gravierend einzustufen sind, dass deshalb ein grundlegender Systemwechsel gerechtfertigt wäre. Problematisch wäre insbesondere, dass bei Einführung einer zentralen Testamentskartei auch der vorhandene Bestand an Verwahrmitteilungen bei den Standesämtern zentral erfasst werden müsste. Die hierfür zu veranschlagenden Kosten wurden im Jahr 1999 auf ca. 19 Mio. DM geschätzt.

Weder die Kosten für die Registerführung noch die für die Führung einer zentralen Testamentskartei könnten von der Bundesnotarkammer getragen werden. Das ließe der beitragsfinanzierte Haushalt der Bundesnotarkammer schon aus Rechtsgründen nicht zu. Zur Finanzierung kämen zunächst drei Varianten in Betracht:

- der Bundesnotarkammer könnte ein Bruchteil der mit der Verwahrung anfallenden Gebühren nach § 101 KostO überlassen werden. Dies hätte für die rechtssuchenden Bürger den Vorteil, dass die Verlagerung der Hauptkartei für Testamente auf die Bundesnotarkammer kostenneutral bliebe; für die Justiz bzw. bei einer Übertragung der Verwahrung auf die Notare hätte dies den Nachteil, dass die Einnahmen aus dieser Tätigkeit letztlich geringer ausfielen, weil sie mit der Bundesnotarkammer geteilt werden müssten.
- zu Gunsten der Bundesnotarkammer könnte ein neuer Gebührentatbestand eingeführt werden. Das hätte für die rechtssuchenden Bürger erhebliche finanzielle Nachteile, weil die amtliche Verwahrung für sie deutlich teurer würde. Bei einer Übertragung der gesamten Verwahrtätigkeit auf Notare kämen dann noch die Kostensteigerungen durch die bei den Notaren anfallende Umsatzsteuer hinzu.

- eine Finanzierung über die Länderhaushalte könnte überlegt werden. Angesichts der in allen Ländern angespannten Haushaltslagen dürfte diese Variante jedoch kaum Aussicht auf Erfolg haben.

Im Übrigen dürften sich am Anfang gewisse Anlaufschwierigkeiten bei der Bundesnotarkammer ergeben, wie sie bei jeder Übernahme einer neuen Tätigkeit bestehen. Dass es sich hierbei um nicht rasch zu überwindende Schwierigkeiten handelt, ist nicht ersichtlich.

f) Lösungsmöglichkeiten

Die Verlagerung der Hauptkartei hätte Auswirkungen auf die Fassung der Allgemeinen Verfügung über Benachrichtigung in Nachlasssachen vom 2. Januar 2001. Hier müssten – bundeseinheitlich – der Begriff „Hauptkartei für Testamente bei dem Amtsgericht Schöneberg in Berlin“ bzw. die in der AV verwendeten Abwandlungen dieses Begriffes angepasst werden. Soweit von der Verlagerung auch die Nichtehelehenkartei erfasst sein soll, müssten zudem die §§ 33 Abs. 2 S. 2, 38 S. 4 der Verordnung zur Ausführung des Personenstandsgesetzes angepasst werden.

Darüber hinaus würde die landesgesetzliche Regelung des § 27 Abs. 1 AGGVG (Berlin) obsolet werden. Allerdings ist eine Aufhebung dieser Vorschrift nicht Voraussetzung für die Übertragung der Aufgabe auf die Bundesnotarkammer, da § 27 Abs. 1 AGGVG lediglich besagt, dass das Amtsgericht Schöneberg die Kartei führen „kann“.

Im Rahmen der Reform des Personenstandsrechts wird die Verrechtlichung des Registrierungs- und Benachrichtigungssystems im FGG angestrebt. Bei einer Verlagerung der Hauptkartei müssten dann diese Vorschriften angepasst werden. Darüber hinaus wären Anpassungen in der Bundesnotarordnung erforderlich.

g) **Beteiligung der Praxis**

Da sowohl die gerichtliche als auch die standesamtliche Praxis neben den Landesjustiz- und Innverwaltungen sowie des Bundesministeriums des Innern im Jahr 2001 umfassend befragt wurden, kann eine erneute Praxisbeteiligung zu diesem Punkt unterbleiben. Ein Votum der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Übertragung dieser Aufgabe soll dem Abschlussbericht vorbehalten bleiben.

9. Übertragung zusammenhängender nachlassgerichtlicher Aufgaben

In den voranstehenden Abschnitten wurde bereits teilweise darauf hingewiesen, dass die Übertragung nur einzelner Aufgaben auf die Notare nicht sinnvoll erscheint. So liegt es zum Beispiel auf der Hand, dass eine isolierte Übertragung nur der Eröffnungszuständigkeit von vornherein sinnlos wäre. Dagegen erscheint es bedenkenswert, bei Übertragung der Verwahrtätigkeit (ob nur für notarielle oder auch für privatschriftliche Testamente kann hier dahinstehen) auch eine Zuständigkeit für die Eröffnung von Testamenten und Erbscheinen bei den Notaren zu begründen. Gleiches gilt etwa für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen (und sonstigen Zeugnissen des Nachlassgerichts). Auch diese Aufgabe ist letztlich nur ein Annex zur Erbscheinserteilung.

Vorzugswürdig hält die Bund-Länder-Arbeitsgruppe die Zusammenfassung von Aufgaben, die zu einem gemeinsamen Verfahrensabschnitt gehören. Das hätte den Vorteil, dass sich die Bürger im Rahmen eines solchen Verfahrensabschnittes lediglich an eine Stelle wenden müssten. Die Abwicklung folgte dann aus einer Hand, was der Effektivierung und letztlich damit untrennbar verbunden der Qualitätssicherung diene. Als ein in sich geschlossener Verfahrensabschnitt ist bereits bei der Darstellung der Einzelaufgaben auf das Erbscheinsverfahren als dem Kern nachlassgerichtlicher Aufgaben eingegangen worden. Es lassen sich aber auch noch andere, abgrenzbare Verfahrensstadien erkennen.

a) Notare als Eingangsinstanz

Die Notare könnten die zentrale Stelle für alle dem Erbscheinsverfahren vorgelagerten und es einleitenden Maßnahmen mit Publikumsverkehr werden. Dazu müsste ihnen die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen, deren Eröffnung und die Aufnahme des Erbscheinsantrags verbunden mit der alleinigen Zuständigkeit für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung übertragen werden.

Bei Zusammenfassung dieser Aufgaben und Übertragung auf die Notare stünde den Bürgern eine einheitliche Stelle für alle ein Erbscheinsverfahren im weitesten Sinne betreffenden Verfahrenshandlungen zur Verfügung. Weiterer Vorteil dieser Lösung ist, dass keine aufwändigen Regelungen zur Zuständigkeit des einzelnen Notars erforderlich wären. Eine Geschäftsverteilung unter den Notaren eines Amtsgerichtsbezirks erscheint nicht nötig. Zuständig wäre jeweils der ein Testament oder einen Erbvertrag verwahrende Notar. Auch dürften die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG hier nicht bestehen. Letztlich geht es um eine Konzentration von Aufgaben bei den Notaren, die ihnen jedenfalls teil-

weise bereits heute neben den Nachlassgerichten bereits obliegen (z.B. Verwahrung von Erbverträgen, Abnahme der eidesstattlichen Versicherung).

Ein möglicher Nachteil für die Bürger liegt darin, dass sie durch die auf die Gebühren der Notare anfallende Umsatzsteuer in jedem Fall mit höheren Kosten als nach geltendem Recht belastet werden. Bislang haben sie zum Beispiel die Wahl, ob sie die eidesstattliche Versicherung vor dem Nachlassgericht abgeben wollen, hierfür ggf. erst einen späteren Termin bekommen als bei einem Notar, dafür aber die Umsatzsteuer sparen. Die Umsatzsteuer fiel sowohl auf Verwahrgebühr (§ 101 KostO), die Eröffnungsgebühr (§ 102 KostO) als auch diejenige für die Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung (§ 107 Abs. 1 S. 2 KostO) an.

b) Notare als zentrale Stelle für das Erbscheinsverfahren im weiteren Sinn

In Erweiterung des Vorschlags zu a) und der bereits erörterten Übertragung des Erbscheinsverfahrens erscheint eine Zusammenfassung von beiden Möglichkeiten diskussionswürdig. Die Notare wären dann für die gesamte Erbscheinserteilung die zentrale Anlaufstelle für die Bürger. Sinnvollerweise müsste dann auch die Annexaufgabe der Erteilung von Testamentvollstreckerzeugnissen übertragen werden.

Vorteil dieser Lösung wäre, dass damit die überwiegende Zahl der nachlassgerichtlichen Verfahren einer Stelle, den Notaren, zugewiesen wäre, die auf effiziente Verfahrensabläufe angewiesen ist. Lediglich in den eher seltenen Fällen, in denen eine Nachlasssicherung erforderlich wird, verbliebe es bei einer Restzuständigkeit des Nachlassgerichts.

Gegen diesen Vorschlag könnte zunächst wiederum die Verteuerung des Verfahrens für den Bürger sprechen. Ausgehend von den in Hessen ermittelten durchschnittlichen Gebühren für die Erteilung eines Erbscheins (= ca. 250,00 EURO) und für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung (= ca. 220,00 EURO) ist von einer Gebühr für die Eröffnung eines Testaments in Höhe von mindestens 110,00 EURO auszugehen. Aus der Summe dieser Gebühren würde bei Übertragung auf die Notare eine Umsatzsteuer in Höhe von 92,80 EURO anfallen. Den hessischen Zahlen lässt sich ein bereinigter durchschnittlicher Nachlasswert in Höhe von mindestens 110.000 EURO entnehmen (vgl. §§ 107 Abs. 1 S. 2, 49 Abs. 2, 32 KostO), der allerdings nicht dem bundesweiten Durchschnitt entsprechen dürfte.

Daneben stellt sich auch die fiskalische Frage, warum allein diejenigen Verfahrensbestandteile, bei denen am ehesten von einer Kostendeckung bei den Gerichten ausgegangen werden kann, auf die Notare übertragen werden sollen. Die nicht unerheblichen verfassungs-

rechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG geben Veranlassung, diesen Vorschlag nochmals einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Gegebenenfalls wäre eine Ergänzung des Grundgesetzes in diesem Bereich anzustreben.

c) Notare als Nachlassgericht erster Instanz

Schließlich wird diskutiert, den Notaren die gesamten nachlassgerichtlichen Zuständigkeiten zu übertragen. Die Notare wären dann das Nachlassgericht erster Instanz.

Dieser Vorschlag hat den Vorteil, dass die gesamte Abwicklung des Nachlassverfahrens in einer Hand läge. Die Bürger müssten sich also von der Beurkundung des öffentlichen Testaments bis zur Nachlassauseinandersetzung nur noch an die Notare wenden, wobei die jeweilige Zuständigkeit des einzelnen Notars noch zu klären wäre.

Auch bei diesem Vorschlag müssten aber die nicht abschließend beantworteten verfassungsrechtlichen Fragen ebenfalls noch geklärt werden.

d) Öffnungsklausel für den Landesgesetzgeber

Um die unterschiedlichen Notariatsstrukturen in den Ländern bei Aufgabenübertragungen im Nachlassverfahren zu berücksichtigen, könnten Öffnungsklauseln für die Landesgesetzgeber geschaffen werden.

Ein möglicher Nachteil einer solchen Regelung wäre, dass in Folge unterschiedlicher Inanspruchnahme der Öffnungsklauseln von Land zu Land andere Stellen für das Erbscheinsverfahren zuständig wären. Zu lösen wäre zudem die Frage, wie in Ländern mit unterschiedlicher Notariatsstruktur (etwa Nordrhein-Westfalen) zu verfahren ist. Es stellt sich auch die Frage, ob eine derartige Öffnungsklausel auf den Bereich des Notariats zur hauptberuflichen Amtsausübung beschränkt werden soll.

Zur Übertragung des Erbscheinsverfahrens könnte etwa folgender § 73a FGG eingefügt werden:

„§ 73a FGG

- (1) Durch Landesrecht können die Länder bestimmen, dass für das Erbscheinsverfahren nach den §§ 2353 bis 2369 des Bürgerlichen Gesetzbuchs anstelle der Gerichte die Notare als Nachlassgericht zuständig sind.
- (2) Soweit die Länder für das Erbscheinsverfahren die Zuständigkeit der Notare bestimmen, gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend. Über die Ablehnung eines Notars wegen Besorgnis der Befangenheit entscheidet das Landgericht. Während der Dauer des Verfahrens kann der Notar die Nachlassakte in Verwahrung nehmen.
- (3) Für das Erbscheinsverfahren ist örtlich zuständig der Notar, der im Bezirk des örtlich zuständigen Nachlassgerichts seinen Amtssitz hat. Sind mehrere Notare zuständig, wird von der Dienstaufsichtsbehörde ein Geschäftsverteilungsplan aufgestellt. Hierbei wird auch die Vertretung in Verhinderungsfällen geregelt.“

e) **Fragen an die Praxis**

1. Halten Sie einen der oben dargestellten Vorschläge für vorzugswürdig?
2. Welche weiteren Argumente sprechen für bzw. gegen diese Vorschläge?
3. Halten Sie andere Zusammenfassungen nachlassgerichtlicher Aufgaben zur Übertragung auf Notare für besser geeignet als die vorgeschlagenen?
4. Sollte die Entscheidung zur Übertragung von Aufgaben den Ländern im Rahmen von Öffnungsklauseln überlassen werden? Wenn ja, sollte die Öffnungsklausel auf den Bereich des hauptberuflich ausgeübten Notariats beschränkt werden?

III. Registerrecht

1. Einführung einer „qualifizierten Beglaubigung“ für Registeranmeldungen

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Die allgemeinen Vorschriften der §§ 1 bis 5 BeurkG finden auch auf die Beglaubigung (§§ 39 ff. BeurkG) Anwendung. Gemäß § 4 BeurkG muss der Notar eine Beurkundung ablehnen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre. Zu diesem Zweck soll der Notar von der Urkunde Kenntnis nehmen und sie daraufhin überprüfen.

§ 40 Abs. 2 BeurkG bestimmt ausdrücklich, dass nur diese Prüfung vorzunehmen ist. Der Notar hat daher nicht zu prüfen, ob die unterschriebene Erklärung materiell-rechtlich wirksam ist, und er hat auch nicht über ihre rechtliche Tragweite zu belehren⁷⁸.

Etwas anderes gilt für den Fall, dass der Notar es auch übernimmt, die Urkunde zu entwerfen. Dann bilden Entwurfserfertigung und Unterschriftsbeglaubigung eine einheitliche Amtstätigkeit. Der Notar unterliegt insoweit denselben Prüfungs- und Belehrungspflichten wie bei der Beurkundung von Willenserklärungen⁷⁹.

b) Vorschlag

Erweiterung des § 40 BeurkG um Prüfungs- und Belehrungspflichten, soweit gegenüber dem Grundbuchamt, dem Handelsregister oder einer ähnlichen registerführenden Stelle Erklärungen abzugeben sind. Die Prüfungspflichten sollen sich auf die Eintragungsfähigkeit beschränken. Gegenstand der Belehrungspflichten sollen die Rechtsfolgen der Antragstellung sein.

Kodifizierung der (allgemeinen) Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG bei Anfertigung eines Entwurfs.

⁷⁸ Keidel/Kuntze/Winkler, BeurkG, § 40 Rn. 42

⁷⁹ Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rn. 49

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen

Nach Maßgabe der Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der Amtsgerichte (GÜ 2) für das Jahr 2003 entfallen auf Registersachen (Vereins-, Güter- und Partnerschaftsregister sowie Handelsregister, eingetragene Genossenschaften und Seeschiffe pp.) insgesamt ca. 147.000 Eintragungen. Die überwiegende Anzahl der Verfahren betrifft solche auf Eintragung einer GmbH (86.000) sowie auf Eintragung von Einzelkaufleuten oder offenen Handelsgesellschaften (ca. 37.000 Verfahren). Hinzu kommen ca. 98.000 Löschungen, die sich ebenfalls schwerpunktmäßig auf GmbH (64.000) und Einzelkaufleute oder offene Handelsgesellschaften (24.000) verteilen.

In Grundbuchsachen sind in dem gleichen Geschäftsjahr (eingereichte Urkunden betreffend) ca. 1,7 Mio. Begründungen und Veränderungen von Eigentum und Erbbaurecht und noch einmal ca. 3,3 Mio. Eintragungen, Veränderungen und Löschungen von Rechten in den Abteilungen II und III vorgenommen worden. Die Begründung, Aufteilung und Veränderung von Wohnungs- und Teileigentum betraf 74.975 Verfahren.

In Registersachen beläuft sich die Personalverwendung der Amtsgerichte (gerundet) auf 578 Stellen im gehobenen und 194 Stellen im höheren (richterlichen) Dienst.

bb) Kosten/Einnahmen

Zahlenmaterial über die Kosten und Einnahmen in Registersachen liegt nicht vor.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

Für Rechtssuchende wäre mit der Regelung eine gewisse Schutzwirkung durch die von dem Notar geleistete Belehrung und Beratung verbunden. Der notariellen Beglaubigung würde die Bedeutung eingeräumt, die ihr in der Praxis des Registerverkehrs heute schon weitgehend zukommt.

Für die Justiz könnte eine Filterfunktion dergestalt zum Tragen kommen, dass „unsinnige“ Anträge verhindert oder auch Zwischenverfügungen im vermehrten Umfang vermieden werden könnten.

e) Nachteile

Der Vorschlag führt zu einer „Durchbrechung“ der vom BeurkG gewollten Differenzierung zwischen Beglaubigung und Beurkundung, die vom materiellen Recht vorgegeben ist (§§ 128, 129 BGB). Ein besonderes Schutzbedürfnis für den Bürger ist nicht erkennbar, da es schon nach geltendem Recht dem Bürger frei steht, die Beratung und Belehrung zu wählen, in dem er den Notar mit der Anfertigung des Entwurfs beauftragt.

Ob hier ein weitergehender Schutz erforderlich ist, bedarf noch näherer Prüfung. Zwar ist aus der Praxis ein Bedarf nach „besserer Beratung“ etwa im Bereich des Grundbuchwesens oder des Handelsregisters nicht angemeldet worden. Ob ein solcher besteht, sollte in einer Umfrage bei den Gerichten geklärt werden.

Schließlich ist nicht außer Acht zu lassen, dass die Erweiterung des Pflichtenkreises bei einer Beglaubigung zwangsläufig – auch – mit höheren Kosten für den Bürger verbunden wäre.

f) Lösungsmöglichkeiten

Zur Umsetzung weitergehender Belehrungs- und Beratungspflichten bei der notariellen Beglaubigung wären Änderungen des Beurkundungsgesetzes erforderlich.

g) **Fragen an die Praxis**

1. Wie hoch ist der Anteil von Handelsregisteranmeldungen, bei denen zusätzlich zur Beglaubigung auch der Entwurf der Anmeldung gefertigt wurde, im Verhältnis zu den Anmeldungen, in denen ausschließlich eine Beglaubigung vorgenommen wurde?
2. Wie fällt das Verhältnis beim Grundbuch aus?

3. Wie sieht es bei den übrigen Justizregistern aus?
4. Wie hoch ist nach Ihrer Einschätzung die Fehlerquote bei Registeranmeldungen unterschieden danach, ob Notare mitgewirkt oder nicht mitgewirkt haben?
5. Sehen Sie einen Entlastungseffekt des Registergerichts bei der Einführung einer qualifizierten Beglaubigung und wenn ja, wie hoch schätzen Sie einen solchen ein?
6. Welche weiteren Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Einführung einer qualifizierten Beglaubigung?

2. Aufhebung/Einschränkung der Prüfungszuständigkeit der Registergerichte z.B. bei Satzungsänderungen

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei einer Aufhebung/Einschränkung der Prüfungszuständigkeit der Registergerichte nicht im eigentlichen Sinn um die Übertragung einer gerichtlichen Aufgabe auf Notare handelt, die mit dieser Aufgabe bisher nicht befasst waren. Vielmehr geht es im Wesentlichen darum, dass die registergerichtliche Überprüfung notariell beurkundeter - und zuvor von Notaren bereits geprüfter – Vorgänge aufgehoben oder eingeschränkt werden soll. Dadurch kann eine Entlastung der Justiz von möglicherweise unnötigen Prüfungen erreicht werden. Von einer Aufgabenübertragung könnte demgegenüber nur gesprochen werden, wenn Notaren Prüfungen auferlegt werden würden, die derzeit von den Registergerichten vorgenommen und nicht zum Pflichtenkreis eines Notars bei der Beurkundung des entsprechenden Vorgangs zählen.

a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Ausgangspunkt für die Prüfungspflicht bzw. damit korrespondierend für das Prüfungsrecht des Handelsregisters im Zusammenhang mit der Eintragung handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorgänge ist die Pflicht des Handelsregisters, unrichtige Eintragungen zu verhindern (§§ 126, 12 FGG). Spezielle gesetzliche Regelungen über den Umfang der Prüfungspflicht gibt es verhältnismäßig wenige. So regelt § 18 Absatz 2 Satz 2 HGB, dass nur eingeschränkt zu prüfen ist, ob bei einer gewählten Firma die Gefahr einer Irreführung besteht. § 9c Abs. 2 GmbHG schränkt das Prüfungsrecht des Handelsregisters dahingehend ein, dass die Eintragung einer GmbH wegen einer mangelhaften, fehlenden oder nichtigen Be-

stimmung des Gesellschaftsvertrages nur unter bestimmten, abschließend aufgezählten Voraussetzungen abgelehnt werden darf. Eine entsprechende Regelung findet sich für die Aktiengesellschaft in § 38 Absatz 3 AktG. Ein weiteres Beispiel ist § 57i GmbHG, in dem u.a. der Umfang der Prüfung durch das Registergericht bei einer Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH geregelt ist.

Stets hat das Registergericht die formellen Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen. Welche Prüfung darüber hinaus zu erfolgen hat, hängt von dem jeweiligen einzutragenden Vorgang ab. Ein Recht bzw. eine Pflicht zur Prüfung der materiellen Richtigkeit besteht zwar grundsätzlich. Ungeachtet dessen gilt jedoch allgemein, dass die sachliche Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen in der Regel nicht von Amts wegen überprüft werden muss. Was schlüssig dargelegt und nach der Lebens- und Geschäftserfahrung plausibel ist, wird nicht weiter auf seine Richtigkeit überprüft. Nur bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit angemeldeter Tatsachen hat das Registergericht zu ermitteln, ob die mitgeteilten Tatsachen zutreffen.

Funktionell zuständig für die Prüfung ist in den in § 17 RPfIG aufgezählten Angelegenheiten der Richter; ansonsten der Rechtspfleger.

Im Einzelnen ist der Umfang der Prüfungspflicht des Handelsregisters durch eine detaillierte Rechtsprechung entwickelt worden. Nur exemplarisch sollen einige wenige Beispiele aus dem Recht der GmbH aufgeführt werden:

So ist bei der Eintragung einer Prokura vom Registergericht nur zu prüfen, ob die angemeldete Prokura ihrem Inhalt nach eintragungsfähig ist. Dagegen ist nicht zu prüfen, ob die Gesellschafterversammlung der Bestellung von Prokuristen nach § 46 Ziffer 7 GmbHG zugestimmt hat⁸⁰. Bei Satzungsänderungen ist zu prüfen, ob der vorgelegte Beschluss unwirksam ist; nicht zu prüfen ist hingegen eine etwaige Anfechtbarkeit des Beschlusses⁸¹. Bei Anmeldung einer Erhöhung des satzungsmäßigen Stammkapitals erstreckt sich das Prüfungsrecht des Registergerichts auf die Legalität der Kapitalerhöhung und damit auch auf ihre materielle Gesetzmäßigkeit. Dazu gehört auch die Prüfung, ob verdeckte Sacheinlagen vorliegen. Von Amts wegen werden Ermittlungen jedoch nur angestellt, wenn Anlass besteht, an der inhaltlichen Richtigkeit der Versicherung des Geschäftsführers nach §§ 57 Abs. 2, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG zu zweifeln⁸². Ob bei einer den Unternehmensgegenstand betreffenden Sat-

⁸⁰ BGH Z 62,166

⁸¹ BGH Z 104, 66

⁸² BGH Z 113, 335,351 f

zungsänderung eine Gewerbebeanmeldung vorliegt, ist wiederum nicht zu prüfen, da das Handelsregister keine Aussage über die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit trifft⁸³.

Wegen der Vielzahl eintragungspflichtiger handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorgänge und des jeweils unterschiedlichen Prüfungsumfanges soll im Rahmen dieses Kapitels nicht weiter aufgeführt werden, welche Prüfungspflichten bei welchen Vorgängen nach speziellen gesetzlichen Vorschriften und/oder der Rechtsprechung bestehen und in welchem Umfangs Prüfungspflichten eingeschränkt oder aufgehoben werden könnten. Es können daher auch nur sehr allgemeine Ausführungen zu den möglichen Auswirkungen und den Vor- und Nachteilen einer Einschränkung von Prüfungspflichten gemacht werden.

b) Vorschlag

Die Prüfungspflichten der Gerichte werden entsprechend § 9c Abs. 2 GmbHG und § 38 Abs. 3 AktG auch bei Satzungsänderungen einzuschränken.

Durch Befragung der registerrechtlichen Praxis soll darüber hinaus ermittelt werden, in welchen Bereichen eine Einschränkung von gesetzlich geregelten oder durch die Rechtsprechung entwickelten Prüfungspflichten des Registergerichts im Hinblick auf die bereits vom Notar vorgenommene Vorbereitung des Vorgangs noch in Betracht kommt .

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Konkrete Angaben zu dem Volumen der Aufgabe können nicht gemacht werden. So betreuen die Registergerichte z.B. in Hamburg 8.400 lebende Kapitalgesellschaften. Erhebungen über die zeitliche Belastung des Registergerichts mit Prüfungen, die über die Prüfung der formellen Voraussetzungen einer Eintragung hinausgehen, gibt es nicht; nur in diesem unbekanntem Segment gibt es ein Einsparpotential. Aus demselben Grund kann auch nicht mitgeteilt werden, wie viel Zeit insbesondere die Prüfung von Satzungsänderungen in Anspruch nimmt.

⁸³ OLG Karlsruhe, DB 2002, 899

bb) Kosten/Einnahmen

Für Eintragungen in das Handels-, Partnerschafts- oder Genossenschaftsregister werden seit dem 1. Dezember 2004 Gebühren nach der Handelsregistergebührenverordnung vom 30. September 2004⁸⁴ erhoben (§ 79 Abs. 1, § 79a KostO). Die Höhe der Gebühren richtet sich nach den auf die Amtshandlungen entfallenden durchschnittlichen Personal- und Sachkosten (§ 79a Satz 2 KostO). Soweit eine Verringerung des Prüfungsumfanges zu einer (spürbaren) Reduzierung dieser Kosten führen würde, wären die Gebühren entsprechend anzupassen.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtssuchende

Für Rechtssuchende bzw. in dem vorliegenden Zusammenhang für Antragsteller ist denkbar, dass eine Reduzierung des Prüfungsumfanges zu einer Zeitersparnis führt. Es ist jedoch zweifelhaft, ob eine messbare Zeitersparnis tatsächlich zu erzielen ist, da die Eintragung selbst auf jeden Fall vom Registergericht vorzunehmen ist. Dabei muss der einzutragende Vorgang in die richtige Form transformiert werden. Schon bei diesem Arbeitsschritt wird der erfahrene Sachbearbeiter den Vorgang zugleich auch prüfen. Die Prüfung der Förmlichkeiten wird gleichfalls erforderlich bleiben, während eine Überprüfung der sachlichen Richtigkeit mitgeteilter Tatsachen in der Regel ohnehin nur bei begründeten Zweifeln erfolgt.

Bei Satzungsänderungen einer GmbH hat das Registergericht etwa die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung zu prüfen und des weiteren den Satzungsänderungsbeschluss auf seine Wirksamkeit hin. Ist der Beschluss nichtig oder unwirksam, darf er nicht eingetragen werden. Eine Prüfung von Amts wegen muss jedoch wiederum nur bei Vorliegen begründeter Verdachtsmomente erfolgen.

Wird das Prüfungsrecht des Registergerichts bei Satzungsänderungen entsprechend der Regelung der Neugründung (nur) eingeschränkt, wird eine Prüfung zu erfolgen haben, ob „grobe“ Mängel vorliegen, die zu einer Ablehnung der Eintragung führen müssen, oder „einfache“ Mängel, die für das Registergericht unbeachtlich sind.

⁸⁴ BGBl. I S. 2562

Ein messbarer Zeitgewinn wäre daher möglicherweise nur dann zu erzielen, wenn man die materielle Prüfung des Vorganges ganz ausschließen würde.

bb) Justiz

Der Vorteil für die Justiz könnte darin bestehen, dass bei einem eingeschränkten Prüfungsumfang weniger Richter und Rechtspfleger zur Führung des Registers notwendig sein könnten. Aber auch in diesem Zusammenhang bestehen Zweifel, ob eine Reduzierung des Prüfungsumfanges tatsächlich zu Einsparungen führen könnte.

e) Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Würde das Prüfungsrecht des Registergerichts auf die Prüfung bloßer Förmlichkeiten beschränkt werden, entfielen eine materiell-rechtliche Überprüfung des Vorgangs durch das Registergericht. Angesichts der Bedeutung des Handelsregisters für den Rechtsverkehr ist eine Aufhebung aller Prüfungspflichten, die über die Prüfung bloßer Förmlichkeiten hinausgehen, sehr problematisch. Die Prüfungs- und Kontrollfunktion des Handelsregisters ist neben der Publizitätsfunktion von wesentlicher Bedeutung. Hinzu kommt, dass die Prüfung durch das Registergericht bei strittigen Fragen die Bildung einer einheitlichen Rechtsprechung ermöglicht. Wenn die materiell-rechtliche Prüfung ausschließlich bei den Notaren vorgenommen wird, droht die Gefahr einer Zersplitterung des Rechts.

Diese Nachteile hätte eine bloße Einschränkung von Prüfungspflichten nicht notwendigerweise. Soweit es die Prüfung von Satzungsänderungen betrifft, ist indes nicht zu verkennen, dass sich der Gesetzgeber bewusst dagegen entschieden hat, das Prüfungsrecht des Registergerichts wie bei der Neueintragung zu beschränken. Während bei der Neueintragung u.a. wegen der Haftungsregelung des § 11 GmbHG eine besondere Eilbedürftigkeit besteht, ist dies bei einer Satzungsänderung nicht der Fall. Der Gesetzmäßigkeit des Gesellschaftsvertrages wurde daher der Vorrang eingeräumt. Bei dieser Wertung sollte es bleiben, zumal eine messbare Zeitersparnis bei einer bloßen Einschränkung des Prüfungsumfanges nicht zu erwarten ist.

f) Lösungsmöglichkeit

Eine Lösungsmöglichkeit könnte darin bestehen, dass überprüft wird, bei welchen Eintragungen in das Handelsregister eine Einschränkung der Prüfungspflichten des Registergerichts, die derzeit nach der gesetzlichen Regelung oder der Rechtsprechung bestehen, unter Berücksichtigung der Bedeutung des Handelsregisters in Betracht kommen. Bei den in Betracht kommenden Einschränkungen müsste abgeglichen werden, welche Prüfungspflichten der Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung des Vorganges bereits jetzt hat. Ggfs. müssten dem Notar weitere Pflichten auferlegt werden, sofern die bestehenden Prüfungspflichten des Notars nicht mit den Prüfungspflichten des Registergerichts übereinstimmen.

Insgesamt kann erst nach der Praxisanhörung entschieden werden, ob sich das Thema für das Projekt „Aufgabenübertragung auf Notare“ eignet. Dies hängt davon ab, ob eine hinreichende Zahl von Prüfungspflichten Notaren überantwortet werden kann; weiter bleibt abzuwarten, ob die Möglichkeiten zur Einschränkung der Prüfungspflichten einzelfallbezogen bleiben oder verallgemeinerungsfähig sind.

g) **Fragen an die Praxis**

1. Sehen Sie im Hinblick auf die Eintragung von Satzungsänderungen einen Anwendungsbereich von Prüfungserleichterungen entsprechend § 9 c Abs. 2 GmbHG und § 38 Abs. 3 AktG?
2. Wie häufig kommt es schätzungsweise bei der Prüfung von Satzungsänderungen zu Beanstandungen durch die Registergerichte?
3. Hat die Einschränkung der Prüfungspflichten bei der Gründung von Kapitalgesellschaften durch das Handelsrechtsreformgesetz vom 22. Juni 1998 zu einer Zeitersparnis bei der Prüfung von Satzungen geführt? Wie groß ist diese Ersparnis ggfs. schätzungsweise?
4. Kann festgestellt werden, ob die Einschränkung der Prüfungspflichten zu einer Steigerung von Streitigkeiten über die Richtigkeit des Handelsregisters geführt hat?

5. In welchen Bereichen sehen Sie sonst Möglichkeiten die Prüfungszuständigkeit bzw. den Prüfungsaufwand der Registergerichte dadurch zu verringern, dass Vorgänge, die bereits einmal von einem Notar geprüft worden sind, nicht oder nur noch eingeschränkt durch das Registergericht überprüft werden oder Prüfungspflichten des Registergerichts auf Notare verlagert werden? In welchem Umfang könnte eine zeitliche Ersparnis eintreten? Käme eine verallgemeinerungsfähige Regelung dergestalt in Betracht, dass die Registergerichte die von ihnen einzutragenden Vorgänge nur noch auf offensichtliche Mängel hin zu überprüfen haben?

3. Notarielle Vollmachtsbescheinigung als Eintragungsgrundlage

- a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

In das Grundbuch können Eintragungen auf Grund von Erklärungen bevollmächtigter Personen nur dann vorgenommen werden, wenn die Vollmacht in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen wird (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO). Die öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde ist mithin Grundlage für die Prüfung der Vollmacht durch das Gericht. Nach § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB sind Vollmachten auch dem Handelsregister gegenüber durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen.

Die Grundkompetenz des Gerichts (hier: Grundbuchamt/Registergericht) zur Prüfung aller relevanten Rechtsfragen, also auch der Wirksamkeit erteilter Vollmachten, wird hier vorausgesetzt. Die Regelungen betreffen lediglich die Form des Nachweises der erforderlichen Erklärungen.

Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO zulässige notarielle Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung sind nur solche, die sich auf eine Eintragung im Handelsregister oder in einem ähnlichen Register stützen. Eine Vertretungsbescheinigung außerhalb des § 21 BNotO ist zwar nach der Definition des § 415 Abs. 1 ZPO eine öffentliche Urkunde; ihr kommt jedoch nicht die besondere Beweiskraft des § 415 Abs. 1 ZPO zu, da sie nicht über Erklärungen oder Tatsachen errichtet ist, sondern ein Rechtsgutachten enthält.

b) Vorschlag

Durch Ergänzungen der Grundbuchordnung und des Handelsgesetzbuches sowie eine flankierende Erweiterung von § 21 BNotO werden die Voraussetzungen geschaffen, dass Notare auch bezüglich der manchen Grundbuchbewilligungen und Registeranträgen zugrunde liegenden Vollmachtsketten Vertretungsbescheinigungen erteilen dürfen. Die Prüfungsanforderungen sollen nicht herabgesetzt werden.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Konkrete Angaben zur Häufigkeit und Belastung der Gerichte sind nicht möglich, da es insoweit keine gesonderte statistische Erfassung gibt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Prüfungsaufwand in den Fällen von Vollmachtsketten im Verhältnis zur übrigen Antragsbearbeitung erheblich ist. Eine nähere Beurteilung dürfte durch Beteiligung der gerichtlichen und notariellen Praxis zu erwarten sein.

bb) Kosten / Einnahmen

Zwar erfolgt auch hier keine gesonderte statistische Erhebung, so dass keine genauen Angaben möglich sind. Jedoch dürften durch die Aufgabenübertragung keine nennenswerten Auswirkungen auf Kosten bzw. Einnahmen zu erwarten sein. Die Notare können pro Bescheinigung nach geltendem Recht 13,- Euro verlangen.

d) Mögliche Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtsuchende

Für den Antragsteller ergibt sich ein Vorteil, soweit sein Antrag im Grundbuch bzw. im Handelsregister geringfügig rascher bearbeitet werden kann. In erster Linie wird es Unternehmen mit einer stark ausdifferenzierten Hierarchie erleichtert, Vollmachtsketten nachzuweisen. Hier kommen insbesondere Großbanken und Konzerne in Betracht. Für diese besteht der Vorteil

zum einen darin, dass sie sich an den Notar ihres Vertrauens wenden können. Zum anderen können dadurch Kosten gespart werden, da die für den Nachweis der Legitimationskette erforderlichen Urkunden nur einmal für den Notar und nicht für jedes betroffene Grundbuchamt vorgehalten werden müssen.

bb) Justiz

Eine Aufgabenübertragung würde zu einer deutlichen Entlastung der Grundbuchämter bei der Prüfung langer Vollmachtenketten führen. Insoweit würden Ressourcen im Bereich der Rechtspflegerschaft innerhalb des Grundbuchamtes frei. Zudem würden die Urkundensammlungen innerhalb der Grundakte und damit auch das Archivgut reduziert, da die Aufbewahrung der für die Eintragung in grundbuchrechtlicher Form vorzulegenden Vollmachtenurkunden im Falle einer notariellen Vollmachtenbescheinigung entfallen würde.

e) Mögliche Nachteile / Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Der Rechtsuchende müsste die Gebühr für die Bescheinigung zusätzlich bezahlen. Nach dem geltenden § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO i.V.m. § 150 Nr. 1 KostO wird eine Gebühr von 13,- Euro fällig. Dabei ist aber darauf hinzuweisen, dass dem Rechtssuchenden insoweit die Wahlmöglichkeit zusteht, ob er von der Möglichkeit der notariellen Vollmachtenbescheinigung Gebrauch machen will.

f) Lösungsmöglichkeiten

In die Grundbuchordnung könnte ein neuer § 32a eingestellt werden. Dabei kommt folgende Fassung in Betracht:

„§ 32a

Der Nachweis über eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht wird im Übrigen durch die Bescheinigung eines Notars geführt.“

Im Hinblick auf die flankierende Regelung in der BNotO wird folgender § 21 Abs. 3 (neu) vorgeschlagen:

„(3) Der Notar darf die Bescheinigung über eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht nur ausstellen, wenn er sich zuvor über die Erteilung durch Vorlage einer Vollmachtsurkunde Gewissheit verschafft hat. Zur Verwendung der Bescheinigung gegenüber dem Grundbuchamt, dem Handelsregister oder einem ähnlichen Register muss die Vollmachtsurkunde dem für die Eintragung jeweils erforderlichen Nachweis genügen.“

Diese Ergänzung des § 21 BNotO zielt darauf ab, die notarielle Vollmachtsbescheinigung nur auf der Basis solcher Vollmachten zuzulassen, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen. Voraussetzung soll das Vorliegen öffentlicher Urkunden i. S. des § 29 GBO sein.

In das HGB könnte – in Anlehnung an § 32a GBO-Entwurf – ein neuer § 12a eingestellt werden.

Schließlich könnte weiter geprüft werden, ob auch bzgl. der Eintragungsverfahren zum Vereinsregister und Genossenschaftsregister entsprechende Ergänzungen erfolgen sollten (§ 77 BGB, § 157 GenG). Bezüglich der Partnerschaftsgesellschaften gilt über § 5 Abs. 2 PartGG § 12 HGB, so dass insoweit ggf. der Verweis ergänzt werden müsste.

g) Fragen an die Praxis

zum Geschäftsanfall

1. Wie hoch ist der Anteil der Grundbuchsachen bzw. Handelsregistersachen, bei denen eine Prüfung von Vollmachtsketten erforderlich wird?
2. Welchen Anteil an der Gesamtarbeitszeit für eine Eintragung beansprucht die Prüfung von Vollmachtsketten in etwa?

zum Einsparpotential

3. Welche Zeitersparnis ist beim Wegfall der Prüfung von Vollmachtsketten zu erwarten?
4. Ist auch eine Einsparung bezüglich der Archivierung der die Vollmachtsketten nachweisenden Vollmachten zu erwarten?

zu sonstigen Vorteilen/Nachteilen

5. Bestehen aus Sicht der Praxis sonstige Vorteile oder Nachteile bei der Übertragung der Prüfung von Vollmachtssketten auf die Notare?

zur Ausweitung des Vorschlags auf Vereins- und Genossenschaftsregister

6. Wie wird eine Ausweitung des Vorschlags auf Vereins- und Genossenschaftsregister bewertet?
7. Welche Vor- bzw. Nachteile wären hierbei zu erwarten?
8. Welche weiteren Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Übertragung dieser Aufgabe?

4. Gewährung der Grundbucheinsicht durch Notare

- a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Die Einsicht des Grundbuches ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Von der Einsicht umfasst sind ausdrücklich auch Urkunden, auf die im Grundbuch zur Ergänzung einer Eintragung Bezug genommen ist (vgl. z.B. § 874 BGB) sowie noch nicht erledigte Eintragungsanträge, § 12 Abs. 1 GBO. Über die Gestattung der Einsicht entscheidet grundsätzlich der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, § 12c Abs. 1 Nr. 1 GBO. Dabei hat er vor allem zu prüfen, ob ein berechtigtes Interesse an der Einsicht dargelegt worden ist. Die Darlegung des berechtigten Interesses erfordert einen nachvollziehbaren Vortrag von Tatsachen in der Weise, dass dem Grundbuchamt daraus die Überzeugung von der Berechtigung des geltend gemachten Interesses verschafft wird, denn es hat in jedem Einzelfall genau zu prüfen, ob durch die Einsichtnahme das schutzwürdige Interesse der Eingetragenen verletzt werden könnte, Unbefugten keinen Einblick in ihre Rechts- und Vermögensverhältnisse zu gewähren⁸⁵.

Wird eine Änderung der Entscheidung des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle verlangt, hat darüber seit dem 1. September 2004 der Rechtspfleger zu entscheiden. Durch das an diesem Tag in Kraft getretene 1. Justizmodernisierungsgesetz wurde § 4 Abs. 2 Nr. 3 RPfIG aufgehoben.

ben, der es ausschloss, dass der Rechtspfleger über Anträge entscheiden durfte, die auf Änderung einer Entscheidung des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle gerichtet waren. Nunmehr gilt allgemein § 3 Nr. 1 lit. h) RPfIG, wonach dem Rechtspfleger die Geschäfte in Grundbuchsachen übertragen worden sind. Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers über die Einsicht ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben, § 12c Abs. 4 GBO.

Wird das Grundbuch in maschineller Form als automatisierte Datei geführt, vgl. § 126 GBO, kann die Einsicht in das Grundbuch auch bei einem anderem als dem Grundbuchamt genommen werden, das dieses Grundbuch führt. In diesem Fall entscheidet das einsichtgewährende Grundbuchamt über die Zulässigkeit der Einsicht, § 132 GBO.

Notare haben die Möglichkeit, sich durch Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren die Daten aus dem maschinell geführten Grundbuch übermitteln zu lassen, § 133 GBO. Beim automatisierten Abrufverfahren ist das Grundbuchamt nicht dadurch „zwischen geschaltet“, dass es im Einzelfall über die Gewährung der Einsicht entscheidet. Daher verlangt § 133 Abs. 1 Nr. 2 GBO, dass die Zulässigkeit der Abrufe auf der Grundlage einer Protokollierung kontrolliert werden kann. Nähere Vorschriften darüber, wie diese in § 133 Abs. 1 Nr. 2 GBO vorgeschriebene Kontrollmöglichkeit umzusetzen ist, enthält § 83 GBV.

b) Vorschlag

Schaffung einer Regelung, wonach der Notar neben dem Grundbuchamt zuständig ist, Einsichten in das elektronisch geführte Grundbuch zu gewähren.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Die Anzahl der Fälle von Grundbucheinsichten und das für die Erledigung dieser Aufgabe eingesetzte Personal werden statistisch nicht erfasst. Es ist jedoch offenkundig, dass es sich insofern um einen Bereich handelt, der mit hohem Publikumsverkehr verbunden und für das eingesetzte Personal entsprechend zeitaufwändig ist.

⁸⁵ KG, MDR 2004, 943f.

bb) Kosten/Einnahmen

Die Einsichtnahme in das Grundbuch ist gemäß § 74 KostO kostenfrei. Durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz haben sich keine Veränderungen ergeben.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtsuchende

Für die Rechtsuchenden könnte die Gewährung der Grundbucheinsicht durch Notare eine Verbesserung des Angebots zur Einsicht in das (maschinell geführte) Grundbuch durch das Hinzutreten der ggf. ortsnäheren und zeitlich flexibleren Einsichtsmöglichkeiten in den Notariaten darstellen. Die Einsichtsmöglichkeit bei den Notaren könnte - gerade bei einem Rückzug der Amtsgerichte aus der Fläche - zu einer bürgerfreundlicheren Nutzungsmöglichkeit des (maschinell geführte) Grundbuches führen.

bb) Justiz

Die Erweiterung der Zuständigkeit der Gewährung der Grundbucheinsicht durch Notare kann je nach Umfang der Inanspruchnahme durch die Bürger zu einer Entlastung der Grundbuchämter vom personellen Aufwand für die Einsichtgewährung in das Grundbuch führen. Besonders die zuvor vorzunehmende Prüfung des berechtigten Interesses nach § 12 GBO bindet Arbeitskraft für Tätigkeiten, die nicht der Registerführung als der eigentlichen Aufgabe dienen. Allerdings ist diese Prüfung in der Regel nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden, was die relativ geringe Anzahl veröffentlichter Gerichtsentscheidungen bestätigt. Die Rechtspfleger als die nun zentral für die Führung des Grundbuchs zuständigen Organe des Grundbuchamts werden also verhältnismäßig wenig damit belastet.

Da die Einsicht in das Grundbuch beim Notar nicht an Stelle, sondern neben der weiter fortbestehenden Zuständigkeit der Grundbuchämter vorgeschlagen wird, hängt eine Entlastung der Grundbuchämter vom sachlichen Aufwand in erster Linie ebenfalls davon ab, in welchem Umfang die Bürger die Grundbucheinsicht beim Notar in Anspruch nehmen werden. Auch wenn die Bürger die Grundbucheinsicht beim Notar stark in Anspruch nehmen würden, ist bei der zu erwartenden Entlastung der Grundbuchämter zu berücksichtigen, dass diese weiterhin die Möglichkeit der Einsicht in das Grundbuch und vor allem in die Grundakten gewähren müssen.

Die Einnahmen an Gebühren würden sich durch einen steigenden Abruf von Grundbucheinsichten im Wege des Abrufverfahrens erhöhen.

e) Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Im Unterschied zur kostenlosen Einsicht beim Grundbuchamt müssten die Bürger beim Notar mit Kosten belastet werden. Nach der Verordnung über Grundbuchverfahrensabrufgebühren (GBAVfV) fallen derzeit pro Abruf Gebühren in Höhe von 5,- € für die Notare an, die sie an die einsichtnehmenden Bürger weitergegeben müssten. Sofern sich damit allerdings Anfahrtswege zu ortsnäheren Notaren verkürzen, müssten diesen Kosten entsprechende Einsparungen gegenüber gestellt werden.

In vielen Fällen genügt die Einsicht in das Grundbuch nicht aus. Dann müssen die Grundakten herangezogen werden, was jedoch weiterhin nur beim Grundbuchamt möglich sein wird.

f) Lösungsmöglichkeiten

Soweit Notare am Abrufverfahren nach § 133 GBO für das EDV-gestützte, also „elektronische“ Grundbuch teilnehmen, wäre die Durchführung der Einsichtnahme in das Grundbuch bei den Notaren technisch problemlos möglich. Auch im Rahmen des automatisierten Abrufverfahrens muss sichergestellt sein, dass das Grundbuch nur in dem Umfang eingesehen werden kann, wie dies § 12 GBO zulässt. Dem Notar müsste - um den Erfordernissen des § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO Rechnung zu tragen - die Prüfung des berechtigten Interesses als Voraussetzung der Grundbucheinsicht übertragen werden. Gegen seine (ablehnende) Entscheidung müsste ein Rechtsmittel eröffnet werden.

g) **Fragen an die gerichtliche Praxis**

1. In wieviel Prozent der Fälle wird neben der Einsicht in das Grundbuch auch Akteneinsicht verlangt (es genügen Schätzungen)?
2. Welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Gewährung der Grundbucheinsicht (alle Einsichten gegebenenfalls einschließlich Erstellung eines Ausdrucks sowie gegebenenfalls einschließlich der Gewährung einer Akteneinsicht)?

3. Welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Prüfung des rechtlichen Interesses (§ 12 Abs. 1 GBO)?
4. Welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Bearbeitung der Fälle, in denen die Grundbucheinsicht nicht mit der Erteilung von Abschriften/Ausdrucken des Grundbuches verbunden ist?
5. Welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Bearbeitung der Fälle, in denen bei einer Grundbucheinsicht auch eine Akteneinsicht verlangt wird?
6. Welche Bedenken bestehen aus der Sicht der gerichtlichen Praxis gegen den Vorschlag, neben den Gerichten den Notaren die Grundbucheinsicht zu übertragen?
7. Welche weiteren Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Erweiterung dieser Aufgabe auf Notare?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. In wieviel Prozent der Fälle nehmen Sie neben der Einsicht in das Grundbuch auch Einsicht in die Akten (es genügen Schätzungen)?
2. Sehen Sie Probleme bei der Abwicklung eines eventuellen höheren Publikumsverkehrs? Wird ein höherer Publikumsverkehr (evt. auch „Laufkundschaft“) überhaupt gewünscht?
3. Wer sollte innerhalb eines Notariats das berechtigte Interesse an der Grundbucheinsicht prüfen?
4. Erwarten Sie für die Gewährung der Grundbucheinsicht neben der Erstattung eigener Auslagen auch die Schaffung eines weiteren Gebührentatbestands für die Bearbeitung der Einsicht? Wenn ja, in welcher Höhe?
5. Werden die Bürger zur Gewährung der Grundbucheinsicht mit Ihnen zuvor einen Termin vereinbaren müssen?

- 6, Welche weiteren Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Erweiterung dieser Aufgabe auf Notare?

5. Erstellung von Grundbuchausdrucken durch Notare

- a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Die Erstellung von Ausdrucken und amtlichen Ausdrucken, die der Abschrift bzw. der beglaubigten Abschrift des Papiergrundbuches entsprechen, ist nach § 131 GBO i.V.m. § 80 GBV den Grundbuchämtern vorbehalten. Die Notare sind bisher nur befugt, Abdrucke herzustellen, die gemäß § 80 GBV Ausdrucken nicht entsprechen. Über die Gestattung der Einsicht und die Erteilung von Abschriften aus dem Grundbuch und den Grundakten, beim maschinell geführten Grundbuch von Ausdrucken, entscheidet der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle, § 12 c Abs. 1 Nr. 1, 2 GBO. Der Rechtspfleger entscheidet über Anträge auf Änderung von Entscheidungen der Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, § 12c Abs. 4 GBO in Verbindung mit § 3 Nr. 1 lit. h) RPfIG. Gegen die Entscheidung des Rechtspflegers ist die Beschwerde gegeben, § 12c Abs. 4 GBO.

- b) Vorschlag

Die bisher den Grundbuchämtern vorbehaltene Erstellung von Ausdrucken und amtlichen Ausdrucken wird auch den Notaren ermöglicht.

- c) Entlastungseffekt

- aa) Volumen der Aufgabe

Das für die Erledigung dieser Aufgabe eingesetzte Personal wird statistisch nicht erfasst. Wie bei der Grundbucheinsicht ist jedoch davon auszugehen, dass die Urkundsbeamten der Geschäftsstelle den Anträgen in der Regel stattgeben, so dass die Rechtspfleger oder Rechtsmittelgerichte kaum belastet werden.

bb) Kosten/Einnahmen

Die Anzahl der gefertigten Ausdrucke und amtlichen Ausdrucke wird bei den Grundbuchämtern nicht gesondert erfasst. Es lassen sich jedoch am Beispiel von Sachsen-Anhalt folgende überschlägige Angaben machen: Die Gesamteinnahmen für die Erstellung von Ausdrucken und amtlichen Ausdrucken für das Land Sachsen-Anhalt dürften ca. 250.000 € im Jahr betragen, die etwa 1,5 % der Gesamteinnahmen des Landes in Grundbuchangelegenheiten darstellen. Die Einnahmen aus der Teilnahme von Banken, Versicherungen und Notaren am automatisierten Abrufverfahren ergeben sich aus den in der Verordnung über Grundbuchabrufverfahrensgebühren vom 30.11.1994⁸⁶ nach Grund und Höhe geregelten Einzelgebühren. Es handelt sich um eine mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Verordnung des Bundesministeriums der Justiz. Für die Teilnahme am Abrufverfahren gilt eine einmalige Einrichtungsgebühr in Höhe von 500 € und eine monatliche Grundgebühr von 50 €. Die Abrufgebühren betragen für jeden Abruf auch von Daten aus einem Grundbuchblatt 5 € und für die Folgeabrufe aus demselben Grundbuchblatt innerhalb von 6 Monaten je 2,50 €; für den Abruf von Verzeichnissen, z.B. eines Eigentümerverzeichnis, fällt eine Gebühr von 2,50 € für jeden Suchvorgang an.

Aus den von Sachsen-Anhalt zur Verfügung gestellten Einnahmenlisten lässt sich ersehen, dass die Gesamteinnahmen aus dem Abrufverfahren in den Jahren 2000 bis 2004 kontinuierlich angestiegen sind:

2000:	173.299,00 €
2001:	217.623,00 €
2002:	228.615,00 €
2003:	266.075,00 €
2004:	285.828,26 €

Aus den Einnahmenlisten lässt sich zudem entnehmen, dass an dem Abrufverfahren in Sachsen-Anhalt 47 Einzelnotare und 4 Notariate mit nicht bekannter Anzahl von Notaren teilnehmen (im Jahr 2003 gab es in Sachsen-Anhalt 98 Notare, 2004 waren es 95). Die Gebühreneinnahmen für das Jahr 2004 sind in Höhe von 163.813,- € durch Notare veranlasst, d. h. in Höhe von etwa 57 %.

Ende 2004 waren von den rund 1880 Notaren in Niedersachsen 434 zur Teilnahme am elektronischen Abrufverfahren zugelassen, wobei die Zahl der freigeschalteten Anschlüsse sich wegen

⁸⁶ BGBl. I S. 3580

der zum Teil durch mehrere Notare erfolgenden Nutzung auf 267 belief (davon 111 mit Mehrfachnutzung). Die Tendenz der Inanspruchnahme ist steigend; die flächendeckende Einführung des elektronischen Grundbuchs ist noch nicht abgeschlossen.

In Bayern sind derzeit ca. 800 kostenpflichtige Teilnehmer zum automatisierten Grundbuchabrufverfahren zugelassen, davon 363 Notariate. Die Gesamteinnahmen aus dem Abrufverfahren beliefen sich im Jahr 2004 auf 7.343.920,00 €.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtsuchende

Zur Verbesserung der Servicequalität für die Bürger wäre nicht nur das Grundbucheinsichtsrecht für die Notare, sondern auch die Befugnis zum Erstellen von Ausdrucken und amtlichen Ausdrucken für die Notare erforderlich. Vor allem im Hinblick auf die flexiblen Dienstzeiten der Notare sowie darauf, dass die Notare ihren Dienstsitz nicht nur am Sitz der Grundbuchämter haben, würde dies für die Bürger insbesondere in Flächenstaaten Vorteile mit sich bringen.

bb) Justiz

Die Arbeit der Grundbuchämter würde je nach Umfang der Inanspruchnahme durch die Bürger erleichtert und beschleunigt, weil sie von Aufgaben entlastet werden und die Möglichkeit hätten, sich auf den zügigen Antragsvollzug zu konzentrieren. Zu berücksichtigen ist aber, dass sich dies im Wesentlichen auf das Personal im Servicebereich beschränkt.

Die Möglichkeit für Notare, amtliche Ausdrücke zu fertigen, könnte die Attraktivität des automatisierten Abrufverfahrens weiter steigern.

e) Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Die Erstellung von Grundbuchausdrucken durch Notare ist untrennbar mit der Grundbucheinsicht bei den Notaren verbunden. Demnach sind die in diesem Zusammenhang genannten Nachteile mit den Vorteilen abzuwägen.

Insbesondere würden die bisher für die Erstellung von Ausdrucken und amtlichen Ausdrucken bei den Gerichten anfallenden Einnahmen ganz oder teilweise wegfallen und in entsprechendem Umfang bei den Notaren anfallen (bisher: 10 € Gebühr je Ausdruck, 18 € Gebühr je amtlichen Ausdruck). Als Kehrseite vermehren sich dafür die Einnahmen durch die notwendig höhere Zahl der Grundbuchabrufe durch Notare. Dem steht die (schwer bezifferbare) Einsparung an Personalkosten gegenüber, die sich dadurch ergibt, dass die bisher mit der Erstellung von Grundbuchauszügen befassten Justizbediensteten anderweitig eingesetzt werden könnten. Als Ausgleich für den Einnahmehausfall bei den Gerichten könnte eine Anpassung des Gebührenrahmens bzw. der Gebührentatbestände der Abrufverfahrensgebührenordnung zu erwägen sein.

f) Lösungsmöglichkeiten

Die Zuständigkeit für die Erstellung von Grundbuchausdrucken durch die Notare kann durch eine bundesrechtliche Regelung (GBO, GBV) geschaffen werden.

g) **Fragen an die gerichtliche Praxis**

1. In wieviel Prozent der Fälle wird nach erfolgter Einsicht in das Grundbuch die Fertigung von
 - a) Ausdrucken,
 - b) amtlichen Ausdruckenverlangt (Schätzungen genügen)?
2. Welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Erteilung von Abschriften und beglaubigten Abschriften des Grundbuches (§ 12 Abs. 2 GBO)?
3. Welchen tatsächlichen Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahnen) beansprucht die Erteilung von Ausdrucken und amtlichen Ausdrucken des Grundbuches (§ 131 GBO)?
4. Welche Bedenken bestehen aus Ihrer Sicht gegen den Vorschlag, neben den Gerichten den Notaren zu gestatten, Ausdrücke und amtliche Ausdrücke des Grundbuches zu erteilen?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. In wieviel Prozent der Fälle muss zur Vorbereitung von Beurkundungen neben dem Grundbuch auch Akteneinsicht genommen werden (Schätzungen genügen)?
2. Wie lange dauert es nach Ihrer Erfahrung bis das Grundbuchamt einen amtlichen Ausdruck erteilt hat?
3. Welche Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie hinsichtlich der Erweiterung dieser Aufgabe auf Notare?

IV. Vollstreckungsrecht

(Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden)

1. Geltendes Recht

Nach geltendem Recht hat nach § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO der Notar die vollstreckbare Ausfertigung für eine notarielle Urkunde zu erteilen, wenn er die Urkunde verwahrt. Nach § 797 Abs. 3 ZPO hat das Amtsgericht am Sitz des Notars eine Entscheidung über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung bei notariellen Urkunden zu treffen. Das Verfahren ist in Rechtsprechung und Literatur in etlichen Einzelheiten streitig⁸⁷, doch besteht Einigkeit darüber, dass das Gericht nur eine Entscheidung über die Frage trifft, ob eine weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird, der Notar dann wiederum diese weitere vollstreckbare Ausfertigung erteilt.

2. Vorschlag

Die Entscheidung, ob eine weitere vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen ist, wird auf den Notar übertragen.

3. Entlastungseffekt

a) Volumen der Aufgabe

Die Fallzahlen werden statistisch nicht erfasst. Die Landesjustizverwaltungen gehen davon aus, dass der Anfall entsprechender Anträge relativ gering sei und deren Bearbeitung somit die zuständigen Rechtspfleger kaum belaste. Das wird bestätigt durch die Auswertung von im Amtsgerichtsbezirk Schwerin anhängiger Verfahren. Dort wurden die Fälle von 2000 bis 13.04. 2004 gezählt (133 000 Gerichtseingesessenen, davon 98 000 im Stadtgebiet und 35 000 im Umland). Für den gesamten Zeitraum von 4 Jahren und 3 ½ Monaten ergeben sich

⁸⁷ z.B. Verfahrensordnung, Antragsteller: vgl. Stein/Jonas-Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 797 Rdnr. 18 f.; MüKo-Wolfsteiner, ZPO, 2. Aufl. 2000, § 797 Rdnr. 8; Baumbach/Lauterbach-Hartmann, 62. Aufl. 2004, § 797 Rdnr. 11; BayObLG, Beschluss vom 27.10.1999, FGPrax 2000, S. 42; OLG Naumburg, Beschluss vom 09.07.2002, FamRZ 2003, S. 695; LG Berlin, Beschluss vom 16.03.1999, MDR 1999, S. 703 f.

20 (zwanzig) Fälle. Eine Hochrechnung würde für das Bundesgebiet ca. 2900 Fälle jährlich ergeben.

b) Kosten/Einnahmen

Nach geltendem Recht stehen den Gerichten keine Gebühren für die Entscheidung zu. Der Notar erhält Gebühren nach §§ 141, 133 KostO für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung.

4. Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

Der Bürger, der eine weitere vollstreckbare Ausfertigung einer notariellen Urkunde begehrt, hat sich ohnehin an den Notar zu wenden. Das Zwischenverfahren mit der Entscheidung des Gerichts unterbricht diese Tätigkeit. Dieser Aspekt gewinnt insofern an Bedeutung, als nach § 36b Abs. 1 Nr. 4 RPfIG die Aufgabe der Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen auf den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle übertragen werden kann.

Da der Notar ohnehin die vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen und die Ausfertigungsvoraussetzung zu prüfen hat, wird ein umständliches zusätzliches Verfahren, z. B. doppelte Anhörung, vermieden.

Der Vorteil für die Justiz liegt auf der Hand: Eine in Pensen nicht messbare Nebentätigkeit von Rechtspflegern in diesem Bereich entfällt. Einnahmeausfälle sind nicht zu verzeichnen.

5. Nachteile/Probleme einer Übertragung der Aufgabe

Angesichts des geringen Umfangs der Geschäfte ist ein Entlastungseffekt der Justiz mit der Übertragung der Aufgabe nicht verbunden.

Es sind Fallkonstellationen denkbar, insbesondere bei Anwaltsnotaren, die unter Umständen geregelt werden sollten.

Hat ein Anwaltsnotar beispielsweise vollstreckbare Ausfertigungen von Grundschuldbestellungsurkunden zu erteilen, um die Zwangsvollstreckung zu Lasten des Grundschuldbestellers zu ermöglichen, der sich zuvor zum Zwecke der Grundschuldbestellung an ihn als „sei-

nen“ Notar gewandt hat, kann diese Situation im Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Notar zu einem Vertrauensverlust auf Seiten des Schuldners gegenüber „seinem“ Notar führen. Dieser subjektiv empfundene Vertrauensverlust des Schuldners kann auch dann entstehen, wenn an der Unparteilichkeit des Notars objektiv nicht zu zweifeln ist.

Auch wird problematisiert, dass es sich bei der bisher gerichtlichen Entscheidung nicht nur um eine formelle, sondern um eine wenn auch begrenzte sachliche Prüfung handelte, die den Aufgabenbereich der Notare insoweit qualitativ erweitert.

6. Lösungsmöglichkeiten

Der Bundesgesetzgeber müsste bei einer Übertragung der Aufgabe auf Notare § 797 Abs. 3 ZPO ändern. Zudem sollte klargestellt werden, dass vor Erteilung einer weiteren Ausfertigung der Schuldner zwingend anzuhören ist.

Eine Länderöffnungsklausel, die z. B. Ländern mit dem Anwaltsnotariat ein Beibehalten der jetzigen Zuständigkeit erlaubt, erscheint wenig sinnvoll. Die geringe Gesamtzahl der notwendigen Entscheidungen dürfte dazu führen, dass auch in Ländern mit Anwaltsnotariaten keine größeren Probleme auftreten.

§ 797 Abs. 3 ZPO könnte wie folgt gefasst werden:

„Die Entscheidung über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sowie die Entscheidung über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung wird bei gerichtlichen Urkunden von dem im ersten Absatz bezeichneten Gericht, bei behördlichen Urkunden von dem Amtsgericht getroffen, in dessen Bezirk die im zweiten Absatz bezeichnete Behörde den Amtssitz hat; bei notariellen Urkunden entscheidet der in Absatz 2 bezeichnete Notar nach Anhörung der Parteien.“

7. Fragen an die Praxis

1. Wie hoch ist der tatsächliche Personaleinsatz (gegliedert nach Laufbahngruppen) für die Entscheidungen über die Erteilung von weiteren vollstreckbaren Ausfertigungen notarieller Urkunden nach § 797 Abs. 3 ZPO?
2. Bestehen aus der Sicht der Praxis Bedenken, wenn die Entscheidung über die Erteilung von weiteren vollstreckbaren Ausfertigungen notarieller Urkunden nach § 797 Abs. 3 ZPO auf die Notare zu übertragen wird?

V. Sonstiges

1. Übertragung der Notarrevison (Notarprüfung) nach §§ 92 ff. BNotO auf die Notarkammern

a) Aufgabe nach geltendem Recht

Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BNotO obliegt den Aufsichtsbehörden die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare und des Dienstes der Notarassessoren. Aufsichtsbehörden sind gemäß § 92 BNotO die Präsidenten der Landgerichte über die Notare und Notarassessoren ihres Landgerichtsbezirks, die Präsidenten der Oberlandesgerichte über die Notare und Notarassessoren ihres Oberlandesgerichtsbezirks sowie die Landesjustizverwaltungen über sämtliche Notare und Notarassessoren des jeweiligen Landes.

Gegenstand der Prüfung ist die ordnungsgemäße Erledigung der Amtsgeschäfte, wobei sich die Prüfung auch auf die Einrichtung der Geschäftsstelle, die Führung und Aufbewahrung der Bücher, Verzeichnisse und Akten, auf die ordnungsgemäße automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, auf die vorschriftsmäßige Verwahrung von Wertgegenständen, auf die rechtzeitige Anzeige von Vertretungen sowie auf das Bestehen der Haftpflichtversicherung erstreckt (§ 93 Abs. 2 Satz 1, 2 BNotO). Die Zuständigkeit zur Durchführung der Prüfung richtet sich nach den hierzu erlassenen Bestimmungen der Landesjustizverwaltung (§ 93 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Die Prüfung der Amtsführung gemäß § 93 BNotO veranlasst bspw. im Freistaat Sachsen der Präsident des Landgerichts gemäß Nr. 19a der Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz zur Ausführung der Bundesnotarordnung vom 13. Januar 1999.

b) Vorschlag

Die Notarrevison gemäß §§ 92 ff. BNotO wird auf die Notarkammern übertragen.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Die regelmäßige Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare und des Dienstes der Notarassessoren wird in keiner Statistik abgebildet.

Die Anzahl des zur Erfüllung dieser Aufgabe eingesetzten Personals ist in den Ländern unterschiedlich. Dies hängt mit der jeweiligen Struktur des Notariats zusammen (Anwaltsnotariat/hauptberufliches Notariat). Es ist davon auszugehen, dass die Notarprüfung in Ländern mit Anwaltsnotariat einen größeren Aufwand verursacht, da dort erfahrungsgemäß im Vergleich zum hauptberuflichen Notariat erheblich mehr Notare mit geringerem Urkundsaufkommen amtieren. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass in den Stadtstaaten keine vergleichbar dezentral angeordneten Aufsichtsbehörden bestehen wie in den Flächenländern. In Sachsen waren im Jahr 2004 etwa 1,4 Richter mit der Notarprüfung befasst. Nach Angaben Berlins sind am dortigen Landgericht sieben Richter für die Notarprüfung zuständig.

bb) Kosten/Einnahmen

Die Aufsichtstätigkeit erfolgt für die Notare kostenfrei. Der Justizhaushalt wird jedoch mit den Personal- und Sachkosten für die Prüfungs- und Überwachungstätigkeit belastet.

d) Vorteile einer Übertragung der Aufgabe

aa) Rechtsuchende

Für Rechtsuchende ergeben sich im Falle der Übertragung der Prüfungs- und Überwachungstätigkeit auf die Notarkammern unmittelbar weder Vor- noch Nachteile. Allerdings könnte in der Öffentlichkeit ein negativer Eindruck im Hinblick auf den Maßstab und die Effektivität der Prüfung entstehen, sollten Notare nur von ihren Kollegen kontrolliert werden.

bb) Justiz

Für die Justiz ergibt sich die Möglichkeit, die aus der Prüfungs- und Überwachungstätigkeit resultierenden Personal- und Sachkosten zu sparen. Diese Kosten sind je nach Struktur des Notariats (Anwaltsnotariat/hauptberufliches Notariat) sowie der Anzahl und der Anordnung der Aufsichtsbehörden unterschiedlich hoch.

e) Nachteile/Probleme der Übertragung der Notarrevison auf die Notarkammern

Die Dienstaufsicht ist zwingende Folge der vom Notar wahrgenommenen hoheitlichen Funktionen, auch wenn er nicht unmittelbar in das staatliche Organisationssystem eingegliedert ist. Die Dienstaufsicht folgt aus der staatlichen Justizhoheit. Die Wahrnehmung staatlicher, judikativer Funktionen im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege durch den Notar erfordert die Überwachung durch die Justizverwaltung. Die Dienstaufsicht über die Notare hat vorbeugenden Charakter. Sie soll gewährleisten, dass die Notare ihre amtliche Tätigkeit im Einklang mit der Rechtsordnung ausüben. Sie soll gleichzeitig verhindern, dass die Wahrnehmung notarieller Aufgaben durch Pflichtwidrigkeiten Einzelner gefährdet werden⁸⁸.

Die Verlagerung der Dienstaufsicht über die Notare ist verfassungsrechtlich im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸⁹ nicht ohne Probleme. Der sachlich bedingten Nähe des Notars zum öffentlichen Dienst entspricht demnach die rechtliche Ausgestaltung des Amtsverhältnisses des Notars, für das in weitem Umfang Vorschriften gelten, die denen des Beamtenrechts nachgebildet sind. Die Herausnahme des Notarberufs aus dem Beamtenstatus durch die Reichsnotarordnung vom 13. Februar 1937, die durch die Bundesnotarordnung aufrecht erhalten wird, hat die Stellung des Notars nicht entscheidend geändert. Seine Funktionen sind dieselben geblieben. Es ergibt sich somit, dass der Beruf des Notars sowohl nach der Eigenart der ihm übertragenen Aufgaben wie nach der positiven Ausgestaltung des Berufsrechts dem öffentlichen Dienst sehr nahe gerückt ist, weshalb Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG für diesen Beruf grundsätzlich möglich sind⁹⁰.

Würde die Aufgabe der Notarrevison auf die Notarkammern übertragen, könnte sich das Berufsrecht der Notare vom öffentlichen Dienst entfernen und sich zugleich dem Recht der Freien Berufe annähern, insbesondere dem Berufsrecht der Rechtsanwälte. Dies dürfte sich

⁸⁸ Eylmann/Vaasen-Baumann, BNotO, § 93 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen; Schippel/Lemke, BNotO, 7. Aufl., § 93 Rdnr. 23

⁸⁹ Beschluss vom 5. Mai 1964 – 1 BvL 8/62; BVerfGE 17, 371

⁹⁰ BVerfG, a.a.O.

zugleich auf andere Strukturprinzipien des notariellen Berufsrechts auswirken. So wäre es durchaus fraglich, ob sich beispielsweise die individuelle Bedürfnisprüfung nach § 4 Abs. 1 BNotO sowie die Vorschrift über den bestimmten Amtsbezirk (§ 11 BNotO) aufrecht erhalten ließen. Denn je mehr sich das Notarrecht vom Recht des öffentlichen Dienstes entfernt, desto eher könnte es in den Anwendungsbereich der europarechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit (sowie der EG-Dienstleistungsrichtlinie) geraten, da Art. 45 EG-Vertrag nur den öffentlichen Dienst (zu dem die Notare insoweit nach überwiegender Meinung gezählt werden) ausnimmt. Die Übertragung der Notarprüfung auf die Notarkammern ließe sich somit als erster Schritt zur Aufgabe des Amtsprinzips missverstehen. Der vereinzelt erfolgte Hinweis, die richterlichen Prüfungsbeauftragten schätzten die mit dieser Tätigkeit verbundene Einarbeitung nicht, erscheint nicht vergleichbar gewichtig.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Landesjustizverwaltungen nicht ohne Weiteres befugt wären, die Notarkammer zu bestimmten Prüfungs- und Überwachungstätigkeiten anzuhalten. Dies beruht auf der Regelung des § 66 Abs. 2 Satz 2 BNotO, wonach sich die von der Landesjustizverwaltung ausgeübte Aufsicht darauf beschränkt, dass die Notarkammern Gesetz und Satzung beachten. Den Aufsichtsbehörden steht kein unbeschränktes Weisungs- und Leitungsrecht zu. Es gibt keine Dienstaufsicht über die Notarkammern⁹¹.

Soweit deshalb vorgeschlagen wird, die Rechtsaufsicht über die Notarkammern als Fachaufsicht umzugestalten, ist Folgendes zu berücksichtigen. Die Prinzipien der Selbstverwaltung und Autonomie wurzeln im demokratischen Prinzip und entsprechen dem freiheitlichen Charakter der Verfassung; sie ermöglichen gesellschaftlichen Gruppen, in eigener Verantwortung die Ordnung der sie berührenden Angelegenheiten mit zu gestalten⁹². Die Verleihung von Satzungsautonomie findet ihren Sinn darin, die Mitglieder der Körperschaftlich organisierten Notarkammern zu aktivieren und ihnen die Regelung solcher Angelegenheiten eigenverantwortlich zu überlassen, die sie selbst betreffen und die sie in überschaubaren Bereichen am sachkundigsten beurteilen können⁹³. Selbstverwaltung bedeutet, gesetzlich bestimmte Aufgaben eigenverantwortlich regeln zu dürfen. Daraus folgt Ermessens-, Gestaltungs- und Fachweisungsfreiheit bei gleichzeitiger Gesetzesbindung. Daher geht die Übertragung von Selbstverwaltungsbefugnissen stets mit der Beschränkung der staatlichen Aufsicht als Rechtsaufsicht einher. Die grundsätzlich nur zulässige Rechtsaufsicht darf sich nicht zu einer "Einmischungsaufsicht" entwickeln oder sich zur Fachaufsicht verdichten⁹⁴. Selbstverwaltung und Fachaufsicht sind einander wesensfremd. Zudem wäre bei der Übertragung

⁹¹ Schippel/Kanzleiter, a.a.O., § 66 Rdnr. 6

⁹² BVerfG, Beschluss vom 13. Juli 2004 – 1 BvR 1298/94 u.a.; BVerfGE 33, 125, 156 f

⁹³ BVerfG, a.a.O.

⁹⁴ BVerfG, Beschluss vom 21. Juni 1988 – 2 BvR 602, 974/83, BVerfGE 78, 331, 341

weiterer Aufgaben zu beachten, dass dadurch die Kapazitäten zur Wahrnehmung der Selbstverwaltungsaufgaben der Notarkammern nicht übermäßig eingeschränkt werden.

Des Weiteren stellt sich gerade in kleineren Kammerbereichen das Problem, dass Notarprüfer möglicherweise befangen sind, da sie den zu überprüfenden Kollegen gut kennen. Im Hinblick auf die hoheitliche Tätigkeit des Notars muss verhindert werden, dass der Prüfungsmaßstab gesenkt wird. Zugleich darf es keine unterschiedlichen Maßstäbe bei der Ausübung der Notaraufsicht geben. Diese Ansicht wird auch nicht dadurch relativiert, dass Notare zu Prüfungen der Aufsichtsbehörden hinzugezogen werden können (§ 93 Abs. 3 S. 2 BNotO). Dadurch soll lediglich der besondere Sachverstand der Notare für die Prüfung nutzbar gemacht werden, ohne dass sich dadurch ihr Charakter als Maßnahme der unmittelbaren Staatsaufsicht ändert. Die Disziplinargerichte für Notare (§§ 99, 101, 106 BNotO) entscheiden aus demselben Grund unter der Beteiligung von Berufsangehörigen. Dadurch sollen den Berufsrichtern die notwendigen Kenntnisse und Einblicke in die Besonderheiten, Erfahrungen und Standessitten des Berufs vermittelt werden mit dem Ziel, sachgerechte und praxisnahe Entscheidungen zu treffen⁹⁵. So haben die Aufsichtsbehörden etwa im Freistaat Sachsen gute Erfahrungen mit der Möglichkeit der Hinzuziehung von Notaren nach § 93 Abs. 3 S. 2 BNotO gemacht. Allerdings werden Notare dazu nicht regelmäßig herangezogen. Sie werden vielmehr in besonderen Fällen an Prüfungen beteiligt.

Zu beachten wäre jedoch, dass die Notarkammern ein besonderes eigenes Interesse an wirksamen Prüfungen haben werden, damit der Notarstand seine entsprechende Reputation behält.

f) Lösungsmöglichkeiten

Die derzeit bestehende Gesetzeslage sollte beibehalten werden. Sollte der Vorschlag gleichwohl umgesetzt werden, wären folgende Vorschriften zu ändern:

- § 66 Abs. 2 S. 1 BNotO: Einrichtung einer Fachaufsicht über die Notarkammern
- § 67 Abs. 2 BNotO: die Aufzählung müsste um die Notarprüfung ergänzt werden
- § 92 BNotO: Erwähnung der Notarkammer als Aufsichtsbehörde

⁹⁵ Schippel/Lemke, a.a.O., § 101 Rdnr. 1

- § 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 BNotO: Bezeichnung der Notarkammer als für die Prüfung zuständige Aufsichtsbehörde

g) Fragen an die gerichtliche Praxis

1. Wie viel Personal (getrennt nach Laufbahngruppen) wird für die Notarprüfung eingesetzt ?
2. Wie viel Zeit beansprucht eine Prüfung durchschnittlich (bis zur Fertigstellung des Dienstprüfungsberichts) ?
3. In welchen Fällen werden Notare zur Prüfung hinzugezogen ?
4. Ist die Notarprüfung in der bisherigen Form effizient?

h) Fragen an die notarielle Praxis

1. Wären die Notarkammern in der Lage, die Notarprüfung in vergleichbarer Qualität durchzuführen ?
2. Mit welchen Maßnahmen könnte die Unparteilichkeit der Notarprüfer auch in kleinen Kammerbezirken gewährleistet werden ?
3. Sehen Sie es als problematisch an, von anderen Notaren aus dem Kammerbezirk geprüft zu werden?

2. Aufnahme von Wechsel- und Scheckprotesten ausschließlich durch Notare

- a) Darstellung der Aufgabe nach geltendem Recht

Wird bei Vorlage eines Wechsels oder eines Schecks die Annahme oder die Zahlung verweigert, muss der Wechsel- oder Scheckinhaber Protest erheben, um weitere wechselrechtliche bzw. scheckrechtliche Ansprüche zu erlangen.

Bislang erfolgt die Aufnahme der Wechsel- und Scheckproteste gem. § 79 WG und Art. 55 Abs. 3 SchG durch die Notare und „Gerichtsbeamten“. In § 79 WG heißt es, „jeder Protest muss durch einen Notar oder einen Gerichtsbeamten aufgenommen werden“. Als Gerichtsbeamte gelten Richter, Rechtspfleger und Gerichtsvollzieher. In der justiziellen Praxis werden die Proteste aber fast ausschließlich von den Gerichtsvollziehern aufgenommen.

b) Vorschlag

Für die Aufnahme der Wechsel- und Scheckproteste sollten nur noch die Notare zuständig sein, nicht mehr die „Gerichtsbeamten“.

c) Entlastungseffekt

aa) Volumen der Aufgabe

Ausreichendes Zahlenmaterial über die Anzahl der von Gerichtsvollziehern und Notaren bearbeiteten Protestaufträge liegt bisher nur für die Jahre 2002 und 2003 vor. Für 2004 ist dies noch nicht der Fall. Danach ist bundesweit von folgendem Geschäftsanfall auszugehen:

Bundesland	Gerichtsvollzieher		Notare	
	2002	2003	2002	2003
Baden-Württemberg	1.966	1.588	Nicht feststellbar	Nicht feststellbar
Bayern	1.692	1.823	Nicht feststellbar	Nicht feststellbar
Berlin	106	32	626	410
Brandenburg	26	44	194	164
Bremen	11	7	253	164
Hamburg	0	0	810	509
Hessen	578	418	1.586	1.460
Mecklenburg-Vorpommern	13	7	230	129
Niedersachsen	781	443	1.682	1.273
Nordrhein-Westfalen	2.538	2.354	4.638	3.577

Rheinland-Pfalz	629	604	997	646
Saarland	494	477	3	7
Sachsen	341	213	244	215
Sachsen-Anhalt	53	44	374	294
Schleswig-Holstein	4	1	628	445
Thüringen	11	70	400	284
Gesamt	9.243	8.125	12.665	9.577

Das Pensum eines Gerichtsvollziehers wird in Niedersachsen mit 4.800 Protestaufträgen angesetzt. Durch die Verlagerung der Protestaufträge würden im justiziellen Bereich (ohne Hamburg) etwa 1,7 bis 1,9 Gerichtsvollzieherpensen (1,0) eingespart.

Der Umfang der tatsächlichen Entlastung wird maßgeblich davon abhängen, wie hoch der für die Verfahren zu veranschlagende Zeitaufwand ist; bedeutsam ist ferner, auf wie viele Gerichtsvollzieher sich die Aufträge verteilen und ob dabei z.B. Orte mit erheblicher Bankenkonzentration eine Sonderposition einnehmen. Dies soll durch eine Praxisbefragung geklärt werden.

bb) Kosten/Einnahmen

Zahlen hierzu liegen nicht vor. Die von den Gerichtsvollziehern zu erhebenden Gebühren ergeben sich aus § 12 Abs. 1 GvKostG in Verbindung mit § 51 KostO. Es wird die Hälfte der vollen Gebühr nach § 32 KostO erhoben.

Übersichten über die von den Gerichtsbeamten aus der Aufnahme von Wechsel- und Scheckprotesten erzielten Einkünfte liegen den Landesjustizverwaltungen nicht vor. Im Wege der Praxisbefragung sollen aber die durchschnittlich anfallenden Personal- und Sachkosten sowie der Kostendeckungsgrad ermittelt werden.

d) Vorteile einer Aufgabenkonzentration bei den Notaren

aa) Rechtssuchende

Für die Rechtssuchenden wäre die Rechtslage durch die Änderung eindeutiger, weil die Proteste nur noch von einer Institution, den Notaren, aufgenommen würden.

Da Notare schon jetzt überwiegend die Proteste aufnehmen, dürften sie in der Regel eher mit den Voraussetzungen und dem Ablauf einer Protestaufnahme vertraut sein als Gerichtsbeamte. Diese führen solche Aufträge viel seltener aus. Ob dies auch für Orte mit einer hohen Bankendichte und entsprechend häufigeren Verfahren gilt, wird allerdings noch zu überprüfen sein. In diesen Orten (die i.ü. über mehrere oder zahlreiche Gerichtsvollzieher verfügen) werden zur Erleichterung des Verfahrens durch den jeweiligen AG-Direktor Gerichtsvollzieher-Eildienste eingesetzt, die im zeitunmittelbaren, zügigen Protest versiert und erfahren sind.

bb) Justiz

Für die Justiz wäre nach gegenwärtiger Rechtslage eine Einsparmöglichkeit gegeben. Wie die obigen Ausführungen zeigen, würden die Gerichtsvollzieher von der Tätigkeit der Protestaufnahme entlastet. Sie könnten sich verstärkt ihren anderen Aufgaben, insbesondere den Vollstreckungsaufträgen zuwenden. Gerade die sehr hohe Arbeitsbelastung der Gerichtsvollzieher könnte für eine solche Entlastung sprechen. Allerdings dürfte die Entlastung angesichts der in der Praxis doch eher niedrigen Fallzahlen gemessen an der Gesamtzahl der Gerichtsvollzieher letztlich gering sein.

Auch andere Bereiche der Justiz würden entlastet. So würde der Justizbereich, der die Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher (GVGA) zu erstellen und zu überarbeiten hat, entlastet. Die GVGA würde verkürzt werden. Der gesamte fünfte Abschnitt über den Wechsel- und Scheckprotest könnte aus der GVGA herausgenommen werden. Dabei handelt es sich um 20 Paragraphen, die derzeit im Detail die Aufnahme der Proteste durch den Gerichtsvollzieher regeln. Der damit zu erzielende Entlastungseffekt ist allerdings kaum messbar. Lediglich Nordrhein-Westfalen hat insoweit Schätzungen vorgelegt, wonach landesweit 2002 und 2004 je 60 Arbeitsstunden, im Jahr 2003 wegen der erfolgten Änderung der GVGA/GVO 200 Stunden angefallen sind.

Ein weiterer Einspareffekt würde im Bereich der Gerichtsvollzieherausbildung eintreten. Die Gerichtsvollzieher erhalten im Rahmen ihrer Ausbildung eine qualifizierte und zeitintensive Einweisung in das Protestverfahren. Der dafür anfallende Aufwand ist nicht einheitlich zu beziffern. In Nordrhein-Westfalen, wo auch die theoretische Ausbildung der Gerichtsvollzieher aus Baden-Württemberg, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland erfolgt, sind für diesen Ausbildungsteil Lehrvergütungen und Reisekosten im Jahr 2002 in Höhe von insgesamt 10.344,15 €, 2003/2004 in Höhe von 9.399,20 € und 2004/2005

bisher in Höhe von 7.923,80 € angefallen. Niedersachsen führt die theoretische Ausbildung auch für Gerichtsvollzieher aus Bremen, Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein durch. Eine richterliche Ausbildungskraft erteilt diesen 20 Doppelstunden Unterricht im Scheck und Wechselrecht; hinzu kommen die Erstellung und Korrektur einer doppelstündigen Klausur. In Bayern werden – zugleich für Gerichtsvollzieher aus Thüringen- 37 Unterrichtsstunden im Wechsel- und Scheckrecht erteilt, in Sachsen 36 Stunden zuzüglich einer Klausur.

e) Nachteile/Probleme einer Aufgabenkonzentration

Der Vorschlag ist im Zusammenhang mit aktuellen Überlegungen zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens zu sehen. Derzeit wird nicht überlegt, welche Aufgaben der Gerichtsvollzieher abgeben könnte, sondern vielmehr welche Aufgaben ihm zusätzlich übertragen werden könnten. Grund dieser Überlegungen ist der Ansatz, den Gerichtsvollzieher vom Beamten zum beliebigen Freiberufler zu machen. In diesem Zusammenhang ist es - neben anderen grundsätzlichen Problemen - eine zentrale Frage, welche zusätzlichen Einkünfte (d.h. Aufgaben) dem Gerichtsvollzieher zu seiner Existenzsicherung erschlossen werden könnten.

Die Konzentration der Wechsel- und Scheckverfahren bei den Gerichtsvollziehern wird in diesem Zusammenhang derzeit nicht in Erwägung gezogen.

Es böte sich an, den weiteren Verlauf der Reformdiskussion zum Gerichtsvollzieher-Wesen abzuwarten, bevor gegenläufige Fakten geschaffen werden.

Die Gerichtsvollzieher erhalten im Rahmen ihrer Ausbildung eine qualifizierte, zeitintensive Einweisung in das Protestverfahren. Die in diese Ausbildung investierten Kosten wären umsonst gewesen, wenn den Gerichtsvollziehern später die Aufgabe genommen würde.

Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass bei einer Aufgabenkonzentration bei den Notaren Forderungen nach einer Erhöhung der Gebühren vorgebracht werden.

f) Lösungsmöglichkeiten

Zur Umsetzung des Vorschlags bedarf es lediglich einer Änderung eines Bundesgesetzes.

In § 79 WG wären die Wörter „oder einen Gerichtsbeamten“ zu streichen.

Die Regelung zur Protestaufnahme im SchG wäre nicht zu ändern. Art. 55 Abs.3 SchG verweist zur Aufnahme der Scheckproteste auf die Normen im WG. Wird das WG insoweit geändert, gilt die geänderte Fassung aufgrund der Verweisung auch für das SchG.

g) Fragen an die Praxis

1. Auf wie viele
 - a) Notare
 - b) Gerichtsbeamteentfallen die erfolgten Aufnahmen von Scheck- und Wechselprotesten?
2. Lassen sich bei der Verteilung der Protestaufträge örtliche Schwerpunkte – etwa an Bankenstandorten - feststellen?
3. Wie hoch ist der Gesamtaufwand (Personal- und Sachkosten) für die Aufnahme eines Scheck- oder Wechselprotestes bei Gerichtsbeamten im Durchschnitt zu veranschlagen?
4. Wie hoch ist der Kostendeckungsgrad bei einer Ausführung der Tätigkeit durch die Gerichtsbeamten?
5. Ist eine Konzentration der Aufgabe bei den Notaren oder bei den Gerichtsbeamten sinnvoll?
6. Welche Bedeutung hat die Aufnahme von Scheck- und Wechselprotesten in Ihrer notariellen Praxis?
7. Welche weiteren Probleme, Vor- oder Nachteile sehen Sie bei einer Konzentration der Zuständigkeit?