

# **Der Vorbescheid in der freiwilligen Gerichtsbarkeit**

von  
Dr. Thorsten Winkler

2002

VERLAG ERNST UND WERNER GIESEKING, BIELEFELD

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	1
<b>§ 1 Problemaufriß</b> .....	3
A. Justizgewährungsanspruch.....	3
I. Justizgewährungsanspruch im Zivilprozeß .....	3
II. Justizgewährungsanspruch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	7
B. Vorbescheid, Justizgewährungsanspruch und Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz .....	11
I. Gefährdung des Erbrechts bei Erteilung eines unrichtigen Erbscheins .....	11
II. Justizgewährungsanspruch des Antragstellers.....	16
<b>Teil 1: Gebot wirkungsvollen Rechtsschutzes</b> .....	19
<b>§ 2 Streitstand</b> .....	19
A. Herrschende Meinung .....	20
B. Abweichende Ansichten .....	25
I. Erledigte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen .....	25
II. Sitzungspolizeiliche Maßnahmen.....	28
III. Richterliche Geschäftsverteilungspläne .....	29
IV. <i>Smids</i> Ansatz zur freiwilligen Gerichtsbarkeit .....	32
V. Stellungnahme.....	32
C. Rechtsschutz befürwortende Ansichten .....	33
I. <i>Lorenz</i> .....	33
II. <i>Haag</i> .....	35
III. <i>Bauer</i> .....	36
IV. Stellungnahme .....	36
V. Neuere Ansätze .....	35

1. <i>Vofskuble</i> .....	38
2. <i>Brandner</i> .....	42
D. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	44
I. Entwicklung der Rechtsprechung.....	44
II. Maßgebliche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.....	46
1. Beschluß vom 11. Oktober 1978.....	46
2. Beschluß vom 7. Oktober 1981.....	47
3. Beschluß vom 30. April 1997.....	49
<b>§ 3 Auslegung von Art. 19 Abs. 4 GG</b> .....	56
A. Wortlaut.....	57
B. Entstehungsgeschichte.....	58
C. Systematische Auslegung.....	59
D. Teleologische Auslegung.....	65
<b>§ 4 Rechtsprechung</b> .....	71
A. Theorie des formellen Rechtsprechungsbegriffs.....	72
I. Definition.....	72
II. Kritische Würdigung.....	72
B. Materieller Rechtsprechungsbegriff.....	76
I. Deskriptiv-Systematische Theorien.....	76
1. Handlungsmaßstab Beurteilungsnorm/ Verhaltensnorm.....	77
2. Eigene Sache / fremde Angelegenheit.....	77
3. Anwendung des geltenden Rechts.....	77
4. Rechtskraftfähige Entscheidung.....	78
5. Streitentscheidung.....	78
6. Kritische Würdigung.....	79
II. Historisch-Traditioneller Rechtsprechungsbegriff.....	85
C. Neuere Ansätze / Funktionale Rechtsprechungsbegriffe.....	88
I. Funktional-organisatorischer Rechtsprechungsbegriff von <i>Wolf</i> .....	89
II. <i>Schilken</i> .....	92
III. Funktionaler Ansatz von <i>Vofskuble</i> .....	93
1. Rechtsprechung als "neutrales Verfahren".....	93
2. Kritische Würdigung.....	98
IV. Der Ansatz von <i>Smid</i> .....	100
1. Rechtsprechung als uninteressierte Rechtserkenntnis.....	100

2. Kritische Würdigung.....	103
D. Umfassender Ansatz eines Rechtsprechungsbegriffs.....	111
I. Ausgangsvoraussetzung.....	112
II. Unmöglichkeit einer präzisen Begriffsbildung.....	113
III. Rechtsprechung als Streitentscheidung durch einen unbeteiligten Dritten.....	115
IV. Rechtsprechung als Rechtskontrolle unter weitestgehenden institutionellen Richtigkeitsgarantien im Interesse der Effektivität des Rechts.....	119
<b>§ 5 Begriffsbestimmung “freiwillige Gerichtsbarkeit” .....</b>	<b>126</b>
A. Ältere Begriffsbestimmungen.....	127
B. Unterteilung der freiwilligen Gerichtsbarkeit .....	130
I. Privatrechtliche Streitsachen.....	130
II. Öffentlich-rechtliche Streitsachen .....	131
III. Die klassischen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit .....	132
1. Freiwillige Gerichtsbarkeit als Rechtsprechung bzw. Rechtspflege im weiteren materiellen Sinn .....	132
2. Freiwillige Gerichtsbarkeit als Verwaltungshandeln.....	135
a) <i>Bettermann</i> .....	135
b) <i>Smid</i> .....	137
3. Vermittelnde Ansichten .....	139
a) <i>Schilken</i> .....	139
b) <i>Brehm</i> .....	140
c) <i>Niese</i> .....	141
C. Kritische Würdigung.....	142
I. Freiwillige Gerichtsbarkeit als Rechtsprechung im Sinne von Art. 92 GG .....	142
II. Exkurs: Stellung des Rechtspflegers .....	145
III. Freiwillige Gerichtsbarkeit als materielle Rechtsfürsorge .....	146
IV. Exkurs: Verfahrensrechtliche Konsequenzen .....	161
1. Gebot rechtlichen Gehörs.....	162
2. Umfang der Ermittlungen - Wahl zwischen Frei- und Strengbeweis.....	165
3. Abänderbarkeit von Entscheidungen .....	168

<b>§ 6 Rechtsschutzgarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und Wesen der Rechtsprechung</b> .....	174
A. Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und Rechtsprechung als Rechtskontrolle unter weitestgehenden institutionellen Richtigkeitsgarantien im Interesse der Effektivität des Rechts .....	174
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben eines Instanzensystems .....	175
II. Potentielle Fehlerhaftigkeit gerichtlicher Entscheidungen, Kontrolle und Rechtsstaatsprinzip .....	178
III. Umfang des Rechtsschutzes .....	186
B. Resümée: Art. 19 Abs. 4 GG und Rechtsschutz in der freiwilligen Gerichtsbarkeit.....	188
C. Exkurs: Rechtspolitische Überlegungen.....	193
I. Stand der Reformdiskussion.....	194
II. Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur angemessenen personellen und sachlichen Ausstattung der Gerichte .....	205
III. Einschränkung der Forderung nach Rechtsschutz gegen den Richter bei Geringwertigkeit des Streitgegenstandes.....	206
 <b>Teil 2: Der Vorbescheid</b> .....	 211
 <b>§ 7 Der Vorbescheid im Erbscheinsverfahren</b> .....	 212
A. Definition, Anwendungsbereich und Geschichte des Vorbescheids .....	212
B. Bekanntmachung der Anordnungsverfügung.....	217
C. Erbscheinserteilungsverfahren .....	221
I. Verfahrensgrundsätze.....	221
1. Rechtsnatur der Erteilung.....	222
a) Herrschende Meinung .....	222
b) <i>Schlegelberger</i> .....	224
c) <i>Lange</i> und <i>Kuchinke</i> .....	225
2. Stellungnahme .....	225
II. Anfechtbarkeit der Erteilungsverfügung.....	229
1. Arten von Entscheidungen.....	229
2. Anfechtbare Entscheidungen .....	231
3. Anordnungsverfügung als anfechtbare Endentscheidung .....	231

III.	Zulässigkeit der Bekanntmachung der Erteilungsverfügung.....	234
D.	Zulässigkeit des Vorbescheids .....	238
I.	Rechtsnatur des Vorbescheids .....	239
II.	Stellungnahme zur Zulässigkeit des Vorbescheids .....	244
	1. Justizgewährungsanspruch des Antragstellers .....	244
	2. Entscheidungspflicht des Richters / Zweck des Instanzenzuges .....	245
	3. Vorbescheid und gesetzliche Systematik.....	247
	4. Vorbescheid und Gewohnheitsrecht .....	249
	5. Rückschlüsse vom Vorbescheid auf die Verfahrensweise der Bekanntmachung der Anordnungsverfügung .....	250
E.	Tatbestandliche Voraussetzungen des Vorbescheids.....	252
I.	Zweifelhafte Sach- oder Rechtslage.....	252
II.	Gefährdung des Erbrechts bei widerstreitenden Prätendenten .....	259
III.	Entscheidungsreife .....	259
IV.	Ermessen .....	260
V.	Anforderungen an den Vorbescheid.....	262
	1. Vorbescheid als Beschluß mit dem Inhalt des zukünftig zu erteilenden Erbscheins .....	262
	2. Fristsetzung .....	262
	3. Bekanntmachung.....	264
F.	Fallgestaltungen .....	265
	1. Fallgestaltung .....	266
	2. Fallgestaltung .....	267
	3. Fallgestaltung .....	267
	4. Fallgestaltung .....	268
	5. Fallgestaltung .....	269
	6. Fallgestaltung .....	270
	7. Fallgestaltung .....	273
	8. Fallgestaltung .....	273
	9. Fallgestaltung .....	276
	10. Fallgestaltung .....	277
	11. Fallgestaltung .....	278

<b>§ 8 Anwendung des Vorbescheids in anderen Gebieten der freiwilligen Gerichtsbarkeit</b> .....	285
A. Vorbescheid und Grundbuchverfahren.....	286
I. Rechtsnatur und Beschwerdefähigkeit der Eintragungsverfügung .....	287
II. Rechtsnatur und Beschwerdefähigkeit des Vorbescheids im Grundbuchverfahren.....	289
III. Zulässigkeit des Vorbescheids im Grundbuchverfahren .....	291
1. Rechtsschutzbedürfnis im Grundbuchverfahren.....	291
2. Vorbescheid und Rangwirkung.....	295
3. Vorbescheid und Systematik der Grundbuchordnung.....	298
4. Ergebnis.....	301
B. Vorbescheid und Registerverfahren.....	302
I. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	302
II. Stellungnahme.....	304
1. Qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis .....	305
2. Ergebnis.....	309
C. Vorbescheid und vormundschaftsgerichtliches Genehmigungsverfahren.....	310
I. Diskussionsstand.....	310
II. Stellungnahme.....	312
III. Exkurs: Abgrenzung des Vorbescheids von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unter aufschiebender Bedingung.....	318
IV. Exkurs: Vorbescheid und Ausspruch der Adoption nach § 1752 Abs. 1 BGB.....	319
 <b>§ 9 Reformvorschläge / Ausblick</b> .....	 321
 <b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	 329
 <b>Literaturverzeichnis</b> .....	 335