

Markus Hardt

## **Amtsermittlung, Parteiverhalten und Feststellungslast im Erbscheinsverfahren**

Zugleich eine Untersuchung über die Verteilung  
der »Beweislast« bei Errichtung und Anfechtung  
privatschriftlicher Testamente



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	7
<i>Inhaltsverzeichnis</i>	9
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	17
<i>1. Kapitel: Einführende Betrachtung</i>	23
I. Einleitung	23
II. Ausgangspunkt: Beschluß des BayObLG	24
<i>2. Kapitel: Dispositionsmaxime, Untersuchungsgrundsatz und Parteiverhalten</i>	25
I. Einleitung	25
II. Allgemeines zum Erbscheinsverfahren	25
1. Erbscheinsverfahren und freiwillige Gerichtsbarkeit	25
2. Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit	26
3. Historischer Ursprung des Erbscheinsverfahrens	27
III. Zwecke des Erbscheins und des Erbscheinsverfahrens	27
1. Zwecke des Erbscheins	27
2. Zwecke des Erbscheinsverfahrens	28
IV. Einleitung des Verfahrens: Dispositions- und Officialmaxime	29
1. Allgemeiner Grundsatz in der freiwilligen Gerichtsbarkeit	29
2. Ausnahme im Erbscheinsverfahren durch die Regelung des § 2353 Abs. 1 BGB	30
V. Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen für die Sachentscheidung: Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime	31
1. Geltung der Untersuchungsmaxime im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	32
2. Geltung der Untersuchungsmaxime im Erbscheinsverfahren	33
3. Abgrenzung: Prüfung von Amts wegen	34
VI. Der Untersuchungsgrundsatz bei der Aufklärung des Sachverhalts für die Sachentscheidung und die Auswirkungen des Parteiverhaltens für die Beweisbedürftigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen	35
1. Allgemeines	35
2. Begründung der allgemeinen Verfahrensförderungslast	38
3. Auswirkungen des Parteiverhaltens in echten Streitverfahren	40
4. Auswirkungen des Parteiverhaltens im Erbscheinsverfahren	41
a) Allgemeines	41
b) Übertragung der Grundsätze in echten Streitsachen auf das Erbscheinsverfahren	42
c) Neuere Beschlüsse zur Verfahrensförderungslast	43

d) Auswirkungen in der weiteren Beschwerde	45
e) Zwischenergebnis	46
5. Anerkennung einer qualifizierten Verfahrensförderungslast im Erbscheinsverfahren?	46
a) Problemstellung	46
b) Ablehnung einer qualifizierten Verfahrensförderungslast im Erbscheinsverfahren	47
VII. Ermittlungspflicht in Antragsachen hinsichtlich der die Zulässigkeit des Antrags betreffenden Tatsachen	48
1. Allgemeine Ermittlungspflicht in Antragsachen	48
a) Geltung des Grundsatzes der Ermittlungen von Amts wegen	49
b) Umfassende Geltung des § 12 FGG	50
c) Stellungnahme	50
2. Einordnung der §§ 2354-2358 BGB in das System der Verfahrensförderungslast	52
a) Problemstellung	52
b) Ablehnung einer Behauptungs- und Beweisführungslast durch die h.M.	54
c) Stellungnahme	55
3. Verhältnis § 12 FGG zu § 2358 Abs. 1 BGB	57
3. Kapitel: Die Beweislast	59
I.    Begriffe und Abgrenzung	59
1. Allgemeines	59
a) Beweislast gegenüber den Parteien und dem Richter	59
b) Beweiswürdigung	60
2. Speziell zur Wortwahl Beweislast	61
a) Definitionen	61
b) Anwendung auf die subjektive Beweislast und die Feststellungslast	62
II.   Feststellungslast und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	64
1. Die Feststellungslast ablehnende Auffassungen	64
2. Anerkennung der Regeln der Feststellungslast	66
III.  Subjektive Beweislast und Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit	68
IV.   Allgemeine Gründe für die Notwendigkeit einer Verteilung der Feststellungslast	69
1. Problemstellung	69
2. Im Zivilprozeß	69
3. Im Erbscheinsverfahren	71
4. Kapitel: Überwindung des non liquet und Folgen für die Parteien	73
I.    Einführung	73
II.   Entscheidungspflicht bei Vorliegen eines non liquet	74
1. Im Zivilprozeß	74

a)	Justizgewährungsanspruch	74
b)	Rechtsschutzanspruch	76
c)	Stellungnahme	77
d)	Durchsetzbarkeit	78
(1)	Untätigkeitsbeschwerde	78
(2)	Verfassungsbeschwerde	80
2.	Im Erbscheinsverfahren	82
a)	Entscheidungspflicht	82
b)	Durchsetzbarkeit	84
III.	Methoden zur Überwindung des non liquet	86
1.	Vorüberlegung	86
2.	Darstellung der Grundtheorien	87
a)	Vollständigkeitslehre von <i>Leonhard</i>	87
b)	Normentheorie von <i>Rosenberg</i>	89
(1)	Darstellung	89
(2)	Das Verhältnis von <i>Rosenbergs</i> Lehre zu selbständigen Beweislastnormen	91
c)	Ergänzung der <i>Rosenberg</i> 'schen Lehre durch <i>Schwab</i>	91
d)	Sondernormentheorie von <i>Leipold</i>	92
e)	Theorie der negativen Grundregel von <i>Musielak</i>	95
f)	Theorie von <i>Prütting</i>	96
3.	Weitere theoretische Ansätze	98
a)	Keine Trennung von Beweiswürdigung und Beweislast	98
b)	Anknüpfung bei der Beweiswürdigung und Wahrscheinlichkeitsprinzip	99
c)	Teilung des Anspruchs und Anknüpfung an Gefahrenbereiche	100
4.	Zusammenfassende Betrachtung	100
a)	Ablehnung der Theorie von <i>Leonhard</i>	100
b)	Ablehnung der weiteren Theorien	102
c)	Übereinstimmendes Ergebnis der Grundtheorien	105
d)	Stellung der Rechtsprechung in der Diskussion	106
e)	Stellungnahme	107
f)	Gesamtergebnis	110
IV.	Gründe für die Verteilung der Feststellungslast nach den Prinzipien der §§ 193 ff. E I zum BGB	110
1.	Problemstellung	110
2.	Gründe	111
V.	Anwendung der Beweislastnormen des BGB im Erbscheinsverfahren	115
5. Kapitel: Feststellungslast bei Vorliegen einer letztwilligen Willenserklärung im privatschriftlichen Testament		117
I.	Einleitung	117
II.	Verteilung der Feststellungslast bei Vorliegen einer letztwilligen Willenserklärung	117

III.	Letztwillige Willenserklärung	118
	1. Voraussetzungen einer Willenserklärung und speziell einer letztwilligen Willenserklärung	118
	2. Feststellung der Willenserklärung: Ermittlung des Erklärungsstatbestandes und Auslegung	121
	3. Analoge Anwendung des § 2084 BGB für die tatsächlichen Voraussetzungen des Erklärungsbewußtseins?	123
	4. Inhalt der Willenserklärung, genaue Bestimmung des Willens	124
	5. Auslegungsfähigkeit eines durch Fiktion festgestellten Sachverhalts	124
IV.	Sachliche Gründe für die Feststellungslast bei einer letztwilligen Willenserklärung	125
V.	Auslegungs- und Ergänzungsregeln sowie ihr Verhältnis zur Beweislast	127
	1. Problemstellung	127
	2. Auslegungsregel und Vermutung	128
	a) Vermutung	128
	b) Auslegungsregel = Vermutung?	129
	3. Ergänzungsregel und Vermutung	131
	4. Anwendbarkeit sowie Unanwendbarkeit von Auslegungs- und Ergänzungsregeln	132
	a) Anwendbarkeit von Auslegungs- und Ergänzungsregeln	132
	b) Feststellung der Unanwendbarkeit von Auslegungs- und Ergänzungsregeln	135
	5. Feststellungslast für die Tatsachen bei Unanwendbarkeit von Auslegungs- und Ergänzungsregeln	136
	a) Feststellung eines anderen Erblasserwillens	136
	b) Ausschluß bestimmter Rechtsfolgen bei weiterhin bestehender Mehrdeutigkeit des Erblasserwillens	137
VI.	Abgabe der letztwilligen Willenserklärung	141
6. Kapitel: Feststellungslast für die Einhaltung der Form beim privatschriftlichen Testament und „tatsächliche Vermutung“ einer letztwilligen Willenserklärung		142
I.	Allgemein anerkanntes Ergebnis	142
II.	Begründung des Ergebnisses aus dem Gesetz	142
III.	Anerkennung der neben § 125 S. 1 BGB stehenden Beweislastnorm als rechtsbegründende Norm	143
IV.	Gründe für die Einordnung der Form als rechtsbegründendes Merkmal	145
	1. Abzulehnende Begründungsansätze	145
	2. Funktion des § 125 S. 1 BGB als Begründung	146
	3. Gründe für das materiell-rechtliche Erfordernis der Unterschrift als weiteren Grund für die Verteilung der Feststellungslast	147
	4. Gründe für das materiell-rechtliche Erfordernis der eigenhändigen Niederschrift als weiteren Grund für die Verteilung der Feststellungslast	148

V.	„Tatsächliche Vermutung“ einer letztwilligen Willenserklärung	150
	1. Entstehung des Begriffs „tatsächliche Vermutung“	151
	2. Tatsächliche Vermutungen = Erfahrungssätze des täglichen Lebens	155
	3. Anscheinsbeweis für eine letztwillige Willenserklärung	157
	4. Auswirkungen der unexakten Ausdrucksweise in der Praxis und Umfang der Revisibilität	158
VI.	Beweiswert des eigenhändigen Testaments	159
	<i>7. Kapitel: Feststellungslast für Testierunfähigkeit beim privatschriftlichen Testament</i>	161
I.	Inhalt der Testierfähigkeit	161
II.	Zwecke der materiell-rechtlichen Regelungen	162
III.	Feststellungslast für Testierunfähigkeit des Erblassers wegen Störung der Geistestätigkeit, Geistesschwäche und Bewußtseinsstörung, § 2229 Abs. 4 BGB	163
IV.	Gründe für die Ausgestaltung des § 2229 Abs. 4 als rechtshindernde Norm	164
	1. Tatsächliche Wahrscheinlichkeit	164
	2. Unmöglichkeit des Nachweises	165
	3. Vertrauensschutz	165
	4. Einfluß der Gründe der materiell-rechtlichen Rechtsfolgeregelungen auf die Feststellungslast?	166
	a) Selbstverantwortung des Menschen für seine Handlungen	166
	b) Recht des Menschen auf Selbstbestimmung	167
	c) Förderung des Rechtsverkehrs als Kompensation einer materiell-rechtlichen Rechtsfolgeregelung	168
V.	Feststellungslast für Minderjährigkeit, § 2247 Abs. 4 Alt. 1 BGB	169
VI.	Gründe für die Ausgestaltung des § 2247 Abs. 4 Alt. 1 BGB als rechtshindernde Norm	171
VII.	Feststellungslast für Leseunfähigkeit des Erblassers, § 2247 Abs. 4 Alt. 2 BGB	172
VIII.	Gründe für die Ausgestaltung des § 2247 Abs. 4 Alt. 2 BGB als rechtshindernde Norm	173
	<i>8. Kapitel: lucidum intervallum</i>	175
I.	Begriff und Anerkennung des Rechtsinstituts	175
II.	Medizinische Bedenken	176
III.	Feststellungslast beim luziden Intervall	177
	1. Meinungsstand	177
	2. Eigene Meinung	178

IV. Vereinbarkeit des Ergebnisses mit den Gründen für die Verteilung der Feststellungslast bei Testierunfähigkeit	182
9. Kapitel: Das Erfordernis von Zeit- und Ortsangabe im privatschriftlichen Testament	183
I. Einleitung	183
II. Entstehungsgeschichte der Vorschrift	184
1. Entwicklung bis 1896	184
2. Praxis zwischen 1900 und 1938	185
3. Änderung des § 2231 Nr. 2 BGB a.F. durch das TestG vom 31. August 1938 und Wiedereingliederung in das BGB durch das GesEinhG vom 5. März 1953	186
III. Rechtsnatur von Zeit- und Ortsangabe	187
IV. Feststellungslast für die Unrichtigkeit von Zeit- und Ortsangabe	188
1. Allgemein anerkanntes Ergebnis	188
2. Begründung des Ergebnisses	189
3. Erfordernisse für die Vermutung der Richtigkeit von Zeit- und Ortsangabe	192
4. Ablehnung des Begriffs „tatsächliche Vermutung“ in diesem Zusammenhang	193
10. Kapitel: Die Beweislastregel des § 2247 Abs. 5 BGB	194
I. Einleitung	194
II. Entstehungsgeschichte der Vorschrift	194
III. Voraussetzungen des § 2247 Abs. 5 BGB	195
IV. Inhalt der Vorschrift	196
V. Rechtsnatur des § 2247 Abs. 5 BGB	200
VI. Gründe für eine solche Verteilung der Feststellungslast	201
VII. Anwendbarkeit des § 2247 Abs. 5 BGB auf Fälle der Testierunfähigkeit	201
VIII. Fälle entsprechender Anwendbarkeit des § 2247 Abs. 5 BGB	203
1. Voraussetzungen einer Analogie	203
2. Ratio des § 2247 Abs. 5 BGB	204
3. Festgestellte falsche Zeitangabe	204
4. Zweifel an der Richtigkeit der Zeitangabe	205
5. Unleserlichkeit der Zeitangabe	205
6. Analoge Anwendung des § 2247 Abs. 5 BGB, wenn gerade deshalb Zweifel entstehen, weil ein Testament eine Angabe über den Zeitpunkt der Errichtung enthält?	207
7. Weitere Fälle	208

<i>11. Kapitel: Feststellungslast bei Testamentsanfechtung, §§ 2078 ff. BGB</i>	209
I. Einleitung und materielle Voraussetzungen des Anfechtungsrechts	209
II. Allgemeine Verteilung der Feststellungslast	209
III. Feststellungslast bei § 2078 BGB	210
1. Anscheinsbeweis bei § 2078 BGB	211
2. Angabe eines Beweggrundes im Testament	211
IV. Feststellungslast bei § 2079 BGB	213
1. Einleitung	213
2. Feststellungslast und Beweisthema bei § 2079 S. 1 BGB	214
a) Begriff des Übergehens	214
b) Abmilderung bei Geringfügigkeit?	215
c) Übergehen bei Zuwendung vor Eintritt der Pflichtteilsberechtigung	216
d) Unkenntnis, spätere Geburt und Pflichtteilsberechtigung	219
3. Feststellungslast bei § 2079 S. 2 BGB	220
a) Nichtigkeit von Erbeinsetzungen zum Schutz der Pflichtteilsberechtigten	221
b) Aufrechterhaltung des Testamentsrestes	224
c) Unwirksamkeit sonstiger Verfügungen, insbesondere selbständige Enterbungen sowie „Verschiebung“ der Erbquote des Pflichtteilsberechtigten	225
d) Inhalt des festzustellenden hypothetischen Erblasserwillens	227
V. Anfechtungsberechtigung sowie Feststellungslast für die Anfechtungserklärung, §§ 2080 f. BGB	228
VI. Feststellungslast für die Einhaltung der Anfechtungsfrist, § 2082 BGB	228
1. Einleitung	228
2. Verteilung der Feststellungslast	229
<i>12. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	233
<i>Literaturverzeichnis</i>	239