



## **Bayerischer Rechtspfleger-Kurier**

**Mitteilungsblatt des Verbandes Bayerischer Rechtspfleger e.V.**

**Sonderausgabe August 2005**

**Festvortrag für die Deligierten-  
versammlung des Verbandes  
Bayerischer Rechtspfleger e.V.  
am 16. Juli 2005 im Kloster Banz.**

**Festredner: Peter Gummer**

**Erneut Große Justizreform - Stellung  
und Bedeutung der freiwilligen  
Gerichtsbarkeit am Beispiel  
des Nachlassgerichts**

Das Thema, über das ich zu Ihnen sprechen soll, lautet "Erneut Große Justizreform - Stellung und Bedeutung der freiwilligen Gerichtsbarkeit am Beispiel des Nachlassgerichts". Ich möchte mich dem in acht Abschnitten nähern.

Zunächst aber eine Vorbermerkung: Die Justizministerinnen und Justizminister von Bund und Ländern haben sich im vorigen Jahr - wohl etwas fern von fachlicher Beratung in der Atmosphäre eines Kamingesprächs - erneut zu einer großen Justizreform entschlossen. Bei ihrer Konferenz vor wenigen Wochen in Dortmund haben sie hierzu ein Bündel von Zielen formuliert. Prozessordnungen und Gerichtsverfassung sollen vereinheitlicht werden; durch funktionale Zweigliedrigkeit soll der Rechtsuchende "auch unter veränderten gesellschaftlichen

und finanziellen Rahmenbedingungen" schneller zu seinem Recht kommen. Der richterliche Personaleinsatz soll flexibler gestaltet, konsensuale Streitbeilegung gestärkt und die Qualität der Arbeit der Gerichte und Staatsanwaltschaft gezielt gefördert werden.

Das Gerichtsvollzieherwesen soll nach einem "Reformmodell der Beleihung" privatrechtlich organisiert und durch eine Öffnungsklausel den Industrie- und Handelskammern sowie den Handwerkskammern der Zugang zur Führung des Handels-, Genossenschafts- und Partnerschaftsregisters ermöglicht werden; schließlich sprechen sich die Justizministerinnen und die Justizminister für eine weitgehende Übertragung von Aufgaben der Gerichte auf die Notare aus, eine die von ihnen eingesetzte Arbeitsgruppe soll das Weitere vorbereiten. Gemeint ist - neben der Zuständigkeit für einvernehmliche Scheidungen - die Übertragung der Aufgaben der Nachlassgerichte.

Ein bunter Strauß unterschiedlichster Maßnahmen; sieht so eine große Justizreform aus?

### **1. "Große Justizreform"**

Die Geschichte des Begriffes "Große Justizreform" ist so lang wie die

Bundesrepublik selbst. Es begann allerdings mit einer großen Reform, denn nach 12 Jahren nationalsozialistischer Gewaltherrschaft musste ab 1945 aus den Trümmern einer Rechtspflege, die diesen Namen nicht mehr verdiente, eine rechtsstaatliche Justiz aufgebaut werden. Der IX. Abschnitt des Grundgesetzes ist der Schlussstein an diesem Reformwerk.

Die "Große Justizreform" unter diesem Namen begann 1955. Der Bundesjustizminister berief eine "Kommission zur Vorbereitung einer Reform des Zivilprozesses". Eine ihrer ersten praktischen Ergebnisse war die "kleine Justizreform"; ab 1957 wurden schrittweise bisher von Richtern wahrgenommene Aufgaben ganz oder teilweise auf Rechtspfleger übertragen. Auf der Grundlage eines neu gefassten Rechtspflegergesetzes entwickelte sich der Berufsstand der Rechtspfleger "zur zweiten Säule der dritten Gewalt".

Es ist hier nicht veranlasst, auf die - quasi unendliche - Geschichte der "Großen Justizreform" im Detail einzugehen. Ab den siebziger Jahren überlagerte die Diskussion über die Einführung eines dreigliedrigen Gerichtsaufbaus in der ordentlichen Gerichtsbarkeit das Thema. Zur Gesetzblattrufe kam das Vorhaben - zum Glück - nicht. Die deutsche Einheit beendete vorerst diese Diskussion. Die neuen Länder hatten spezielle Erfahrungen mit der Dreistufigkeit - sie hatten genug von Kreis- und Bezirksgerichten. Vertrauen in den Rechtsstaat konnten nur Amts-, Land- und Oberlandesgerichte wieder vermitteln.

Statt "Großer Justizreform" kam es ab den achtziger Jahren zu einer langen Reihe von Vereinfachungs-, Beschleunigungs- und Entlastungsgesetzen mit durchwegs nur sehr bedingtem Effekt. Man musste befürchten, die Justiz werde zu Tode beschleunigt. Sie funktionierte aber weiterhin.

Die erste Regierung "Schröder" nahm mit ihrer damaligen Bundesjustizministerin die "große Reform" wieder auf. Das Ergebnis war das ZPO-Reformgesetz von 2001, das am 01.01.2002 in Kraft trat. Dabei versprach der Gesetzgeber, sich mit weiteren Reformen Zeit zu lassen. Damit ist es schon wieder vorbei.

## **2. Reformbedarf**

Der Begriff Reform stammt aus dem Lateinischen. "reformare", bedeutet "verwandeln, umgestalten". Wörtlich leitet es sich ab von dem Substantiv "forma" (Gestalt, Äußeres Bild, Schönheit) und der Vorsilbe re, die für zurück, wieder, entgegen steht - im übertragenen Sinn auch für: zurück in den früheren Zustand, zurück in einen gehörigen Zustand.

Eine Reform setzt demnach voraus, dass die zu reformierende Einrichtung ihre Gestalt oder ihre Erscheinung eingebüßt hat, unansehnlich geworden ist oder - im übertragenen Sinn - ihren Sinn, ihren Inhalt, ihre Aufgabe verloren hat. Kurz gesagt: Der oder die zu Reformierende muss sich "außer" Form befinden.

Vor diesem Hintergrund fragen wir nach der Ursache für den Eifer in Bezug auf eine "große Justizreform",

der die Justizministerinnen und Justizminister von Bund und Ländern erneut - und nach den Vorgaben der letzten Reform reichlich vorzeitig - befallen hat: das ZPO-RG sieht nämlich in § 119 GVG und Art. 26 EGZPO die Unterrichtung des Deutschen Bundestags zum Ende 2005 über die Erfahrung der Reform vor, die dem Gesetzgeber in der nächsten Legislaturperiode ermöglichen soll, einige in ihrer Geltungsdauer befristete Neuregelungen der Reform zu überprüfen. Es besteht - so gesehen - überhaupt kein Anlass zur Eile.

Allerdings hat sich in der Zeit der rot-grünen Legislaturperiode des Deutschen Bundestags, deren wahrscheinliches vorzeitiges Ende wir gerade gebannt erleben, ein tiefgreifender Bewusstseinswandel eingestellt. Was man seit langem spürte, wurde zur allgemein empfundenen Wirklichkeit: Unser Gemeinwesen befindet sich in einer tiefen gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und finanziellen Krise. Ihre Überwindung wird Einschnitte verlangen. Die Justiz hat zum Entstehen dieser Krise wenig beigetragen. Sie wurde in den zurückliegenden Jahrzehnten zwar reichlich mit zusätzlichen Aufgaben, weit weniger großzügig aber mit neuen Personal und Sachmitteln ausgestattet; es besteht daher auch kein Anlass bei ihr zuerst den Rotstift anzusetzen.

Wir erleben auch nicht eine Krise des Rechtsstaats; unsere sozialen Sicherungssysteme, der Arbeitsmarkt, die Staatsfinanzen, das Wirtschaftswachstum und unser gesellschaftliches Grundzutrauen sind in die Krise geraten. Während sich die Bundesrepublik nach ihrer Arbeitslosenquote,

ihrem Wirtschaftswachstum, ihrer Staatsverschuldung und den Ergebnissen vergleichender Untersuchungen im Bildungswesen - von jüngsten Ausnahmen abgesehen - unter den Industriestaaten regelmäßig allenfalls im hinteren Mittelfeld wiederfindet, steht sie bei auf ihr Rechtswesen bezogenen Untersuchungen regelmäßig in der Spitzengruppe: Ein Beispiel aus jüngster Zeit: In einer vergleichenden Studie - "freedom-index" genannt - der Heritage Foundation in Washington wird die Rechtsicherheit in der Bundesrepublik mit der Note 1 bewertet; Eigentum sei in Deutschland bestens geschützt, Verträge seien sicher, Justiz und Verwaltung arbeiteten professionell.

Der Deutsche AnwaltsVerein, gewiss keine Organisation, die im Verdacht stünde, die Justiz freigiebig mit Lob zu überschütten, stellt in ihrer Stellungnahme zu den Plänen einer Großen Justizreform vom Mai 2005 zum Inhalt der Gerichtsentscheidungen fest:

Die Qualität unserer Rechtsprechung im Ganzen verdient hohe Anerkennung und erfährt diese auch in der Öffentlichkeit.

Zum Thema Verfahrensdauer heißt es, sie sei in der Zivilgerichtsbarkeit "auch im europäischen Maßstab vorbildlich" und in der Strafgerichtsbarkeit schwerlich

steigerungsfähig. Nur die Verfahrensdauer in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten gebe Grund zur Beanstandung.

Warum dann der Reformeifer der Justizministerien?

Er ist - so wird versichert - von der Sorge um die finanziellen und personellen Opfer bestimmt, die der Rechtspflege zur Bewältigung der Krise der öffentlichen Haushalte zugemutet werden könnten. Dass bei der Sanierung des Haushalts nicht nach dem Veranlasserprinzip, schon gar nicht nach dem Verschuldensprinzip vorgegangen wird, hat die Justiz oft schmerzlich erfahren; das Gericht, dessen ehemaliger Präsident hier vor Ihnen steht, an vorderster Linie. Man kann es nicht beanstanden, wenn vorausschauend nachgedacht wird, welchen Beitrag die Gerichte bei der Bewältigung der Krise der öffentlichen Haushalte leisten können. Es ist aber zugleich geboten, nachzudenken, wie viel fiskalische motivierte Veränderung die Justiz verträgt, ohne dass die Rechtsstaatlichkeit in Gefahr gerät. Dieser Gesichtspunkt geht derzeit im großen Reformeifer unter.

Unvertretbar ist es aber nach meiner Meinung, der Öffentlichkeit über Anlass und Zweck der Einsparungspläne, um die es geht, durch Missbrauch des Begriffs "Große Justizreform" Sand in die Augen zu streuen. Die Wortwahl suggeriert Reformbedarf und Reformpotential. Es geht nicht darum, eine außer Form geratene Justiz in Schwung zu bringen, damit sie ihre Aufgaben wieder sachgerecht erfüllen kann, sie "fit zu machen für die Zukunft", wie eines der Schlagworte heißt - von dem so unzutreffenden wie böswilligen Bild von der Rechtspflege als "fett gewordenes Kind" unseres Gemeinwesens ganz zu schweigen

### **3. Einsparprogramme**

Programme zur Kosten- und Personaleinsparung sind in der Wirtschaft erprobt worden. Meist wurden sie mit dem Schlagwort eingeleitet: Konzentration auf Kernkompetenzen. Ähnlich klingt es auch bei der Justiz. Sie soll sich auf ihre Kernaufgaben konzentrieren.

Auch die Methoden zur Reduktion von Kosten und Personal sind in der Wirtschaft erprobt: Stilllegung von Betrieben oder Betriebsteilen und/oder deren Veräußerung - bei Verlustbringern auch mit Aufgeld statt gegen Kaufpreis, siehe die Veräußerung der Handysparte durch Siemens..

Im staatlichen Bereich stehen andere Wege im Grunde auch nicht zur Verfügung, mögen auch etwas abweichende Bezeichnungen gebräuchlich sein.

Die Möglichkeiten für Stilllegungen sind in der Justiz äußerst beschränkt. In besonderen Ausnahmefällen kann man ein Gericht oder einige Zweigstellen auflösen, aber auch nur, in dem man deren Aufgaben auf andere Gerichte verteilt. Die Einsparungen im Personal halten sich hierbei naturgemäß in Grenzen.

Etwas hoffnungsvoller mag man das Einsparungspotential beurteilen, dass sich aus einer Dämpfung der Nachfrage nach den Dienstleistungen der Justiz erreichen lässt. Allerdings hat der Rechtssuchende regelmäßig Anspruch auf die Dienstleistungen der Justiz, den einzufordern man ihm lange nahegelegt hat. Die neuen Wege der Aufgabenvermeidung

heißen obligatorische Streitschlichtung, Güteverhandlung, Stärkung des Schiedsverfahrens oder Mediation. Die Möglichkeiten werden seit Jahren versucht. Ich will auf sie hier nicht weiter eingehen. Nennenswerte Entlastung, die auf den Personalbestand durchschlagen würde, ist bisher nicht in Sicht.

Bleibt die Veräußerung von Betrieben und Betriebsteilen, in unserem Fall "Aufgabentransfer auf nicht staatliche Träger" genannt. Ist hierfür im Bereich der Justiz überhaupt Raum? Rechtsprechung ist Ausübung hoheitlicher Tätigkeit par excellence. Hierzu bestimmt Artikel 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, dass die Ausübung hoheitlicher Aufgaben "als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich rechtlichen Dienst - und Treueverhältnis stehen. Darüber hinaus bestimmt Artikel 92 des Grundgesetzes: "Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut; sie wird durch das Bundesverfassungsgericht, durch die in diesem Grundgesetz vorgesehenen Bundesgerichte und durch die Gerichte der Länder ausgeübt."

Wo soll hier Platz sein für den Transfer von richterlichen Aufgaben auf nicht staatliche Träger?

Die Justizministerkonferenz und die von ihnen eingesetzte Arbeitsgruppe sind fündig geworden. § 34 Abs. 4 des Grundgesetzes lässt nach seinem Wortlaut Ausnahmen zu, - der Vorbehalt zu Gunsten des öffentlichen Dienstes greift nur "in der Regel ". Und in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zum

Richtervorbehalt des Art. 92 GG wird auch Spielraum ausgemacht. Sind doch seit jeher an den Gerichten nicht nur Richter tätig - seit der eingangs schon erwähnten "kleinen Justizreform" insbesondere die Rechtspfleger, die mit sachlicher Unabhängigkeit und echter Entscheidungskompetenz ausgestattet sind. Diesen Aufgabenbereich hat das Bundesverfassungsgericht - ich weiß, zu Ihrem Leidwesen - gerade nicht als Rechtsprechung i.S. Art. 92 GG eingestuft.

In einer jüngsten Entscheidung (Beschluss vom 07.08.2004) hat das Bundesverfassungsgericht für den Begriff der Rechtsprechung im materiellen Sinn insbesondere auf das "Element der letztverbindlichen, rechtskräftigen Feststellung dessen, was im konkreten Fall rechtens ist", abgestellt. Der Begriff der rechtsprechenden Gewalt ist in der Verfassungsrechtsprechung aber nicht abschließend geklärt. Die Grenzen, die sich aus den genannten verfassungsrechtlichen Vorschriften für die Verlagerung von Aufgaben, die traditionellerweise von den Gerichten wahrgenommen wurden, stehen nicht fest. Die Justizministerinnen und Justizminister sind jedenfalls der Überzeugung, dass Spielraum für Aufgabenverlagerungen besteht, die ausgelotet werden sollen. Man kann starke Zweifel haben; ich will im folgenden aber von dieser Annahme ausgehen.

Es bedarf auch noch eines Abnehmers, der Interesse daran hat, die Aufgaben der Justiz zu übernehmen. Zwei Zielgruppen zeichnen sich ab.

Die Gerichtsvollzieher werden mit der Entlassung in die Segnungen der Freiberuflichkeit gelockt. Ich kann in meinem Zusammenhang hierauf nicht im Detail eingehen, nur soviel: Zum Kernbestand des Rechtsstaats gehört es, dass die Durchsetzung privater Ansprüche dem Vorbehalt des staatlichen Gewaltmonopols unterworfen ist. Geht es wirklich an, diesen Vorbehalt auf den Urteilsspruch zu beschränken, dessen Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung aber der privatrechtlichen Gestaltung zu überlassen? Ist es wirklich Polemik, wenn man die Wiedererrichtung von Schuldtürmen am Horizont erblickt? Davon abgesehen, ist sicher: Die Zeche für die Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens bezahlt - in der Form höherer Vollstreckungskosten - der Rechtsuchende. Die Aussicht, dass der Gläubiger das Honorar für den Gerichtsvollzieher, wie bei amerikanischen Anwälten üblich, dann möglicherweise im Wege freier Vereinbarung als Erfolgshonorar verhandeln kann, ist wenig ermutigend.

#### **4. Das Interesse der Notare**

Für die nachlassgerichtlichen Aufgaben ist ein echter Abnehmer in Sicht. Die Notare haben schon im Zusammenhang mit der deutschen Einheit 1991 Interesse an dem Objekt bekundet - damals blieben sie ohne Erfolg.. Heute aber, so scheint es, stehen die Chancen für einen Zuschlag nicht schlecht.

An der Seriosität des Interessenten ist kein Zweifel, an seiner grundsätzlichen Eignung auch nicht, jedenfalls wenn man vom Modell des Nurno-

tariats bayerisch-pfälzischer Prägung ausgeht. Die Notare sind ein angesehener, hochqualifizierter und wohl organisierter Berufsstand. Ihre juristische Qualifikation ist über jeden Zweifel erhaben. An Erfahrung in erbrechtlicher Beratung fehlt es ihnen nicht. Dabei lasse ich hier dahingestellt, welche Abstriche von deren These für das Anwaltsnotariat nötig sind.

Und das Motiv für das Interesse der Notare ist nicht unehrenhaft. Trotz konjunktureller Schwankungen sind die Notare regelmäßig beruflich ausgelastet und mit Billigung des BVerfG wird der Berufszugang gesteuert. Es geht den Notaren wohl nicht in erster Linie um die Erschließung einer zusätzlichen Einnahmequelle, mag die Übernahme der Aufgaben der Nachlassgerichte auch kein schlechtes Geschäft versprechen. Ich werde darauf noch kurz zu sprechen kommen.

Die Notare haben ein anderes Problem: die Dienstleistungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union. Seit längerem spüren sie den heißen Atem des Wettbewerbskommissars aus Brüssel im Nacken. Er zeigt wenig Verständnis dafür, dass bei der freiberuflich ausgeübten notariellen Beratung und Betreuung von Mandanten grenzüberschreitende Konkurrenz ausgeschlossen sein soll. Brüssel äußert erhebliche Zweifel daran, dass der Vorbehalt des EU-Vertrags für den öffentlichen Dienst auf die Notare anwendbar sei. Gibt es gegenüber diesen Zweifeln einen besseren Gegenbeweis als die Übernahme von Aufgaben, die bisher nicht nur staatlichen Amtsträgern, sondern den Gerichten vorbehalten waren? Man kann das Interesse der

Notare an den Aufgaben der Nachlassgerichte verstehen.

Andererseits eine höchst merkwürdige Konstellation: auf der einen Seite die Justizminister, die aus Haushaltsgründen bisher der Rechtsprechung vorbehaltene Aufgaben auf außerhalb des öffentlichen Dienstes stehende "Dienstleister" geschlossen übertragen wollen. Auf der anderen Seite die Notare, die dieselbe Aufgabe als Nachweis für ihre dem öffentlichen Dienst zuzurechnende, dem freien Dienstleistungsverkehr gerade nicht unterliegende Aufgabenstellung gegenüber Brüssel anstreben. Kann ein solcher Spagat aufgehen?

## 5. Kostenrechnung

Nach den Erhebungen der Justizverwaltung sind bei den Nachlassgerichten bundesweit ca. 110 Richter, 590 Rechtspfleger und knapp über 1.000 Servicekräfte tätig. Es lassen sich daher durch die vollständige Übertragung der Aufgaben der Nachlassgerichte auf die Notare ca. 1.700 Stellen einsparen. Ein sicher beeindruckendes Potential.

Den öffentlichen Kassen gingen aber auf der anderen Seite die Gebühren verloren, die in Nachlasssachen, insbesondere in Erbscheinsverfahren erhoben werden. Die Aussagen über den Grad der Kostendeckung der Tätigkeit der Nachlassgerichte schwanken. In Bayern wurde im Modell ein Kostendeckungsgrad von 154 % errechnet; zu einem ähnlichen Ergebnis

(149 %) kam eine Berechnung der Justiz in Baden-Württemberg, wäh-

rend der dortige Rechnungshof eine Deckungsquote von etwas unter 100 % errechnete. In unserem Zusammenhang mag es genügen, dass alles für eine Kostendeckung von mindestens 100 % spricht. Die Entlastung der öffentlichen Haushalte durch die Übertragung der Aufgaben ist damit ausgeschlossen. Wozu aber ein Nachdenken über gravierende organisatorische Eingriffe in bestehende Gerichtsstrukturen, um Kosten zu sparen, wenn diese Maßnahme mit Wahrscheinlichkeit keinen finanziellen Nutzen, wahrscheinlich eher einen Verlust erbringt?

Die Justizverwaltungen haben allerdings einen engeren Blickwinkel, sie haben den Justizhaushalt im Auge, in dem die Stellen zu Buche stehen. Die Einnahmen aus der Amtstätigkeit der Gerichte werden nicht dem Justizhaushalt gutgeschrieben, sondern den allgemeinen Staatseinnahmen. Aus der Sicht des Justizhaushalts zählt nur die Verminderung des Stellenplans. Das andere ist Angelegenheit der Finanzressorts. Ein Finanzminister, der sich auf eine solche Rechnung einlässt, und der die Aufgabenübertragung an die Notare als den Beitrag der Justiz zur Haushaltssanierung akzeptiert, müsste freichlich einfältig sein. Man sollte daher annehmen dürfen, dass der Plan, Aufgaben der Nachlassgerichte auf die Notare zu übertragen, vom Tisch ist, wenn unter dem Strich nichts herauskommt, mit gewisser Wahrscheinlichkeit sogar mit einem finanziellen Verlustgeschäft für den Fiskus gerechnet werden muss.

## 6. Erwartungen des Bürgers

Dieses Ergebnis soll uns aber nicht hindern, auch aus der Sicht der Rechtssuchenden eine Bilanz zu versuchen.

Gerichte bestanden und bestehen seit jeher nicht nur aus Strafgerichten und der streitigen Gerichtsbarkeit. Für den rechtssuchenden Bürger ist das Gericht die mit besonderer Unabhängigkeit ausgestattete staatliche Einrichtung, die für die Behandlung und Entscheidung seiner persönlichen und zwischenmenschlichen Konflikte nach den Vorgaben der Gesetze zuständig ist. Der Bürger beauftragt einen Rechtsanwalt, wenn er rechtliche Beratung und die Vertretung seiner rechtlichen Interessen erwartet, er geht zum Notar, wenn er auf Grund rechtlicher Vorschrift oder eigener Einsicht bei der rechtlichen Gestaltung seiner Angelegenheiten einen sachkundigen und unabhängigen Berater benötigt. Wenn es aber darum geht, dass über rechtliche Beziehungen über Ansprüche oder in höchstpersönlichen Angelegenheiten mit Wirkung nach außen entschieden werden soll, erwartet der Rechtssuchende die Zuständigkeit eines Gerichts, das in einem rechtlich geordneten Verfahren eine Entscheidung trifft. Dabei unterscheidet der Bürger nicht zwischen Streitgericht und Vormundschaftsgericht, Familiengericht oder Nachlassgericht. Er erwartet vielmehr vom Gericht, dass sein Anliegen, dort bearbeitet, Ernst genommen und ihm rechtliches Gehör gewährt wird, dass es unabhängig geprüft und - notfalls in einem objektiven Verfahren verbeschieden wird. Unter dem Gesichtspunkt des

Art 92 GG, - das ist die Frage, ob der Richter entscheiden muss oder auch ein anderer Funktionsträger des Gerichts tätig werden darf - mag wesentlich sein, ob die Entscheidung zwischen mehreren Beteiligten verbindlich und der Rechtskraft fähig ist; dem Bürger ist es wichtig, dass sie von einer mit Unabhängigkeit ausgestatteten, zur Objektivität verpflichteten Person mit der Autorität eines Gerichts getroffen wurde. Ob eine Erbstreitigkeit durch die Erteilung eines Erbscheins oder ein streitiges Feststellungsurteil entschieden wird, ist dem Bürger eher gleichgültig, er unterscheidet aber sehr wohl zwischen einer Bestätigung eines Notars über die Erbrechtslage und einer gerichtlichen Entscheidung über diese. Der Bürger erwartet vom Rechtsstaat - m.E. zu Recht -, dass dieser für die Regelung seiner essentiellen rechtlichen Anliegen gerichtliche Ressourcen bereithält und ihn nicht auf den freien Dienstleistungsmarkt verweist, mögen dort auch fachlich qualifizierte Anbieter vorhanden sein. Es sollte doch zu denken geben, dass die Bereitschaft der Notare im Rahmen der obligatorischen Streitschlichtung gemäß Artikel 15 a EGZPO tätig zu werden, kaum Früchte trägt. Dies liegt doch nicht an fehlender Qualifikation der Notare, sondern daran, dass der Bürger in einem bestimmten Stadium einer rechtlichen Auseinandersetzung das Tätigwerden eines Gerichts erwartet,, das Rechtsanwalt oder Notar nicht ersetzen können. Das gilt auch und gerade in Erbschaftsangelegenheiten.



## 7. Erbscheinsverfahren

Ich habe bisher nur pauschal von den Nachlassgerichten gesprochen, ohne nach den unterschiedlichen Zuständigkeiten zu unterscheiden, die den Nachlassgerichten zugewiesen sind. Ich möchte es bei dieser pauschalen Betrachtung belassen und davon absehen, zu untersuchen, ob einzelne Aufgabenbereiche der Nachlassgerichte, insbesondere die im Vorfeld einer Erbscheinserteilung (etwa die Verwahrung und Registrierung von Testamenten, die Testamentseröffnung, eventuell auch der Erbscheinsantrag) für eine Übertragung geeignet sind. Hierüber wird man, solange die grundsätzliche Aufgabenzuordnung zwischen Gericht und Notar nicht angetastet wird, reden können. Die konsequente Anwendung des auch sonst im Verhältnis zwischen notarieller Antragsstellung und gerichtlicher Entscheidung bewährten "Vier-Augen-Prinzips" auf das Nachlassverfahren würde in der Tat sogar einen Zuwachs an Rechtssicherheit versprechen.

Ich möchte vielmehr - auch mit Rücksicht auf meine Zeit - nur mehr auf den Kernbereich der nachlassgerichtlichen Zuständigkeit, das Erbscheinverfahren, eingehen.

Vordergründig - und darauf wird in der Diskussion um die Aufgabenverlagerung dann auch abgestellt, handelt es sich um ein Verfahren, das auf die Erteilung einer amtlichen Bescheinigung abzielt, die bekundet, wer Erbe ist und welchen Verfügungsbeschränkungen er unterliegt. Von Gesetzes wegen ist diese Erbschein genannte Bescheinigung mit

der Vermutung der Richtigkeit ausgestattet (§ 2365 BGB); sie genießt widerlegbaren öffentlichen Glauben (§ 2366 BGB); sie stellt kraft dieser Eigenschaften im Vollzug des praktischen Rechtsverkehrs eine ganz erhebliche Erleichterung dar.

Diese auf den gesetzlichen Grundlagen des BGB abstellende Betrachtung wird aber der wirklichen Bedeutung des Erbscheinverfahrens nur sehr beschränkt gerecht. Die auf die Bescheinigung abstellende Betrachtung ist nur dann zutreffend, wenn kein Streit um das Erbe herrscht, es also im Grunde nicht um eine Entscheidung über die Erbfolge oder Umfang und Tragweite der Erbschaft geht, sondern nur um die Erteilung der amtlichen Bescheinigung für die Einbeziehung des ererbten Vermögens am Rechtsverkehr.

In der Realität herrscht aber da, wo geerbt wird oder auch nur Hoffnung auf ein Erbe besteht, oft Streit. Wenn, wie häufig, an dem Streit Verwandte mit gegensätzlichen Interessen beteiligt sind, ist das Streitpotenzial hoch. Wir finden daher im Erbscheinverfahren häufig die eine gerichtliche Kompetenz fordernde Interessenlage vor.

In den in unserer Gesellschaft im Steigen begriffenen Fällen von Erbstreitigkeiten ist die konfliktmindernde, streitschlichtende und notfalls streitentscheidende Funktion des Erbscheinverfahrens vor den Gerichten m.E. unersetzbar. Müssten diese Fälle auch nur in erheblich vermehrtem Maß im schwerfälligen, auf die Besonderheiten der Erbsituation nicht abstellenden gerichtlichen Streitverfahren vor den Prozess-

gerichten entschieden werden, so wäre die Mehrbelastung der Justiz erheblich.

Hinzu kommt, dass gerade bei Nachlasssachen oft erst im Lauf eines Verfahrens der tatsächliche Umfang eines Streits deutlich wird. Erbscheinsverfahren können in bestem Einvernehmen beginnen und doch in hohem Maße "streitig" enden. Hier auf hat sich die gerichtliche Praxis eingestellt.

Das Erbscheinverfahren hat sich im hohen Maß als anpassungsfähig, effizient und sachgerecht für die Beilegung, notfalls auch für die Entscheidung der Fälle erwiesen, in denen Streit um das Erbe erst im Laufe der Bearbeitung eines Erbscheinantrags entsteht. Wesentlichen Anteil an der Effizienz des Verfahrens hat der Umstand, dass sich die gesetzlichen Regelungen auf wenige Verfahrensgrundsätze beschränken und daher den Gerichten einen weiten Spielraum für eine dem Einzelfall angemessene Verfahrensgestaltung lassen. Dies gilt sowohl in den Fällen, in denen der Schwerpunkt des Streits im tatsächlichen t Bereich liegt - als Beispiele: nicht mehr auffindbares oder nur noch in Abschrift vorhandenes Testament, Testamentsfälschungen, Behauptung fehlender Testierfähigkeit - wie in Fällen rechtlicher Meinungsverschiedenheiten etwa über die Auslegung einer letztwilligen Verfügung oder über die Zulässigkeit oder die rechtliche Tragweite einer letztwilligen Anordnung.

Ferner: das Erbscheinverfahren ist von Gesetzes wegen mit besonderen Kautelen ausgestattet, die für die

gerichtliche Streitschlichtung oder Streitentscheidung in einem rechtsförmlichen Verfahren essentiell sind. Ich nenne die Pflicht zur Amtsermittlung (§ 2358 BGB), das ausdrückliche Gebot des rechtlichen Gehörs (§ 2360 BGB) und die strenge Bindung der Entscheidung an den gestellten Antrag (§ 2353 BGB); dies sind typische Vorgaben eines gerichtlichen Verfahrens, der Amtstätigkeit des Notars aber fremd.

Lassen Sie mich noch ein anderes Beispiel anfügen: Die Rechtsprechung hat in dem Erbscheinverfahren den "Vorbescheid" entwickelt, der im Gesetz nicht vorgesehen ist. Dessen Intension ist es, das gerichtliche Erbscheinverfahren einschließlich des darin eröffneten Rechtsmittelzugs für die Beilegung und Entscheidung auch hochstreitiger oder umfangreicher Ermittlungen bedürftiger Fälle geeignet zu machen. Denn durch den Vorbescheid, der den beabsichtigten Erbschein ankündigt, wird vermieden, dass vor endgültiger Entscheidung die Publizitätswirkung des § 2366 BGB eintritt. Im Verhältnis zwischen Nachlassgericht und Rechtsmittelgerichten wird von den Möglichkeiten des Vorbescheids in sehr effizienter und vertrauensvoller Weise Gebrauch gemacht. Der Vorbescheid ergibt aber nur einen Sinn, wenn der erbrechtliche Streit im Erbscheinverfahren so beigelegt werden kann, dass die darin im Wege des gegenseitigen Nachgebens erreichte Lösung oder die getroffene Entscheidung von den Beteiligten akzeptiert wird.

Durch die Verlagerung der Eingangszuständigkeit von den Gerichten weg zu den Notaren würde in die

Funktionstüchtigkeit des Erbscheinverfahrens für die sachgerechte Entscheidung streitiger und hochstreitiger Fälle empfindlich eingegriffen. Aufgrund meiner vieljährigen Erfahrung als Vorsitzender des Nachlasssenats des Bayerischen Obersten Landesgerichts wage ich die Prognose, dass der Anfall erbrechtlicher Fälle vor den Streitgerichten aller Instanzen erheblich ansteigen wird, wenn es zur Verlagerung der Eingangszuständigkeiten auf die Notare käme. Denn dies hätte zur Folge, dass sich der Schwerpunkt des Erbscheinverfahrens auf die rasche Erteilung eines amtlichen Ausweises verlagern würde, wie auch sonst Schnelligkeit das legitime Bestreben eines guten Notars ist. Seine Tätigkeit ist deshalb auch nicht auf die Ermittlung eines umstrittenen Sachverhalts - gar noch im Wege des Amtsverfahrens - auf die Erholung von Sachverständigengutachten oder auf sonst umfängliche Beweiserhebungen ausgerichtet.

Die Streitvermeidende und Streit-schlichtende Funktion der nachlassgerichtlichen Verfahren würde zurücktreten und allenfalls im aufwendigen Rechtsmittelverfahren zum Tragen kommen.. Die Belastungsbilanz für die Aufgabenübertragung trägt daher, wenn man meint, mit der Zuständigkeitsübertragung auf die Notare seien die ordentlichen Gerichte die Erbstreitigkeiten im Wesentlichen los. Umgekehrt wird es kommen.

## **8. Arbeitsweise der Nachlassgerichte**

Lassen Sie mich schließlich noch auf zwei praktische Punkte zu sprechen kommen:

(1) Die Arbeit der Nachlassgerichte läuft in der Praxis reibungslos. Sie sind schnell und bürgerfreundlich. Klagen über die Tätigkeit der Nachlassgerichte sind nicht bekannt. Warum soll gerade diese gerichtliche Zuständigkeit zum Gegenstand eines in ihrem Ausgang mindestens fragwürdigen Experiments gemacht werden?

(2) Ich bin eingangs auf die kleine Justizreform der 50iger und 60iger Jahre eingegangen. Sie hatte zum Gegenstand, den unter erheblichen personellen Schwierigkeiten im richterlichen Dienst leidenden Gerichten durch die erweiterte Ausgestaltung der Rechtspflegerlaufbahn Entlastung zu verschaffen. Die Maßnahme hatte Erfolg und hat sich über Jahrzehnte hinweg in den verschiedensten Rechtsgebieten, aber gerade auch bei den Nachlassgerichten bewährt. Hierdurch ist ein Vertrauenstatbestand auch zwischen den Dienstherren und den Angehörigen der Rechtspflegerlaufbahn entstanden. Diese müssten es als Vertrauensbruch empfinden, würde ihrem Berufsstand - aus kurzfristigen fiskalischen Motiven - der wesentliche Aufgabenbereich an den Nachlassgerichten einfach entzogen.

Es besteht schließlich kein Zweifel daran, dass die dritte Gewalt bei der Bewältigung ihrer Aufgaben auch künftig - und auch aus fiskalischen Gründen - nicht nur Richter, sondern auch kompetente und leistungsberei-

te Rechtspfleger benötigt. Dies sollte - jenseits aller haushaltsmäßigen Gesichtspunkte - bei der zu treffenden Entscheidung nicht unberücksichtigt bleiben.

## **9. Schluss**

Die unter dem Schlagwort der Konzentration der Rechtspflege auf ihre Kernaufgaben beabsichtigte Übertragung wesentlicher Aufgaben der Amtsgerichte - insbesondere der Nachlassgerichte - auf die als freiberufliche Dienstleister tätigen Notare ist ein Irrweg. Das notarielle Berufsbild ist nach notariellem Selbstverständnis wie aus der Sicht der Rechtssuchenden Bevölkerung auf die Beratung und Betreuung des einzelnen Mandanten in dessen eigenen rechtlichen Angelegenheiten und die Gestaltung hierbei nötiger rechtlicher

Erklärungen ausgerichtet und gerade nicht auf die Entscheidung von - jedenfalls potentiell - widerstreitenden Interessen in einem justizförmlichen Verfahren. Um dies geht es aber in den Nachlassverfahren.

Die Verlagerung der wesentlichen Funktionen der Nachlassgerichte auf den Dienstleistungsmarkt wäre auch ein Abbau von Rechtsstaatlichkeit. Denn diese beruht nicht nur auf der Funktionstüchtigkeit der Strafgerichte und Streitgerichte sondern wesentlich auch auf dem Vertrauen der Bevölkerung darauf, bei den Gerichten einen in jeder Beziehung unabhängigen und von keinerlei Interessen abhängigen Amtsträger für die Entscheidung über alle essentiellen rechtlichen Streitfragen zur Verfügung zu haben. Nachlasssachen sind essentielle Streitfragen in diesem für den Bürger wesentlichen Sinn.

## **Impressum**

◆ Herausgeber: Verband Bayerischer Rechtspfleger e.V., 80097 München  
<http://www.rechtspflegerverband-bayern.de>

◆ Schriftleiterin und verantwortlich für den Inhalt:  
Daniela Woite, Amtsgericht München, 80097 München

Mit Namen unterzeichnete Artikel, Stellungnahmen, Leserbriefe etc. werden unter alleiniger Verantwortung des Unterzeichners veröffentlicht und geben grundsätzlich nur dessen Auffassung wieder. Ihre Veröffentlichung beinhaltet nicht, daß sich Herausgeber oder Schriftleitung die darin enthaltenen Tatsachenbehauptungen zu eigen machen oder die darin geäußerten Meinungen teilen.