

Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft

---

Band 29

# Der Erbschein

Erteilung, Einziehung und Änderung

Von

Ingrid Scheer



Duncker & Humblot · Berlin

**INGRID SCHEER**  
**Der Erbschein**

# **Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft**

**Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster durch die Professoren  
Dr. Hans-Uwe Erichsen Dr. Helmut Kollhosser Dr. Jürgen Welp**

**Band 29**

# Der Erbschein

Erteilung, Einziehung und Änderung

Von

Dr. Ingrid Scheer



Duncker & Humblot · Berlin

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Scheer, Ingrid:**

Der Erbschein : Erteilung, Einziehung u. Änderung / von  
Ingrid Scheer. — Berlin : Duncker u. Humblot, 1988  
(Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft ; Bd. 29)  
Zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1986  
ISBN 3-428-06407-0  
NE: GT

Alle Rechte vorbehalten  
© 1988 Duncker & Humblot GmbH, Berlin 41  
Satz: Irma Grininger, Berlin 62  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3-428-06407-0

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit beruht auf meiner Dissertation, die im Wintersemester 1986/87 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster angenommen wurde.

Die Anregung für die Arbeit erhielt ich von Herrn Prof. Dr. Wilfried Schlüter, dem ich für die fachliche und persönliche Förderung herzlich danke. Er hat mir in großzügiger Weise Gelegenheit gegeben, die Arbeit neben meiner Tätigkeit als Richterin im Hochschuldienst am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Münster anzufertigen.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Helmut Kollhosser, der die Arbeit als Zweitgutachter beurteilt hat.

Zu Dank verpflichtet bin ich ferner der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft“ sowie dem Verlag Duncker & Humblot für die verlegerische Betreuung.

*Ingrid Scheer geb. Lindemann*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einführung</b> .....	17
-------------------------	----

## § 1 Die historische Entwicklung des Erbscheins

A. Römisches Recht .....	18
B. Germanisches Recht .....	20
C. Gemeines Recht .....	22
D. Die neueren Kodifikationen .....	24
I. Vorderösterreichisches und bayrisches Recht .....	24
II. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten .....	25
E. Das Gesetz betreffend die Ausstellung gerichtlicher Erbscheinigungen vom 12. März 1869 .....	26
F. Die Entwicklung bis zum Inkrafttreten des BGB .....	29

## § 2 Die Funktion des Erbscheins nach dem BGB

A. Die Klarstellung des Erbrechts im Interesse des Erben und Dritter .....	31
B. Die Funktion des Erbscheins als Maßstab für dessen Inhalt .....	32
I. Das konkrete Erbrecht .....	32
II. Die erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen im einzelnen .....	33
1. Die Nacherbfolge .....	33
a) Die Befreiung von der Nacherbfolge und das Vorausvermächtnis .....	33
b) Der Nacherbe .....	35
c) Die Voraussetzungen des Eintritts der Nacherbfolge .....	35
d) Die Rechtsfolgen bei Wegfall des Nacherben .....	36
2. Die Testamentsvollstreckung .....	37
a) Der Testamentsvollstrecker .....	37
b) Die Testamentsvollstreckung, die den Erben nicht beschränkt .....	37
c) Die gegenständlich beschränkte Testamentsvollstreckung .....	38
III. Der maßgebende Zeitpunkt für das auszuweisende Recht .....	40
1. Die Aussage der Gesetzesmaterialien .....	41
2. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	41



3. Stellungnahme .....	43
a) Der Verlust der Rechte, die im Erbfall erworben wurden ....	43
b) Der Verlust der Erbenstellung .....	43
c) Der Wegfall der Verfügungsbeschränkungen .....	45
d) Zusammenfassung .....	46
C. Die Funktion des Erbscheins als Maßstab für dessen Wirkung .....	47
I. Die Vermutung des Erbscheins .....	47
II. Der öffentliche Glaube des Erbscheins .....	48

### § 3 Die Erteilung des Erbscheins

A. Die Zuständigkeit zur Erteilung des Erbscheins .....	49
B. Der Antrag auf Erteilung des Erbscheins .....	54
I. Die Antragsberechtigten .....	54
1. Der Erbe .....	54
2. Dritte, die nicht vom Erblasser als Erbe berufen sind .....	54
a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	54
b) Stellungnahme .....	55
c) Die einzelnen Fallgruppen .....	56
aa) Die Nachlaßgläubiger .....	56
bb) Die Personen, die den Nachlaß verwalten .....	56
cc) Der Erbeserbe .....	57
dd) Der Erbteilserwerber .....	57
ee) Der Erbschaftskäufer .....	61
ff) Der Erbe des Nacherben .....	62
gg) Der Erwerber des Anwartschaftsrechts des Nacherben ...	62
II. Der Inhalt des Antrags .....	64
C. Die Aufgabe des Nachlaßgerichts .....	66
D. Der Vollzug der Erteilung .....	67

### § 4 Die Einziehung des Erbscheins

A. Das Einziehungsverfahren und seine Wirkung .....	71
I. Die rechtlichen Voraussetzungen des Einziehungsverfahrens .....	71
II. Der Vollzug der Einziehung .....	73
III. Die Bedeutung der Kraftlosigkeit .....	74
B. Die Funktion der Einziehung .....	75
I. Die Aussage der Gesetzesmaterialien zur Funktion der Einziehung ..	76

II. Die Funktion der Einziehung in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	77
III. Stellungnahme . . . . .	78
1. Der Schutz vor den Gefahren des Erbscheins . . . . .	78
2. Die Gefahren im einzelnen . . . . .	78
a) Die Gefahr für den wahren Berechtigten infolge der §§ 2366, 2367 . . . . .	78
b) Die Gefahr für den Legitimierten infolge des § 2365 . . . . .	79
c) Die Gefahr für Dritte infolge des § 2365 . . . . .	81
d) Die Rechtsnachteile, die im Vertrauen auf den Erbschein entstehen . . . . .	81
aa) Das schutzwürdige Vertrauen . . . . .	82
bb) Die Rechtsnachteile für den ausgewiesenen Erben . . . . .	83
cc) Die Rechtsnachteile für Dritte . . . . .	83
e) Die Rechtsnachteile für Dritte infolge nachträglicher Änderung des ausgewiesenen Rechts . . . . .	84
f) Die Beeinträchtigung des Legitimierten und Dritter infolge eines unzulänglichen Ausweises über die Berechtigung . . . . .	86
3. Zusammenfassung . . . . .	87
C. Der Anwendungsbereich des § 2361 Abs. 1, 2 . . . . .	87
I. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	87
1. Die inhaltlichen Fehler des Erbscheins . . . . .	87
a) Die Ansätze der Rechtsprechung . . . . .	87
b) Die Ansätze des Schrifttums . . . . .	89
2. Die Verfahrensfehler . . . . .	90
II. Die unmittelbare Anwendung des § 2361 Abs. 1, 2 . . . . .	91
1. Der Wortsinn des Begriffs des unrichtigen Erbscheins . . . . .	91
2. Die historische Auslegung . . . . .	93
3. Die Funktion der Einziehung als Maßstab für die unmittelbare Anwendung des § 2361 Abs. 1, 2 . . . . .	93
III. Die restriktive Anwendung des § 2361 Abs. 1, 2 bei inhaltlichen Fehlern . . . . .	95
IV. Die analoge Anwendung des § 2361 Abs. 1, 2 . . . . .	95
D. Die einzelnen Fallgruppen der Einziehung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und Literatur . . . . .	96
I. Die inhaltlichen Fehler des Erbscheins . . . . .	96
1. Der Erbschein nach § 2353 . . . . .	96
a) Der unrichtige Erbe . . . . .	96
b) Der unrichtige Miterbe . . . . .	97
c) Die Unrichtigkeit mehrerer Erbteile . . . . .	98
d) Die Unrichtigkeit eines von mehreren Erbteilen . . . . .	101
e) Die Unrichtigkeit eines Erbteils im Teilerbschein . . . . .	101
f) Die fehlende Angabe über die (genaue) Größe der Erbteile . . . . .	101

g) Die Angabe eines noch lebenden Erblassers .....	103
h) Der unrichtige Todeszeitpunkt .....	104
i) Die fehlende Angabe über den Beginn des Erbrechts im Erbschein für den Nacherben .....	105
k) Der unrichtige Zeitpunkt des Beginns des Erbrechts im Erbschein für den Nacherben .....	106
l) Der unrichtige Berufungsgrund .....	106
m) Die Angabe einer Begründung .....	108
n) Die fehlende oder unrichtige Angabe über das Verwandtschaftsverhältnis, den Beruf oder den Familienstand .....	109
o) Die Angabe eines Veräußerungsverbots .....	110
2. Der Erbschein nach §§ 2353, 2363 .....	111
a) Der fehlende Nacherbenvermerk .....	111
b) Die unrichtige Angabe des Nacherbenvermerks .....	111
c) Die unrichtige Angabe über Befreiungen des Vorerben .....	116
d) Die fehlende Angabe über Befreiungen des Vorerben .....	116
e) Die unrichtige Angabe eines Vorausvermächtnisses .....	117
f) Die fehlende Angabe eines Vorausvermächtnisses .....	117
g) Die Benennung eines falschen Nacherben .....	118
h) Die fehlende (genaue) Bezeichnung des Nacherben .....	119
i) Die unrichtige Angabe über die Voraussetzungen, unter denen der Nacherbfall eintritt .....	120
k) Die fehlende Angabe über die Voraussetzungen, unter denen der Nacherbfall eintritt .....	121
l) Die unrichtige Angabe über die Unvererblichkeit des Nacherbenrechts .....	122
m) Die fehlende Angabe über die Unvererblichkeit des Nacherbenrechts .....	123
n) Die unrichtige Angabe über die Vererblichkeit des Nacherbenrechts .....	124
o) Die fehlende Angabe über die Vererblichkeit des Nacherbenrechts .....	124
p) Die unrichtige Angabe über die Ersatznacherbfolge .....	124
q) Die fehlende Angabe über die Ersatznacherbfolge .....	125
r) Die Benennung eines falschen Ersatznacherben .....	125
s) Die fehlende (genaue) Bezeichnung des Ersatznacherben .....	125
3. Der Erbschein nach §§ 2353, 2364 .....	126
a) Der fehlende Testamentsvollstreckervermerk .....	126
b) Die unrichtige Angabe über die Anordnung der Testamentsvollstreckung .....	126
c) Die Angabe der Testamentsvollstreckung, die den Erben nicht beschränkt .....	127
d) Die fehlende Angabe der Testamentsvollstreckung, die den Erben nicht beschränkt .....	128

e)	Die fehlende Angabe der Testamentsvollstreckung, die den Nacherben beschränkt .....	128
f)	Die fehlende Angabe über die gegenständliche Beschränkung der Testamentsvollstreckung .....	129
g)	Die unrichtige Angabe über die gegenständliche Beschränkung der Testamentsvollstreckung .....	130
h)	Die unrichtige Bezeichnung des Testamentsvollstreckers .....	131
i)	Mehrdeutige Angaben .....	131
4.	Der Erbschein nach § 2369 und der beschränkte Eigenrechtserbschein .....	133
a)	Die fehlende Angabe der territorialen oder gegenständlichen Beschränkung .....	133
b)	Die unrichtige Angabe der territorialen oder gegenständlichen Beschränkung .....	134
c)	Der fehlende Hinweis auf die Anwendung ausländischen Rechts .....	135
d)	Die Angabe einzelner Nachlaßgegenstände .....	136
5.	Die nachträglichen Änderungen des ausgewiesenen Rechts .....	136
a)	Der Verkauf der Erbschaft .....	136
b)	Die Übertragung des Erbteils .....	137
c)	Die Pfändung des Miterbenanteils .....	137
d)	Der Tod des (Mit-)Erben .....	138
e)	Der Eintritt des Nacherbfalls .....	138
f)	Der Wegfall der Beschränkung durch Nacherbfolge .....	140
aa)	Die Erledigung der Nacherbfolge durch den Tod des Nacherben oder durch Zeitablauf .....	140
bb)	Die Übertragung der Nacherbenanwartschaft auf den Vorerben .....	141
g)	Der Wegfall der Beschränkung durch Testamentsvollstreckung .....	144
h)	Die Änderungen in der Nacherbenanwartschaft .....	145
aa)	Die Übertragung der Anwartschaft auf Dritte .....	145
bb)	Der Übergang der Anwartschaft auf die Erben des Nacherben .....	146
cc)	Der Eintritt der Ersatznacherbfolge .....	147
II.	Die Verfahrensfehler .....	147
1.	Die Erteilung des Erbscheins ohne Antrag oder abweichend vom Antrag .....	147
2.	Die Erteilung des Erbscheins unter Verstoß gegen die Zuständigkeit .....	150
a)	Der Verstoß gegen die örtliche Zuständigkeit .....	150
aa)	Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	150
bb)	Stellungnahme .....	152
b)	Der Verstoß gegen die sachliche Zuständigkeit .....	152
c)	Der Verstoß gegen die funktionelle Zuständigkeit .....	160

aa) Die Erteilung des Erbscheins durch den unzuständigen Rechtspfleger .....	160
bb) Die Erteilung des Erbscheins durch den unzuständigen Richter .....	163
3. Die Erteilung des Erbscheins unter Verstoß gegen die Geschäftverteilung .....	163
4. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs .....	164
5. Die Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt .....	165
6. Die fehlende Erklärung über die Annahme der Erbschaft .....	165

### § 5 Die Berichtigung und die Abänderung des Erbscheins

A. Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	166
B. Die analoge Anwendung des § 319 ZPO .....	168
I. Die planwidrige Lücke .....	168
II. Die Ausfüllung der Lücke durch § 319 ZPO .....	169
1. Der Normgehalt des § 319 ZPO .....	169
a) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur .....	169
b) Stellungnahme .....	172
2. Die Vergleichbarkeit mit den Erbscheinen, die nicht der Einziehung unterliegen .....	174
C. Die unmittelbare Anwendung des § 18 FGG .....	175
I. Der Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 FGG .....	175
1. Die Anwendbarkeit auf Erbscheine .....	175
2. Der ungerechtfertigte Erbschein .....	176
II. Die Einschränkung der Abänderung von Amts wegen .....	178
D. Die einzelnen Fallgruppen .....	180
I. Die Unrichtigkeit gesetzlich nicht vorgeschriebener Angaben .....	180
II. Fehlende gesetzlich nicht vorgeschriebene Angaben .....	180
III. Die gesetzlich vorgeschriebenen Angaben .....	181
1. Die fehlende Angabe des Erblassers .....	181
2. Die Unrichtigkeit eines von mehreren Erbteilen .....	181
3. Die fehlende Angabe über die (genaue) Größe der Erbteile .....	181
4. Die unrichtige Angabe der erbrechtlichen Beschränkungen, der Ersatznacherbfolge oder der territorialen bzw. gegenständlichen Beschränkung .....	182
5. Die fehlende Angabe über Befreiungen des Vorerben und das Vorausvermächtnis .....	182

6. Die fehlende (genaue) Bezeichnung der Nacherben oder der Ersatznacherben .....	182
7. Die fehlende Angabe über die Unvererblichkeit des Nacherbenrechts oder die Voraussetzungen, unter denen der Nacherbfall eintritt ..	183
IV. Die nachträgliche Unrichtigkeit gesetzlich vorgeschriebener Angaben	183
1. Der Wegfall der Nacherbfolge .....	183
2. Der Wegfall der Testamentsvollstreckung .....	184
3. Der Übergang des Nacherbenrechts auf die Erben des Nacherben	184
<b>Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....</b>	<b>185</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>187</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AgrarR	Agrarrecht
AktO	Aktenordnung
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
bayr.	bayerisch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLG (Nr.)	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
bürgerl.	bürgerlich
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
CPO	Civilprozeßordnung
ders.	derselbe
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotV	Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
Einl.	Einleitung
f.	folgende (Seite)
ff.	folgende (Seiten)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote

GeschBeh.	Allgemeine Verfügung über geschäftliche Behandlung der Grundbuchsachen
GG	Grundgesetz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Halbbd.	Halbband
h.M.	herrschende Meinung
HöfeO	Höfeordnung
HöfeVO	Verfahrensordnung für Höfesachen
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HRV	Allgemeine Verwaltungsvorschrift über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters
Hs.	Halbsatz
HypO	Hypothekenordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts
JhJ	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JMBL.NRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring und anderen
LVO	Verfahrensordnung für Landwirtschaftssachen für die Britische Zone
LwVG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notar-Kammer
Münch.Komm.	Münchener Kommentar
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
NdsRPfl.	Niedersächsische Rechtspflege
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OAG	Oberappellationsgericht
OLG	Oberlandesgericht
OLG (Nr.)	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
öterr.	österreichisch
PosMschr.	Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern
pr.	preußisch
PStG	Personenstandsgesetz
RdL	Recht der Landwirtschaft
Rdz.	Randziffer
Recht	Das Recht



RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt
röm.	römisch
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RPFiG	Rechtspflegergesetz
S.	Satz/Seite
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SächsArchRpfl.	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SchlHAnz.	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SeuffA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SeuffBl.	Seufferts Blätter für Rechtsanwendung
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannt
v.	von
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
z.B.	zum Beispiel
ZBIFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

## Einführung

Der Erbschein ist ein gerichtliches Zeugnis, das bereits im germanischen Recht bekannt war. Es dient dazu, das Recht des Erben klarzustellen und ihm den Nachweis seiner Rechtsnachfolge zu erleichtern.

Das Nachlaßgericht ist nicht davor gefeit, einen fehlerhaften Erbschein zu erteilen. Der Gesetzgeber des BGB hat daher erstmalig die Einziehung des Erbscheins angeordnet. Die Voraussetzungen, unter denen ein Erbschein aus dem Rechtsverkehr gezogen werden muß, sind allerdings unbestimmt. § 2361 Abs. 1 BGB regelt lediglich, daß ein unrichtiger Erbschein einzuziehen ist.

Der Anwendungsbereich des § 2361 Abs. 1 BGB bereitet der Rechtsprechung und dem Schrifttum Schwierigkeiten. Die Abgrenzung zwischen unrichtigen und fehlerhaften Erbscheinen, die nicht der Einziehung unterliegen, ist unklar. Auch besteht keine Einigkeit darüber, unter welchen Voraussetzungen ein inhaltlich richtiger Erbschein einzuziehen ist, der in einem fehlerhaften Verfahren erteilt wurde.

Aber nicht nur über den Anwendungsbereich des § 2361 Abs. 1 BGB herrscht Unklarheit. Ungeklärt ist auch die Frage, ob und auf welcher Rechtsgrundlage der Inhalt eines fehlerhaften Erbscheins korrigiert werden kann, der nicht einzuziehen ist.

Die nachfolgende Arbeit soll dazu beitragen, den Anwendungsbereich des § 2361 Abs. 1 BGB zu konkretisieren. Darüber hinaus soll untersucht werden, welche Möglichkeiten das Gesetz eröffnet, den Inhalt eines Erbscheins zu ändern, der zwar fehlerhaft, aber nicht unrichtig im Sinne des § 2361 Abs. 1 BGB ist.

Die Ergebnisse werden auf die einzelnen Fälle fehlerhafter Erbscheine angewandt. Um festzustellen, ob der Erbschein einen Fehler aufweist, wird vorrangig geklärt, welche Angaben zum gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt des Erbscheins gehören. Das richtet sich nach der Funktion des Erbscheins, die in dessen historischer Entwicklung deutlich wird. Ferner ist es erforderlich darzulegen, ob Dritte den Erbschein beantragen können, und vor allem, auf wessen Namen er dann auszustellen ist. Die Erörterung verfahrensfehlerhafter Erbscheine setzt voraus, daß der ordnungsgemäße Verfahrensablauf klargestellt wird. Dementsprechend werden diese Fragen zu Beginn der Arbeit erörtert.

## § 1 Die historische Entwicklung des Erbscheins

Der Erbschein ist ein amtliches Zeugnis, das den Erben ausweist. Er ist neuzeitlichen Ursprungs.

### A. Römisches Recht

Im römischen Recht war die Erteilung eines Ausweises über das Erbrecht unbekannt. Einen solchen Ausweis schufen auch nicht die *bonorum possessio*, das *interdictum quorum bonorum* oder die sog. *missio Hadriana*<sup>1</sup>.

Die *bonorum possessio*<sup>2</sup> war das Recht des Prätors, den Besitz am Nachlaß zuzuweisen<sup>3</sup>. Er erteilte<sup>4</sup> sie demjenigen, der sein Erbrecht innerhalb der hierzu bestimmten Frist anmeldete. Die Erbberechtigung wurde regelmäßig nicht geprüft<sup>5</sup>. Auch mehreren Erbprätendenten, deren Berechtigung sich gegenseitig ausschloß, konnte der Besitz am Nachlaß zugewiesen werden<sup>6</sup>. Meldete sich kein Erbe, so wurde die *bonorum possessio* bewußt Nachlaßgläubigern<sup>7</sup> oder Verwandten des Erblassers erteilt, die nach *ius civile* nicht erbberechtigt waren<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Die *missio Hadriana* wurde später für Erben nach *civilem Testament* eingeführt; vgl. *Riesebieter*, JhJ 34, 103, 106.

<sup>2</sup> Der Ursprung der *bonorum possessio* ist umstritten; er wird jeweils aus der Aufgabe abgeleitet, die ihr nach den verschiedenen Auffassungen zukommt; vgl. dazu die folgenden Fußnoten.

<sup>3</sup> *Bartholomeyczik*, Denkschrift, S. 251.

<sup>4</sup> Auf Antrag des Erbprätendenten oder der Nachlaßgläubiger; vgl. *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 459.

<sup>5</sup> *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 459; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 3.

<sup>6</sup> *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 459; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 3 f.

<sup>7</sup> *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 463. Gaben hausfremde Erben nicht die für den Erwerb der Erbschaft erforderliche Antrittserklärung ab, so konnten die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen nicht durchsetzen. Diesen unbefriedigenden Zustand beseitigte die *bonorum possessio*, deren Ursprung hierin liegen könnte.

<sup>8</sup> *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 462; vgl. auch *Weißler*, Nachlaßverfahren, S. 2. Gaben hausfremde Erben die Antrittserklärung nicht ab oder waren Erben nicht vorhanden, so konnte jeder, auch dem Erblasser fremde Personen, den Nachlaß in Besitz nehmen und durch Ersitzung Erbe werden, ohne daß dessen Verwandte dies verhindern konnten. Diese Ungerechtigkeit des *ius civile* widersprach dem Volksempfinden. *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 462, sieht in dem Bedürfnis nach Ausgleich den Ursprung der *bonorum possessio*. *Sohm/Mitteis*, Röm. Privatrecht, S. 569, und *Dernburg*, Pandekten, § 63, halten es für mitursächlich.

Befand sich ein Erbprätendent im Besitz des Nachlasses und war er zur freiwilligen Herausgabe nicht bereit<sup>9</sup>, so standen die possessorischen Rechtsmittel des *interdictum quorum bonorum*<sup>10</sup> und der *missio Hadriana* offen. Nach summarischer Prüfung<sup>11</sup> wurde demjenigen der Besitz zugesprochen, der sein Erbrecht wahrscheinlich<sup>12</sup> machen konnte.

Alle Rechtsmittel stellten das Recht zum Besitz am Nachlaß klar. Sie gaben dem Eingewiesenen zudem das Recht, die Herausgabe des Besitzes zu verlangen, ohne seine Berechtigung gesondert nachweisen zu müssen<sup>13</sup>. Die Rechtsmittel dienten aber nicht dem Zweck, das Erbrecht des Eingewiesenen nach außen erkennbar klarzustellen<sup>14</sup>. Diese Aufgabe konnten sie allein deshalb nicht erfüllen, weil der Besitz sogar Dritten zugewiesen wurde, die nicht erbberechtigt waren<sup>15</sup>. Der Eingewiesene konnte mit Hilfe der Besitzzuweisung nicht sein Erbrecht unter Beweis stellen. Wollte er für den Nachlaß tätig werden, z.B. Nachlaßforderungen einziehen, so mußte er sein Erbrecht gesondert nachweisen<sup>16</sup>. Verfügte der Eingewiesene, der nicht Erbe war, über Nachlaßgegenstände, so waren die Verfügungen unwirksam. Dritte, die auf seine Berechtigung vertrauten, waren nicht davor geschützt, von dem wahren Erben in Anspruch genommen zu werden. Die *bonorum possessio* und die possessorischen Rechtsmittel gaben nur ein provisorisches Besitzrecht<sup>17</sup>. Dem Eingewiesenen konnte der Besitz im Wege der Erbschaftsklage entzogen werden<sup>18</sup>, in der er die vorteilhaftere Rolle des Beklagten hatte<sup>19</sup>. Der Gegner mußte als Kläger sein Erbrecht erschöpfend beweisen<sup>20</sup>.

<sup>9</sup> *Bartholomeyczik*, Denkschrift, S. 251; *Kübler*, Röm. Recht, S. 189.

<sup>10</sup> Das *interdictum quorum bonorum* setzte die *bonorum possessio* voraus; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 9.

<sup>11</sup> *Cieplik*, Erbschein, S. 5; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 9.

<sup>12</sup> *Leist*, *Bonorum possessio*, S. 170; *Windscheid*, Pandekten, § 617 Fn. 5; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 9.

<sup>13</sup> *Kübler*, Röm. Recht, S. 189; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 9 f.; *Dernburg*, Pandekten, § 63 a, sieht in der bequemen Besitzverschaffung den Ursprung der *bonorum possessio*; s. auch *Sohm/Mitteis*, Röm. Privatrecht, S. 569.

<sup>14</sup> *Weißler*, Nachlaßverfahren, S. 2; *Hillenkamp*, Erbschein, S. 9, 10; anderes galt, nachdem sich die *bonorum possessio* zu einem eigenständigen prätorischen Erbrecht entwickelt hatte.

<sup>15</sup> *Weißler*, Nachlaßverfahren, S. 2.

<sup>16</sup> *Hillenkamp*, Erbschein, S. 4.

<sup>17</sup> Umstritten ist, ob das *interdictum quorum bonorum* ein provisorisches oder ein definitives Rechtsmittel war; vgl. v. *Vangerow*, Pandekten, S. 359 Anm. 1 m.w.Nachw.

<sup>18</sup> Nachdem sich das eigenständige prätorische Erbrecht entwickelt hatte, war die Klage erfolglos, sofern die *bonorum possessio cum re* erteilt wurde; vgl. dazu *Puchta*, Röm. Privatrecht, S. 466 f.

<sup>19</sup> *Bartholomeyczik*, Denkschrift, S. 251; v. *Vangerow*, Pandekten, S. 12, sieht in dem Bedürfnis nach vorprozessualer Klarstellung der Parteirollen den Ursprung der *bonorum possessio*; vgl. auch *Endemann*, Lehrbuch, § 142 I a 2.

<sup>20</sup> *Bartholomeyczik*, Denkschrift, S. 251.