
Kapitel 1

Einleitung der Nachlasspflegschaft

Übersicht

	Rn.
Vorbemerkungen	1
I. Örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts	6
II. Sachliche Voraussetzungen der Einleitung der Nachlasspflegschaft.....	11
1. Sicherungspflegschaft	13
2. Prozesspflegschaft	19
3. Nachlasspflegschaft nach § 779 Abs.2 ZPO	22
4. Wirkungskreise	24
5. Teilnachlasspflegschaft	28
III. Abgrenzungsfragen	32
1. Gesetzlicher Vertreter gemäß § 11b VermG	33
2. Gesetzlicher Vertreter gemäß Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB	44
3. Abwesenheitspflegschaft	46
4. Pflegschaft für unbekannte Beteiligte.....	50
5. Pfleger für Grundstückseigentümer und Inhaber dinglicher Rechte, § 17 SachenRBerG	54
IV. Verfahren bei der Anordnung der Nachlasspflegschaft	56
V. Gerichtskosten	
1. Nachlasssicherung.....	69
2. Testamentseröffnung	73
3. Erbscheinsverfahren	76
4. Kostenschuldner	77
VI. Auswahl und Bestellung des Nachlasspflegers.....	82
1. Eignung	83
2. Kautionsversicherung.....	87
3. Vermögensschadenhaftpflichtversicherung	90
4. Mitnachlasspfleger und Gegennachlasspfleger	91
5. Verpflichtung des Nachlasspflegers	92
VII. Eigenverantwortliche Tätigkeit des Pflegers	95
VIII. Aufsichtspflicht des Nachlassgerichts	104
IX. Zwangsgelder	108
X. Entlassung des Pflegers	112
XI. Beschwerdeberechtigung	115
1. Ausschluss der Beschwerde	116
2. Sofortige Beschwerde	117
3. Einfache Beschwerde	119
4. Weitere Beschwerde	123

Vorbemerkungen

Nach dem Tode eines Menschen ist es nicht stets die Aufgabe des Nachlassgerichts, Fürsorgemaßnahmen über das Vermögen des Erblassers zu treffen. Dies ist die Angelegenheit der gemäß §§ 1922 ff. BGB berufenen Erben. Sind diese unbekannt und ist der Nachlass fürsorgebedürftig, so stellt die Anordnung einer Nachlasspflegschaft eine von mehreren möglichen Fürsorgemaßnahmen des Nachlassgerichts anlässlich eines Erbfall

1

Kapitel 1 Einleitung der Nachlasspflegschaft

dar, § 1960 BGB. Sie ist das wichtigste und umfassendste Mittel des Nachlassgerichts zum Schutze eines fürsorgebedürftigen Nachlasses.

- 2 Der Nachlasspfleger wird zum Pfleger für „denjenigen, der Erbe wird“, bestellt. Der Nachlasspfleger ist – anders als der Testamentsvollstrecker und der Nachlassverwalter – nicht Partei kraft Amtes.¹ Der Nachlasspfleger ist der gesetzliche Vertreter der unbekanntem Erben.² Es soll sich deshalb nach überwiegender Ansicht um eine Personalpflegschaft für die noch nicht feststehenden, weil unbekanntem Erben handeln. Diese Einordnung der Rechtsnatur ist nicht unumstritten.³ Der Wirkungskreis des Nachlasspflegers umfasst, von wenigen Ausnahmen abgesehen, die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie die Ermittlung der Erben.⁴
- 3 Gerade die ältere Literatur ordnet die Nachlasspflegschaft ihrem Wesen nach mehr der Vermögenspflegschaft zu.⁵ Hierfür spricht Gewichtiges. Die Tätigkeit des Nachlasspflegers ist nicht auf das persönliche Wohl des unbekanntem Erben gerichtet, sondern vielmehr auf die Sicherung, Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses zugunsten des Erben, der erst noch festzustellen ist.

Nur in Ausnahmefällen ist der mögliche Erbe bereits der Person nach bekannt, so dass bei wichtigen Entscheidungen Einvernehmen mit ihm herzustellen wäre. Das ist zum Beispiel der Fall, wenn sowohl gesetzliche Erben als auch Testamentserben vorhanden sind, aber die Wirksamkeit des Testaments in Frage steht, oder wenn Erbprätendenten ermittelt sind, deren Erbrecht noch nicht durch Personenstandsunterlagen nachgewiesen werden kann. In solchen Fällen hat der Nachlasspfleger vor wichtigen Entscheidungen die bereits bekannten möglichen Erben anzuhören. In Fällen, in denen eine Maßnahme des Nachlasspflegers der nachlassgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist auch das Nachlassgericht zur Anhörung bereits ermittelter Erben verpflichtet.⁶

- 4 In einer Vielzahl der Nachlasspflegschaftsverfahren sind die Nachlässe überschuldet oder doch so dürftig, dass die Tätigkeit des Pflegers sich entgegen der h.M. auf Gläubigerbefriedigung beschränkt (vgl. unten Rn. 518 ff.); eine Erbenermittlung findet in solchen Fällen nicht statt. Die Nachlasspflegschaft ist eine Massenerscheinung und führt oft zur vollständigen Liquidation des Nachlasses,⁷ wenn die Masse für die Einleitung eines Nachlassinsolvenzverfahrens nicht ausreicht.

Die Nachlasspflegschaft ist in ihrer praktischen Ausprägung eher den Tätigkeiten des Nachlassverwalters, des Testamentsvollstreckers und bisweilen auch des Nachlassinsolvenzverwalters vergleichbar als z.B. der Tätigkeit eines rechtlichen Betreuers. Nur indem die herrschende Meinung die Ansicht vertritt, die Befriedigung von Nachlassverbindlichkeiten sei nicht die Aufgabe des Nachlasspflegers,⁸ dies sei letztendlich den berufenen Erben vorbehalten, kann ein Bezug zur Personalpflegschaft hergestellt und die Ermittlung der Erben in den Vordergrund gerückt werden.

Dieses Dilemmas ist sich die h.M. auch bewusst, indem dann immer einschränkend erläutert wird, dass in Ausnahmefällen auch Gläubigerbefriedigung stattfindet, um ggf.

1 RGZ 135, 305; BGH NJW 1989, 2133

2 RGZ 106, 46; RGZ 135, 305; BGHZ 49, 1 = NJW 1968, 353; BGHZ 94, 312 = NJW 1985, 2596

3 vgl. Staudinger/Marotzke, § 1960 BGB, Rn. 23 m.w.N.

4 Zeitgenössische Literatur über die Geschäftsführung des Nachlasspflegers existierte lange Zeit kaum. Eine kurze Darstellung enthielt Möhring, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, S. 113 (bis zur 7. Auflage); ausführliche Darstellungen finden sich in der Nachkriegszeit bei Haegle, Nachlasspflegschaft und Nachlassverwaltung, 1955, bei E. Schmidt, Die Geschäftsführung des Nachlasspflegers und Nachlassverwalters, 1956–58; Jochum/Pohl, Pflegschaft, 1989, und zuletzt Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 2001. Ziegler, Sicherungs- und Prozesspflegschaft, stellt die Geschäftsführung des Nachlasspflegers, S. 135 ff., dar. Eine instruktive Darstellung aus der Sicht des Nachlassgerichts enthält Firsching/Graf, Nachlassrecht, Rn. 4.543 ff.

5 Staudinger/Marotzke, a.a.O.

6 vgl. Rn. 581 ff.

7 BGHZ 49, 1 = FamRZ 1968, 26 = NJW 1968, 353

8 vgl. für alle: MünchKomm-Leipold, § 1960 BGB, Rn. 53

Schaden von dem Nachlass abzuwenden.⁹ Formal geht es um die gesetzliche Vertretung der Erben, in der Sache, abgesehen von der Erbenermittlung, ausschließlich um die Verwaltung des Vermögens des Erblassers.

Das Recht der Nachlasspflegschaft ist geregelt in den wenigen und kurzen Bestimmungen der §§ 1960 bis 1962 BGB. Ergänzend finden gemäß § 1915 BGB die für die Vormundschaft über Minderjährige geltenden Vorschriften, §§ 1773 bis 1895 BGB, Anwendung¹⁰. An die Stelle des Vormundschaftsgerichts tritt das Nachlassgericht, § 1962 BGB. Das nachlassgerichtliche Verfahren richtet sich nach §§ 72 ff. FGG in Verbindung mit §§ 35 ff. FGG. Damit wird die Nachlasspflegschaft verfahrensrechtlich den sonstigen Pflegschaften gleichgestellt, wobei § 75 FGG ausschließlich für die Nachlasspflegschaft und nicht für sonstige Sicherungsmaßnahmen des Nachlassgerichts gilt.¹¹

5

I. Örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts

Gemäß § 73 Abs. 1 FGG bestimmt sich die Zuständigkeit des Nachlassgerichts nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers.¹² Nicht maßgebend ist also, wo der Erblasser verstarb. Dies gilt für Deutsche ebenso wie für Ausländer, unabhängig davon, welches Erbrecht anzuwenden ist.

6

Hatte der Erblasser mehrere Wohnsitze, war er z.B. in einer Zweitwohnung gemeldet, so begründet sich die Zuständigkeit des Gerichts, das zuerst befasst wurde, § 4 FGG.¹³

War der Erblasser ohne festen Wohnsitz, so ist der letzte Aufenthalt des Erblasser maßgebend. Damit ist nicht der ständige oder gewöhnliche Aufenthalt gemeint, sondern die rein tatsächliche Anwesenheit am Sterbeort, wie sie sich aus der Sterbeurkunde ergibt, § 73 Abs. 1 FGG.¹⁴ Ist der Erblasser mit ausländischem Wohnsitz nur kurzfristig aufhältlich (auf Durchreise) im Inland, so ergibt sich die Zuständigkeit des Nachlassgerichts an seinem Sterbeort.¹⁵

7

War der Erblasser Ausländer ohne Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland, so kann sich die Zuständigkeit des Nachlassgerichts gleichwohl daraus ergeben, dass in dessen Bezirk Nachlassgegenstände vorhanden sind und der Nachlass sicherungsbedürftig ist, § 73 Abs. 3 FGG. Es ist dann unerheblich, nach welchem Recht sich die Erbfolge richtet oder ob das ausländische Recht überhaupt die Nachlasspflegschaft kennt.¹⁶

8

War der Erblasser Deutscher ohne Wohnsitz oder Aufenthalt im Inland, ist das Amtsgericht Schöneberg grundsätzlich zuständig, § 73 Abs. 2 FGG. Das Amtsgericht Schöneberg kann das Verfahren aus wichtigen Gründen abgeben. Befindet sich im Inland sicherungsbedürftiger Nachlass, so dass Nachlasspflegschaft anzuordnen ist, können wichtige Gründe für die Abgabe an das Nachlassgericht, in dessen Bezirk sich der Nachlass befindet, vorliegen.

9

Nach § 74 FGG ist für ein Nachlasssicherungsbedürfnis jedes Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk Sicherungsmaßnahmen anfallen. Es ist jedoch umstritten, ob dies auch für die Einleitung der Nachlasspflegschaft gilt.¹⁷

10

⁹ vgl. Palandt/Edenhofer, § 1960 BGB, Rn. 15

¹⁰ a.A. neuerdings Rudolf/Eckhardt, Zur Frage der Anwendbarkeit der 15-Monatsfrist des § 2 Satz 1 VBVG ..., ZErB 2006, 112, deren Ansicht vereinzelt bleiben wird.

¹¹ LG Frankenthal Rpfleger 1993, 153

¹² vgl. auch BayObLG Rpfleger 2001, 135

¹³ vgl. BayObLG Rpfleger 1985, 66; bei Zuständigkeitsstreit vgl. OLG Köln FGPrax 2003, 82

¹⁴ KG OLGZ 1973, 149

¹⁵ BayObLG NJW 2003, 596

¹⁶ BGHZ 49, 1 = FamRZ 1968, 26 = NJW 1968, 353

¹⁷ vgl. OLG Frankfurt/M. OLGZ 1994, 340 = FamRZ 1994, 179

Ein Amtsgericht, das gemäß § 74 FGG Sicherungsmaßnahmen anordnet, soll dem nach § 73 FGG zuständigen Nachlassgericht Mitteilung machen, § 74 Satz 2 FGG.

Das Nachlassgericht kann aus wichtigem Grunde, §§ 46, 75 FGG, die Pflegschaft an ein anderes Nachlassgericht abgeben, das nicht für den letzten Wohnsitz zuständig ist, wenn sich dieses bereit erklärt. Das kann z.B. der Fall sein, wenn der Nachlass ausschließlich aus Grundbesitz in einem anderen Gerichtsbezirk besteht.¹⁸

II. Sachliche Voraussetzungen der Einleitung der Nachlasspflegschaft

11 Es werden grundsätzlich drei Fälle der Nachlasspflegschaft unterschieden, nämlich:

- die so genannte Sicherungspflegschaft, § 1960 BGB,
- die so genannte Klage- oder Prozesspflegschaft, § 1961 BGB,
- die Nachlassverwaltung, §§ 1975 ff. BGB.

Bei näherem Hinsehen ist es indessen so, dass die Sicherungspflegschaft und die Klagepflegschaft, §§ 1960, 1961 BGB, sich allenfalls in den Voraussetzungen der Einleitung der Pflegschaft unterscheiden, nicht jedoch hinsichtlich der Tätigkeit des Nachlasspflegers und seines Wirkungskreises.

12 Dagegen hebt sich die Nachlassverwaltung von den Nachlasspflegschaften der §§ 1960, 1961 BGB dadurch ab, dass es sich um eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger handelt. Ihre Funktion ist die Beschränkung der Haftung der Erben auf den Nachlass. Der Nachlassverwalter ist gleichermaßen den Nachlassgläubigern wie den Erben verantwortlich, § 1985 Abs. 2 BGB. Insoweit weist die Nachlassverwaltung Ähnlichkeiten mit der Insolvenzverwaltung auf und unterscheidet sich deutlich von den Nachlasspflegschaften der §§ 1960, 1961 BGB.

1. Sicherungspflegschaft

13 Voraussetzung für die Einleitung einer so genannten Sicherungspflegschaft gemäß § 1960 BGB ist, dass

- der Erbe unbekannt ist; als unbekannt gilt der Erbe auch, wenn er zwar der Person nach bekannt ist, aber die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder ungewiss ist, ob er sie angenommen hat,
- ein Bedürfnis der Fürsorge für den Nachlass besteht.¹⁹

14 Unbekannt im Sinne des § 1960 BGB ist der Erbe, wenn sich aus den Ermittlungen des Nachlassgerichts nicht mit hinreichender Sicherheit ergibt, wer zum Erben berufen ist. Bekannt sind die Erben nicht nur dann, wenn ein Erbscheinsantrag gestellt und der Erbschein von dem Nachlassgericht erteilt worden ist, sondern auch dann, wenn nach Lage der Dinge vernünftige Zweifel an der Erbfolge nicht bestehen,²⁰ so z.B. wenn dem Nachlassgericht bekannt ist, dass ein überlebender Ehegatte oder Abkömmlinge vorhanden sind oder wenn eine letztwillige Verfügung vorliegt, an deren Wirksamkeit zu zweifeln kein Anlass besteht und es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Testamentserbe vorverstorben ist.²¹

¹⁸ vgl. Staudinger/Marotzke, § 1962 BGB, Rn. 2

¹⁹ zu den Unklarheiten des Gesetzeswortlautes und zur Auslegung vgl. Behr in Behr/Weber/Frohn, in Ermessensfragen ..., 5 ff.

²⁰ vgl. OLG Köln FamRZ 1989, 435

²¹ vgl. OLG Zweibrücken Rpfleger 1986, 433

II. Sachliche Voraussetzungen der Einleitung der Nachlasspflegschaft

Der Fall, dass der Erbe bekannt ist, aber die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder ungewiss ist, ob er sie angenommen hat, wird bei inländischen Erben nur in Fällen eilbedürftiger Sicherungsmaßnahmen die Einleitung einer Nachlasspflegschaft rechtfertigen. Von Ausnahmen abgesehen, kann binnen der Ausschlagungsfrist von sechs Wochen, § 1944 BGB, eine Klärung dieser Frage herbeigeführt werden.

Bei Erben, die sich im Ausland aufhalten, für die gemäß § 1944 Abs. 3 BGB eine sechsmonatige Ausschlagungsfrist gilt, kann die Ungewissheit über die Annahme der Erbschaft die Einleitung einer Nachlasspflegschaft durchaus rechtfertigen, da häufig Sicherungsmaßnahmen zu treffen sind, die ein so langes Zuwarten nicht angezeigt erscheinen lassen. Aber auch bei inländischen Erben, die der Sechs-Wochen-Frist unterliegen, kann die Einleitung einer Nachlasspflegschaft in Ausnahmefällen erforderlich sein, wenn dringendes Sicherungsbedürfnis besteht. Dies gilt vor allem in Fällen von Kettenausschlagungen, wenn sich mehrere Sechswochenfristen aneinanderreihen. **15**

Besteht Streit über testamentarische oder gesetzliche Erbfolge, so z.B. bei der Frage der Testierfähigkeit, kann Anlass zur Anordnung der Pflegschaft bestehen,²² ebenso bei Ungewissheit über die Höhe der Erbquoten,²³ oder auch nur dann, wenn umfangreiche Ermittlungen zur Feststellung des Erbrechtes zu erwarten sind.²⁴

Ein Bedürfnis der Fürsorge im Sinne des § 1960 BGB besteht nur dann, wenn Nachlassvermögen vorhanden ist, das der Sicherung bedarf. Dies ist keinesfalls in allen Fällen, in denen die Erben unbekannt sind oder ungewiss ist, ob sie die Erbschaft angenommen haben, so.²⁵ Ein Sicherheitsbedürfnis besteht, wenn ohne Eingreifen des Nachlassgerichts der Bestand des Nachlasses gefährdet wäre.²⁶ **16**

Ein Fürsorgebedürfnis scheidet dann aus, wenn vertrauenswürdige Personen vorhanden sind, die sich der Nachlasssicherung annehmen (Angehörige, Bevollmächtigte, Testamentsvollstrecker)²⁷ oder wenn z. B. der ehemalige rechtliche Betreuer des Erblassers das verwaltete Vermögen hinterlegt hat oder selbst für die unbekannteren Erben bis zu deren Ermittlung verwahrt.

In der Praxis ist die Frage, wann das Gericht Nachlasspflegschaft anordnet, weniger von der Auslegung der vorstehend erörterten, in § 1960 BGB aufgestellten Voraussetzungen, sondern vielmehr davon abhängig, in welchem Umfang und wie lange das Nachlassgericht eigene Ermittlungen anstellt. Es hat einerseits die Ungewissheit über die Annahme der Erbschaft bzw. das Unbekanntsein der Erben zu beseitigen und andererseits aufzuklären, ob der Fürsorge bedürftiges Vermögen vorhanden ist, und ggf. selbst andere Sicherungsmittel zu ergreifen (vgl. unten Rn. 60 ff.). **17**

In welchem Umfang das Nachlassgericht solche Ermittlungen anstellt, liegt in seinem Ermessen. Von umfangreichen und zeitraubenden Ermittlungen der tatsächlichen Erben kann die Anordnung fürsorglicher Maßnahmen jedoch nicht abhängig gemacht werden.²⁸ Das Nachlassgericht ist verpflichtet, die Nachlasspflegschaft dann einzuleiten, sobald Eingriffe Dritter in den Nachlass zu befürchten sind, allzu langes Zuwarten wäre häufig unzulässig.²⁹ **18**

²² BayObLG FamRZ 1996, 308

²³ BayObLGZ 1982, 284, 290

²⁴ BayObLG Rpfleger 1990, 257

²⁵ vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 895 = ZEV 1995, 111

²⁶ vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 2003, 585; OLG Karlsruhe Rpfleger 2005, 90

²⁷ vgl. KG OLGZ 1972, 106; auch KG ZEV 1999, 395

²⁸ OLG Köln OLGZ 1989, 144 = FamRZ 1989, 239

²⁹ Tidow, Die Anordnung der Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 BGB, Rpfleger 1991, 400, 405

2. Prozesspflegschaft

- 19** Die so genannte Klage- oder Prozesspflegschaft des § 1961 BGB ist dann anzuordnen, wenn die Bestellung des Nachlasspflegers zum Zwecke der gerichtlichen Geltendmachung eines gegen den Nachlass gerichteten Anspruches von dem Berechtigten beantragt wird. Im Grunde handelt es sich um einen Sonderfall des § 1960 BGB, auf den die Vorschrift des § 1961 BGB ausdrücklich verweist. Voraussetzung ist, wie im Falle der Sicherungspflegschaft, dass der Erbe unbekannt ist oder ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat, oder dass der bekannte Erbe unzweifelhaft die Erbschaft noch nicht angenommen hat.

Vor der Annahme der Erbschaft ist die gerichtliche Geltendmachung des Anspruches gegen den Erben nicht möglich, § 1958 BGB. Diese Vorschrift soll vor Passivprozessen schützen und den vermeintlichen Erben nicht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist einem Klageverfahren aussetzen, in dem er sich wie der tatsächliche Erbe zu verhalten hätte.³⁰

Die Geltendmachung von Ansprüchen durch einen Berechtigten gegenüber dem Nachlass im Sinne des § 1961 BGB könnte als besonderer, ausdrücklich geregelter Fall des in § 1960 BGB vorausgesetzten Fürsorgebedürfnisses für die Anordnung der Pflegschaft gesehen werden.

Richtiger ist wohl die Annahme, dass die beabsichtigte gerichtliche Geltendmachung an Stelle des aus dem Interesse des Nachlasses zu definierenden Fürsorgebedürfnisses tritt und im alleinigen Drittinteresse des Nachlassgläubigers die Anordnung der Pflegschaft ermöglicht.

- 20** Der Name „Klagepflegschaft oder Prozesspflegschaft“ ergibt sich aus der Voraussetzung des § 1961 BGB, dass der Berechtigte die „gerichtliche Geltendmachung“ eines Anspruches, der sich gegen den Nachlass richtet, ernsthaft beabsichtigt.

Kann der Nachlassgläubiger sein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung seines Anspruches gegen den Nachlass darlegen, so muss das Nachlassgericht die Nachlasspflegschaft anordnen und hat entgegen § 1960 BGB keinen Ermessensspielraum. Der Nachlasspfleger ist dann aber kein besonderer Prozesspfleger und kann sich nicht nur auf diesen Anspruch beschränken, er hat vielmehr die allgemeinen Aufgaben des Nachlasspflegers,³¹ es sei denn, dass das Nachlassgericht ausdrücklich einen bestimmten engeren Wirkungskreis anordnet, z.B. „Vertretung in dem Zwangsversteigerungsverfahren ...“ oder z.B. „Vertretung im Versorgungsausgleichsverfahren“.

- 21** In der Praxis kommt es nach Einleitung einer Pflegschaft gemäß § 1961 BGB in den seltensten Fällen tatsächlich zu einem Klageverfahren, da der Nachlasspfleger wie bei allen anderen Nachlassgläubigern die Begründetheit der Forderung zu prüfen hat und, wenn er die Forderung als berechtigt erkennt, die Erhebung einer Klage durch die Befriedigung des Gläubigers abwendet bzw. Vergleiche anstrebt oder die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens beantragt.

Sollte der Nachlassgläubiger bereits einen Titel innehaben und noch zu Lebzeiten des Erblassers die Zwangsvollstreckung betrieben haben, so bedarf es nicht der Bestellung eines Nachlasspflegers, denn die Zwangsvollstreckung wird in den Nachlass fortgesetzt, ohne dass es einer Titelumkehr bedarf, § 779 Abs. 1 ZPO. Ist ungewiss, wer der Erbe ist oder ob er das Erbe angenommen hat, bestellt das Prozessgericht auf Antrag des Gläubigers einen einstweiligen besonderen Vertreter, § 779 Abs. 2 ZPO.

³⁰ vgl. Palandt/Edenhofer, § 1958 BGB, Rn. 1

³¹ vgl. Palandt/Edenhofer, § 1961 BGB, Rn. 1; ausführlich BayObLGZ 1960, 93, 95

3. Nachlasspflegschaft gemäß § 779 Abs. 2 ZPO

Eine besondere Form der Nachlasspflegschaft ist die Bestellung eines einstweiligen besonderen Vertreters für die unbekannt Erben gemäß § 779 Abs. 2 ZPO. Hierzu kommt es, wenn bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nötig ist, der Erbe aber unbekannt ist, die Erbschaft noch nicht angenommen hat oder ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Dies gilt nicht für eine Zwangsvollstreckung, die zur Zeit des Todes des Erblassers bereits begonnen hatte. Diese kann ohne Bestellung eines besonderen Vertreters in den Nachlass fortgesetzt werden. Soll nach dem Tode des Erblassers eine Vollstreckungshandlung begonnen werden, kann eine solche Pflegerbestellung erforderlich werden. Zuständig ist nicht das Nachlassgericht, sondern das Vollstreckungsgericht. 22

Unter Zwangsvollstreckung ist dabei nicht nur eine einzelne Vollstreckungshandlung, sondern die Zwangsvollstreckung im Ganzen zu verstehen.³²

§ 779 Abs. 2 ZPO ist jedoch nicht lex specialis gegenüber §§ 1960, 1961 BGB in dem Sinne, dass die Bestellung des einstweiligen besonderen Vertreters vorrangig wäre. Das Gegenteil ist der Fall: Die Bestellung hat zu unterbleiben, wenn ein Nachlasspfleger bestellt ist oder wenn die Verwaltung des Nachlasses einem Testamentsvollstrecker zusteht. Auch bei nachträglicher Bestellung eines Nachlasspflegers ist die Bestellung des einstweiligen besonderen Vertreters aufzuheben.³³ 23

4. Wirkungskreise

Von der Rechtsfolge her unterscheiden sich §§ 1960 und 1961 BGB nicht. Das Nachlassgericht bestimmt fast ausnahmslos den Wirkungskreis des Nachlasspflegers in beiden Fällen umfassend dahin, dass dem Pfleger die „Sicherung und Verwaltung des Nachlasses und die Ermittlung der Erben“ obliegt. Die meist vorgedruckten Bestallungsurkunden enthalten formularmäßig diese Aufgabenbestimmung. Ausnahmen von dieser Regel sind außerordentlich selten. Die gerichtliche Verfügung, mit der die Nachlasspflegschaft angeordnet wird, lautet, ohne dass der Wirkungskreis ausdrücklich definiert wird, meist:³⁴ 24

Vfg.

1. Nachlasspflegschaft wird angeordnet
2. Nachlasspfleger Herr/Frau ...
3. Herr/Frau ... ist Berufspfleger, § 1836 Abs. 1 Satz 2 BGB
4. Pfleger laden

Datum

gez. Rechtspfleger/in

25

Fehlt im Hinblick auf §§ 1836 Abs.1 BGB, § 1 VBVG die notwendige Feststellung, dass der Nachlasspfleger Berufspfleger ist, so kann dies nachgeholt werden, § 18 FGG.

Die Handhabung ist sehr unterschiedlich. Manche Nachlassgerichte stellen den Anordnungsbeschluss dem Nachlasspfleger in Ausfertigung zu, viele laden formlos und beschränken sich auf die Verpflichtung mit der Aushändigung der Bestallung. 26

Der Wirkungskreis der Nachlasspflegschaft wird dann bei der Aufnahme des Verpflichtungsprotokolls formularmäßig „Zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses und zur

³² LG Dortmund, NJW 1973, 374

³³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 779, Rn. 8

³⁴ vgl. unten Rn. 26 f.

Ermittlung der Erben“ oder „Zur Nachlasssicherung und Erbenermittlung“ bestimmt. Eingeschränkte Wirkungskreise sind sowohl nach § 1960 BGB als auch nach § 1961 BGB denkbar selten, aber zulässig, falls die Beschränkung des Wirkungskreises auf eine einzelne Angelegenheit oder auf einen bestimmten Nachlassgegenstand dem Sicherheitsbedürfnis genügt.³⁵

- 27** So kann, wenn im Übrigen ein Fürsorgebedürfnis nicht besteht, ausnahmsweise eine so genannte Prozesspflegschaft vom Wirkungskreis her auf die Erledigung der Auseinandersetzung mit einem Nachlassgläubiger über dessen gegen den Nachlass geltend gemachten Anspruch beschränkt sein.

Ebenso kann, wenn trotz Bestehens einer Testamentsvollstreckung Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 BGB angeordnet wird, der Wirkungskreis auf einzelne Angelegenheiten, die dem Testamentsvollstrecker nicht obliegen oder von diesem nicht wahrgenommen werden, beschränkt sein.

Weitere Beispiele sind die Wirkungskreise „Suche nach einem Testament in der Wohnung des Erblassers und dessen Ablieferung bei dem Nachlassgericht“, „Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren“ oder „Vertretung im Versorgungsausgleichsverfahren“.

5. Teilnachlasspflegschaft

- 28** Die Einleitung einer Nachlasspflegschaft wird überwiegend auch dann für zulässig gehalten, wenn die Erben zum Teil bekannt, teilweise aber unbekannt sind. Dies ist die so genannte Teilnachlasspflegschaft. In diesem Falle erfolgt die Verpflichtung des Nachlasspflegers – in der Regel mit dem Wirkungskreis „Nachlasssicherung und Erbenermittlung“ – für die unbekannteren Erben zu dem Bruchteil³⁶ des Nachlasses, zu dem die Erben unbekannt sind, z.B.:

29

Vfg.

1. Teilnachlasspflegschaft wird angeordnet
2. Herr/Frau ... wird zum Nachlasspfleger für die unbekannteren Erben des ... am ... verstorbenen ... zu 5/8 des Nachlasses bestellt, soweit nicht ausgewiesen durch gemeinschaftlichen Teilerbschein vom ..

pp.

- 30** Nach einer Entscheidung des Kammergerichts³⁷ soll eine solche Teilnachlasspflegschaft ausschließlich zur Mitwirkung des Nachlasspflegers an der Erbaueinandersetzung für einzelne unbekanntere Miterben nicht eingeleitet werden können (vgl. unten Rn. 983). Sie kann aber allein aufgrund des Umstandes, dass die Erben insoweit unbekannt sind, zum Zwecke der Ermittlung unbekannter Erben eingeleitet werden, auch wenn ohne eine solche Maßnahme das Nachlassvermögen in seinem Bestand nicht gefährdet ist.³⁸

Da die Praxis auch in derartigen Fällen Nachlasspflegschaften mit dem umfassenden Wirkungskreis „Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie Ermittlung der Erben“ anordnet, ist der so bestellte Teilnachlasspfleger auch in der Lage, an der Erbaueinandersetzung mit den bereits ermittelten Erben teilzunehmen.³⁹ Es wird in der Praxis durchaus Teilnachlasspflegschaft lediglich aus diesem Grund eingeleitet.

³⁵ KG NJW 1965, 1719 = OLGZ 1965, 259

³⁶ vgl. OLG Köln FamRZ 1989, 435

³⁷ KG NJW 1971, 565

³⁸ KG a.a.O.

³⁹ vgl. KG a.a.O.

Andererseits dürfte der Antrag eines Miterben, Teilnachlasspflegschaft einzuleiten, weil der Miterbe seinen Auseinandersetzungsanspruch unter Umständen auch gerichtlich geltend machen will, ein Fall des §1961 BGB sein.⁴⁰

Die Anordnung einer Teilnachlasspflegschaft zum Zwecke der Auseinandersetzung ist unseres Erachtens sinnvoll und geboten, weil eine solche Erbauseinandersetzung im Interesse der noch nicht ermittelten Erben liegen kann. Zum einen brauchen sie sich zu gegebener Zeit nicht mit den alsdann möglicherweise schwer zu ermittelnden übrigen Beteiligten oder deren Erben auseinander zu setzen, zum anderen kann der Teilnachlasspfleger das auf die von ihm vertretenen unbekannteten Erben entfallende Vermögen deren Interessen entsprechend günstig anlegen. Schließlich liegt es, wie das Kammergericht⁴¹ zu Recht hervorgehoben hat, im Interesse der unbekannteten Erben, dass der für sie bestellte Teilnachlasspfleger auch im Rahmen der Erbenermittlung tätig zu werden hat.

31

III. Abgrenzungsfragen

Das Gesetz kennt weitere gesetzliche Vertretungen unbekannter Beteiligter, zu denen sich Abgrenzungsprobleme ergeben.

32

1. Gesetzlicher Vertreter gemäß § 11b VermG

Die Vorschrift des § 11b VermG ist weiterhin von großer praktischer Bedeutung für die Verwaltung von Grundeigentum im Beitrittsgebiet, kann jedoch gelegentlich auch andere Vermögenswerte im Beitrittsgebiet betreffen. Gemäß § 11b VermG ist ein gesetzlicher Vertreter zu bestellen, wenn der Eigentümer eines ehemals staatlich verwalteten Vermögenswertes oder der Aufenthalt des Eigentümers nicht festzustellen ist und ein Bedürfnis besteht, die Vertretung des Eigentümers sicherzustellen.

33

Die Vertreterbestellung erfolgt durch den jeweiligen Landkreis oder die kreisfreie Stadt, in dessen oder deren Bezirk sich der Vermögenswert befindet. Sind von mehreren Eigentümern nicht alle bekannt oder ist der Aufenthalt einzelner nicht bekannt, so wird einer der bekannten Eigentümer zum gesetzlichen Vertreter bestellt, § 11b Abs. 1 Satz 2 VermG.

Der gesetzliche Vertreter nach § 11b VermG wird nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag der Gemeinde oder eines Dritten, der ein berechtigtes Interesse hat, bestellt. Dies ist wirtschaftlichen Interessen im Beitrittsgebiet geschuldet, so z.B. bei beabsichtigten Verwertungen von Grundstücken.⁴²

34

Im Gegensatz zur Abwesenheitspflegschaft, deren Anordnung im ausschließlichen Interesse eines Dritten unzulässig ist,⁴³ und zur Nachlasspflegschaft muss also nicht unbedingt ein Fürsorgebedürfnis im Interesse des Abwesenden bzw. des Nachlasses bestehen.

Auf diese gesetzliche Vertretung sind u.a. die Vorschriften der §§ 1785, 1786, 1821, 1837 BGB sowie die Vorschriften über den Auftrag, §§ 662 ff. BGB, sinngemäß anwendbar. Die Bestimmung des § 11b VermG wird als problematisch angesehen, da sie sich als Gemengelage unterschiedlichsten Verfahrensrechtes darstellt.⁴⁴ Aus keiner der entsprechend anwendbaren Vorschriften ergibt sich, dass der gesetzliche Vertreter

35

⁴⁰ für Zulässigkeit der Teilnachlasspflegschaft zum Zwecke der Auseinandersetzung auch Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, Rn. 67

⁴¹ KG a.a.O.

⁴² vgl. Säcker, § 11b VermG, Rn. 10

⁴³ vgl. OLG Zweibrücken Rpfleger 1987, 201 = FamRZ 1987, 523

⁴⁴ Säcker, § 11b VermG, Rn. 2

Kapitel 1 Einleitung der Nachlasspflegschaft

gemäß § 11b VermG die Aufgabe hat, den unbekanntem Eigentümer bzw. seinen Aufenthalt zu ermitteln. Die gegenteilige Ansicht⁴⁵ hat sich in der Praxis kaum durchgesetzt.

Aufsichts- und Genehmigungsbehörde im Sinne des § 11b Abs. 1 Satz 5 VermG ist das Bestellungsorgan und nicht das Vormundschaftsgericht.⁴⁶ Es fehlt demnach auch an einer entsprechenden gerichtlichen Beaufsichtigung des gesetzlichen Vertreters.

- 36** Ist der Eigentümer eines ehemals staatlich verwalteten Vermögenswertes oder sein Aufenthalt nicht festzustellen, können zugleich die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft vorliegen, nämlich dann, wenn der im Grundbuch eingetragene Eigentümer verstorben ist und die Erben unbekannt sind, andererseits aber der Vermögenswert der Fürsorge bedarf.

Ist der Eigentümer nicht verstorben, sein Aufenthalt aber unbekannt, liegen zugleich mit den Voraussetzungen des § 11b VermG die Voraussetzungen zur Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft, § 1911 BGB, vor. Die Konkurrenz zwischen dem Pflegschaftsrecht und § 11b VermG ist weder im BGB noch im Vermögensgesetz geregelt. Sie ist wie folgt aufzulösen:

- 37** Ist eine Nachlasspflegschaft für den Nachlass des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers angeordnet, besteht ein Bedürfnis, die Vertretung des Eigentümers gemäß § 11b VermG sicherzustellen, nicht mehr. Die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters ist dann nicht mehr zulässig. Umgekehrt ersetzt aber die zeitlich frühere Bestellung des gesetzlichen Vertreters im Drittinteresse nach § 11b Vermögensgesetz die Nachlasspflegschaft als Wahrnehmung der Interessen der Eigentümer nicht. Es ist mithin gleichwohl Nachlasspflegschaft anzuordnen und alsdann die gesetzliche Vertretung aufzuheben.

- 38** Dieser Vorrang der Nachlasspflegschaft ergibt sich aus dem erweiterten Wirkungskreis des Nachlasspflegers, der den Nachlass nicht nur zu sichern und zu verwalten, sondern auch die Erben zu ermitteln hat. § 11b VermG ist mithin nicht *lex specialis* gegenüber § 1960 BGB. Überdies betrifft § 11b VermG nicht nur verstorbene Eigentümer, sondern auch lebende, deren Aufenthalt unbekannt ist.

Der Vorrang der Nachlasspflegschaft, gegebenenfalls auch einer Abwesenheitspflegschaft, falls der Eigentümer noch lebt, ergibt sich auch aus der Gesetzgebungsgeschichte. Der Gesetzgeber wollte mit § 11b VermG ebenso wie mit dem gesetzlichen Vertreter nach Artikel 233 § 2 EGBGB eine Notlösung für den Zeitraum schaffen, in dem die Nachlass- und Vormundschaftsgerichte im Beitrittsgebiet organisatorisch nicht in der Lage sein würden, die Vielzahl der erforderlichen Pflegschaften, insbesondere Nachlasspflegschaften, Abwesenheitspflegschaften und Pflegschaften für unbekanntete Beteiligte, anzuordnen und zu führen.⁴⁷

- 39** Das VermG sollte deshalb die gesetzliche Vertretung des Eigentümers nur vorläufig sicherstellen für einen Zeitraum, in dem die Fürsorge der Nachlass- und Vormundschaftsgerichte in den neuen Bundesländern aufgrund personeller und organisatorischer Mängel noch nicht greift.⁴⁸ Zwischenzeitlich dürfte sich das Bedürfnis, solche gesetzlichen Vertreter nach § 11b VermG zu bestellen, eigentlich erledigt haben, gleichwohl werden solche Vertreter nach wie vor bestellt. Dies ist nicht unproblematisch (vgl. Rn. 42). Die Praxis verfährt demgemäß so, dass trotz bestehender gesetzlicher Vertretung gemäß § 11b VermG Nachlasspflegschaften angeordnet und in der Folge (auch auf Antrag der Nachlasspfleger) die gesetzlichen Vertretungen nach VermG aufgehoben werden.

45 Bendref, ZOV 1992, 250, 252; obiter auch OLG Brandenburg FamRZ 1995, 1445

46 inzwischen h.M., vgl. OLG Dresden Rpfleger 1996, 109; BGH NotBZ 2003, 26

47 Staudinger/Rauscher, Art. 233 § 2 EGBGB, Rn. 50, unter Berufung auf BT-Drucks. 12/5553, 131; BGH NotBZ 2003, 26

48 Staudinger/Rauscher, Art. 233 § 2 EGBGB, Rn. 50; BGH NotBZ 2003, 26