

Schriftleitung

Dr. Pierre Plottek, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Notar

Herausgeber

Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.

Mitherausgeber

Raymond Halaczinsky, RA, Ministerialrat a. D. · Dr. Marc Jülicher, RA und FASr · Holger Krätzschel, RiOLG München · Dr. Christopher Riedel, LL. M., RA, FASr und StB · Ulf Schönenberg-Wessel, RA, FAERBR, FASozR und Notar

Beirat

Dr. Nils Außner, LL. M., RA, FAERBR, FA HuGR und Notar · Prof. Dr. Wolfgang Burandt, LL. M., M. A., MBA, RA, FAERBR und FAFamR · Dr. Martin Feick, RA · Prof. Dr. Rainer Frank · Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen · Ulrich Gerken, RA, FAERBR und FASr · Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und FASr · Karl-Ludwig Kerscher · Prof. Dr. Ludwig Kroiß, RA, PräSLG a. D. · Walter Krug, Vors. RiLG a. D. · Dr. Dietmar Kurze, RA und FAERBR · Prof. Dr. Ralph Landsittel, RA, FASr und FAERBR · Nina Lenz-Brendel, RAin und FAinERBR · Thomas Littig, RA und FAERBR · Prof. Dr. Rainer Lorz, RA · Dr. Gordian Oertel, RA und FAERBR · Michael Ott-Eulberg, RA und FAERBR · Mark Pawlytta, RA · Sascha Piontek, RiBGH · Dr. Stephan Reißmann, RA und FAERBR · Julia Roglmeier, LL. M., RAin und FAinERBR · Gerhard Ruby, RA und FAERBR · Michael Rudolf, RA und FAERBR · Alfred Rust, RiBGH · Dr. K. Jan Schiffer, RA · Dr. Andreas Schindler, LL. M., RA · Dr. Sebastian Spiegelberger, Notar a. D. · Dr. Philipp Weiten, LL. M., RA und StB · Roland Wendt, RiBGH a. D. · Dr. Alexander Wirich, RA und FAERBR · Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Zimmermann

Perspektivwechsel? – Prozessrisiken aus richterlicher Sicht und aus der einer Prozessfinanziererin

Birte Anderson, Rechtsanwältin, und Holger Krätzschel, Richter am Oberlandesgericht, beide München

Die gerichtliche Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche durchläuft regelmäßig mehrere Phasen – beginnend bei der anwaltlichen Erstberatung über prozessaktische Maßnahmen bis hin zur richterlichen Entscheidung. Welche Rolle dabei das Prozessrisiko spielt, ob es Unterschiede bei der Risikoanalyse gibt und was für einen erfolgreichen Erbrechtsprozess hilfreich ist, soll der nachfolgende Beitrag aufzeigen. Eine Prozessfinanziererin und ein Richter geben Einblick in ihre langjährige Prozess Erfahrung und zeigen, welche Unterschiede respektive Gemeinsamkeiten bei ihrer Perspektive auf Prozessrisiken bestehen.

I. Ausgangslage

1. Das Setting eines Erbrechtsprozesses – oder: „Ohne Sterben kein(e) Erben“

In der Regel beginnt alles mit dem Tod des Erblassers:¹ Ansprüche entstehen, werden von den Betroffenen unterschiedlich bewertet und schließlich erhoben. Anspruchsinhaber holen sodann anwaltliche Beratung ein und suchen schließlich – wenn auch dies nicht zu dem gewünschten Ergebnis führt – Hilfe bei den staatlichen Gerichten. Entlang dieses Prozesses agieren unterschiedliche Beteiligte zu verschiedenen Zeitpunkten mit divergierenden Interessen und beeinflussen dadurch die Erfolgsaussichten des geltend gemachten Anspruchs. Gleichzeitig verändern sie durch ihr Auftreten und Handeln das Prozessrisiko.

2. Die Protagonisten – oder: „Das Who is Who des Erbprozesses“

Die Hauptrollen nehmen zunächst Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner ein, eng verbunden mit ihren jeweiligen anwaltlichen Beratern und späteren Prozessbevollmächtigten. Eine wichtige Nebenrolle kommt einem gewerblichen Prozessfinanzierer auf Seiten der Klagepartei zu. Dass der Richter im wortwörtlichen Sinne eine entscheidende Rolle innehat, steht außer Frage. Doch auch Sachverständige, sei es beispielsweise zur Feststellung der Testier(un)fähigkeit des Erblassers oder der Echtheit eines Testaments, sind für die Erfolgsaussichten eines Anspruchs bzw. die Prozessrisiken seiner Durchsetzung maßgeblich. Nicht zu vergessen die vermeintlichen Nebendarsteller: Zeugen.

3. Der Beispielsfall – oder: „Schneewittchen, ein Klassiker!“

Der Erblasser, verstorben im Jahr 2023, setzt seine zweite Ehefrau mit Testament aus dem Jahr 2022 zur Alleinerbin ein. Er hat eine Tochter aus erster Ehe, mit der seit seiner erneuten Heirat wenig Kontakt bestand. Der Nachlasswert beträgt 2 Mio. EUR. Die Tochter ist der Auffassung, das Testament sei nicht von ihrem Vater errichtet worden, jedenfalls sei er aufgrund seiner fortgeschrittenen Demenz nicht mehr testierfähig gewesen. Sie macht geltend, aufgrund gesetzlicher Erbfolge

neben ihrer Stiefmutter Erbin zu ein Halb geworden zu sein.² Jedenfalls stehe ihr ein Pflichtteil i.H.v. einem Viertel des Nachlasses zu. Die Stiefmutter lehnt jedwede Zahlung ab.

II. Vorbereitung des gerichtlichen Verfahrens

Hat die Erstberatung nun stattgefunden, wurden außergerichtliche Schreiben an die Gegenseite geschickt und möglicherweise – fruchtlos verlaufene – (Vergleichs-)Gespräche geführt, stellt sich die Frage nach den nächsten Schritten. Unabhängig von der juristischen Prüfung des Anspruchs treffen den mandatierten Anwalt bekanntlich umfangreiche Herausforderungen bei der Beratung seiner Auftraggeberin, angefangen bei der Wahl des strategisch günstigsten Verfahrens zur Durchsetzung ihres Anliegens, Darlegung der jeweiligen Vor- und Nachteile der verschiedenen Vorgehensweisen, Beratung über die Kosten bis hin zu einer Finanzierungslösung. Und dies alles in einer emotional oft aufgeladenen Situation.

1. Verfahrensstrategie – Erbscheinsverfahren vs. Erbenfeststellungsklage

Während im „normalen“ Zivilprozess die Frage häufig (nur) lautet „Klagen oder nicht klagen“, muss die Auftraggeberin in der vorliegenden Konstellation noch eine ganz andere Entscheidung treffen: Freiwillige oder streitige Gerichtsbarkeit. Nachlassgericht oder Landgericht. Amtsermittlung oder Dispositionsmaxime. Der wesentliche Vorteil des Erbscheinsverfahrens liegt im Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG), d.h. das Nachlassgericht ermittelt von Amts wegen, wer den Erblasser beerbt hat. Liegt eine Verfügung von Todes wegen vor, prüft es, ob diese wirksam ist und welche erbrechtlichen Anordnungen (hinsichtlich der Rechtsnachfolge) enthalten sind. Werden (erhebliche) Einwände gegen die Wirksamkeit der Verfügung von Todes wegen vorgebracht, erhebt das Nachlassgericht die erforderlichen Beweise von Amts wegen, auch ohne Antrag der Beteiligten. Hier zeigt sich ein weiterer Vorteil des nachlassgerichtlichen Verfahrens, denn für die vom Nachlassgericht (und ihm nachfolgend das Beschwerdegericht) durchzuführende Beweisaufnahme wird grundsätzlich kein Vorschuss erhoben.³

1) Zur besseren Lesbarkeit des Textes wird nachfolgend grundsätzlich das generische Maskulinum verwendet. Die weibliche Variante ist dabei natürlich stets mitgemeint.

2) Der Einfachheit halber werden etwaige familienrechtliche Implikationen außen vorgelassen.

3) OLG Zweibrücken FamRZ 1982, 530; OLG Saarbrücken ErbR 2025, 928.

Andererseits erwächst ein erteilter Erbschein nicht in materielle Rechtskraft. Ist er unrichtig, ist er – ggf. auch nach langer Zeit⁴ – durch das Nachlassgericht einzuziehen (§ 2361 BGB). Will sich der Erbprätendent davor schützen, kann er die Erbenfeststellungsklage erheben, die zumindest im Verhältnis zum jeweiligen Beklagten eine rechtskräftige Feststellung der Erbenstellung ermöglicht (§ 322 Abs. 1 ZPO).⁵ Das Feststellungsurteil bindet im Verhältnis der Prozessparteien das Nachlassgericht; dieses hat den Erbschein demjenigen zu erteilen, dessen Erbenstellung im Zivilprozess festgestellt worden ist.⁶

Grundsätzlich ist zu berücksichtigen, dass es die Anspruchsinhaberin (= die Tochter) nur begrenzt selbst in der Hand hat, das weitere Vorgehen zu bestimmen. Gerade wenn die Feststellung der Erbenstellung im Raum steht, kann selbstverständlich auch der andere Erbprätendent (= zweite Ehefrau) eine Feststellungsklage erheben. Das kann prozessual zur Folge haben, dass sich die Erbprätendenten mit Klage und Widerklage über die Feststellung des jeweils in Anspruch genommenen Erbrechts streiten. Denkbar ist auch, dass die Stiefmutter beim Nachlassgericht einen Erbschein beantragt. Auch darauf hat die Auftraggeberin keinen Einfluss. Gleichwohl liegt es in der Hand des beratenden Anwalts hier alle Möglichkeiten auszuloten und das für den konkreten Einzelfall und zum jeweiligen Sachstand passende Vorgehensmodell zu wählen.

Im Beispielsfall stehen der Stieftochter jedenfalls Pflichtteilsansprüche zu, die mit Ablauf des Jahres zu verjähren drohen. Somit entscheiden sie und ihre Prozessvertreterin sich dafür, eine Erbenfeststellungsklage vor dem Landgericht zu erheben, um vorrangig das (Mit-)Erbrecht durchzusetzen und hilfsweise den Pflichtteilsanspruch geltend zu machen.

2. Prozess- und Kostenrisiken

a) Aufklärungspflicht über Prozesskosten und -risiken

Kern der anwaltlichen Beratung ist bekanntlich die Prüfung des konkreten (Rechts-)Anliegens. Der Anwalt hat dabei über die Chancen und zugleich Risiken der Anspruchsdurchsetzung zu informieren und muss seinen Mandanten in die Lage versetzen, eigenständig eine Entscheidung über das weitere Vorgehen zu treffen.

Auch über die voraussichtlich entstehenden Kosten einer gerichtlichen Geltendmachung ist zu informieren. Zwar legt § 49b Abs. 5 BRAO nur fest, dass für den Fall, dass sich die zu erhebenden Gebühren nach dem Gegenstandswert richten, vom Anwalt vor Übernahme des Auftrags hierauf hinzuweisen ist. Doch versteht sich eine serviceorientierte anwaltliche Leistung dahingehend, die Interessen des Mandanten bestmöglich im Blick zu haben und neben den rein rechtlichen Gesichtspunkten auch die wirtschaftlichen Aspekte offen zu beleuchten.

In unserem „Schneewittchen-Fall“ rechnet die beauftragte Anwältin ihrer Mandantin das Kostenrisiko für den Erbenfeststellungsprozess mit einem Streitwert von 800.000 EUR (80 % von 1 Mio. EUR) vor: über 45.000 EUR für die I. Instanz und gut 54.000 EUR für eine etwaige Berufung. Hinzu kommen die Kosten der Beweisaufnahme, vorliegend primär Sachverständigengutachten. Insgesamt rund 100.000 EUR.

b) Hinweispflicht bezüglich Prozessfinanzierung

Nach § 16 BORA sind Rechtsanwälte verpflichtet, bei begründetem Anlass auf die Möglichkeiten von Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe und Beratungshilfe hinzuweisen. In der Literatur wird eine entsprechende Hinweispflicht hinsichtlich der Möglichkeit von gewerblicher Prozessfinanzierung, verbunden mit haftungsrechtlichen Konsequenzen, schon seit vielen Jahren vertreten. Zwischenzeitlich ist diese Auffassung obergerichtlich bestätigt geworden – das OLG Köln hat sich zu dieser Frage geäußert und festgestellt: Ein Rechtsanwalt ist grundsätzlich verpflichtet, seinen Mandanten auf die Möglichkeiten einer Prozessfinanzierung hinzuweisen.⁷ Anders als bei Prozesskostenhilfe, wo es eines begründeten Anlasses bedarf, besteht die Verpflichtung, den Mandanten auf die Möglichkeiten der Prozessfinanzierung hinzuweisen, abstrakt und allgemein.

Die Rechtsanwältin in unserem Beispielsfall merkt schon bei der Aufnahme des Sachverhalts, dass ihre Mandantin finanziell eng aufgestellt ist – allerdings nicht „eng genug“ für PKH. Ihre eigenen Gebühren könnte sie zwar zunächst stunden, doch der Gerichtskostenvorschuss von über 16.000 EUR ist unumgänglich. Die Rechtsschutzversicherung lehnt bedingungsgemäß eine Deckung für das streitige Verfahren ab. Die Anwältin schlägt der Anspruchsinhaberin daher vor, den Fall bei einer Prozessfinanzierungsgesellschaft vorzustellen.

3. Finanzierungsanfrage bei gewerblichem Prozessfinanzierer

Prozessfinanzierung als Möglichkeit, einen (Zahlungs-)Anspruch risikolos vor Gericht durchzusetzen und dafür nur im Erfolgsfall einen Anteil des vom Gegner gezahlten Erlöses abgeben zu müssen, ist inzwischen weitgehend bekannt. Eine Selbstverständlichkeit ist diese Form der Finanzierung von Gerichts- und Rechtsanwaltskosten sowie des Risikomanagements allerdings noch lange nicht.⁸ Dabei eignet sich gerade das Erbrecht überproportional häufig für eine gewerbliche Prozessfinanzierung.⁹

a) Voraussetzungen und Funktionsweise im Überblick

In der Regel setzen Prozessfinanzierer gewisse Mindeststreitwerte voraus;¹⁰ etabliert haben dürften sich 100.000 EUR als Untergrenze im Bereich des Erbrechts. Daneben muss eine entsprechende Bonität des Anspruchsgegners vorliegen, was in erbrechtlichen Streitigkeiten oftmals aufgrund des Nachlasses, um den gestritten wird, gegeben ist. Und schließlich kommt es zentral auf die Erfolgsaussichten des behaupteten Anspruchs an – seine Durchsetzbarkeit muss *überwiegend erfolgversprechend*

4) BGH NJW 1967, 1126; Krätzel in: Krätzel/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 13. Aufl. 2026, § 39 Rn 1.

5) Das Feststellungsurteil schützt den obsiegenden Kläger also nicht davor, dass beim späteren Auftauchen eines weiteren Testaments der Erbschein vom Nachlassgericht eingezogen wird.

6) OLG München NJW 2016, 2512.

7) OLG Köln, Hinweisbeschl. v. 5.11.2018 – 5 U 33/18.

8) Anderson, ErbR 2020, 473.

9) Anderson/Klessinger in: Bonefeld/Kroiß/Tanck, Der Erbprozess, 6. Aufl. 2023, Kap. 15, dort Rn 48 ff.

10) Übersicht Prozessfinanzierer, AnwBl Online 2022, S. 370, <https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/anwaltsblatt-online/2022-370.pdf>.

sein. Hier ist der anwaltliche Vertreter gefragt: Er muss dem Prozessfinanzierer seine Einschätzung der Chancen und Risiken des Falls darlegen und ihn in die Lage versetzen, den Anspruch umfassend prüfen zu können.¹¹

Die Anwältin in unserem Beispiel stellt die Hintergründe der Familiengeschichte dar und nimmt eine rechtliche Einordnung des gesamten Sachverhalts vor; ferner übersendet sie die außergerichtliche Korrespondenz, das Testament, diverse Pflegeberichte und ärztliche Gutachten sowie eine ungefähre Nachlassaufstellung. Nach einem anschließenden ausgiebigen Telefonat mit der zuständigen Inhouse-Anwältin des Prozessfinanzierers erhält sie von dieser einen Prozessfinanzierungsvertrag für ihre Mandantin. Danach übernimmt der Finanzierer die Vorfinanzierung sämtlicher Kosten des Rechtsstreits, ferner trägt er das Risiko des Unterliegens, d.h. er zahlt auch die Kosten der Gegenseite, sollte das Verfahren verloren gehen. Im Gegenzug erhält er im Erfolgsfall die zuvor vertraglich vereinbarte Beteiligung am Erlös, also einen Anteil von dem, was der Anspruchsgegner tatsächlich zahlt – bzw. im Fall der Erbenfeststellung gemessen am wirtschaftlichen Wert des Nachlasses, der der Erbin zufließt, eine entsprechende Zahlung.

b) Risikoanalyse – „richterliche Sicht“?

Kern der Tätigkeit eines Prozessfinanzierers ist die ausführliche und ständige Prüfung sowie Beobachtung der Prozessrisiken. Bei den meisten Finanzierungsgesellschaften gibt es für besonders relevante Rechtsgebiete wie das Erbrecht „Spezialzuständigkeiten“, sodass auf Augenhöhe mit den anfragenden Anwaltskollegen kommuniziert werden kann. Auch ist es bei einigen Finanzierern üblich, in bestimmten Fällen zusätzlich externe Sachverständige oder Gutachter zur Beantwortung einzelner Fragestellungen hinzuzuziehen. Das Spannende ist, dass der Prozessfinanzier i.d.R. (zunächst) deutlich mehr Informationen als ein Richter erhält, nämlich sämtliche Hintergrundinformationen, die nicht unmittelbar mit der Klage mitgeteilt oder offenbart werden (sollen/wollen); auch negative Umstände und potenzielle Einwendungen der Gegenseite.

Für die Entscheidung über ein Finanzierungsengagement spielen eine Vielzahl von Faktoren eine Rolle. Einige von ihnen liegen auf der Hand, wie beispielsweise die Rechtslage und der Sachverhalt inkl. der dazugehörigen Beweissituation (Beweislast/Beweismittel). Oder natürlich die Kosten der geplanten Anspruchsdurchsetzung und die dem gegenüberstehende Erlösoption. Ebenso sich anschließende Fragen der Liquidität: Handelt es sich um einen Zahlungsanspruch oder beispielsweise um die Übertragung von Immobilien, die möglicherweise „versilbert“ werden (müssen), um den Finanzierer auszuzahlen? Ist dies von der Mandantschaft gewollt?

Doch es kommen zahlreiche weitere Aspekte hinzu, die ein Prozessfinanzierer betrachtet – und die auch für den anwaltlichen Prozessvertreter relevant sind:

Hängt der Anspruch oder seine Höhe von Sachverständigen und Gutachten ab? Wie gut kann man etwaige Ergebnisse antizipieren oder durch Privatgutachten vorbereiten?

Welche Vergleichsmöglichkeiten bietet der Fall – und bieten die daran beteiligten Parteien? Mit welchen Interessenslagen gehen diese in den Prozess? Wo „menschelt“ es und was bedeutet dies für die Prozessstrategie? Wie ist die soziale Adäquanz des Anspruchs (plakativ in unserem Beispielsfall: böse Stiefmutter vs. liebes Schneewittchen)? Auch Richter sind Menschen.

Apropos: Eine nicht zu unterschätzende Frage ist die des zuständigen Gerichts und vor allem des nachfolgenden Berufungsgerichts und dessen Rechtsprechung. Ob bewusst oder unbewusst bildet sich bei Gerichten oft eine „Rechtsprechungslinie“ heraus, an der über längere Zeit festgehalten wird. Manche Gerichte sind z.B. bei der Anwendung der Andeutungstheorie zurückhaltender als andere, was man natürlich im Hinterkopf haben – oder ggf. vorab recherchieren – sollte, wenn es im konkreten Fall darauf ankommt.

Dies ist vor allem auch dann wichtig, wenn bereits ein Erbscheinsverfahren mit anschließender (verlorener) Beschwerde durchgeführt wurde. Wenn abzusehen ist, dass derselbe OLG-Senat auch für die Berufung in einem potenziellen Erbenfeststellungsverfahren zuständig ist, ist das Prozessrisiko für eine Erbenfeststellungsklage aus Finanzierersicht i.d.R. zu hoch.

Oder wie es in Prozessfinanziererkreisen mit einem Augenzwinkern heißt: „Restrisiko Richter“.

Ein Prozessfinanzierer versucht einerseits „wie ein Richter“ die materiell-rechtlichen und prozessualen Erfolgsaussichten einzuschätzen. Andererseits steht er klar im „Team Kläger“ – schließlich ist sein Interesse, möglichst viele erfolgversprechende Ansprüche zu finanzieren und daran zu partizipieren – und versucht daher, durch seine Unterstützung schon bei der Klagevorbereitung dem Anspruch zu seiner Durchsetzung zu verhelfen.

In unserem Fall hat die zuständige Erbrechtsspezialistin des Prozessfinanzierers sämtliche Unterlagen geprüft und aufgrund des hohen Streitwerts zusätzlich eine Einschätzung eines Gutachters aus ihrem Netzwerk eingeholt. Sie kommen beide zu dem Ergebnis, dass aufgrund der guten Dokumentation eine Testierunfähigkeit sehr naheliegend ist. Auch besteht die weitere Chance, dass das Testament gar nicht vom Erblasser stammt und deswegen „wegfällt“. Hinsichtlich der Echtheit trifft zudem die Beklagte die Beweislast. Aus prozessökonomischer Sicht sollte dieser streitige Punkt als erstes vom Gericht geklärt werden, denn stellt sich heraus, dass das Testament gar nicht vom Erblasser stammt, entfällt eine Erbenstellung der Stiefmutter. Hinzu kommt, dass unstreitig ein Pflichtteilsanspruch der Tochter i.H.v. 500.000 EUR besteht, der das übernommene Kostenrisiko der Erbenfeststellungsklage jedenfalls absichert, auch wenn sich herausstellt, dass die Beklagte wirksam testamentarische Erbin geworden ist.

4. Klageschriftsatz – der erste Eindruck zählt

Auch wenn es banal erscheint, gilt: Eine überzeugend dargestellte Klage erhöht die Erfolgsaussichten und mindert das Prozessrisiko. Idealerweise verhilft sie bereits der Finanzierungs-

¹¹⁾ Dies geschieht durch die Übermittlung von beispielsweise Klageentwurf, außergerichtlichen Anspruchsschreiben, Rechtsgutachten, relevanten Dokumenten wie Testamenten, Korrespondenz mit dem Gegner etc.; vgl. auch *Anderson/Klessinger* in: Bonefeld/Kroiß/Tanck, *Der Erbprozess*, 6. Aufl. 2023, Kap. 15, dort Rd. 17 ff.

anfrage zum Erfolg, quasi als Testlauf für das geplante Verfahren. Denn wie oben ausgeführt stellt die Prüfung des Falls durch den Prozessfinanzierer eine hohe Hürde dar und simuliert den richterlichen Blick zzgl. vieler weiterer Gesichtspunkte. Oftmals liegt jedoch nur die außergerichtliche Korrespondenz oder eine anwaltliche Stellungnahme vor, und die Klage muss erst noch erstellt oder zumindest finalisiert werden.

Ein Prozessfinanzierer fungiert hierbei regelmäßig als eine Art „Sparringspartner“ für den prozessführenden Anwalt. Aufgrund seiner oben beschriebenen Tätigkeit hat er Erfahrung mit den unterschiedlichsten Anwälten bundesweit. Er liest täglich deren Schriftsätze und kann daher u.U. Hinweise zur Optimierung geben. Des Weiteren steht er als Gesprächspartner zur Verfügung, was Kanzleikollegen oftmals aus Zeitmangel nicht in dem Maße leisten können. Oft hilft bereits das sprichwörtliche „laut Denken“, um den einen oder anderen Punkt zu klären. Zudem öffnet ein Impuls von außen den berühmten „Tunnelblick“, der unweigerlich entsteht, wenn man sich bereits seit Wochen, Monaten oder gar Jahren mit einem Fall beschäftigt. Aufbau, Überschriften, Rechtschreibung, Diktion, Emotionen, Wiederholungen, Beweisangebote, Zusammenfassungen, Hervorhebungen, ggf. auch grafische Darstellungen – auf all das kommt es neben den rein rechtlichen Aspekten an. Auch und insbesondere gegenüber dem Gericht.

Die Rechtsanwältin in unserem Fall entwirft eine entsprechende Erbenfeststellungsklage, die sie mit der Kollegin beim Prozessfinanzierer abstimmt und sodann bei Gericht einreicht. Die anfallende Anwaltsgebühr sowie der Gerichtskostenvorschuss werden vom Prozessfinanzierer gezahlt.

III. Durchführung des gerichtlichen Verfahrens

Durch die Zustellung der Klage wird der Anspruch rechtshängig, und die Gegenseite muss zur Kenntnis nehmen, dass es ernst wird. Anspruchsinhaber, Anwalt und Prozessfinanzierer haben das ihre getan, jetzt ist zunächst das Gericht am Zuge und nachfolgend der Anspruchsgegner. Ändert sich das Prozessrisiko bzw. wann ändert es sich?

1. Prozessleitende Verfügungen des Gerichts

Wird dem Richter die Sache zum ersten Mal vorgelegt, „scannt“ er i.d.R. die Klage im Hinblick auf seine sachliche, örtliche und gerichtsinterne Zuständigkeit. Fehlt es an der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit, kann der Richter entscheiden, ob er die Zustellung der Klage zurückstellt und den Kläger auf die mangelnde Zuständigkeit hinweist und abwartet, welchen Antrag der Kläger daraufhin stellt. Der Richter kann die Klage aber auch mit dem Hinweis auf die Unzuständigkeit zustellen,¹² um eine gem. § 281 ZPO bindende Verweisung vorzunehmen. Fehlt es an der gerichtsinternen Zuständigkeit, gibt er die Sache an die allgemeine Einlaufstelle zur erneuten Zuweisung zurück.

Eine Sachprüfung findet zu diesem Zeitpunkt in aller Regel aber noch nicht statt. Zwar sieht das Gesetz vor, dass der Rechtsstreit in einem umfassend vorbereiteten Haupttermin zu erledigen ist (§ 272 Abs. 1 ZPO), dies gibt jedoch keinen Aufschluss über die Frage, *wann* diese Vorbereitung durch das Gericht erfolgt. Liegt zunächst nur die Klage vor, lohnt eine Sachprüfung i.d.R. nicht. Die Vorbereitung aus Sicht nur einer Partei wäre müßig und, falls der Beklagte seine Verteidigungsbereitschaft nicht rechtzeitig anzeigt, auch vergebens, weil dann ggf. ein Versäumnisurteil im schriftlichen Verfahren ergehen kann. Deshalb bereitet der Richter die Akte erst dann vor, wenn der Haupttermin tatsächlich ansteht. Auf welchem Weg er zum Haupttermin kommt, richtet sich nach dem von ihm gewählten Verfahren und seinen prozessleitenden Verfügungen.

Die prozesseinleitenden Verfügungen des Gerichts können von den Parteien nicht beeinflusst/angefochten werden. Ob also das Gericht das schriftliche Vorverfahren (§ 276 ZPO) oder einen frühen ersten Termin (§ 275 ZPO) anordnet, müssen die Parteien als verfahrensleitende Verfügung hinnehmen.¹³ Soweit vertreten wird, der frühe erste Termin würde sich in einfach gelagerten Fällen anbieten, in denen es lediglich um Rechtsfragen geht oder auch dann, wenn sich die Möglichkeit einer Klagerücknahme, Erledigungserklärung oder Vergleichsbereitschaft abzeichnet,¹⁴ sollten aus der Wahl der Verfahrensart gleichwohl keine allzu großen Schlüsse gezogen werden. Oft sind Richter in dieser Frage Gewohnheitstiere und wählen immer die eine oder die andere Verfahrensart.

Der Richter wird die Sache also erstmals intensiv anschauen, wenn er den Haupttermin vorbereitet. Von der Möglichkeit des § 358a ZPO (Beweisbeschluss vor der mündlichen Verhandlung und z.B. Einholung eines schriftlichen Sachverständigen-gutachtens) wird er nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Die dann anfallenden Kosten für die Beweisaufnahme und das Beweisergebnis, das wahrscheinlich von einer der Parteien positiver beurteilt werden wird als von der anderen, stehen einer gültigen Einigung in der mündlichen Verhandlung im Zweifel entgegen.

Eine erste richterliche Risikoeinschätzung erhalten die Parteien damit im Zweifel bei der Einführung in den Sach- und Streitstand zu Beginn der mündlichen Verhandlung.

In unserem Fall leitet die Anwältin der Klägerin die Verfügungen des Gerichts hinsichtlich Verteidigungsanzeige und Frist zur Klageerwiderung an die Kollegin bei der Prozessfinanzierung weiter.

2. Klageerwiderung – ein Schockmoment?

Als forensisch tätiger Anwalt kennt jeder das Gefühl, das beim Lesen einer guten Klageerwiderung auftritt. Einem Prozessfinanzierer geht es ähnlich, und das Prozessrisiko stellt sich häufig zunächst kritischer dar. Üblicherweise relativiert sich dies wieder, sobald der Prozessbevollmächtigte den Vortrag der Gegenseite analysiert und mit der Mandantschaft Rücksprache genommen hat.

12) Durch die Zustellung der Klage wird die Rechtshängigkeit des Rechtsstreits ausgelöst (§ 261 Abs. 1 ZPO). Nach Rechtshängigkeit wird der Rechtsstreit an ein anderes Gericht grundsätzlich mit Bindungswirkung (§ 281 Abs. 1 ZPO) verwiesen, vor Rechtshängigkeit kommt nur die formlose Abgabe in Betracht (die auch keine Bindungswirkung auslöst).

13) MüKo-ZPO/Prütting, 7. Aufl. 2025, ZPO § 275 Rn 4.

14) MüKo-ZPO/Prütting, 7. Aufl. 2025, ZPO § 272 Rn 6.

Auch die diversen Unterlagen, die z.B. für die Frage der Testierfähigkeit von Bedeutung sein können, bergen Überraschungspotenzial: Vielleicht ist der Erblasser vor Errichtung des Testaments zum Hausarzt gegangen und hat sich „begutachten“ lassen. Oder es stellt sich heraus, dass ein Betreuungsverfahren zwar eingeleitet worden war, aber mangels Voraussetzungen der Anordnung einer Betreuung sogleich wieder eingestellt worden ist, was sich durch ein entsprechendes Gutachten belegen lässt.

In dem prozessfinanzierten Beispielsfall hatte die Beklagte behauptet, der Erblasser habe noch selbstständig seine Bankgeschäfte tätigen können und sich auch im Haushalt aktiv eingebracht. Die Anwältin kann dem entgegenhalten, dass die Tochter bereits seit 2020 eine Vorsorgevollmacht für ihren Vater innehatte, und außerdem eine langjährige Nachbarin als Zeugin dafür benennen, dass regelmäßig ein Pflegedienst sowie der Hausarzt gekommen sind.

3. (Früher) Erster Termin – Richter meets Prozessparteien

Nachdem mehrere Schriftsätze gewechselt wurden, findet schließlich eine erste mündliche Verhandlung statt. Der sachbearbeitende Experte des Prozessfinanzierers ist nur in Ausnahmefällen persönlich vor Ort. Da das Prozessrisiko in einer Gerichtsverhandlung jedoch am stärksten schwankt, ist er normalerweise zumindest telefonisch auf „Stand-by“. So kann seitens des Prozessvertreters eine Verhandlungsunterbrechung beantragt und kurz telefoniert werden, wenn unmittelbares Handeln erforderlich wird. Im Gerichtssaal treffen alle Beteiligten aufeinander – und wird die Ersteinschätzung des Richters bekannt.

Sollte eine gütliche Einigung zwischen den Parteien nicht in Betracht kommen, wird das Gericht am Schluss der mündlichen Verhandlung eine Entscheidung verkünden, die das Verfahren „fördert“. Bei Entscheidungsreife ist das ein Endurteil (dann i.d.R. in einem gesonderten Verkündungstermin) oder, wenn streitiger entscheidungserheblicher Sachvortrag vorliegt, der Erlass eines Beweisbeschlusses.

In unserem Fall bietet sich im derzeitigen Stadium keine vergleichsweise Lösung des Konflikts an. Dazu ist zu viel Sachverhalt streitig und vom Ergebnis etwaiger Sachverständigengutachten abhängig. Da das Gericht mangels eigener Sachkunde weder die Frage der Testierunfähigkeit¹⁵ noch die der Eigenhändigkeit beurteilen kann, „verharrt“ das Prozessrisiko zunächst und ändert sich weder in die eine noch die andere Richtung.

4. Beweisaufnahme

a) Beweisbeschluss

Im vorliegenden Fall ist eine Beweiserhebung in zwei Richtungen denkbar: Zur Überprüfung der Echtheit der Verfügung die Einholung eines Sachverständigengutachtens eines Schriftsachverständigen¹⁶ und zur Klärung der Testierunfähigkeit die Einholung eines psychiatrischen oder neurologischen Sachverständigengutachtens.¹⁷

Aus Sicht der Parteien, die für die Beweisaufnahme einen Vorschuss leisten müssen (§ 379 ZPO), zeigt sich am Erlass des Beweisbeschlusses, dass das Gericht die konkrete Tatsache (Eigenhändigkeit, Testierfähigkeit) als beweisbedürftig einschätzt. Der Auslagenvorschuss ist von der beweisbelasteten Partei nachzuweisen. Bei der Testierfähigkeit vermutet das Gesetz in § 2229 Abs. 4 BGB, dass eine Person, die das 16. Lebensjahr vollendet hat, testierfähig ist. Den Vorschuss muss also derjenige leisten, der die Testierunfähigkeit einwendet, denn er trägt insoweit die Beweislast. Bei der Eigenhändigkeit (§ 2247 BGB) ist es umgekehrt: Die Beweislast trägt derjenige, der sich auf die Wirksamkeit der Verfügung beruft. Eine Vermutung, dass ein Schriftstück, das den Namenszug des Erblassers trägt, auch von diesem herrührt, besteht nicht.¹⁸

Sollten sowohl Eigenhändigkeit als auch Testierfähigkeit streitig sein, wird das Gericht die Gutachten nacheinander erholen und zunächst den Schriftsachverständigen beauftragen. Kann dieser die Echtheit nicht bestätigen, kommt es auf die Frage der Testierfähigkeit nicht mehr an. Für eine Partei ist das Risiko, die Echtheit eines Testaments i.S.d. § 2247 BGB nachzuweisen, nicht unerheblich. Schriftsachverständige benötigen authentische und zeitnahe Vergleichsschriften, um die Echtheit überprüfen zu können. In Zeiten, in denen immer weniger handschriftliche Texte verfasst werden, ist das Vorhandensein solcher Texte nicht selbstverständlich. Hinzu kommt, dass grundsätzlich der Beweisführer entsprechende Vergleichsschriften vorlegen muss.¹⁹ Zwar kann das Gericht auch dem Beweisgegner die Vorlage von Urkunden, die sich in dessen Besitz befinden, aufgeben (§ 142 Abs. 1 ZPO). Allerdings muss der Beweisführer dann die entsprechenden Urkunden, die sich im Besitz des Gegners befinden (sollen), genau bezeichnen.²⁰ Eine Ausforschung durch das Gericht kommt nicht in Betracht, ebenso wenig die forensische Erfahrung, dass es entsprechende Unterlagen schon geben werde.²¹ Dasselbe gilt mit einigen Unterschieden auch für psychiatrische Sachverständigengutachten. Hier ist es regelmäßig erforderlich, dass der Sachverständige auf Behandlungsunterlagen (im Zeitraum der Errichtung der Verfügung) zurückgreift. Deren Vorlage ist dann schwierig, wenn die betroffene Partei nicht weiß, wer den Erblasser behandelt hat oder, was gar nicht so selten vorkommt, der Erblasser kaum Ärzte aufgesucht hat.

Im Detail: An dieser Stelle soll nicht für die Vielzahl der Fälle das Beweisrisiko skizziert werden, denn für die richterliche Überzeugungsbildung von der Eigenhändigkeit sind sowohl im Zivilprozess als auch im Erbscheinsverfahren noch weitere Kriterien maßgeblich.²² Insbesondere ist zu berücksichtigen, wo das Testament von wem aufgefunden worden ist. Hat der Erblasser beispielsweise das streitige Testament in die besondere amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts gegeben, ist das jedenfalls ein gewichtiges Indiz dafür, dass er den Text selbst geschrieben hat. Zweifelhaft erscheint hingegen, ob aus dem Inhalt des Testaments auf die Urheberschaft geschlossen bzw.

15) Das gilt uneingeschränkt für die Bejahung der Testierunfähigkeit. Wird aber beispielsweise nur die Einnahme bestimmter Medikamente als Anhaltspunkt einer Testierunfähigkeit benannt, kann das Gericht diesen Vortrag als unsubstantiiert unbeachtet lassen.

16) Das betrifft die Fälle des privatschriftlichen Testaments. Wenn eine notarielle Urkunde vorliegt (notarielles Testament/Erbvertrag), stellt sich die Frage der Eigenhändigkeit nicht.

17) OLG München ZEV 2017, 148.

18) OLG München NJW-RR 2024, 1331.

19) Hinsichtlich der Vergleichsschriften ist ggf. zunächst ebenfalls vorab zu klären, ob diese authentisch sind. Allein die Klärung der „Vorfragen“ nimmt erfahrungsgemäß viel Zeit in Anspruch.

20) BGH NJW-RR 2007, 1393.

21) MüKo-ZPO/Fritsche, 7. Aufl. 2025, ZPO §§ 142–144 Rn 11.

22) Vgl. z.B. OLG Düsseldorf ErbR 2025, 664.

eine Fälschung ausgeschlossen werden kann.²³ Ob die Authentizität allein anhand des Schriftbildes durch das erkennende Gericht erfolgen kann, wird unterschiedlich beurteilt. Während das OLG Oldenburg diese Möglichkeit auch noch in jüngerer Zeit bejaht hat,²⁴ lehnt das OLG München dies mit dem Hinweis auf die fehlende Sachkunde des Richters ab.²⁵ Hier droht den Parteien ein erhebliches Kostenrisiko: Beispiel: Landgericht und OLG bejahen die Eigenhändigkeit aufgrund eigener Sachkunde. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Revision/Nichtzulassungsbeschwerde. Der BGH verneint die eigene Sachkunde des Richters, hebt das Berufungsurteil deswegen auf und verweist an das OLG zurück. Das erhebt nun erstmals den Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Den „Umweg“ über den BGH hat kostenrechtlich die Partei zu tragen, die endgültig unterliegt (§§ 97, 91 ZPO).

Wenn das Gericht ein schriftliches Sachverständigengutachten erhält hat, sollte in jedem Falle dessen mündliche Erläuterung beantragt werden (§§ 402, 397 ZPO). Selbst wenn die Partei zunächst keinen Erörterungsbedarf sieht, riskiert sie anderenfalls, mit späteren Einwendungen insbesondere in der Berufung ausgeschlossen zu sein (§ 531 Abs. 2 ZPO). Die Verweigerung der Anhörung wegen Rechtsmissbrauchs scheint in der Praxis kaum berufungs- und revisionsfest begründbar.

In unserem Beispiel erlässt das Gericht einen Beweisbeschluss, wonach in einem ersten Schritt ein Schriftsachverständiger mit der Klärung der Echtheit des Testaments beauftragt wird. Die Anwältin und der Prozessfinanzierer sind zufrieden, dass zunächst diese Frage geklärt wird.

b) Gutachten und ihre Ergebnisse

Unterstellen wir in unserem Beispielsfall, dass nach einigen Monaten das Gutachten vorliegt und zugunsten der Beklagten davon auszugehen ist, dass das Testament tatsächlich vom Erblasser stammt.

Damit hat sich ein Risiko für die Klägerseite realisiert. Da die Prozessvertreterin und der Prozessfinanzierer dies jedoch einkalkuliert haben und es noch die Frage der Testierfähigkeit zu klären gilt, kommt es zu keinem Vergleich.

Der Richter fährt mit der Beweisaufnahme fort, indem er in einem zweiten Schritt einen psychiatrischen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens zur Testier(un)fähigkeit des Erblassers beauftragt. Da nunmehr die Klägerin beweiselastet ist, zahlt ihr Prozessfinanzierer neben den bereits erstatteten fälligen Anwaltsgebühren den entsprechenden Vorschuss.

IV. Beendigung des gerichtlichen Verfahrens

1. Vergleichsgespräche

Je nachdem, wie im vorliegenden Fall das zweite Gutachten ausfällt, kommt es überhaupt zu Vergleichsverhandlungen: Stellt sich heraus, dass der Erblasser nicht mehr testierfähig war, tritt gesetzliche Erbfolge je zu ein Halb ein. Hat das Testament

jedoch Bestand, kommt der hilfsweise geltend gemachte Pflichtteilsanspruch der Tochter zum Tragen. Möglicherweise bietet sich zur Vermeidung einer langwierigen Stufenklage (auf Auskunft und nachfolgend Zahlung) eine vergleichsweise Einigung an.

Hierbei kann es aus strategischen Gründen manchmal sinnvoll sein, die – grundsätzlich nicht offengelegte – Prozessfinanzierung der Gegenseite nun mitzuteilen. Sei es, um Druck auszuüben und zu zeigen, dass man sich durchaus ein länger andauerndes Verfahren leisten kann, und der gewerbliche Prozessfinanzierer von dessen Erfolgsaussichten überzeugt ist. Sei es, um die wirtschaftlichen Eckdaten transparent zu machen – schließlich spielt die an den Finanzierer abzugebende Erlösbeteiligung²⁶ ebenso wie die den Erlös mindernde Kostentragung eine nicht unerhebliche Rolle für den Abschluss eines Vergleichs.

Grundsätzlich haben Anspruchsinhaberin und Prozessfinanzierer gemeinsam über einen Vergleich zu befinden, keiner kann ohne den anderen über den Anspruch verfügen.²⁷

2. Urteil und Rechtsmittel

Eine Prozessfinanzierung erfolgt grundsätzlich unbegrenzt, d.h. nicht nur auf eine Instanz beschränkt. Denn für den Fall, dass nach einer gewonnenen ersten Instanz die Gegenseite in Berufung geht, ist die (Weiter-)Finanzierung der Berufung im beiderseitigen Interesse der Finanzierungspartner. Auch haben sich die anfänglich positiv eingeschätzten Prozessaussichten nachweislich bewahrheitet. Realisieren sich hingegen die Prozessrisiken, und das Verfahren geht verloren, wird der Prozessfinanzierer nach Vorliegen der Urteilsbegründung eine erneute Risikoanalyse betreiben und entscheiden, ob er ein Rechtsmittel finanziert. Gelangt er zu der Einschätzung, dass beispielsweise eine Berufung keine überwiegende Aussicht auf Erfolg hat, wird er von seinem vertraglichen Kündigungsrecht Gebrauch machen.²⁸

Exkurs:

Eine besondere erbrechtliche Fallkonstellation, die häufig bei Prozessfinanzierern angefragt wird, ist die eines verlorenen Erbscheinsverfahrens. Entweder soll sogleich eine Erbenfeststellungsklage finanziert werden oder zunächst die Beschwerde und hilfsweise die Feststellungsklage mitabgesichert werden. Hier kommt es wiederum auf die Prozessrisikoanalyse an – und den weiteren Verlauf der Anspruchsdurchsetzung. Geht beispielsweise die Beschwerde verloren und ist erkennbar, dass im zivilprozessualen Verfahren dasselbe OLG für eine potenzielle Berufung zuständig ist, wird ein Prozessfinanzierer i.d.R. keine überwiegenden Erfolgsaussichten für das Berufungsverfahren (mehr) annehmen.

23) So aber OLG Oldenburg DNotZ 2024, 529, das auch darauf abstellt, welcher Text von einem Fälscher zu erwarten gewesen wäre.

24) OLG Oldenburg DNotZ 2024, 529.

25) OLG München FGPrax 2024, 278.

26) Die Erlösbeteiligung beträgt i.d.R. 30 % aus Erlösen bis 500.000 EUR und 20 % für Erlöse darüber hinaus; bei besonders hohen Streitwerten oder Sonderkonstellationen werden teilweise individuelle Quoten vereinbart.

27) *Anderson/Klessinger* in: Bonefeld/Kroiß/Tanck, Der Erbprozess, 6. Aufl. 2023, Kap. 15, dort Anhang: Muster Prozessfinanzierungsvertrag, § 8.

28) Dieser Kündigungsgrund ist der Hauptanwendungsbereich des vertraglich vereinbarten Kündigungsrechts, vgl. *Anderson/Klessinger* in: Bonefeld/Kroiß/Tanck, Der Erbprozess, 6. Aufl. 2023, Kap. 15, dort Anhang: Muster Prozessfinanzierungsvertrag, § 9.

Auf einen Blick

Für einen Rechtsanwalt und seine Mandanten spielt das Prozessrisiko eines streitigen erbrechtlichen Verfahrens zu jedem Zeitpunkt eine wichtige Rolle. Diese Risiken können naturgemäß nicht gänzlich ausgeschlossen, jedoch in einem bestimmten Rahmen zumindest minimiert werden. Das beginnt bei der Wahl des strategisch geeignetsten Verfahrens und Vorgehens und schließt die wirtschaftliche Analyse der potenziellen Kosten ein. Sorgfältige Schriftsätze unter Ein-

haltung grundlegender Darstellungsregeln erhöhen ebenso wie strukturierter Sachvortrag mit entsprechenden Beweisangeboten die Erfolgsaussichten vor Gericht. In geeigneten Fällen sollte eine Prozessfinanzierung erwogen und angefragt werden. Die einschlägige Befassung mit Prozessrisiken und der über die rein anwaltliche Sicht hinausgehende Blick auf die bestmögliche Anspruchsdurchsetzung tragen zur Risikominderung bei.