



## Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 5 W 23/15 = 32 VI 79/15 Amtsgericht Bremen

### B e s c h l u s s

In der Nachlasssache

[...],

Erblasserin,

Beteiligte:

1. X [...],

Beschwerdeführer,

2. [...]

3. [...],

4. [...],

5. [...],

6. [...],

7. [...],

8. [...],

9. [...]

und weitere Erben

hat der 5. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch die Richter Dr. Haberland, Hoffmann und Küchelmann am **24.09.2015** beschlossen:

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1.) vom 12.06.2015 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Bremen – Nachlassgericht – vom 05.06.2015, Az.: 32 VI 79/15, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Beteiligte zu 1.).

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf € 146.000,00 festgesetzt.

### **Gründe**

I.

Notar X, der Beteiligte zu 1.), begehrt seinem Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.05.2015, UR-Nr. [...] /2015, des Notars Y[...] (Bl. 14 ff. d. A.) stattzugeben.

Die Erblasserin ließ von dem Beteiligten zu 1.) am 12.03.2012 zu dessen UR-Nr. [...] /2012 ein notarielles Testament beurkunden. In diesem Testament ordnete sie unter Ziff. III. die Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachlass an. Weiter heißt es: „Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen und in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar übergeben. Dieser Umschlag ist zusammen mit diesem Testament in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts Bremen zu geben.“ Zudem fasste die Erblasserin ebenfalls am 12.03.2012 privatschriftlich und eigenhändig eine Erklärung ab, die die „Bestimmung des Testamentsvollstreckers“ enthält. Darin heißt es weiter: „In Ergänzung zu meinem notariellen Testament vom 12.3.2012 ernenne ich zum Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt und Notar X...“ Diese Erklärung ist von der Erblasserin unterschrieben und dem Beteiligten zu 1.) in einem verschlossenen weißen Briefumschlag mit der Aufschrift „Testamentsvollstreckung“ ausgehändigt worden.

Sowohl die notariell beurkundete letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 12.03.2012 als auch der weiße Umschlag mit der privatschriftlichen „Bestimmung des

Testamentsvollstreckers“ vom 12.03.2012 sind in einem verschlossenen und versiegelten braunen Umschlag von dem Beteiligten zu 1.) dem Amtsgericht Bremen in amtliche Verwahrung gegeben worden. In der Akte über die Verfügung von Todes wegen des Amtsgericht Bremen (Gesch.-Nr. 32 IV 120/12) befindet sich eine Verfügung vom 29. April 2015 über die besondere amtliche Verwahrung dieser streitgegenständlichen Dokumente (Bl. 20 d. A.). Der braune Umschlag, der sowohl die letztwillige Verfügung der Erblasserin zu der UR-Nr. [...] /2012 des Beteiligten zu 1.) enthielt als auch die Erklärung zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers, ist mit der Verwahrungsbuch-Nummer [...] versehen worden. Dementsprechend trägt der weiße Briefumschlag auch keinen eigenen Eingangsstempel und keine vergebene Verwahrungsbuch-Nummer.

Die Erblasserin verstarb am 28.01.2015. In dem Protokoll des Amtsgerichts – Nachlassgericht – Bremen über die Eröffnung der letztwilligen Verfügungen von Todes wegen vom 30.04.2015 (Geschäfts –Nr. 32 IV 120/12, Bl. 29 d. A.) heißt es: „Die in besonderer amtlicher Verwahrung befindlichen Verfügungen von Todes wegen waren aus der Verwahrung entnommen worden. Sie waren gemeinsam in einem versiegelten Umschlag verschlossen. Der Umschlag wurde geöffnet. Die Verfügungen wurden eröffnet. Sie sind beide wie folgt datiert: 12.03.2012.“ Unter „Auffälligkeiten/Besonderheiten“ heißt es weiter: „Die handschriftliche Verfügung befand sich in einem kleinen Umschlag, der durch eine Büroklammer mit der notariellen Verfügung von Todes wegen verbunden war. Beide befanden sich gemeinsam in einem Verwahrungsumschlag.“

Mit Beschluss vom 05.06.2015 (Bl. 9 f. d. A.) hat das Amtsgericht – Nachlassgericht – Bremen den Antrag des Beteiligten zu 1.) auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass eine „unmittelbare Verknüpfung“ beider Testamente schon dadurch erkennbar sei, dass die handschriftliche letztwillige Verfügung der Erblasserin, in der sie den Beteiligte zu 1.) zum Testamentsvollstrecker ernenne, in einem kleinen weißen verschlossenen Umschlag mit einer Büroklammer an die notarielle Verfügung von Todes wegen geheftet worden sei und sich beide Dokumente in einem Verwahrungsumschlag befunden hätten. Zudem sei in dem notariellen Testament vermerkt, dass der Umschlag mit der Testamentsvollstreckerernennung dem beurkundenden Notar übergeben und gemeinsam mit der

notariellen Urkunde in die amtliche Verwahrung gegeben werden soll. Weiterhin seien beide Testamente am gleichen Tag verfasst worden.

Der Beteiligte zu 1.) hat unter dem 12.06.2015 Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts Bremen – Nachlassgericht – vom 05.06.2015 eingelegt und beantragt, unter Abänderung des Beschlusses des Amtsgerichts Bremen – Nachlassgericht – vom 05.06.2015 dem Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.05.2015 zu entsprechen.

Der Beteiligte zu 1.) ist der Auffassung, dass seine Ernennung zum Testamentsvollstrecker wirksam erfolgt sei. Die konkret gewählte Verfahrensweise sei mit dem vom Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen mit Beschluss vom 15.07.2014 entschiedenen Sonderfall nicht zu vergleichen und würde keine Umgehung der §§ 27, 7 BeurkG darstellen. Die gesonderte handschriftliche Verfügung der Erblasserin sei als Ergänzungstestament anzusehen. Auch die Beschriftung auf dem Briefumschlag nehme keinen Bezug auf das notarielle Testament vom 12.03.2012. Zudem seien im Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts Bremen – Nachlassgericht – vom 30.04.2015 beide Verfügungen erwähnt. Dass beide Testamente am selben Tag errichtet und das handschriftliche Ergänzungstestament in einem fest verschlossenen Umschlag gemeinsam mit dem notariellen Testament in einem Verwahrumschlag dem Gericht überreicht worden seien, führe nicht zur Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Ergänzungstestaments.

Mit Beschluss vom 30.06.2015 (Bl. 26 d. A.) hat das Amtsgericht - Nachlassgericht – Bremen der Beschwerde des Beteiligten zu 1.) nicht abgeholfen und sie dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1.) ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1.) ist statthaft und auch im Übrigen zulässig nach §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 63, 64 FamFG; § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG. Die Beschwerdefrist von einem Monat nach § 63 Abs. 1 FamFG ist ebenso gewahrt wie die Formvorschriften der §§ 64, 65 FamFG.

2. Die Beschwerde ist aber unbegründet. Der Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.05.2015 ist zurückzuweisen. Der Beteiligte zu 1.) kann nicht die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 Abs. 1 BGB verlangen, denn die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 12.03.2012 bezüglich der Ernennung des Beteiligten zu 1.) zum Testamentsvollstrecker ist gemäß §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG i.V.m. § 125 BGB unwirksam.

a) Nachvollziehbar und nicht von vornherein negativ zu bewerten ist der Wunsch des Erblassers, dass der Notar, dem er zu Lebzeiten seine Angelegenheiten anvertraut hat, auch als Testamentsvollstrecker seinen letzten Willen vollziehen oder zumindest die Durchführung der Vollziehung überwachen soll (OLG Bremen, Beschluss vom 15.07.2014, 5 W 13/14, FamRZ 2015, 533, 534; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.08.1989, 8 W 640/88, DNotZ 1990, 430; Reimann, DNotZ 1994, 659 f.). Den sich daraus für den Notar ergebenden Interessenkonflikt spiegeln die beurkundungsrechtlichen Regelungen in § 27 und § 7 BeurkG wieder. § 27 BeurkG statuiert durch die Verweisung auf § 7 BeurkG ein Mitwirkungsverbot: Nach § 7 Nr. 1 BeurkG ist eine Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Normzweck des § 7 BeurkG ist es, das Beurkundungsverfahren freizuhalten von eigenen Interessen des beurkundenden Notars, denn aus der Doppelstellung als beurkundender Notar und Träger von Rechten als Testamentsvollstrecker - mit oder ohne Honorar - könnte sich ein Interessenkonflikt des Notars mit Rückwirkungen auf die Gestaltung der Urkunde ergeben. Dies will § 7 BeurkG von vornherein verhindern (OLG Bremen, a.a.O.; Reimann, a.a.O., S. 661). Der Notar darf deshalb nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG an der Beurkundung nicht mitwirken, wenn er in der von ihm protokollierten letztwilligen Verfügung zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll (OLG Bremen, a.a.O.; Reimann, DNotZ 1990, 433; DNotl Report, 12/1999, S. 101 f.; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 27 Rn. 9, jeweils m.w.N.). Erkennt der Notar, dass der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernennen will, muss er die Beurkundung ablehnen (§ 14 Abs. 2 BNotO; §§ 4, 7, 27 BeurkG). Missachtet der Notar dieses Mitwirkungsverbot, ist die Beurkundung insoweit gemäß § 125 BGB nichtig (OLG Bremen, a.a.O.; Reimann, DNotZ 1994, 659, 661; Bengel/Reimann, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Abschn. C, Rn. 43; DNotl-Report 12/1999, S. 102; Eylmann/Vaasen/Baumann, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 27 BeurkG Rn. 8; Armbrüster, in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 27 Rn. 3, Keim, in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 4, Kapitel 1, Rn. 271

(S. 1844); Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl., § 2197 Rn. 6, jeweils m.w.N.). Dies gilt nicht nur dann, wenn der Notar von der Testamentsvollstreckerernennung wusste, sondern auch dann, wenn sie in einem öffentlichen Testament des Erblassers erfolgt ist, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde (OLG Bremen, a.a.O.; Reimann, DNotZ 1990, 433; DNotI-Report 12/1999, S. 102; Bengel/Reimann, a.a.O.).

Zwar wird es in der Praxis überwiegend als zulässige „Ersatzlösung“ angesehen, dass der Erblasser den Urkundsnotar, der das Testament mit der Testamentsvollstreckungsanordnung beurkundet, in einem gesonderten privatschriftlich und eigenhändigen oder von einem anderen Notar beurkundeten Ergänzungstestament zum Testamentsvollstrecker wirksam ernennen kann (OLG Bremen, a.a.O.; Münch.-Komm./Zimmermann, BGB, 6. Aufl., 2013, § 2197 Rn. 12, Reimann, DNotZ 1994, 659, 663; Seger, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., 2013, § 27 Rn. 6, jeweils m.w.N.). Hier bedarf es aber einer Abgrenzung zum öffentlichen Testament gemäß § 2232 BGB, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde, denn jegliche Verknüpfung mit dem ursprünglichen notariellen Testament kann eine Umgehung von § 7 BeurkG begründen und im Hinblick auf dessen Wirksamkeit schädlich sein (OLG Bremen, a.a.O.; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl, Rn. 94a). So wird etwa davon abgeraten, das eigenhändige Ergänzungstestament mit der Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker zusammen mit dem notariell beurkundeten Testament im Sinne von § 34 BeurkG zu verschließen und so in die amtliche Verwahrung zu geben. Der Umschlag wird dabei als „Zubehör“ der Testamentsurkunde angesehen (J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., 2015, § 24 Rn. 9; Sandkühler, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, 11. Kapitel Rn. 28; Reimann, DNotZ 1994, 659, 663; vgl. auch BT-Drucks. 5/3282, S. 36). Stattdessen sollte das privatschriftlich verfasste Ergänzungstestament selbstständig in Verwahrung gegeben werden (Reimann, a.a.O.: „Privatschriftliche Verfügungen haben in dem Umschlag eines notariellen Testaments buchstäblich keinen Platz.“).

b) Nach diesen Grundsätzen, die bereits im Beschluss des Senats vom 15.07.2014, Az.: 5 W 13/14 (FamRZ 2015, 533, 534 f.), zur Anwendung gelangt sind, ist auch bei der hier zugrundeliegenden Fallkonstellation die Benennung des Beteiligten zu 1) zum Testamentsvollstrecker unwirksam. Diese Benennung des Beteiligten zu 1.) durch die

Erblasserin ist nicht in einem gesonderten eigenhändigen Ergänzungstestament vorgenommen worden, sondern vielmehr durch eine Einbeziehung in das Beurkundungsverfahren Bestandteil des von dem beurkundenden Notar protokollierten und beurkundeten Testaments vom 12.03.2012 (UR-Nr. [...] /2012) geworden. In dieser konkret gewählten Vorgehensweise ist die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch den Notar im Sinne von § 2232 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BGB zu sehen. Für den Errichtungsakt ist erforderlich, dass der Erblasser die von ihm selbst geschriebene und verschlossene Schrift, mit der Willenserklärung, dass die Schrift seinen letzten Willen enthalte, dem Notar übergibt und der Notar über diese Vorgänge ein Tatsachenprotokoll bzw. eine notarielle Niederschrift errichtet (Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2012, § 2232, Rn. 23). Die Erblasserin hat dem beurkundenden Notar die verschlossene Schrift mit der Aufschrift „Testamentsvollstreckung“ übergeben. Dieser Vorgang hat auch in Form eines Tatsachenprotokolls in die Niederschrift der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung der Erblasserin Eingang gefunden. Dazu heißt es unter Ziffer III. des notariellen Testaments: „Ich werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen und in einem verschlossenen Umschlag dem beurkundenden Notar übergeben. Dieser Umschlag ist zusammen mit diesem Testament in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts Bremen zu geben.“ Zwar ist die Rede davon, dass die Bestimmung des Testamentsvollstreckers in einer „gesonderten“ handschriftlichen Niederschrift der Erblasserin erfolgt; allerdings kann dieser Umstand nicht als ausreichend angesehen werden, um vorliegend von einem separaten eigenhändigen Ergänzungstestament auszugehen. Dadurch, dass es zur Beurkundung des Übergabeprotokolls in der Niederschrift gekommen ist, ist auch die Erklärung der Erblasserin bezüglich der Testamentsvollstreckung unmittelbar mit dem notariell beurkundeten Testament verknüpft worden.

Entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 1.) kann es auch zu keinem anderen Ergebnis führen, dass vorliegend, anders als in der dem Beschluss des Senats vom 15.07.2014 (Az. 5 W 13/14) zugrundeliegenden Fallkonstellation, nicht ausdrücklich von einer „Anlage zum Testament“ die Rede ist. Auch wenn vorliegend in der Aufschrift des Briefumschlages zur „Testamentsvollstreckung“ auf das notarielle Testament nicht unmittelbar Bezug genommen wird, so wird aber im notariellen Testament eine „gesonderten handschriftlichen Niederschrift“ genannt, in der „die Person des Testamentsvollstreckers“ bestimmt werden soll. Zumal auch die handschriftlich ver-

fasste Erklärung der Erblasserin mit den Worten beginnt: „In Ergänzung zu meinem notariellen Testament vom 12.3.2012 ernenne ich zum Testamentsvollstrecker...“ und dadurch zusätzlich auf das notarielle Testament Bezug genommen wird. Eine ausdrückliche Kennzeichnung als „Anlage“ ist nicht erforderlich, zumal die Aufschrift des Briefumschlags und die diesbezügliche Beschreibung im Protokoll unmittelbar miteinander in Zusammenhang zu bringen sind. Außerdem ist in dem notariellen Testament eine Niederschrift über die Entgegennahme einer handschriftlich verfassten und verschlossenen Schrift der Erblasserin mit der Erklärung, darin die Person des Testamentsvollstreckers bestimmen zu wollen, zu finden und damit ein Tatsachenprotokoll erstellt worden. Dies ist als ausreichend anzusehen, um eine unmittelbare Verknüpfung zwischen den Schriftstücken zu begründen und die Erklärung, in der die Erblasserin den Beteiligten zu 1.) zum Testamentsvollstrecker ernennt, zum Inhalt des notariell beurkundeten Testaments werden zu lassen. Auch wenn die übergebene Schrift ein formgerecht gemäß § 2247 BGB errichtetes eigenhändiges Testament ist, ist es unter diesen Voraussetzungen als Bestandteil des notariell errichteten Testaments anzusehen (Staudinger/Baumann, BGB, Bearb. 2012, § 2232, Rn. 59 m.w.N.). Unabhängig von der Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der privatschriftlichen und eigenhändigen Erklärung der Erblasserin hinsichtlich der Bestimmung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker, stellt die vorliegend gewählte Vorgehensweise eine Umgehung des Ausschließungstatbestandes nach den §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG dar. Dabei kommt es auch nicht darauf an, dass der beurkundende Notar durch Übergabe der verschlossenen Schrift nicht seiner materiell-rechtlichen Belehrungspflicht nachkommen, die Wirksamkeit des Testaments überprüfen oder Unwirksamkeitsgründe als Folge eines Verstoßes gegen § 27 BeurkG erkennen konnte (Staudinger/Baumann, a.a.O., Rn. 50).

Zu berücksichtigen ist ferner, dass die verschlossene Schrift in einem weißen Briefumschlag mit der Bestimmung des Testamentsvollstreckers zusammen mit der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung in einem verschlossenen braunen Umschlag von dem Beteiligten zu 1.) in die besondere amtliche Verwahrung des Amtsgerichts Bremen gegeben wurden. Der weiße Umschlag zur „Testamentsvollstreckung“ erhielt damit keinen Eingangsstempel und keine eigene Verwahrungsbuch-Nummer zugeteilt. Ferner ist auch die Kostenrechnung nur für eine amtliche Verwahrung erstellt. Diese Vorgehensweise, die Dokumente gemeinsam in die Verwahrung zu geben, erfolgte auch auf ausdrücklichen Wunsch der Erblasserin. Auch dies spricht dafür, dass vor-

liegend ein öffentliches Testament errichtet worden ist. Nach § 34 Abs. 1 BeurkG soll der Notar die Niederschrift und die nach § 30 BeurkG beigefügte übergebene Schrift in einem Umschlag verschließen und zusammen in die besondere amtliche Verwahrung geben. Zwar ist im Rahmen der Testamentseröffnung im Eröffnungsprotokoll des Amtsgerichts Bremen vom 30. April 2014 von zwei letztwilligen Verfügungen die Rede, andererseits heißt es dort aber auch „die handschriftliche Verfügung befand sich in einem kleinen Umschlag, der durch eine Büroklammer mit der notariellen Verfügung von Todes wegen verbunden war. Beide befanden sich gemeinsam in einem Verwahrungsumschlag.“ Von der Errichtung eines gesonderten Ergänzungstestaments kann, entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 1.), allein aufgrund der Erwähnung von zwei letztwilligen Verfügungen nicht gesprochen werden. Zumal auch beide Dokumente zusätzlich mit einer Büroklammer aneinandergeheftet und damit zu einer Einheit verbunden worden sind. Dies alles spricht dafür, dass die Bestimmung des Testamentsvollstreckers durch die Erblasserin als Bestandteil der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung anzusehen ist.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG.

4. Die Festsetzung des Wertes des Beschwerdegegenstandes (20% des Nachlasswertes) beruht auf § 40 Abs. 5 GNotKG, wobei ein Nachlasswert von € 730.000,00 zu Grunde gelegt worden ist (vgl. Bl. 15 d. A.).

5. Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 70 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 FamFG nicht zuzulassen. Mit Rücksicht darauf, dass der vorliegende Beschluss eine Tatsachenentscheidung im Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

gez. Dr. Haberland

gez. Hoffmann

gez. Küchelmann