



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 5 W 18/12 = 36 VI 19/12 Amtsgericht Bremen

B e s c h l u s s

In der Beschwerdesache

[...],

das Verfahren Betreffende,

Beteiligte:

1. [...],

Antragstellerin und Beschwerdeführerin-

2. [...],

Beteiligte,

Verfahrensbevollmächtigter zu 1:

Rechtsanwalt [...]

Verfahrensbevollmächtigte zu 2:

Rechtsanwältin [...],

hat der 5. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch die Richter Dr. Bölling, Hoffmann und die Richterin Dr. Röfer am 01.08.2012 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1. vom 28.10.2010 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Bremen vom 04.08.2010 wird dieser aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, der Antragstellerin den beantragten Erbschein zu erteilen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Beteiligte zu 2.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Der Gegenstandswert wird auf 15.788,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Mit notariellem „Gegenseitigen Testament“ des Notars S. vom 03.03.1981 (UR- Nr. 26/81) setzten sich die Erblasserin und ihr Ehemann gegenseitig zu Alleinerben ein sowie die Tochter H. des Ehemannes zur Alleinerbin des Letztversterbenden unter Ausschluss seiner zwei weiteren Töchter. Durch handschriftlichen Nachtrag vom 30.09.1985 ergänzten die Ehegatten dieses Testament dahingehend, dass nunmehr auch die weitere Tochter C. des Ehemannes, die Beteiligte zu 2., bedacht werden sollte in Höhe ihres gesetzlichen Erbteils, jedoch nur in Höhe der Hälfte der zunächst allein bedachten Tochter H..

Im weiteren Verlauf kam es zur Trennung der Ehegatten. Am 06.07.2001 schlossen sie vor dem Amtsgericht Syke – Familiengericht- zu gerichtlichem Protokoll einen als „Trennungsvereinbarung“ bezeichneten Vergleich, u.a. über den Trennungsunterhalt. Hierin hoben sie zudem das genannte notarielle Testament sowie etwaige weitere gegenseitige Verfügungen von Todes wegen ersatzlos auf. Anwesend bei dem gerichtlichen Termin waren lediglich die Parteivertreter der Eheleute, nicht diese persönlich.

Im Folgenden testierten beide Eheleute neu, die Erblasserin u.a. durch handschriftliches Testament vom 29.10.2007, durch das sie ihr Patenkind, die Beteiligte zu 1. und Antragstellerin, zur Alleinerbin einsetzte, der Ehemann, indem er durch notarielles Testament vom 29.08.2006 seine nunmehrige Lebensgefährtin zur Alleinerbin einsetzte.

Nach dem Tode der Erblasserin am 28.03.2009 beantragte die Antragstellerin beim Amtsgericht Bremen unter Berufung auf das Testament vom 29.10.2007 einen Erbschein, durch den sie als Alleinerbin der Verstorbenen ausgewiesen wird.

Mit Verfügungen vom 08.02.2010 und vom 26.03.2010 wies das Amtsgericht darauf hin, dass das ursprüngliche notarielle Testament nicht formwirksam aufgehoben worden sei, da die Ehegatten bei der Vergleichsprotokollierung nicht anwesend gewesen seien. Die im Testament enthaltenen wechselseitigen Verfügungen stünden dem nachfolgenden Testament der Erblasserin und damit der Erteilung des beantragten Erbscheins entgegen. Dementsprechend lehnte das Amtsgericht mit Beschluss vom 04.08.2010 dessen Erteilung ab. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde.

Schon vor Erlass des angefochtenen Beschlusses hatte der Ehemann mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24.06.2010, eingegangen beim Amtsgericht am 25.06.2010, die Erbschaft nach seiner verstorbenen Ehefrau ausgeschlagen und zugleich seine in dem gemeinsamen Testament getroffenen Verfügungen widerrufen. Dabei wies er darauf hin, dass er erst am 19. bzw. 21.05.2010 davon Kenntnis erlangt habe, dass die Aufhebung des gemeinsamen Testaments in dem gerichtlichen Vergleich unwirksam sei. Diese Ausschlagungserklärung lag der RichterIn bei Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht vor. Auch nach Kenntnis hiervon hielt das Amtsgericht jedoch an seiner ablehnenden Entscheidung hinsichtlich des begehrten Erbscheines im Nichtabhilfebeschluss vom 24.04.2012 mit der Begründung fest, die wirksame Erbausschlagung durch den Ehemann führe nicht dazu, dass formunwirksam unter Verstoß gegen das gemeinschaftliche Testament getroffene Verfügungen der Erblasserin nachträglich wirksam geworden wären.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin verfolgt ihren Erbscheinsantrag mit der Beschwerde weiter. Die Beteiligte zu 2. beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen und beantragt vor dem Amtsgericht ihrerseits einen Erbschein, durch den ihre Schwester Hildegard und sie entsprechend dem notariellen Testament vom 03.03.1981 und seiner Ergänzung vom 30.09.1985 zu 2/3 bzw. 1/3 Erbinnen der Erblasserin geworden sind.

II.

1. Die Beschwerde ist zulässig gemäß den §§ 58 ff FamFG, sie ist insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Der angefochtene Beschluss ist vom Amtsgericht erst

am 13.10.2010 an den Notar der Beschwerdeführerin übersandt worden, mit der Beschwerde vom 28.10.2010 ist die Monatsfrist des § 63 Abs.1 FamFG daher in jedem Falle gewahrt. Auch wird angesichts des angegebenen Nachlasswertes der Beschwerdewert gemäß § 61 Abs. 1 FamFG erreicht.

2. Die Beschwerde ist auch begründet. Das Amtsgericht hat im angefochtenen Beschluss zu Unrecht die Erteilung eines Erbscheines abgelehnt, der die Antragstellerin als alleinige Erbin der Erblasserin ausweist.

Mit privatschriftlichem Testament vom 29.10.2007, auf das die Beschwerdeführerin ihr Erbrecht stützt, hat die Erblasserin die Antragstellerin wirksam zur Erbin bestimmt. Zwar stand dessen Wirksamkeit zunächst gemäß den §§ 2270, 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments der Erblasserin und ihres Ehemannes gemäß notarieller Urkunde des Notars S. vom 03.03.1981 entgegen. Das Testament vom 29.10.2007 verstieß jedenfalls insoweit gegen die im notariellen Testament vom 03.03.1981 enthaltenen wechselbezüglichen Verfügungen, als die Erblasserin anstelle ihres Ehemannes nunmehr die Beschwerdeführerin zur Alleinerbin einsetzte. An der Wechselbezüglichkeit dieses Teils der letztwilligen Verfügung zweifelt keiner der Beteiligten, sie folgt auch aus § 2270 Abs. 2 BGB. Nicht maßgeblich ist dagegen, ob die weitere Erbeinsetzung einer der Töchter des Ehemannes als Erbin des Letztversterbenden in diesem Testament oder die noch einer weiteren Tochter, der Beteiligten zu 2., durch den Nachtrag vom 30.09.1985 ebenfalls wechselbezügliche Verfügungen darstellten; dies kann dahingestellt bleiben.

Das notarielle Testament war zum Zeitpunkt der privatschriftlichen letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 29.10.2007 auch noch wirksam, worauf das Amtsgericht im angefochtenen Beschluss zutreffend hingewiesen hat.

Insbesondere ist das gemeinschaftliche Testament nicht durch den im Verfahren vor dem Amtsgericht Syke (21 F 276/00) am 06.07.2001 geschlossenen Vergleich der Ehepartner wirksam aufgehoben worden, wie das Amtsgericht ebenfalls zutreffend ausgeführt hat: für den wirksamen Abschluss eines Erbvertrages, um den es im fraglichen Vergleich auch ging, hätte es der persönlichen Anwesenheit der beiden testierenden Ehegatten beim Vergleichsabschluss sowie der persönlichen Genehmigung des Vergleichs bedurft. Soweit die Auffassung vertreten wird, ein Prozessvergleich ersetze „jede für das Rechtsgeschäft vorgesehene Beurkundungsform, einschließlich der gleichzeitig und in Anwesenheit beider Teile vor der Urkundsbehörde abzugebenden Erklärungen“ (BGHZ 14, 381; OLG Köln, OLGZ

70, 114), bedeutet dies lediglich, dass die notarielle Beurkundungsform durch den Vergleich ersetzt werden kann, nicht jedoch, dass die persönliche Anwesenheit der Beteiligten beim Abschluss eines Erbvertrages entbehrlich wäre. Diese ist vielmehr wegen § 2274 BGB unverzichtbar (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2007, 1290; BayObLG NJW 1965, 1276; Palandt-Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2276, Rdn. 1; Palandt-Ellenberger, a.a.O., § 127a, Rdn. 3). Dies alles gilt nicht nur für den Abschluss eines neuen Erbvertrages, sondern auch für die Aufhebung eines Erbvertrages bzw. eines gemeinschaftlichen Testaments (Palandt- Ellenberger a.a.O., § 125, Rdn. 10). An der persönlichen Anwesenheit der Parteien fehlte es indessen ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung vor dem Amtsgericht Syke vom 06.07.2001.

Gemäß den §§ 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB wurde allerdings die letztwillige wechselseitige Verfügung der Erblasserin im gemeinschaftlichen Testament vom 03.03.1981 durch die Ausschlagung der Erbschaft und eine anderweitige letztwillige Verfügung seitens des Ehemannes unwirksam und stand einer abweichenden letztwilligen Verfügung der Erblasserin nicht mehr entgegen.

Diese Erbausschlagung des Ehemannes vom 24.06.2010, eingegangen beim Amtsgericht am 25.06.2010, ist gemäß den §§ 1942 ff BGB wirksam, insbesondere fristgerecht gemäß § 1944 BGB erfolgt. Sie ist innerhalb der Frist von 6 Wochen nach Kenntniserlangung des Erben von dem Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung erklärt worden. Auf Grund der Besonderheiten des vorliegenden Falles erlangte der Ehemann von den Umständen seiner Berufung als Erbe und den Gründen hierfür erst Kenntnis, als ihm mitgeteilt wurde, dass entgegen seiner Annahme, die ersichtlich sowohl das Amtsgericht Syke wie auch die beiden beteiligten Rechtsanwälte teilten, das gemeinschaftliche Testament eben nicht durch den gerichtlichen Vergleich vom 06.07.2001 aufgehoben worden war und es daher bei seiner Erbenstellung auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments vom 03.03.1981 geblieben war. Hiervon hat er, wie er mit Erbausschlagung vom 24.06.2010 an das Amtsgericht mitteilt, am 19.05. bzw. 21.05.2010 Kenntnis erlangt. Ungeachtet des offensichtlichen Zahlendrehers bei diesen Angaben gibt es keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dies sei früher geschehen und die 6- Wochen- Frist sei im Zeitpunkt der Ausschlagung schon verstrichen gewesen.

Die Ausschlagung ist auch formwirksam gemäß den §§ 1945, 129 BGB durch öffentliche Beglaubigung der Erklärung durch den Notar T. vom 24.06.2010 erfolgt.

Die wirksame Erbausschlagung des Ehemannes allein hatte allerdings noch nicht die Unwirksamkeit der im vorangegangenen gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Verfügung der vorverstorbenen Erblasserin zur Folge. Vielmehr war es erforderlich, dass der Ehemann gemäß § 2271 Abs. 2 BGB von seiner wieder gewonnenen Testierfreiheit Gebrauch machte durch eine von der bisherigen wechselbezüglichen Verfügung abweichende neue Verfügung (vgl. BGH NJW 2011, 1353; Palandt-Weidlich, a.a.O., § 2271, Rdn. 17). Diese liegt nicht in dem in derselben Urkunde vom 24.06.2010 enthaltenen Widerruf des Ehemannes bezogen auf seine letztwillige Verfügung im gemeinschaftlichen Testament vom 03.03.1981. Zwar reicht ein solcher Widerruf grundsätzlich als eine anderweitige letztwillige Verfügung aus. Der Widerruf ist vorliegend jedoch formunwirksam: gemäß den §§ 2253, 2254 BGB erfolgt der Widerruf eines Testaments ebenfalls durch ein Testament, d. h., auch in dessen Form. Durch die bloße Unterschriftsbeglaubigung der maschinenschriftlichen Erklärung des Ehemannes seitens des Notars vom 24.06.2010 wird die testamentarische Form der §§ 2231 ff BGB nicht eingehalten.

Allerdings hatte der Ehemann bereits zuvor durch notarielles Testament vom 29.08.2006 zugunsten seiner nunmehrigen Lebenspartnerin anderweitig verfügt, wenn auch, im Hinblick auf die Bindungswirkung des zu diesem Zeitpunkt noch wirksamen gemeinschaftlichen Testaments 03.03.1981, gemäß § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB zunächst unwirksam. Mit der Ausschlagung der Erbschaft durch den Ehemann verlor das gemeinschaftliche Testament allerdings seine Bindungswirkung und stand einer abweichenden letztwilligen Verfügung des Ehemannes nicht mehr entgegen. Das gilt auch für solche, die er bereits zuvor, und nach den genannten Bestimmungen zunächst unwirksam, getroffen hatte (Münchener Kommentar- Musielak, BGB, 5. Auflage, § 2271, Rdn. 22 m.w.N.); diese werden in Folge der wirksamen Erbausschlagung nunmehr wirksam (a.a.O).

Damit verlor allerdings nicht nur auch die wechselseitige bindende testamentarische Verfügung der Erblasserin ihre Wirksamkeit gemäß § 2270 Abs. 1 BGB, sondern auch der Wirksamkeit der seitens der Erblasserin zunächst unwirksam getroffenen letztwilligen Verfügungen stand kein Hindernis mehr entgegen (so bereits ausdrücklich das Reichsgericht, RGZ 65, 271 und RGZ 149, 200; Staudinger- Kanzleiter, BGB, 1998, § 2270, Rdn. 34; ferner Keim, ZEV 1999, S. 413, 415). Die Gegenauffassung des OLG Karlsruhe (OLG –Report 1999, 26) verkennt, dass das gemeinschaftliche Testament dem späteren der Erblasserin vom 29.10.2007 nur als äußeres Hindernis entgegenstand. Nachdem es weggefallen ist, steht der Wirksamkeit des neuen Testaments nichts mehr im Wege (so RG a.a.O). Zudem ist ein Grund dafür, vom

gemeinschaftlichen Testament abweichende letztwillige Verfügungen der Erstversterbenden und des Überlebenden unterschiedlich zu behandeln, nachdem das Wirksamkeitshindernis für beide gleichermaßen weggefallen ist, nicht ersichtlich (Keim, a.a.O).

Ist damit das privatschriftliche Testament der Erblasserin für die Rechtsnachfolge nach ihr maßgeblich (geworden), kommt auch den weiteren Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament der Eheleute vom 03.03.1981 und seiner Ergänzung vom 30.09.1985, auf die sich die Beteiligte zu 2. beruft, keine Bedeutung mehr zu: war die Erbeinsetzung der Töchter des Ehemannes wechselbezüglich, wurde die Verfügung der Erblasserin bereits gemäß § 2270 Abs. 1 BGB durch die Erbausschlagung und das anderweitige Testament des Ehemannes unwirksam, andernfalls ohnehin durch die abweichende testamentarische Bestimmung der Erblasserin vom 29.10.2007, die in diesem Falle gegen keine wechselbezüglichen Bestimmungen im gemeinschaftlichen Testament verstieß. Dies wird das Amtsgericht bei seiner noch ausstehenden Entscheidung über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2. zu berücksichtigen haben.

Das Beschwerdegericht kann den beantragten Erbschein der Antragstellerin nicht selbst erteilen, vielmehr war das Nachlassgericht entsprechend anzuweisen (Keidel, FamFG., 17. Aufl., § 353, Rdn. 153).

Mit Rücksicht auf die genannte abweichende Entscheidung des OLG Karlsruhe war gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Entscheidung über die Kosten folgt aus den §§ 81, 84, FamFG, die Entscheidung über den Gegenstandswert aus § 30 KostO.

gez. Dr. Bölling

gez. Hoffmann

gez. Dr. Röfer