



Rechtsprechung aktuell:

Neue Entwicklungen im Erbrecht (2025)

Skript zum Nachweis von

5 Fortbildungsstunden

im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich willkommen zu Ihrer Fortbildung nach § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte bearbeiten Sie die in diesem Skript dargestellten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Fortbildungszeit.

Im Anschluss gelangen Sie über die Seminareseite zur Lernerfolgskontrolle im Multiple-Choice-Format. Diese bezieht sich ausschließlich auf die Inhalte des Skripts.

Nach Bestehen der Lernerfolgskontrolle werden Sie automatisch zur Zahlungsseite weitergeleitet. Sobald sowohl die Kontrolle erfolgreich abgeschlossen ist als auch Ihre Zahlung eingegangen ist, erhalten Sie spätestens am folgenden Werktag alle erforderlichen Nachweise per E-Mail.

Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl von 70 % nicht erreichen, können Sie das Skript in Ruhe erneut durchgehen und die Lernerfolgskontrolle beliebig oft und ohne zusätzliche Kosten wiederholen.

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

**Ihr Team von
Hanse Seminare**

Entscheidung 1 – BGH Beschl. v. 4.9.2024 – IV ZB 37/23:

Gründe:

I.

Der Beteiligte zu 1 erstrebt eine Klärung der Erbfolge im Verfahren über die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

Der Beteiligte zu 1 ist der Witwer der am 19. April 2022 verstorbenen Erblasserin, die Beteiligten zu 2 und 3 sind die gemeinsamen Kinder. Zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin erwartete der Beteiligte zu 3 mit seiner Ehefrau ein Kind (im Folgenden: Beteiligter zu 4), das am 3. Oktober 2022 geboren worden ist. Die Erblasserin und der Beteiligte zu 1 hatten unter dem 12. Dezember 2014 einen notariell beurkundeten Erbvertrag geschlossen, der unter anderem folgende Regelungen enthält:

„§ 3

Gegenseitige Erbeinsetzung Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen und unbeschränkten Erben ein, unabhängig davon, ob und welche Pflichtteilsberechtigte beim Tode des Erstversterbenden von uns vorhanden sind.

§ 4

Erbfolge nach dem Längstlebenden

1. Jeder von uns beruft sowohl für den Fall, dass er der Längstlebende von uns ist, als auch für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben, zu seinen Erben unsere gemeinschaftlichen Kinder, welche zur Zeit sind:

a) F. L. O. C... F, geboren am 01.08.1997,

b) J... C... C... F, geboren am 25.04.2000,

- zu gleichen Teilen -.

2. Sollte eines unserer gemeinschaftlichen Kinder vor dem Längstlebenden sterben oder aus einem sonstigen Grunde nicht Erbe werden und Abkömmlinge hinterlassen, sollen diese an seine Stelle treten. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, tritt Anwachsung im Verhältnis der Erbeinsetzung ein.“

Die Beteiligten zu 1 bis 3 schlugen für sich sowie der Beteiligte zu 3 und seine Ehefrau für den damals gezeugten, aber noch ungeborenen Beteiligten zu 4 durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbenstellung aus. Ferner erklärten die Beteiligten zu 1 bis 3, die Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbenstellung anzunehmen. Hintergrund der Ausschlagungen sei, dass der Anfall der Erbschaft mit einem Nachlasswert von 1.255.873,40 € allein bei dem Beteiligten zu 1 zu einer enormen Erbschaftssteuerbelastung geführt hätte, weshalb es im Interesse aller Beteiligten liege, das Vermögen im Wege der gesetzlichen Erbfolge möglichst für die Familie zu erhalten. Andererseits wolle der Beteiligte zu 1 die gemeinsamen Kinder bereits am Nachlass ihrer Mutter teilhaben lassen.

Am 25. Oktober 2022 beantragte der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, das auf der Grundlage der gesetzlichen Erbfolge ihn als Erben zu $\frac{1}{2}$ und die Beteiligten zu 2 und 3 als Erben zu je $\frac{1}{4}$ nach der Erblasserin ausweisen sollte. Nachdem das Nachlassgericht darauf hingewiesen hatte, dass es die für den Beteiligten zu 4 erklärte Ausschlagung

als nicht wirksam erachte, hat es den Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses zurückgewiesen.

Eine daraufhin beantragte familiengerichtliche Genehmigung der Ausschlagungserklärung hat das Amtsgericht nicht erteilt, da der Nachlasswert für den Beteiligten zu 4 einen wirtschaftlichen Vorteil bedeute. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des Nachlassgerichts hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1, mit der er seinen Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses weiterverfolgt.

II.

Das Beschwerdegericht ist der Ansicht, dass die gesetzliche Erbfolge nicht eingreife, weil die Eheleute in dem Erbvertrag eine wirksame Ersatzerbenbestimmung zugunsten des Beteiligten zu 4 getroffen und dessen Eltern das diesem angefallene Erbe nicht wirksam ausgeschlagen hätten, weil die Ausschlagungserklärung nicht familiengerichtlich genehmigt worden sei. Die Eheleute hätten zwar nicht den Fall, dass nach dem Tod des Erstversterbenden der Längerlebende von ihnen das Erbe (als gewillkürter Erbe) ausschlagen würde, ausdrücklich geregelt. Jedoch könne aus der vorgenommenen Einsetzung der gemeinschaftlichen Kinder als Schlusserben des Längstlebenden sowie auch als jeweilige Erben der Ehepartner im Falle eines gleichzeitigen Versterbens eindeutig der Schluss gezogen werden, dass die Eheleute dann, wenn sie den Fall bedacht hätten, dass der Längerlebende von ihnen das ihm zugewandte Erbe nach dem Tod des Erstversterbenden ausschlage, ihre gemeinschaftlichen Kinder auch schon zu Ersatzerben des Erstversterbenden bestimmt hätten und dass die weiterhin (unter § 4 Ziff. 2 des Erbvertrags) verfügte Ersatzerbenregelung für den Erbfall nach dem Längstlebenden auch für den Erbfall nach dem Erstversterbenden gelten sollte. Diese Auslegung erfasse auch den Fall einer „lenkenden“ Ausschlagung. Die Bestimmung der möglichen Abkömmlinge der Kinder der Eheleute zu Ersatzerben sei umfassend erfolgt.

Die durch den Beteiligten zu 3 und dessen Ehefrau für den Beteiligten zu 4 erklärte Ausschlagung des Erbes sei nicht wirksam erfolgt, weil sie nicht familiengerichtlich genehmigt worden sei. Die Ausnahme von der Grundregel der Erforderlichkeit der familiengerichtlichen Genehmigung in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2022 geltenden Fassung bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung sei zwar seinem Wortlaut nach gegeben, jedoch entspreche es der herrschenden Meinung, diese Ausnahmegvorschrift im Wege der teleologischen Reduktion nicht anzuwenden, wenn die von den Eltern für das minderjährige Kind erklärte Ausschlagung dazu führe, dass die Erbschaft dann wieder dem Elternteil, der vorher die Erbschaft nur unter dem Gesichtspunkt einer gewillkürten Erbenstellung ausgeschlagen hat, als gesetzlicher (Mit-)Erbe anfalle. Jedenfalls in diesem Fall bestehe bei dem Elternteil ein Interessenkonflikt, weil der für das Kind erklärte Erbverzicht dazu führe, dass sein – des Elternteils – Vermögen gemehrt werde.

III.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die statthafte (§ 44 IntErbRVG) und auch im Übrigen zulässige (§§ 44 Satz 3, 43 Abs. 3 IntErbRVG) Rechtsbeschwerde ist begründet. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Beteiligten zu 1 bis 3 nicht gesetzliche Erben nach der Erblasserin geworden sind. Dementsprechend ist dem Antrag des Beteiligten zu 1 auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses stattzugeben.

1. Die Beteiligten zu 1 bis 3 haben – wie das Beschwerdegericht zu Recht unterstellt hat – ihr Erbe aus dem Berufsgrund der gewillkürten Erbenansetzung wirksam ausgeschlagen, ohne dass es darauf

ankommt, ob die – von der Rechtsbeschwerde insoweit nicht angegriffene – Auslegung des Erbvertrags vom 12. Dezember 2014 durch das Beschwerdegericht der Überprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht standhält. Denn die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine wirksame Ausschlagung der – zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 unterstellt – gewillkürten Erbenstellung durch die Beteiligten zu 1 bis 3 liegen vor.

a) Ursprünglich ist der Beteiligte zu 1 Alleinerbe aufgrund des notariellen Erbvertrags vom 12. Dezember 2014 (§ 1941 BGB) geworden. Seine Stellung als gewillkürter Erbe hat der Beteiligte zu 1 jedoch rückwirkend verloren (§ 1953 Abs. 1 BGB), indem er gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft gemäß §§ 1944 Abs. 1, 1945 Abs. 1 BGB aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung erklärt hat. Damit sind – die von dem Beschwerdegericht angenommene Auslegung des Erbvertrags zugrunde gelegt – zunächst die Beteiligten zu 2 und 3 als Nächstberufene (§ 1953 Abs. 2 BGB) gewillkürte Ersatzerben geworden, die ihrerseits gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft nach §§ 1944 Abs. 1, 1945 Abs. 1 BGB aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung erklärt haben.

b) Indem die Beteiligten zu 1 bis 3 zugleich mit der Ausschlagung des gewillkürten Erbes das gesetzliche Erbe angenommen haben, stehen die Ausschlagungen – anders als die Rechtsbeschwerde zu bedenken gibt – weder unter einer Bedingung im Rechtssinne (§ 1947 BGB), noch folgt ihre Unwirksamkeit aus den Grundsätzen der Perplexität.

aa) Die insoweit gleichlautenden Erklärungen, dass die Ausschlagung auf den Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung beschränkt sei (vgl. nur Najdecki in Burandt/Rojahn, Erbrecht 4. Aufl. BGB § 1947 Rn. 5 m.w.N.) und die zugleich erfolgte – überobligatorische (vgl. Heinemann in BeckOGK-BGB, § 1948 Rn. 13 [Stand: 1. Mai 2024]) – Erklärung, die Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbenstellung annehmen zu wollen, sowie die darin enthaltene Erwartung, dass der Nachlass nach den Bestimmungen der gesetzlichen Erbfolge an die Beteiligten zu 1 bis 3 fallen würde (vgl. Senatsbeschluss vom 22. März 2023 – IV ZB 12/22, BGHZ 236, 358 Rn. 11; OLG Düsseldorf ZEV 2019, 469 Rn. 14; ZEV 2018, 85, 86 [juris Rn. 20]; Staudinger/Otte, BGB (2017) § 1954 Rn. 5 [Stand: 15. Februar 2021] m.w.N.; Eickelberg, ZEV 2018, 489, 490 f.), ist unbedenklich (§ 1948 Abs. 1 BGB). Die Beteiligten haben die Ausschlagung jeweils aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung vorbehaltlos erklärt und sind lediglich – zu Recht – davon ausgegangen, aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge als Erbe berufen zu sein. Dadurch haben sie keinen von ihrem Belieben abhängenden Schwebezustand geschaffen (vgl. Heinemann in BeckOGK-BGB, § 1947 Rn. 14, 24 [Stand: 1. Mai 2024]; Masloff in Praxiskommentar Erbrecht 4. Aufl. § 1947 Rn. 3; Schmidt in Erman, BGB 17. Aufl. § 1947 Rn. 3; Siegmann/Höger in BeckOK-BGB, § 1947 Rn. 4 [Stand: 1. Februar 2024]; Leipold in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. § 1947 Rn. 5; Gothe, MittRhNotK 1998, 194, 196). Der Eintritt der gesetzlichen Erbschaft stellt kein in der Zukunft liegendes ungewisses Ereignis dar.

Der Rechtsbeschwerde ist zwar darin zuzustimmen, dass die Auslegung einer Erklärung ergeben kann, sie solle nur wirksam sein, wenn bestimmte – auch im Rechtlichen liegende (vgl. Frohn, Rpfleger 1982, 56, 57) – Erwartungen des Erklärenden zutreffen (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 150, 151 [juris Rn. 42]; Staudinger/Bork, BGB (2020) Vorbemerkung §§ 158 ff. Rn. 29 [Stand: 30. April 2022]; Ivo in NK-BGB, 6. Aufl. § 1947 Rn. 5). Der Wortlaut der hier zu beurteilenden notariell beglaubigten Ausschlagungserklärungen trägt eine solche Auslegung aber nicht, weil darin mit der Erklärung der Annahme der Erbschaft aus dem Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge deren Eintritt lediglich als sicher eintretende Folge der Ausschlagung festgestellt wird. Aus Sicht der Beteiligten zu 1 bis 3 bestand kein Anlass, ihre Erklärung konditional mit dieser Feststellung zu verknüpfen.

bb) Die Erklärung der Ausschlagung aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbfolge und die Annahme der Erbschaft als gesetzlicher Erbe sind auch nicht als einheitliches Ganzes im Sinne einer

Erklärung anzusehen, die wegen offensichtlichen inneren Widerspruchs keine Wirkung entfalten kann, und daher nicht nach den Grundsätzen der Perplexität unwirksam. Es handelt sich um die Zusammenfassung zweier Erklärungen in einer Urkunde allein aus praktischen Gründen, die entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1948 Abs. 2 BGB zulässig ist (vgl. OLG Frankfurt NJW 1955, 466).

2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts steht dem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge nicht entgegen, dass das Erbe aufgrund der wirksamen Ausschlagungen aus dem Berufungsgrund der gewillkürten Erbeinsetzung durch die Beteiligten zu 1 bis 3 dem Beteiligten zu 4 angesichts eines ihm erbvertraglich zugewendeten Ersatzerbrechts (§ 2096 BGB) angefallen ist.

Es kann offenbleiben, ob – wovon sowohl das Beschwerdegericht als auch die Beteiligten zu 1 bis 3 ausgehen – dem Erbvertrag zu entnehmen ist, dass auch die weiterhin verfügte Ersatzerbenregelung in § 4 Abs. 2 des Erbvertrages zugunsten etwaiger Abkömmlinge der Kinder für den Erbfall nach dem Erstversterbenden und auch für den Fall einer „lenkenden“ Ausschlagung gelten sollte. Eine solche Auslegung unterstellt, haben die Eltern des Beteiligten zu 4 für diesen wirksam die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurfte es dafür nicht.

a) Gemäß §§ 1643 Abs. 2 Satz 1, 1822 Nr. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2022 geltenden und hier noch maßgeblichen Fassung (im Folgenden a.F.) bzw. § 1643 Abs. 1, 1851 Nr. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung bedürfen die Eltern für die Ausschlagung einer Erbschaft für das Kind einer Genehmigung des Familiengerichts, wobei Maßstab für deren Erteilung das Kindeswohl ist (§ 1697a BGB). § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB trifft eine hiervon abweichende Regelung für den Fall, dass die Erbschaft dem Minderjährigen erst infolge der Ausschlagung seines sorgeberechtigten Elternteils anfällt und dieser Elternteil nicht neben dem Kind berufen war. Das gilt auch für ein zum Ausschlagungszeitpunkt noch ungeborenes Kind (§ 1912 Abs. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2022 geltenden und hier noch maßgeblichen Fassung bzw. § 1810 BGB in der derzeit geltenden Fassung), wie hier für den Beteiligten zu 4. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Ausnahmeregelung von der Genehmigungspflicht sind ihrem Wortlaut nach erfüllt. Denn – eine im Erbvertrag geregelte Ersatzerbenstellung zugunsten des Beteiligten zu 4 unterstellt – ist die Erbschaft diesem erst durch die Ausschlagung des Beteiligten zu 3 und sorgeberechtigten Elternteils angefallen, welcher nicht neben diesem berufen war (vgl. § 1643 Abs. 2 Satz 2 a.E. BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 a.E. BGB).

b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kommt eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB für den Fall, dass – wie hier – ein als gewillkürter Erbe berufener Elternteil für sich im eigenen Namen – beschränkt auf diesen Berufungsgrund gemäß § 1948 Abs. 1 BGB – und als vertretungsberechtigter Elternteil für das – hier unterstellt – als Ersatzerbe (§ 2096 BGB) eingesetzte Kind die gewillkürte Erbschaft bei werthaltigem Nachlass ausschlägt, um die gesetzliche Erbfolge zu ermöglichen, bei welchem er selbst, nicht jedoch sein Kind – hier der Beteiligte zu 4 – als Erbe zum Zuge kommt, und um sodann das gesetzliche Erbe für sich anzunehmen (sog. lenkende Ausschlagung), nicht in Betracht (ebenso OLG Hamm ZEV 2018, 645 Rn. 24 ff. mit zustimmenden Anmerkungen Podewils, jurisPR-FamR 6/2019 Anm. 8; Sagmeister, MittBayNot 2019, 36; Eitzinger in BeckOGK-BGB, § 1643 Rn. 47 Stand: 1. Juli 2024; Hähn in Burandt/Rojahn, Erbrecht 4. Aufl. § 1643 BGB Rn. 6; Ivo in Keim/Lehmann, Erbrecht 5. Aufl. J.IV.4. Rn. 2; Kössinger/Najdecki in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung 6. Aufl. § 25 Rn. 1a; Münch in Beck'sches Notarhandbuch 8. Aufl. § 16a Rn. 106; Grüneberg/Weidlich, BGB 83. Aufl. § 1945 Rn. 6; Baumann, DNotZ 2012, 803, 807; Keim, ZEV 2020, 393, 397; Sagmeister, ZEV 2012, 121, 124 f.; a.A. OLG Frankfurt ZEV 2011, 597 [juris Rn. 25]; OLG Frankfurt NJW 1955, 466; Döll in Erman, BGB 17. Aufl. § 1643 Rn. 14; Fröhler in Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung 5. Aufl. 8. Kapitel Rn. 39; Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR 7. Aufl. § 64 Rn. 48; Grziwotz/Fröhler in Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung 6. Aufl. § 14 Rn. 14.124; Staudinger/Heilmann, BGB (2020) § 1643 Rn.

39 Stand: 31. März 2024; Huber in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. § 1643 Rn. 14; Pawlytta in Scherer, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht 6. Aufl. § 42 Rn. 32; Rakete-Dombek/Berning in NK-BGB, Familienrecht 4. Aufl. § 1643 Rn. 5; Stahl in Klinger, Münchener Prozessformularbuch: Erbrecht 5. Aufl. E. I. 3. Anm. 2; Thormeyer in jurisPK-BGB, 10. Aufl. § 1643 Rn. 12 [Stand: 14. April 2023]; Tschichoflos in Fachanwaltskommentar Erbrecht 4. Aufl. § 1643 Rn. 5; Veit in BeckOK-BGB, § 1643 BGB Rn. 13, 14.2 [Stand: 1. Januar 2023]; Demirci/Rose, ZAP 2024, 649, 654; Engler, FamRZ 1972, 7, 8; Fröhler, BWNotZ 2013, 88, 89; Ivo, ZEV 2002, 309, 313; wohl auch LG Osnabrück, NotBZ 2007, 419; auf den Erblasserwillen abstellend Mensch, BWNotZ 2013, 144, 145; eine Genehmigungspflicht allein wegen der Werthaltigkeit des Nachlasses ablehnend OLG Hamm, Beschluss vom 20. August 2021 – 10 W 49/21, juris Rn. 24 ff.; OLG Köln FamRZ 2012, 1832 [juris Rn. 13 f.]; Döll in Erman, BGB 17. Aufl. § 1643 Rn. 13; a.A. Eue, ZEV 2018, 624, 626).

Eine ausnahmsweise zulässige richterliche Rechtsfortbildung im Wege der teleologischen Reduktion setzt eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (vgl. Senatsurteil vom 25. Januar 2023 – IV ZR 133/21, VersR 2023, 373 Rn. 27; Senatsbeschluss vom 11. Oktober 2023 – IV ZB 26/22, ZEV 2023, 828 Rn. 17). Ob eine derartige Lücke besteht, ist vom Standpunkt des Gesetzes und der ihm zugrundeliegenden Regulationsabsicht zu beurteilen (BGH, Urteil vom 21. Februar 2022 – VIa ZR 8/21, BGHZ 233, 16 Rn. 57 m.w.N.). Das Gesetz muss, gemessen an seiner eigenen Regulationsabsicht, unvollständig sein (BGH, Urteil vom 1. Juli 2020 – VIII ZR 323/18, WuM 2020, 499 Rn. 31 m.w.N.). Nach diesem Maßstab gebieten weder der Gesetzgeberwille und die Entstehungsgeschichte der Norm noch Sinn und Zweck der Regelung zur Befreiung vom Genehmigungserfordernis für den Fall, dass die Erbschaft dem Minderjährigen erst infolge der Ausschlagung seines sorgeberechtigten Elternteils eintritt, eine Beschränkung ihres Anwendungsbereichs, wie sie das Beschwerdegericht vorgenommen hat.

aa) Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber übersehen hätte, eine Regelung für den Fall der „lenkenden“ Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses zu treffen, liegen nicht vor (vgl. Sagmeister, ZEV 2012, 121, 124 f.).

(1) Die Entstehungsgeschichte belegt, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen ein Genehmigungserfordernis in Fällen der hier in Rede stehenden Art entschieden hat.

Bereits in den Motiven zum BGB (Band 5, S. 515 zu § 2044 des Entwurfs) wurde es grundsätzlich für angemessen erachtet, „die Verbindung der beiden eigentlich sukzessiven Ausschlagungen in einer und derselben Erklärung zuzulassen“, wobei der Umstand, dass die eine Erklärung von dem Inhaber der elterlichen Gewalt für sich selbst, die andere Erklärung von demselben in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Kindes abzugeben sei, daran nichts ändere. Anders wurde die Interessenlage beurteilt, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt Miterbe des Kindes war. Die Prüfung der Ausschlagung seitens des Inhabers der Gewalt für sich gehe nicht voraus, sondern die Prüfung im Interesse beider stehe in gleicher Linie. Von vornherein sei zu entscheiden, ob die Ausschlagung für das Kind angemessen sei, und es sei in Betracht zu ziehen, dass sich die Wirkung der Annahme bei dem Wegfall von Miterben erweitere. Ein Widerstreit des Interesses beider sei naheliegend (vgl. Motive aaO). Demnach hielt der historische Gesetzgeber einen Interessenkonflikt nur dann für möglich, wenn der vertretungsberechtigte Elternteil und das minderjährige Kind als Miterben auf einer Ebene stehen, nicht aber für den – auch hier in Rede stehenden – Fall, in dem zunächst der Elternteil die ihm zugefallene Erbschaft auf den Berufungsgrund der gewillkürten Erbfolge beschränkt ausschlägt und anschließend als gesetzlicher Vertreter seines als Ersatzerbe berufenen minderjährigen Kindes für dieses die Erbschaft ausschlägt.

Bei der Anpassung der später in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. enthaltenen Ausnahmeregelung an das neue Gesamtvertretungsrecht im Jahr 1979 hat der Gesetzgeber ein Genehmigungserfordernis ausdrücklich mit folgender Begründung abgelehnt: „Schlagen beide Elternteile für das Kind aus, so

kann davon ausgegangen werden, daß eine Benachteiligung des Kindes auch dann nicht zu besorgen ist, wenn die Erbschaft dem Kind lediglich durch die Ausschlagung eines der Elternteile anfällt“ (BT-Drucks. 8/2788 S. 57 re. Spalte).

Im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts mit Wirkung zum 1. Januar 2023 hat der Gesetzgeber die bis dahin geltende Vorschrift des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. inhaltlich unverändert in § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB übernommen. Er hat sich mit der Problematik der „vereinzelte diskutierte Frage selektiver oder lenkender Erbausschlagungen“ im Anwendungsbereich des § 1643 BGB befasst (BTDrucks. 19/24445, S. 481). Zuvor hatte der Bundesrat in den Empfehlungen der Ausschüsse vom 27. Oktober 2020 (BR-Drucks. 564/1/20, S. 13 f.) sowie der Stellungnahme zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 19/24445, S. 424) darum gebeten, „im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob und auf welche Weise klargestellt werden kann, dass Ausschlagungen eines Elternteils für das von ihm vertretene Kind in den Fällen des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB auch dann keiner Genehmigung bedürfen, wenn der Nachlass werthaltig ist und die Ausschlagung nur selektiv z.B. nur für eines von mehreren Kindern erfolgt oder eine Umleitung des Nachlasses auf die gesetzlichen Erben bezweckt (selektive oder lenkende Ausschlagung)“. Seine Bitte hat er damit begründet, dass diese Fragen in der Rechtsprechung umstritten seien. Angesichts dessen wäre eine explizite Aussage des Gesetzgebers hilfreich, wobei es einer Genehmigungspflicht in diesen Fällen nicht bedürfe, weil ein der selektiven Ausschlagung vergleichbares Ergebnis auch über den Weg der genehmigungsfreien Erbteilübertragung oder der Schenkung von Gegenständen aus der Erbschaft erreicht werden könne. Die Erbschaftsausschlagung stelle hier nur eine einfachere und kostengünstigere Alternative dar, die durch ein Genehmigungserfordernis nicht erschwert werden solle. Da die Fallgruppe der selektiven oder lenkenden Ausschlagung vom Wortlaut der Regelung des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB an sich erfasst sei, könne eine Klarstellung im Rahmen der Begründung genügen (BR-Drucks. 564/1/20, S. 14). Für eine gesetzliche Entscheidung des Meinungsstreits hat die Bundesregierung keine Veranlassung gesehen. In der Gesetzesbegründung heißt es, dass diese Frage in der Praxis sehr selten auftreten dürfte und sich mit dem vorhandenen Regelwerk sachgerecht lösen lasse (BT-Drucks. 19/24445, S. 481; dazu Everts, MittBayNot 2023, 9, 17 f.). Diese Ausführungen beziehen sich zwar auf § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB, bestätigen aber die bereits für die gleichlautende Vorgängerregelung geäußerte Auffassung des Gesetzgebers, der bewusst von einer Klärung des hiesigen Streitstands – und erst recht von einer vom Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB abweichenden Regelung – abgesehen hat, so dass sich das Gesetz nicht als planwidrig unvollständig erweist.

(2) Die Genehmigungsfreiheit im Fall der „lenkenden“ Ausschlagung entspricht zudem den gesetzgeberischen Motiven zur Einführung der Genehmigungsfreiheit in § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 20. August 2021 – 10 W 49/21, juris Rn. 25; ZEV 2018, 645 Rn. 30 ff.; vgl. Sagmeister, ZEV 2012, 121, 124; Engler, FamRZ 1972, 7, 9). Die Norm sollte der Entlastung der Gerichte dienen und verhindern, dass diese, um sich der Prüfung des Nachlassbestandes und der damit verbundenen Verantwortung zu entziehen, im Zweifel die Genehmigung versagen (vgl. Motive zum BGB, Band 5, S. 515; OLG Hamm ZEV 2018, 645 Rn. 17; OLG Köln FamRZ 2012, 1832 [juris Rn. 13]; OLG Frankfurt ZEV 2011, 597 [juris Rn. 21]; Sagmeister, ZEV 2012, 121, 124 f.). Dass die Ausschlagung für einen Minderjährigen nicht in seinem Interesse liegen könnte, fand insofern keine Berücksichtigung.

bb) Auch Sinn und Zweck des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB erfordern eine Beschränkung ihres Anwendungsbereichs im Fall der „lenkenden“ Ausschlagung nicht. Anders, als das Beschwerdegericht meint, rechtfertigt ein möglicher Interessenkonflikt zwischen dem ausschlagenden Elternteil und dem Kind die Annahme eines Genehmigungserfordernisses nicht.

(1) Dem Beschwerdegericht ist zwar darin zuzustimmen, dass hinter der Befreiung von der Genehmigungspflicht die Grundannahme steht, dass der sorgeberechtigte Elternteil die zunächst ihm

angefallene Erbschaft im eigenen Interesse nur nach sorgfältiger wirtschaftlicher Prüfung ausgeschlagen hat und somit auch die Ausschlagung für das minderjährige Kind nur erklärt, wenn die Annahme wirtschaftlich nachteilig ist oder sonst ein Grund vorliegt, der die Nichtannahme der Erbschaft rechtfertigt (vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 57; OLG Frankfurt ZEV 2011, 597 [juris Rn. 21]; Grüneberg/Götz, BGB 83. Aufl. § 1643 Rn. 4; Staudinger/ Heilmann, BGB (2020) § 1643 Rn. 36 [Stand: 31. März 2024]; Tschichoflos in Fachanwaltskommentar Erbrecht 4. Aufl. § 1643 Rn. 4; Eue, ZEV 2018, 624) und daher ein Interessenkonflikt nicht bestehe. Weiter geht das Beschwerdegericht zutreffend davon aus, dass sich die gesetzgeberische Vermutung eines Interessengleichklangs zwischen Eltern und Kind nicht bestätigen mag, soweit die Ausschlagung für das Kind erfolgt, um den gesetzlichen Erbgang (auch) zugunsten des sorgeberechtigten Elternteils zu ermöglichen, weil diese dann allein dazu dient, die Erbschaft in eine bestimmte Richtung zu lenken und letztlich dazu führt, dass das Vermögen des ausschlagenden Elternteils gemehrt wird (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2014, 779 [juris Rn. 9]; KG ZEV 2012, 332 [juris Rn. 18]; Hähn in Burandt/Rojahn, Erbrecht 4. Aufl. § 1643 Rn. 4; Huber in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. § 1643 Rn. 14; Ivo, ZEV 2002, 309, 313). Der Senat verkennt auch nicht, dass es in Fällen wie dem vorliegenden möglich erscheint, dass Eltern aus eigennützigen Gründen im Rahmen einer wirtschaftlich bedeutenden Angelegenheit gegenüber ihren Kindern pflicht- und treuwidrig handeln könnten.

(2) Ein solcher Interessenkonflikt rechtfertigt es aber nicht, die Wirksamkeit der „lenkenden“ Ausschlagung eines werthaltigen Nachlasses von einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängig zu machen. Dafür sprechen Gründe der Rechtssicherheit und -klarheit, die Regelung in § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB, ein fehlendes über die bestehenden Regelungen hinausgehendes Schutzbedürfnis des Minderjährigen und der Wille der Erbvertragsparteien.

(a) Eine von dem Normtext des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. bzw. § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB abweichende rechtliche Beurteilung verbietet sich bereits deshalb, weil der Kreis der nach §§ 1848 ff. BGB bzw. §§ 1821, 1822 BGB a.F. genehmigungsbedürftigen Geschäfte aus Gründen der Rechtssicherheit formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen ist und eine – vom Beschwerdegericht angenommene – einzelfallbezogene Erweiterung von genehmigungsbedürftigen Geschäften allein wegen des Inhalts des Rechtsgeschäfts oder der ihm zugrunde liegenden Interessenbewertung ausgeschlossen ist (vgl. nur Senatsbeschluss vom 18. Dezember 2013 – IV ZR 207/13, ZEV 2014, 311 Rn. 7 m.w.N.; vgl. auch Ivo, ErbR 2018, 674, 679). Ein Interessenkonflikt im Einzelfall kann gegebenenfalls nach den Grundsätzen des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) zu lösen sein, wofür hier indessen keine Anhaltspunkte bestehen (dazu Eitzinger in BeckOGK-BGB, § 1643 Rn. 49 [Stand: 1. Juli 2024]; Baumann, DNotZ 2012, 803, 808 f.).

(b) Der Ausweitung des Kreises der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte steht auch das berechnete Interesse des Rechtsverkehrs an einer raschen und rechtssicheren Feststellung der Erben entgegen (vgl. OLG Hamm ZEV 2018, 645 Rn. 44 ff.). Dafür spricht, dass zwar der Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 1 BGB, dazu Senatsbeschluss vom 24. April 2024 – IV ZB 23/23, ErbR 2024, 612 Rn. 28) während der Dauer des Genehmigungsverfahrens gehemmt ist (§ 1858 Abs. 3 Satz 3 BGB i.V.m. § 1644 Abs. 3 Satz 1 BGB), nicht aber während der Vorprüfung, ob eine solche Genehmigung erforderlich ist (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 20. August 2021 – 10 W 49/21, juris Rn. 27).

(c) Dieses Verständnis wird durch die im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts eingeführte Vorschrift des § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB gestützt, wonach eine Vereinbarung, mit der das Kind aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, genehmigungsfrei ist, unabhängig von der Vereinbarung einer Gegenleistung (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 18). Diese Regelung, die sich nicht nur auf Nachlässe bezieht, an denen ein Minderjähriger neben seinen Eltern oder einem Elternteil beteiligt ist (vgl. Everts aaO), verdeutlicht, dass der Gesetzgeber grundsätzlich davon ausgeht, dass die Entscheidung, ob ein Kind etwas von einer Erbschaft erhält bzw. erhalten darf,

ohne Kontrolle durch das Familiengericht den Eltern im Rahmen ihres Rechts der elterlichen Sorge (Art. 6 Abs. 2 GG; dazu Litztenburger, ZEV 2012, 333) zu überlassen ist.

(d) Der zum Erbe berufene Minderjährige wird überdies auch ohne Genehmigungserfordernis hinreichend geschützt. Das Beschwerdegericht übersieht, dass aufgrund der in § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Gesamtvertretung der Kinder durch beide Eltern (hier auch durch die Mutter des Beteiligten zu 4, die weder gewillkürte Erbin geworden ist, noch gesetzliche Erbin wird), die der Wahrung der Kindesinteressen dient, ein weiteres Schutzbedürfnis des Kindes nicht besteht (vgl. OLG Hamm ZEV 2018, 645 Rn. 17, 42; OLG Köln FamRZ 2012, 1832 [juris Rn. 18]; Baumann, DNotZ 2012, 803, 806; Sagmeister, ZEV 2012, 121, 124 f.).

(e) Durch den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge erfährt der minderjährige Ersatzerbe – wie hier – im Übrigen keine rechtliche oder wirtschaftliche Benachteiligung gegenüber der erbvertraglichen Regelung (vgl. OLG Hamm ZEV 2018, 645 Rn. 48 ff.). Eine Ersatzerbenstellung des Beteiligten zu 4 nach dem vorliegenden Erbvertrag unterstellt, hatte dieser nach den Kindern der Ehegatten zunächst keine gesicherte Rechtsposition inne. Als Ersatzerbe stand ihm auch kein Erbanwartschaftsrecht zu. Er ist nur Erbe geworden, weil sein Vater, der Beteiligte zu 3, – sowie gleichzeitig seine Tante und vorher der Großvater, die Beteiligten zu 2 und 1 – zuvor für sich einen allein ihnen zustehenden Erbteil ausgeschlagen haben, um eine hohe Erbschaftssteuerbelastung zu verhindern und das Nachlassvermögen möglichst in der Familie zu erhalten. Der Beteiligte zu 3 hätte den Erbteil ebenso gut annehmen und über diesen anderweitig frei verfügen können (vgl. § 2033 Abs. 1 BGB), ohne sein Kind zu bedenken (vgl. OLG Hamm ZEV 2018, 645 Rn. 49; Hähn in Burandt/Rojahn, Erbrecht 4. Aufl. § 1643 Rn. 6; Sagmeister, ZEV 2012, 121, 125).

(f) Die Annahme, dass die Eltern des Beteiligten zu 4 frei über die Ausschlagung eines diesem – unterstellt – zustehenden gewillkürten Erbes entscheiden konnten, verhilft vorliegend im Übrigen dem Willen der Erbvertragsparteien nach Übertragung ihres Nachlasses zunächst an den überlebenden Ehegatten und ihre gemeinsamen Kinder zur Geltung (vgl. OLG Köln FamRZ 2012, 1832 [juris Rn. 19]). Denn der wirtschaftliche Gehalt der Erbschaft kommt – wegen der nicht eintretenden Steuerbelastung möglicherweise sogar in verbesserter Form – nicht einer anderen, nicht im Erbvertrag genannten Person, zugute, sondern aufgrund des Eintritts der gesetzlichen Erbfolge mit unterschiedlichen Anteilen den Beteiligten zu 1 bis 3 als im Erbvertrag bedachten Allein- und Schlusserben (vgl. Baumann, DNotZ 2012, 803, 807). Das entspricht dem Willen der Erbvertragsparteien, den gesamten Nachlasswert innerhalb der Familie weiterzugeben, wie sie zum Zeitpunkt des Erbvertragsschlusses bestand. Wenn die Eltern des Beteiligten zu 4 sich mit den hier weiteren Beteiligten darum bemühen, einen Weg zu finden, der im Ergebnis dem Willen der Erblasserin Rechnung trägt, aber die (wirtschaftlichen) Nachteile der unmittelbaren Umsetzung des Erbvertrags vermeidet, vermag auch ein möglicher Gegensatz der Interessen des Beteiligten zu 4 und seines Vaters ein entgegen dem Normtext anzunehmendes Genehmigungserfordernis nicht zu begründen (vgl. OLG Köln aaO).

3. Die Rechtsbeschwerde hat daher insgesamt Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Beschlusses des Beschwerdegerichts sowie dazu, dass das Amtsgericht – Nachlassgericht – das Europäische Nachlasszeugnis wie beantragt zu erteilen hat (§§ 39 ff. IntErbRVG).

Entscheidung 2 – OLG Hamm Urt. v. 2.7.2024 – 10 U 91/23:

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, hilfsweise Schadensersatz.

Die Parteien sind Geschwister. Sie haben eine weitere Schwester, Frau Dr. W. L., und einen Bruder, N. L., die an dem hiesigen Rechtsstreit nicht beteiligt sind. Die Beklagte ist als Rechtsanwältin in H. tätig.

Die Mutter der Parteien, F. R., und der gemeinsame Stiefvater der Parteien, der Erblasser I. R., waren zu je ½ Eigentümer eines 247/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück U.-straße ... in A-G.. Dieses Grundstück ist mit einer Wohnungseigentumsanlage bebaut. Das Miteigentum der Mutter der Parteien und des Erblassers bezog sich auf eine dieser Eigentumswohnungen (Grundbuch-Auszug, Bd. I, Bl. 14 ff).

Der Erblasser errichtete am 14.02.2007 ein notariell beurkundetes Testament vor dem Notar I. K. in A. Darin setzte er seine drei Stiefkinder als Erben zu gleichen Teilen ein und ordnete (Voraus-) Vermächtnisse betreffend seine Immobilien und sein Barvermögens zu Gunsten dieser Erben und seiner Ehefrau an. Wegen des weiteren Inhalts wird auf die Testamentsurkunde (AG Essen, 158 IV 1510/17, Bl. 16 ff) verwiesen.

Nach dem Tod des Erblassers am ... 2016 eröffnete das Nachlassgericht zwei weitere letztwillige Verfügungen. In einem handschriftlichen Testament vom 05.12.2013 heißt es:

„Betr. Vermächtnis

ergänzend zu dem von mir errichteten Testament mache ich hiermit folgendes Vermächtnis:

Die Wohnung in A, U.-straße, erste Etage (bzw. den auf mich entfallenden Eigentumsanteil) erhalten meine (Stief-) Enkelkinder Z., E. und P. S. gemeinsam zu jeweils gleichen Teilen. Sämtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Eigentum an dieser Wohnung bedürfen der Zustimmung meiner (Stief-) Tochter M. S., geborene L., so lange, bis P. S. das 25. Lebensjahr vollendet hat.

Meinen Hund O. erhalten ebenfalls meine drei vorgenannten Enkelkinder verbunden mit meinem Wunsch, dass diese sich in meinem Sinne um den Hund kümmern werden und für eine geeignete und liebevolle Unterbringung innerhalb der Familie sorgen werden“. (Bd. I, Bl. 79).

Ein weiteres handschriftliches Testament vom 01.05.2015 lautet:

„Mein Testament:

Dieses soll mein Testament ersetzen, welches ich vor dem Notar I. K. abgeschlossen habe und das beim Amtsgericht Essen hinterlegt wurde. Vorsorglich widerrufe ich sämtliche Verfügungen von Todes wegen, die ich bisher errichtet habe.“

Im Folgenden ist darin bestimmt, dass die drei Stiefkinder Erben zu gleichen Teilen sein sollen. Es werden weiter zum Teil anderslautende Vermächtnisse betreffend die Immobilien und das Barvermögens angeordnet, wobei die Eigentumswohnung in A, U.-straße, nicht erwähnt wird. Zuletzt wird die Beklagte als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Wegen des genauen Inhalts wird auf die Kopie der Testamentsurkunde verwiesen (Bd. I Bl. 11).

Am 31.07.2017 erteilte das Nachlassgericht den drei Stiefkindern einen Erbschein, der sie zu Miterben zu je 1/3 auswies und einen Vermerk zu der Testamentsvollstreckung enthielt. Am 25.10.2017 erteilte das Nachlassgericht der Beklagten ein Testamentsvollstreckerzeugnis.

Mit Vertrag vom 03.06.2020 übertrug die Beklagte den hälftigen Miteigentumsanteil an der Immobilie U.-straße unentgeltlich an ihre Mutter. Das Grundbuchamt lehnte eine Eintragung in das Grundbuch unter Hinweis auf ein Vermächtnis zu Gunsten der Stiefenkelkinder ab. Nach weiterer Korrespondenz zwischen dem Grundbuchamt und dem von der Beklagten beauftragten Notariat nahm die Beklagte ihren Antrag auf Eigentumsübertragung im November 2020 zurück.

Am 14.12.2020 schloss die Beklagte in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin mit ihren drei Kindern Z., E. und P. S. vor dem Notar J. Y. in H. einen Vertrag, durch welchen das Vermächtnis aus dem Testament vom 05.12.2013 erfüllt werden sollte. Zu diesem Zweck erklärten die Erbengemeinschaft, vertreten durch die Beklagte, sowie ihre drei Kinder die Einigung über den Übergang des Eigentums an dem hälftigen Miteigentumsanteil auf die Kinder der Beklagten nebst Auflassung (Urkundenrolle N01/2020; Bd. I, Bl. 23 ff). Die Kinder der Beklagten wurden am 09.02.2021 als Eigentümer des hälftigen Miteigentumsanteils ins Grundbuch eingetragen (Bd. I Bl. 15).

Unmittelbar im Anschluss an diesen notariellen Vertrag schloss die Beklagte vor dem Notar J. Y., handelnd für sich selbst, in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin und als vollmachtlose Vertreterin für die Mutter der Parteien einen Wohnungsverkaufvertrag mit der Mutter und den drei Kindern über den Erwerb des gesamten Eigentums an der vorgenannten Eigentumswohnung bzw. dem 247/1000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück U.-straße ... in A zu einem Kaufpreis von 65.000,- €. Die Vertragsparteien erklärten zudem die Auflassung (Urkundenrolle N02/2020; Bd I Bl. 31 ff). Die Mutter der Parteien genehmigte diesen Vertragsschluss durch Erklärung vom 25.01.2021 (Bd. I, Bl.45). Am 13.07.2021 wurde die Beklagte als alleinige Eigentümerin der Eigentumswohnung im Grundbuch eingetragen (Bd I Bl. 35).

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger von der Beklagten die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs betreffend den hälftigen Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung in A, U.-straße, dahingehend begehrt, dass Eigentümer die Erbengemeinschaft nach dem Erblasser ist.

Er hat die Auffassung vertreten, dass das Grundbuch im Hinblick auf den Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung, welcher ursprünglich dem Erblasser gehört habe, unrichtig sei. Denn die Übertragung des Miteigentumsanteils an die Kinder der Beklagten sei als unentgeltliche Verfügung einer Testamentsvollstreckerin nichtig und ohne Rechtsgrund erfolgt. Der Erblasser habe mit seinem letzten Testament sämtliche vorangegangenen letztwilligen Verfügungen widerrufen, mithin auch das Vermächtnis vom 05.12.2013 zu Gunsten der Stiefenkelkinder. Zudem verstießen die Rechtsgeschäfte vom 14.12.2020 gegen die guten Sitten und seien gem. § 138 BGB nichtig.

Die Beklagte hat vorgetragen, mit der Übertragung des Miteigentumsanteils an ihre Kinder habe sie nur ihre Pflichten als Testamentsvollstreckerin erfüllt. Das Testament vom 01.05.2015 sei dahin auszulegen, dass das im Testament vom 05.12.2013 angeordnete Vermächtnis zugunsten ihrer Kinder nicht habe widerrufen werden sollen. Jedenfalls habe sie durch Erwerb des Miteigentumsanteils von ihren Kindern das Eigentum hieran gutgläubig erlangt.

Mit Urteil vom 13.07.2023 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, das Grundbuch sei nicht unrichtig. Zwar sei nach dem Erbfall zunächst die Erbengemeinschaft Eigentümerin des Miteigentumsanteils des Erblassers geworden. Die Erbengemeinschaft habe ihr Eigentum an dem Miteigentumsanteil jedoch in der Folgezeit verloren. Insoweit könne dahinstehen, ob die Erbengemeinschaft ihr Eigentum an die Kinder der Beklagten

verloren habe. Denn nach Auffassung des Gerichts stelle sich Übertragung des Miteigentumsanteils auf die Stiefenkelkinder mit Vertrag vom 14.12.2020 als unentgeltliche Verfügung, § 2205 BGB, dar, weil das Vermächtnis vom 05.12.2013 infolge des Testaments des Erblassers vom 01.05.2015 keinen Bestand mehr gehabt habe. Jedenfalls habe die Beklagte das Eigentum an diesem Miteigentumsanteil infolge des zweiten Übertragungsgeschäfts vom 14.12.2020 gutgläubig, § 892 BGB, und damit rechtswirksam erworben. Im Zeitpunkt der Grundbuchumschreibung am 26.03.2021 seien ihre Kinder und damit die Veräußerer des hälftigen Miteigentumsanteils als Eigentümer im Grundbuch eingetragen gewesen. Die Klägerin sei aufgrund ihrer Testamentsauslegung davon ausgegangen, dass ihre Kinder wirksam Eigentum erworben haben. Ob diese Einschätzung auf einer fahrlässigen oder gar grob fahrlässigen Unkenntnis beruht, könne dahinstehen. Jedenfalls seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Beklagten positiv bekannt gewesen sei, dass ihre Kinder nicht Eigentümer der streitgegenständlichen Miteigentumshälfte geworden sein könnten. Der zweite Übertragungsvorgang sei auch wirksam. Insbesondere verstoße er nicht gegen § 2205 S. 3 BGB und stelle sich auch nicht als nichtig im Sinne des § 138 BGB dar.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt, mit welcher er seinen abgewiesenen Klageantrag weiterverfolgt und hilfsweise für die Erbengemeinschaft einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 32.500,- € geltend macht.

Der Kläger trägt vor, zwar sei das Landgericht zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Verfügung der Beklagten an ihre Kinder als unentgeltlich dargestellt habe, weil das zu ihren Gunsten angeordnete Vermächtnis infolge des Testaments des Erblassers vom 01.05.2015 keinen Bestand mehr gehabt habe. Ein Eigentumserwerb mittels guten Glaubens könne aber bei unentgeltlichen Verfügungen nicht stattfinden. Die Kinder der Beklagten hätten daher kein Eigentum erlangen können. Dass die Verfügung von Todes wegen vom 05.12.2013 durch das Testament vom 01.05.2015 keinen Bestand mehr gehabt habe, habe die Beklagte durch ihren Versuch, den hälftigen Immobilienanteil auf ihre enterbte Mutter zu übertragen selbst nach außen dokumentiert. Die unentgeltliche Verfügung der Beklagten zu Gunsten ihrer Kinder sei deshalb gemäß §§ 2205 S. 3, 134 BGB nichtig und somit rechtgrundlos erfolgt. Beide Vertragsparteien – die Beklagte und ihre Kinder – seien auch bei dem 2. Übertragungsgeschäft nicht gutgläubig gewesen. Damit hätten sie das Eigentum nicht rechtswirksam auf die Beklagte übertragen können. Die Beklagte habe die Unrichtigkeit des Grundbuchs zielgerichtet herbeigeführt, indem sie die Übertragung des Immobilienanteils nach den Vorstellungen ihrer Mutter auf ihre Kinder dirigiert und die weitere Übertragung am selben Tag auf sich selbst initiiert und umgesetzt habe. Die Höhe des hilfsweise gestellten Antrags auf Zahlung von Schadensersatz ergebe sich aus dem in der Urkunde des Notars Y. vom 14.12.2020 (§ 7 Abs. 2 der Urkunde). Schließlich verweist der Kläger darauf, dass das Nachlassgericht am 16.05.2023 die Entlassung der Beklagten als Testamentsvollstreckerin beschlossen habe und auf die dort ermittelten Umstände. Die Echtheit der handschriftlich erstellten Testamente vom 05.12.2013 sowie vom 01.05.2015 wird nun bestritten.

Der Kläger beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Essen vom 13.07.2023 – AZ 9 O 293/22 – die Beklagte zu verurteilen, ihre Zustimmung zur Berichtigung des – im Grundbuch des Amtsgerichts Essen von G., Blatt #, verzeichneten 247/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück G01, Gebäude- und Freifläche, U.-straße, unter der in Abteilung I laufenden Nummer 4 der Eintragungen eingetragenen – Rechts der Beklagten „Eigentümer M. S. geb. L., geboren am ... 1967“ insofern zu erteilen, als sie nicht alleinige Eigentümerin beider hälftigen Miteigentumsanteile an dem Grundstück ist, sondern ein hälftiger Anteil des Miteigentumsanteils an dem Grundstück zu gleichen Teilen im Eigentum der Erbengemeinschaft – bestehend aus dem Kläger, der Beklagten und Frau Dr. W. L. – aufgrund Erbfolge steht, so dass es dann im Grundbuch in Abteilung I, Spalte „Eigentümer“ wie folgt lautet:

1) M. S., geb. L., geboren am ... 1967, zu ½ Anteil

2) D. L., geboren am ... 1965, Dr. W. L. geb. L., geboren am ... 1963, M. S., geb. L., geboren am ... 1967, in Erbengemeinschaft zu ½ Anteil.

Hilfsweise beantragt der Kläger,

die Beklagte zu verurteilen, Schadensersatz in Höhe von 32.500,- € an die Erbengemeinschaft, bestehend aus dem Kläger, der Beklagten und Frau Dr. W. L., zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Allerdings vertritt sie weiterhin die Auffassung, dass die Anteilsübertragung an ihre Kinder nicht unentgeltlich und damit unwirksam gewesen sei, weil sie als Testamentsvollstreckerin ordnungsgemäß in Erfüllung des Vermächtnisses aus dem Testament vom 05.12.2013 gehandelt habe. Sie verweist auf die inzwischen erfolgte Beweisaufnahme durch das Amtsgericht – Nachlassgericht – Essen im dortigen Verfahren (AZ: 158 VI 2108/17). Danach müsse man zu dem Ergebnis kommen, dass der Erblasser mit seinem Testament vom 01.05.2015 lediglich das Testament vom 14.02.2007 widerrufen habe, nicht aber auch sein Testament vom 05.12.2013. Vorsorglich wird für die Tatsache, dass das Testament vom 05.12.2013 sowie auch das Testament vom 01.05.2015 echt sind, also vom Erblasser vollständig handschriftlich persönlich geschrieben und unterzeichnet worden sind noch Beweis durch Sachverständigengutachten angetreten.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

Der Hauptantrag des Klägers auf Berichtigung des Grundbuchs, Amtsgericht Essen von G., Blatt #, betreffend den dort verzeichneten 247/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück G01, Gebäude- und Freifläche, U.-straße, ist gem. § 894 BGB begründet. Denn Eigentümer eines hälftigen Miteigentumsanteils ist nicht die im Grundbuch als Alleineigentümerin eingetragene Beklagte, sondern die Erbengemeinschaft nach dem Erblasser I. R., bestehend aus dem Kläger, der Beklagten und Frau Dr. W. L..

Im Zeitpunkt des Erbfalls waren der Erblasser und seine Ehefrau F. R. zu gleichen Teilen Eigentümer des vorgenannten Miteigentumsanteils. Mit dem Tod des Erblassers am ... 2016 sind seine Erben, also die Parteien und ihre Schwester Dr. W. L., zu gleichen Teilen Eigentümer des in seinen Nachlass gefallenen hälftigen Miteigentumsanteils geworden, § 1922 BGB, und zwar unabhängig davon, ob sie als Berechtigte im Grundbuch eingetragen wurden oder nicht. Dieses Eigentum an dem hälftigen Miteigentumsanteil hat die Erbengemeinschaft in der Folgezeit nicht verloren.

1. Ein Eigentumsverlust trat nicht dadurch ein, dass die Beklagte den in den Nachlass fallenden hälftigen Miteigentumsanteil auf ihre Kinder übertragen hat.

a) Am 14.12.2020 schloss die Beklagte in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin mit ihren drei Kindern Z., E. und P. S. vor dem Notar J. Y. einen Vermächtniserfüllungsvertrag. Dabei einigte sich die Beklagte, handelnd für die Erbengemeinschaft, mit ihren drei Kinder über den Übergang des Eigentums an dem hälftigen Miteigentumsanteil auf die Kinder und erklärte die Auflassung gem. §§

873, 925 BGB. Aufgrund dieser Einigung wurden die Kinder der Beklagten am 09.02.2021 als Eigentümer des hälftigen Miteigentumsanteils im Grundbuch eingetragen (Bd.I Bl. 15).

Diese Verfügung der Beklagten als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des Erblassers ist indes gem. §§ 2205 S. 3, 134 BGB unwirksam.

Ein Testamentsvollstrecker ist zwar gem. § 2205 S. 2 BGB berechtigt, über Nachlassgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er gem. § 2205 S. 3 ZPO aber nur berechtigt, wenn die Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht. Als Gegenleistung im Sinne der Begriffsbestimmung kommt nicht nur die vereinbarte Gegenleistung eines Austauschvertrages in Frage. Vielmehr kann die Gegenleistung auch in der Rechtswirkung der Verfügung selbst liegen, wenn eine rechtsbeständige Schuld erfüllt wird, etwa ein wirksam angeordnetes Vermächtnis, da der Nachlass durch die Schuldbefreiung einen Vermögensvorteil erlangt (Beck-online-Müller-Engels, 01.04.2024, § 2205 BGB Rn 78; Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Auflage, 2023, § 2205 BGB, Rn. 29).

Den Kindern der Beklagten stand hier kein Anspruch auf Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung in A-G. aus einem Vermächtnis gem. §§ 2147, 2174 BGB zu, mit der Folge, dass sich die Verfügung der Beklagten vom 14.12.2020 als unentgeltlich i.S.v. § 2205 S. 3 BGB darstellt.

Hierzu hatte der Erblasser zwar in seinem eigenhändig errichteten Testament vom 05.12.2013 verfügt, dass die drei Enkelkinder den auf ihn entfallenden Eigentumsanteil an der Wohnung in A-G. zu jeweils gleichen Teilen als Vermächtnis erhalten sollten. Allerdings hat er in seinem späteren Testament vom 01.05.2015 diese Verfügung gem. § 2254 BGB widerrufen, so dass sie im Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr Bestand hatte.

b) Soweit der Kläger die Echtheit der handschriftlich erstellten Testamente vom 05.12.2013 und 01.05.2015 in der Berufungsinstanz erstmals bestritten hat, war dieses Bestreiten unsubstantiiert und deshalb unerheblich.

Das neue Bestreiten hat der Kläger mit seinem Prozessverhalten in dem parallel geführten Verfahren vor dem Amtsgericht Essen (AZ: 158 VI 2108/17) begründet (Bd II, Bl. 92). Im Senatstermin wurde hierzu lediglich erklärt, dass der Grund in inhaltlichen Widersprüchlichkeiten der Testamente liege, die sich aus dem Vortrag der Gegenseite und der Beweisaufnahme vor dem Nachlassgericht ergeben hätten (vgl. Berichterstattevermerk, Bd II Bl. 249). Die nun behauptete Unechtheit konnte weder auf das Schriftbild, die dort befindlichen Unterschriften des Erblassers oder das sonstige Erscheinungsbild der testamentarischen Verfügungen gestützt werden. Vor dem weiteren Hintergrund der insoweit unauffällig erscheinenden handschriftlichen Verfügungen vom 05.12.2013 und vom 01.05.2015 ordnet der Senat deshalb dieses neue Bestreiten als substanzlos und damit als unerheblich ein.

c) Der Erblasser hat sein letztes Testament vom 01.05.2015 mit den Worten eingeleitet: „Dieses soll mein Testament ersetzen, welches ich vor dem Notar I. K. abgeschlossen habe und das beim Amtsgericht Essen hinterlegt wurde.“ Weiter hat er formuliert: „Vorsorglich widerrufe ich sämtliche Verfügungen von Todes wegen, die ich bisher errichtet habe.“ (Bd I Bl. 79)

Der Wortlaut dieses zweiten Satzes ist – wie bereits das erstinstanzliche Gericht zutreffend ausführt hat – eindeutig. Denn der Begriff „sämtliche“ meint im allgemeinen Sprachgebrauch „alle“ vorangegangenen Anordnungen, das heißt, nicht nur die in dem notariellen Testament vom 14.02.2007, sondern auch alle übrigen früheren Testamente. Denn anders als im vorangegangenen Satz bezieht sich der Widerruf gerade nicht nur auf das vor dem Notar I. K. errichtete Testament.

Ein Erblasserwille, wonach trotz der Nicht-Erwähnung des streitgegenständlichen Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung das Vermächtnis vom 05.12.2013 weiter Bestand haben sollte, ist auch im Rahmen einer weiter vorzunehmen erläuternden Testamentsauslegung, bei der neben dem gesamten Inhalt der Testamentsurkunde auch sämtlichen Nebenumstände zu würdigen sind (vgl. Grüneberg-Weidlich, 83.Aufl., § 2084 BGB Rn 2), nicht festzustellen.

Insoweit fällt auf, dass sich der Erblasser bei seiner Testierung am 01.05.2015 an dem notariellen Testament vom 14.02.2007 orientiert hat. So benutzt er denselben Aufbau (Widerruf, Erbeinsetzung, Vermächtnisse, Testamentsvollstreckung) und übernimmt – teilweise wortgleich – juristische Formulierungen. So findet sich auch im notariellen Testament zu Beginn der Satz: „Vorsorglich widerrufe ich sämtliche Verfügungen von Todes wegen, die ich bisher errichtet habe“. Danach folgt – wie in dem notariellen Testament – die wortgleiche Erbeinsetzung seiner drei Stiefkinder zu gleichen Teilen samt Ersatzerbenanordnung der Stiefenkelkinder und nachfolgend – wie in dem notariellen Testament – Vermächtnisanordnungen zu Gunsten der Ehefrau und der Stiefkinder betreffend seine Immobilien und seines Barvermögens, allerdings mit zum Teil anderer Verteilung.

Dass der Erblasser dabei nicht die Eigentumswohnung in A-G. erwähnt, kann einerseits daran liegen, dass er diesen Vermögensgegenstand gar nicht gesondert verteilen wollte, das heißt, dass er den drei Erben zu Gute kommen sollte. In diesem Fall musste er diesen Miteigentumsanteil nicht gesondert erwähnen, zumal die Einleitung zu den Vermächtnisanordnungen, in der er „folgende Wohnungen und Grundstücke“ benennt, nicht so verstanden werden muss, dass der Erblasser hiermit alle ihm gehörenden Immobilien gemeint hat.

Ein andere, ebenso naheliegende, Erklärung ist, dass die Eigentumswohnung in A-G. in dem notariellen Testament von 14.02.2007 auch nicht erwähnt wird und der Erblasser an seine handschriftliche Ergänzung vom 05.12.2013 bei Errichtung seines letzten Testaments gar nicht mehr gedacht hat.

Bei seiner Testierung am 01.05.2015 ging es dem Erblasser maßgeblich um eine Neuverteilung seiner Vermögensgegenstände und dabei um eine Benachteiligung des Klägers. Während dieser in dem notariellen Testament von 2007 noch das Hausgrundstück in A, X.-straße ~ allein erhalten sollte, ordnete der Erblasser in seinem Testament von 2015 an, dass seine drei Stiefkinder dieses Grundstück zu gleichen Teilen bekommen sollten. Demgegenüber standen seine Stiefenkelkinder bei der Testierung im Jahr 2015 nicht besonders im Fokus. Hinzukommt, dass die den Stiefenkelkindern im Testament von 2013 noch zugedachte Wohnung vom Erblasser und seiner Ehefrau erst im Jahr 2009 erworben wurde und aus Mitteln der Ehefrau angeschafft worden sein soll (vgl. Berichterstattervermerk, Bd II Bl. 249). Auch deshalb liegt es hier nahe, dass der Erblasser seinen Miteigentumsanteil an der Immobilie bei der Errichtung seines Testament am 01.05.2015 schlichtweg vergessen hat. Das wäre angesichts des eher geringen Wertes seines Anteils an der Wohnung, der im Nachlassverzeichnis mit nur 27.812,-€ angegeben wird, im Vergleich zu seinem sonstigen Aktivvermögen im Wert von fast 600.000,- € auch mehr als nachvollziehbar (vgl. dazu: Nachlassverzeichnis, Bd I Bl.21).

Allein das Vergessen einer gesonderten Verteilung eines Vermögensgegenstandes bzw. der dazu im Jahr 2013 getroffenen Vermächtnisanordnung führt aber nicht dazu, dass anzunehmen wäre, dass der Erblasser den Begriff „sämtliche Verfügungen“ anderweitig gemeint haben kann. Denn wäre es ihm auf das Vermächtnis zu Gunsten seiner Stiefenkelkinder angekommen, hätte er die Anordnung eines darauf bezogenen Vermächtnisses unter seine ansonsten detaillierten Vermächtnisbestimmungen fassen können. Das hat er aber nicht gemacht, obwohl er in seinem letzten Testament seine Stiefenkelkinder erwähnt hat. Denn er hat sie sowohl als Ersatzerben als auch als Ersatzvermächtnisnehmer für den Fall bedacht, dass seine drei Stiefkinder ausfallen könnten (vgl. Bd I Bl. 11).

Umstände, die den Schluss auf einen anderweitigen Willen des Erblassers zulassen würden, lassen sich hier nicht feststellen.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass der Erblasser in seiner Anordnung vom 05.12.2013 seine Enkelkinder auch mit seinem Hund O. bedacht hat, ist schon aus dieser Verfügung nicht erkennbar, dass die Übernahme des Hundes an den Anteil an der Eigentumswohnung geknüpft sein sollte. Denn dort heißt es nur: „verbunden mit meinem Wunsch, dass diese sich in meinem Sinne um den Hund kümmern werden und für eine geeignete und liebevolle Unterbringung innerhalb der Familie sorgen werden“ (Bd I Bl. 79). Das bedeutet gerade nicht, dass die vom Erblasser gewünschte weitere Versorgung des jung angeschafften Hundes an den Wohnungswert der Eigentumswohnung geknüpft werden sollte, so wie die Beklagte behauptet. Vielmehr kam es dem Erblasser in erster Linie auf „eine geeignete und liebevolle Unterbringung innerhalb der Familie“ an. Hätte er etwas anderes gewollt, hätte er dies konkret bestimmen können, beispielsweise dadurch, dass dasjenige Enkelkind, welches den Hund übernimmt bzw. ihre Mutter, die Beklagte, falls die Kinder dort noch wohnen sollten, die hälftigen Erträge aus der Eigentumswohnung für dessen Versorgung bekommen sollte. Das hat der Erblasser aber nicht getan, obwohl er ansonsten seine letztwilligen Anordnungen klar und detailliert niedergelegt hat.

Vor diesem Hintergrund lässt sich das von der Beklagten gewünschte Auslegungsergebnis, dass der Erblasser bei seiner neuen Testierung das Vermächtnis vom 05.12.2013 zu Gunsten seiner Stiefenkelkinder aufrechterhalten wollte, nicht vertreten. Rechtsfolge des Widerrufs des Vermächtnisses ist die Rechtsgrundlosigkeit der von der Beklagten am 14.12.2020 getätigten Verfügung, die zu einer Unwirksamkeit gem. §§ 2205 S.3, 134 BGB führt.

Die von der Beklagten getätigte Verfügung zu Gunsten ihrer Kinder wäre nur dann wirksam gewesen, wenn die materiell Berechtigten, das sind hier alle drei Miterben, zugestimmt hätten (vgl. Beck-online-Müller-Engels § 2205 BGB Rn 78; Grüneberg/Weidlich, § 2205 BGB Rn. 30). Nachdem der Kläger aber die Genehmigung der Anteilsübertragung vom 14.12.2020 verweigert hat, ist die Verfügung nichtig.

2. Die Erbengemeinschaft hat ihr Eigentum an dem Miteigentumsanteil auch nicht durch das weitere, von der Beklagten am 14.12.2020 veranlasste Verfügungsgeschäft verloren.

a) Unmittelbar im Anschluss an den Vermächtniserfüllungsvertrag zu Gunsten ihrer Kinder schloss die Beklagte am 14.12.2020 vor dem Notar J. Y., handelnd für sich selbst und in ihrer Funktion als Testamentsvollstreckerin sowie als vollmachtlose Vertreterin für die Mutter der Parteien, F. R., einen Wohnkaufvertrag, in dem sie ihrer Mutter und ihren drei Kindern den jeweils hälftigen Anteil an der vorgenannten Eigentumswohnung zu einem Preis von insgesamt 65.000,- € abkaufte. Die Vertragsparteien erklärten zugleich die Auflassung (Bd. I Bl. 31 ff.) und Frau F. R. genehmigte den Vertragsschluss durch Erklärung vom 25.01.2021 (Bd I Bl. 45).

Nachdem die drei Kinder der Beklagten aufgrund der zuvor zu Urkundenrolle ... getroffenen Verfügung am 09.02.2021 als Eigentümer des hälftigen Miteigentumsanteils ins Grundbuch eingetragen worden waren, wurde die Beklagte aufgrund der im Anschluss zu Urkundenrolle N02/2020 getroffenen weiteren Verfügung am 13.07.2021 als alleinige Eigentümerin im Grundbuch eingetragen (vgl. Grundbuch-Auszug, Bd. I Bl. 15).

Die drei Kinder der Beklagten waren nach den vorstehenden Ausführungen als Veräußerer der an sie übertragenen Anteilshälfte nicht verfügungsbefugt und sind auch durch die spätere Grundbucheintragung nicht Eigentümer derselben geworden. Damit konnten sie der Beklagten kein Miteigentum an der Eigentumswohnung übertragen. Da ihre drei Kinder im Zeitpunkt eines möglichen

Erwerbs der Beklagten aber bereits als Miteigentümer im Grundbuch standen, hätte die Beklagte diesen Miteigentumsanteil gem. § 892 BGB nur erworben können, wenn sie gutgläubig gewesen wäre.

b) Gem. § 892 Abs. 1 S.1 BGB gilt zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt ist. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung, § 892 Abs. 2 BGB.

Hierzu führt das Landgericht zutreffend aus, dass die Beklagten und deren Kinder vereinbart hatten, dass das Eigentum Zug-um-Zug mit Zahlung des Kaufpreises zu verschaffen sein sollte, § 6 des Vertrages, und der Kaufpreis erst fällig sein sollte, wenn die Kinder der Beklagten aus dem vorangegangenen Geschäft als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden waren, § 3 Ziffer IV des Vertrages. Dem Grundbuchauszug ist zu entnehmen, dass die Bewilligung der Eintragung der Beklagten als Eigentümer am 26.03.2021 erfolgte. Hinsichtlich des guten Glaubens der Beklagten ist mithin auf den Zeitraum nach dem 26.03.2021 abzustellen, da auch die Beantragung der Eintragung nach dieser Bewilligung stattgefunden haben muss.

Zu diesem Zeitpunkt (Ende März / Anfang April 2021) war kein Widerspruch im Grundbuch eingetragen. Weiter erforderlich für einen gutgläubigen Erwerb ist aber, dass der Beklagten die Unrichtigkeit des Grundbuchs damals nicht positiv bekannt gewesen ist. Eine grob fahrlässige Unkenntnis schaden hingegen nicht.

Bloße Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs zerstören den guten Glauben des Grundbuchs noch nicht. Dies unterscheidet den gutgläubigen Erwerb von Grundstücken und Grundstücksrechten vom gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen gem. § 932 Abs. 2 BGB. Der Gesetzgeber wollte bewusst das Vertrauen in die Richtigkeit der amtlichen Grundbucheintragung stärker schützen als das Vertrauen in den Besitz als Zeichen der Eigentümerstellung bei beweglichen Sachen. Der Erwerber soll sich auf den Grundbuchinhalt verlassen können, ohne darüber hinaus noch weitere Erkundigungen einziehen zu müssen. Es kommt auf die Kenntnis der Unrichtigkeit der eingetragenen Eigentümerstellung oder des eingetragenen dinglichen Rechts an. Die Unrichtigkeit ist eine Rechtsfrage.

Daher ist auch derjenige bösgläubig, der aus zuverlässiger Quelle – etwa durch seinen Rechtsberater oder durch einen Notar – von der fehlenden Berechtigung des Verfügenden weiß, auch wenn er die zugrundeliegenden Tatsachen nicht kennt oder die rechtliche Bewertung nicht selbst nachvollziehen kann. Umgekehrt gilt: Wer die zugrundeliegenden Tatsachen kennt, daraus aber die falschen rechtlichen Schlüsse zieht, kennt ggf. die Grundbuchunrichtigkeit nicht. Auch der Rechtsirrtum genießt also den Schutz des guten Glaubens. Wer sich allerdings der Erkenntnis einer Grundbuchunrichtigkeit bewusst verschließt, obwohl sich diese aus den ihm bekannten Tatsachen geradezu aufdrängen musste, ist bösgläubig – so etwa, wenn er weiß, dass der Vorerwerb auf der Verfügung eines Geschäftsunfähigen beruhte.

Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, inwieweit die Kenntnis der Tatsachen, die die Unrichtigkeit bewirken, der Kenntnis des Rechtsmangels gleichzusetzen ist. Von der Kenntnis des Erwerbers vom Bestehen des Rechtsmangels ist auszugehen, wenn er über die Unrichtigkeit des Grundbuchs in einer Weise aufgeklärt worden ist, dass ein redlich und vom eigenen Vorteil unbeeinflusst Denkender sich der Überzeugung von der Unrichtigkeit nicht entziehen würde. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Entschließungsfreiheit beim Erwerber durch Rücksichten auf den eigenen Vorteil beeinflusst sein kann. In diesem Fall muss er sich so behandeln lassen, als wenn er sich wie ein redlich Denkender, von dem Gedanken an den eigenen Vorteil nicht Beeinflusster verhalten hätte (so OLG Hamm, Beschluss vom 29.03.1993, 15 W 391/92, NJW-RR 1993, 1295 ff; Beck-online-Großkommentar/Krüger, 01.06.2024, § 892 BGB Rn. 75, 76; Grüneberg/Herrler, BGB, 83. Auflage, 2023, § 892 BGB, Rn. 24).

c) Unter Zugrundelegung dieser Kriterien scheidet ein gutgläubiger Erwerb hier aus. Der Senat ist davon überzeugt ist, dass die Beklagte im Zeitpunkt eines möglichen Erwerbs positive Kenntnis von der Nicht-Berechtigung ihrer Kinder gehabt hat mit der Folge, dass die Voraussetzungen des § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nicht vorlagen.

Die Klägerin behauptet zwar, dass sie bis heute davon ausgegangen sei, dass der Erblasser das zu Gunsten ihrer Kinder mit Testament vom 05.12.2013 angeordnete Vermächtnis trotz seiner neuen Testierung vom 01.05.2025 weiter aufrecht erhalten habe und sie deshalb überzeugt gewesen sei, dieses Vermächtnis mit Vertrag vom 14.12.2020 rechtswirksam erfüllt zu haben. Diese Einschätzung war aber angesichts des eindeutigen Wortlauts nach den vorstehenden Ausführungen zur Testamentsauslegung aus juristischer Sicht nicht vertretbar.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beklagten um keinen juristischen Laien, sondern um eine seit Jahrzehnten tätige Rechtsanwältin mit entsprechender Berufserfahrung handelt. Damit waren ihr nicht nur die tatsächlichen Umstände, sondern auch hier die maßgeblichen Kriterien zur Testamentsauslegung bekannt bzw. sie hätte sich einer solchen Kenntnis als redlich denkender Erwerber nicht verschließen können. Vor diesem Hintergrund musste sie auch wissen, wie die in der Notarpraxis gängige Formulierung eines umfassenden Widerrufs sämtlicher vorrangegangener Verfügungen in der juristischen Praxis zu verstehen ist.

Hinzukommt, dass tragfähige Indizien vorliegen, die belegen, dass der Beklagten die Unwirksamkeit der Anteilsübertragung an ihre Kinder schon bei Vertragsabschluss bekannt waren. So hat die Beklagte als Testamentsvollstreckerin zunächst im Jahr 2020 versucht, den in den Nachlass gefallenen Miteigentumsanteil auf ihre Mutter zu übertragen. Auch wenn sich die Beklagte ihre damaligen Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt heute nicht mehr zurechnen lassen will, macht diese Vorgehensweise deutlich, dass sie zum damaligen Zeitpunkt das in dem Testament des Erblassers vom 05.12.2013 angeordnete Vermächtnis nicht als Hindernis angesehen hat. Die Eigentumsübertragung an Frau F. R. scheiterte auch nicht daran, dass sich die Beklagte wieder an das Vermächtnis zu Gunsten ihrer Kinder erinnerte, sondern an der Verweigerung seitens des Grundbuchamtes, das auf ein mögliches Vermächtnis des Erblassers vom 05.12.2013 hinwies und ansonsten Genehmigungserklärungen aller Miterben und der Vermächtnisnehmer in der Form des § 29 GBO anforderte (vgl. Zwischenverfügung des GBA vom 27.07.2020, Bd II Bl. 163).

Nur aufgrund dieses Hindernisses nahm die Beklagte ihren Antrag auf Umschreibung der Anteilshälfte auf ihre Mutter im November 2020 zurück und veranlasste die Beurkundung der hier streitgegenständlichen Verträge vom 14.12.2020, die in unmittelbarer Abfolge zunächst eine Vermächtniserfüllung zu Gunsten ihrer Kinder und direkt danach ein Eigentumsübergang auf sie vorsahen. Bei dieser von ihr selbst initiierten Verfahrensweise musste der Beklagten als erfahrene Juristin klar gewesen sein, dass die nun von ihr vertretene Auslegung der Testamente nicht haltbar war. Eine redlich denkende Vertragspartei, die nicht von dem Gedanken an den eigenen Vorteil beeinflusst war, hätte nicht so gehandelt. Zumindest hätte diese vorher das Einverständnis der übrigen Miterben eingeholt, so wie es das Grundbuchamt in seiner Zwischenverfügung unter Verweis auf § 2205 BGB noch angeregt hatte.

Indem die Beklagte ihre Geschwister in die Vertragsabschlüsse vom 14.12.2020 nicht einbezogen hat, vielmehr eigenmächtig auf Grundlage ihrer Testamentsauslegung Fakten schaffte, hat sie ihre Rechtsposition als Testamentsvollstreckerin planvoll dazu genutzt, um zunächst unter Umgehung der Erbengemeinschaft das Eigentum an dem Immobilienanteil unentgeltlich wegzugeben und dann in einem zweiten Schritt den Immobilienanteil selbst zu erwerben. Dabei belegt die Beurkundung beider Erwerbsvorgänge am 14.12.2020 in H., dass alles zügig von staten gehen sollte, damit der Rechtserwerb der Beklagten nach außen hin rechtswirksam wird. Für einen möglichen

Gutgläubenserwerb gem. § 892 Abs. 1 BGB war eine Voreintragung der Stiefenkelkinder als Eigentümer im Grundbuch notwendig, wie es hier am 25.01.2021 auch geschehen ist. Zum damaligen Zeitpunkt war der Beklagte auch bewusst, dass eine einvernehmliche Übertragung des Immobilienanteils auf sie in der Erbengemeinschaft nicht durchzusetzen war. Schließlich hatte es zuvor verschiedene Versuche gegeben, den Nachlass einvernehmlich unter Einbeziehung des hier streitgegenständlichen Miteigentumsanteil aufzuteilen (vgl. Berichterstattervermerk, Bd II Bl. 249), die sämtlich gescheitert sind.

Auf die Frage des Senats, weshalb der Immobilienanteil letztendlich auf sie übertragen wurde und nicht bei den – ihrer Ansicht nach durch Vermächtnis begünstigten – Stiefenkelkindern verblieben ist, hat die Beklagte lediglich einen angeblichen Wunsch ihrer Mutter angeführt, die damals keine Verwicklung in Rechtsstreitigkeiten gewünscht habe (vgl. Berichterstattervermerk, Bd II Bl. 249). Diese Erklärung erscheint indes wenig überzeugend, weil die Ehefrau des Erblassers nach dessen letzten Testament vom 01.12.2015 nur mit Bar-, Konto- und Wertpapiervermögen sowie Inventar und Wertgegenständen aus der gemeinsamen Wohnung bedacht worden ist, nicht aber mit einem Immobilienanteil.

Soweit die Beklagte noch darauf verwiesen hat, dass die streitgegenständliche Eigentumswohnung wirtschaftlich immer ihrer Mutter zugerechnet worden ist, wird dies durch das frühere Testament vom 05.12.2013 widerlegt, das zeigt, dass sich der Erblasser der wirklichen Eigentumslage an dieser Wohnung sehr wohl bewusst war. Schließlich kann sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sie überhaupt keinen Gewinn aus der Wohnung ziehe, vielmehr die Mieteinnahmen ihrer Mutter zukommen lasse (vgl. Berichterstattervermerk, a.a.O.). Denn auch diese Handhabung eines „gewillkürten Nießbrauchs“ findet keinerlei Stütze in den Testamenten des Erblassers.

Nach alledem hat die Erbengemeinschaft ihr Eigentum an dem zum Nachlass gehörenden Miteigentumsanteil auch nicht gem. § 892 Abs. 1 BGB verloren, so dass dem Hauptantrag des Klägers auf Grundbuchberichtigung zu entsprechen war.

3. Damit kann es dahinstehen, ob die von der Beklagten getätigten Verfügungen vom 14.12.2020 sittenwidrig und damit auch nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam waren. Auch war über den Hilfsantrag auf Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 32.500,- € war nicht zu entscheiden, weil bereits der Hauptantrag des Klägers Erfolg hatte.

III.

Die Entscheidung über die Kostenverteilung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den Vorschriften der §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO.

Entscheidung 3 – BGH Beschl. v. 7.3.2024 – I ZB 40/23:

Gründe:

A.

Die Gläubigerinnen sind Enkelinnen der am 22. September 2010 verstorbenen Erblasserin. Die Mutter der Gläubigerinnen, Tochter der Erblasserin, ist vor der Erblasserin verstorben. Die Schuldnerin ist eine weitere Tochter der Erblasserin. Die Erblasserin setzte die Schuldnerin durch notarielles Testament vom 22. Juni 2010 als ihre Alleinerbin ein und vermachte den Gläubigerinnen eine Immobilie in Kärnten/Österreich.

Die Gläubigerinnen haben die Schuldnerin im Wege der Stufenklage auf Auskunftserteilung und Zahlung in Anspruch genommen. Sie sind der Ansicht, dass sie von der Schuldnerin den Pflichtteil beziehungsweise Pflichtteilsergänzung beanspruchen können.

Die Gläubigerin zu 1 hat auf der ersten Stufe beantragt,

die Schuldnerin zu verurteilen, ihr über Schenkungen der (Erblasserin) durch Vorlage eines systematischen, mit Vollständigkeitsversicherung versehenen geordneten Verzeichnisses Auskunft zu erteilen, welches die im Zeitraum zwischen dem 22. September 2000 und dem 22. September 2010 an Dritte geschenkten Beträge oder Werte, die jeweiligen Schenkungszeitpunkte und die Personen des jeweiligen Empfängers ausweist.

Beide Gläubigerinnen haben außerdem beantragt,

die Schuldnerin zu verurteilen, gegenüber ihnen Auskunft gemäß § 2314 BGB über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin durch Vorlage eines notariell aufgenommenen und vom Notar unterzeichneten ausführlichen, systematischen und vollständigen Verzeichnisses zu erteilen, und sie bei der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen.

Das Amtsgericht Bonn hat, nachdem die Schuldnerin den zweiten Auskunftsantrag anerkannt hat, mit rechtskräftigem Teil-Anerkenntnis- und Teilurteil vom 23. November 2017 die Schuldnerin entsprechend ihrem Anerkenntnis verurteilt und den ersten Auskunftsantrag abgewiesen. Die Schuldnerin erteilte in der Folge Auskunft durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018.

Da die Gläubigerinnen dieses Nachlassverzeichnis für unzureichend hielten, haben sie die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Amtsgerichts Bonn betrieben. Dagegen hat die Schuldnerin Vollstreckungsabwehrklage mit der Begründung erhoben, sie habe die titulierte Verpflichtung erfüllt. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben (AG Bonn, Urteil vom 21. Dezember 2018 – 105 C 51/18, juris). Das Landgericht hat die Klage unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils mit der Begründung abgewiesen, das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 sei unvollständig, weil es keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin zu der in Kärnten enthalte (LG Bonn, Urteil vom 3. Juli 2019 – 5 S 18/19, juris). Der Bundesgerichtshof hat die Revision der Schuldnerin zurückgewiesen (BGH, Urteil vom 20. Mai 2020 – IV ZR 193/19, NJW 2020, 2187).

Die Schuldnerin legte daraufhin eine vom Notar vorgenommene Ergänzung des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 28. Juli 2020 vor, die Angaben zu den Geschäftsbeziehungen der Erblasserin mit der Raiffeisenbank Millstättersee in Kärnten enthält.

Die Gläubigerinnen sind der Ansicht, die Schuldnerin habe weiterhin ihrer titulierten Auskunftsverpflichtung nicht genügt. Sie haben beantragt, gegen die Schuldnerin ein Zwangsgeld,

ersatzweise Zwangshaft, festzusetzen. Das Amtsgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Gläubigerinnen ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Gläubigerinnen ihren Antrag auf Festsetzung von Zwangsmitteln weiter.

B.

Das Beschwerdegericht hat die sofortige Beschwerde als zulässig, aber unbegründet angesehen, weil die Schuldnerin den titulierten Anspruch durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 nebst Ergänzung vom 28. Juli 2020 vollständig erfüllt habe. Daher bestehe kein Anspruch auf eine weitere Ergänzung des notariellen Nachlassverzeichnisses. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der Erfüllungseinwand der Schuldnerin sei im Zwangsmittelverfahren zu prüfen. Dabei sei das Beschwerdegericht nicht durch das rechtskräftig gewordene, im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage der Schuldnerin ergangene Urteil des Landgerichts Bonn vom 3. Juli 2019 gebunden.

Das notarielle Nachlassverzeichnis nebst Ergänzung sei nicht deshalb erkennbar unvollständig, weil die Schuldnerin dem Notar keine Zustimmung zur Einholung von Auskünften von weiteren Banken und Sparkassen in der Umgebung von Millstatt in Kärnten und zur Durchführung eines automatisierten Kontendatenabrufs in ganz Österreich erteilt habe. Die Gläubigerinnen hätten keine konkreten Anhaltspunkte für die Existenz weiterer Konten bei anderen Banken und Sparkassen in Österreich als der Raiffeisenbank Millstättersee in Millstatt in Kärnten vorgetragen.

Das notarielle Nachlassverzeichnis nebst Ergänzung sei auch nicht deshalb erkennbar unvollständig, weil es keine Auskunft über die Verfügungen der Erblasserin in ihren letzten zehn Lebensjahren über das auf dem bei der Raiffeisenbank Millstättersee geführten Sparbuch vorhandene Guthaben enthalte. Aus dem titulierten Anspruch der Gläubigerinnen ergebe sich keine Verpflichtung der Schuldnerin, Auskunft über die Schenkungen der Erblasserin in den letzten zehn Jahren vor ihrem Tod zu erteilen.

C.

Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie indes keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat den Vollstreckungsantrag der Gläubigerinnen zu Recht als unbegründet erachtet.

I.

Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist nicht wegen des Fehlens von Gründen gemäß § 576 Abs. 3, § 547 Nr. 6 ZPO aufzuheben.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen Beschlüsse, die der Rechtsbeschwerde unterliegen, den für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt wiedergeben. Nach § 577 Abs. 2 Satz 4, § 559 ZPO hat das Rechtsbeschwerdegericht grundsätzlich von dem Sachverhalt auszugehen, den das Beschwerdegericht festgestellt hat. Fehlen tatsächliche Feststellungen, ist es zu einer rechtlichen Überprüfung nicht in der Lage. Ausführungen des Beschwerdegerichts, die eine solche Überprüfung nicht ermöglichen, sind keine Gründe im zivilprozessualen Sinne. Das Fehlen von Gründen im verfahrensrechtlichen Sinne begründet einen Verfahrensmangel (§ 576 Abs. 3, § 546 Nr. 6 ZPO), der von Amts wegen zu berücksichtigen ist und die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung nach sich zieht (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 20. November 2014 – V ZB 204/13, ZWE 2015, 97 [juris Rn. 4], mwN).

2. Der angefochtene Beschluss des Beschwerdegerichts genügt gerade noch den Anforderungen des § 547 Nr. 6 ZPO. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts enthält allerdings – anders als der Beschluss des Amtsgerichts – keine eigenständige Sachverhaltsdarstellung. In dem angefochtenen Beschluss wird auch nicht ausdrücklich auf die ausführlichen tatsächlichen Feststellungen in dem Beschluss des Amtsgerichts Bezug genommen. Allerdings ergeben sich aus den Gründen des angegriffenen Beschlusses an verschiedenen Stellen konkludente Bezugnahmen auf die Feststellungen des Amtsgerichts sowie ausdrückliche Bezugnahmen auf die in dem Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage der Schuldnerin gegen die Gläubigerinnen ergangenen Entscheidungen sowie einzelne, für das Verfahren maßgebliche, in den Gerichtsakten enthaltene Unterlagen. Diese Bezugnahmen ermöglichen noch eine rechtliche Überprüfung.

II.

Das Beschwerdegericht hat den Zwangsgeldantrag der Gläubigerinnen mit Recht für unbegründet erachtet, weil die Schuldnerin die titulierte Verpflichtung zur Auskunftserteilung durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses erfüllt hat.

1. Nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Der Pflichtteilsberechtigte kann gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen, dass er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 BGB vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlassgegenstände zugezogen und dass der Wert der Nachlassgegenstände ermittelt wird. Er kann nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB auch verlangen, dass das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird.

2. Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Verurteilung des Erben zur Erteilung einer Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines durch einen Notar aufgenommenen Bestandsverzeichnisses, bei dessen Aufnahme der Gläubiger hinzugezogen wird (§ 2314 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB), als Verurteilung zur Vornahme einer nicht vertretbaren Handlung gemäß § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch Androhung von Zwangsmitteln zu vollstrecken ist. Zwar handelt es sich bei der für die Aufnahme eines notariellen Verzeichnisses erforderlichen Beauftragung des Notars um eine vertretbare Handlung. Für die Aufnahme des Verzeichnisses ist außerdem das Tätigwerden des beauftragten Notars erforderlich. Jedoch kann der Notar ohne Mitwirkung des Schuldners das Verzeichnis nicht aufnehmen. Er ist vielmehr darauf angewiesen, dass ihm der Schuldner die für die Aufnahme des Verzeichnisses erforderlichen Informationen übermittelt. Deshalb richtet sich die Vollstreckung der Verpflichtung zur Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses insgesamt nach § 888 ZPO (BGH, Beschluss vom 13. September 2018 – I ZB 109/17, NJW 2019, 231 [juris Rn. 13 f.] mwN).

3. Das Beschwerdegericht hat seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gemäß § 750 Abs. 1 ZPO vorliegen. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

4. Das Beschwerdegericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass der von den Gläubigerinnen begehrten Festsetzung eines Zwangsgelds der Erfüllungseinwand der Schuldnerin entgegensteht. Die Schuldnerin hat die in dem Teil-Anerkenntnis- und Teilurteil des Amtsgerichts Bonn vom 23. November 2017 titulierte Pflicht zur Auskunftserteilung durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 nebst Ergänzung vom 28. Juli 2020 vollständig erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB). Daher besteht kein Anspruch der Gläubigerinnen auf eine (weitere) Ergänzung oder Berichtigung des Nachlassverzeichnisses.

a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass im vorliegenden Zwangsvollstreckungsverfahren der Erfüllungseinwand der Schuldnerin zu beachten ist. Der Schuldner ist nicht nur im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO, sondern auch in den Zwangsvollstreckungsverfahren nach §§ 887, 888 ZPO mit seinem Einwand zu hören, der vollstreckbare Anspruch sei erfüllt (vgl. BGH, Beschluss vom 5. November 2004 – IXa ZB 32/04, BGHZ 162, 67 [juris Rn. 11]; Beschluss vom 6. Juni 2013 – I ZB 56/12, NJW-RR 2013, 1336 [juris Rn. 8 bis 10 und 18], jeweils mwN; Urteil vom 29. September 2022 – I ZR 180/21, NJW-RR 2023, 66 [juris Rn. 17]).

b) Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die Rechtskraft der im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage ergangenen Entscheidung des Landgerichts Bonn (Urteil vom 3. Juli 2019 – 5 S 18/19, juris) einer erneuten Prüfung des Erfüllungseinwands der Schuldnerin im vorliegenden Zwangsgeldverfahren nicht entgegensteht.

aa) Das Landgericht Bonn hat in seinem Urteil vom 3. Juli 2019 angenommen, die Vollstreckungsabwehrklage der Schuldnerin sei unbegründet, weil das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 teilweise unvollständig sei, da es mangels Zustimmung der Schuldnerin zu einer entsprechenden Abfrage keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin zu der Raiffeisenbank Millstättersee in Millstatt in Kärnten enthalte (LG Bonn, Urteil vom 3. Juli 2019 – 5 S 18/19, juris Rn. 32 bis 33). Der Bundesgerichtshof hat diese Beurteilung gebilligt und die Revision der Schuldnerin gegen das Urteil des Landgerichts Bonn zurückgewiesen (BGH, NJW 2020, 2187 [juris Rn. 11]). Die Gläubigerinnen haben im Verfahren der von der Schuldnerin erhobenen Vollstreckungsabwehrklage weiter geltend gemacht, die Schuldnerin habe die titulierte Verpflichtung auch deshalb nicht erfüllt, weil das von der Schuldnerin vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 keine Angaben zu weiteren Konten bei anderen Banken und Sparkassen in Österreich als der Raiffeisenbank Millstättersee in Millstatt in Kärnten und zu Schenkungen der Erblasserin in den letzten zehn Jahren vor ihrem Tod enthalte; es sei auch aus diesem Grund unvollständig. Dieses Vorbringen hat das Landgericht Bonn für unbegründet erachtet (LG Bonn, Urteil vom 3. Juli 2019 – 5 S 18/19, juris Rn. 38 bis 41).

bb) Die Gläubigerinnen haben den vorliegenden Zwangsgeldantrag wiederum darauf gestützt, es fehle an einer Erfüllung der titulierten Verpflichtung, weil weder das von der Schuldnerin vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 noch dessen Ergänzung vom 28. Juli 2020 Angaben zu weiteren Konten der Erblasserin bei anderen Banken und Sparkassen in Österreich als der Raiffeisenbank Millstättersee in Millstatt in Kärnten und zu Schenkungen der Erblasserin in den letzten zehn Jahren vor ihrem Tod enthalte.

cc) Die Gründe der Entscheidung des Landgerichts Bonn vom 3. Juli 2019, mit denen es hinsichtlich dieser Umstände eine Unvollständigkeit des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 verneint hat, sind nicht in Rechtskraft erwachsen.

(1) Die Vollstreckungsabwehrklage ist eine rein prozessrechtliche Klage auf ein rechtsgestaltendes – auf Beseitigung der Vollstreckbarkeit – gerichtetes Urteil. Das der Vollstreckungsabwehrklage stattgebende Urteil stellt nicht das Nicht(mehr)-Bestehen des materiell-rechtlichen Anspruchs rechtskräftig fest (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2008 – II ZR 132/07, NJW-RR 2008, 1512 [juris Rn. 12]). Umgekehrt wird bei einer Abweisung der Klage nach § 767 ZPO nicht bindend entschieden, dass der titulierte Anspruch materiell-rechtlich weiter besteht (BGH, Urteil vom 19. Juni 1984 – IX ZR 89/83, FamRZ 1984, 878 [juris Rn. 16]; zu der Frage, ob die Rechtskraft eines Zwangsmittelbeschlusses der nachfolgenden Erhebung einer Vollstreckungsabwehrklage entgegensteht vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2017 – I ZR 64/16, NJW 2018, 235 [juris Rn. 15] mwN – Rechtskraft des Zwangsmittelbeschlusses).

(2) Die Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts Bonn vom 3. Juli 2019 zu den Gründen, warum das von der Schuldnerin vorgelegte notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 einerseits

unvollständig ist und aus welchen Gründen es andererseits nicht unvollständig ist, betreffen deshalb lediglich das der entschiedenen Rechtsfolge zugrundeliegende vorgefällige Rechtsverhältnis, also eine bloße Voraussetzung für die entschiedene Rechtsfolge. Diese Ausführungen können nur dann an der Rechtskraft teilhaben, wenn sie von den Parteien durch Feststellungsklage ebenfalls zum Streitgegenstand erhoben worden sind. Eine solche Feststellungsklage beziehungsweise Feststellungswiderklage ist von der Schuldnerin beziehungsweise den Gläubigerinnen in dem Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage aber nicht erhoben worden.

c) Das Beschwerdegericht hat mit Recht angenommen, dass die Schuldnerin die titulierte Pflicht zur Auskunftserteilung gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB durch die Vorlage eines von einem Notar aufgenommenen Nachlassverzeichnisses erfüllt hat und daher kein Anspruch auf Ergänzung dieses Verzeichnisses besteht.

aa) Das Beschwerdegericht hat den Umfang der titulierten Pflicht zur Auskunftserteilung zutreffend nach den nachfolgenden Grundsätzen bestimmt:

§ 2314 BGB geht von der Lage aus, in der sich ein Pflichtteilsberechtigter befindet, der nicht Erbe ist. Weil dieser weder Zugang zum Nachlass hat noch an ihm beteiligt ist, gewährt ihm die Bestimmung Auskunftsrechte, die so umfassend ausgestaltet sind, dass er sein Pflichtteilsrecht gleichwohl durchzusetzen vermag. Gesetzgeberischer Zweck des § 2314 BGB ist es damit, dem Pflichtteilsberechtigten die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung des Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Außerdem soll mit der Bezugnahme auf § 260 BGB sichergestellt werden, dass der gesetzliche Auskunftsanspruch in einer klaren und übersichtlichen Form befriedigt wird (BGH, NJW 2019, 231 [juris Rn. 31]).

Ein notarielles Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB soll eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das Privatverzeichnis des Pflichtteilsbelasteten bieten. Dementsprechend muss der Notar den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, dass er den Inhalt verantwortet (BGH, NJW 2019, 231 [juris Rn. 32]). Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend frei. Er muss zunächst von den Angaben des Auskunftspflichtigen ausgehen. Allerdings darf er sich hierauf nicht beschränken und insbesondere nicht lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchführen. Dabei hat er diejenigen Nachforschungen anzustellen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (vgl. BGH, NJW 2019, 231 [juris Rn. 32] mwN; NJW 2020, 2187 [juris Rn. 8]).

Die Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses richtet sich danach, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Maßgebend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls (BGH, NJW 2019, 231 [juris Rn. 30]; NJW 2020, 2187 [juris Rn. 9]). Hierbei darf und muss der Notar das Wissen des Erben sowie das in seiner Person vorhandene Aufklärungspotential gegebenenfalls in der Weise nutzen, dass er den Erben auffordert, eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten beziehungsweise sonstigen Dritten durchzusetzen. Die vom Erben geschuldete Kooperation kann insoweit auch in der Anweisung an Dritte bestehen, die benötigten Auskünfte unmittelbar gegenüber dem Notar zu erteilen (BGH, NJW 2020, 2187 [juris Rn. 9] mwN).

bb) Liegt – wie hier – ein notarielles Nachlassverzeichnis vor, so ist die Pflicht zur Auskunftserteilung gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB erfüllt und der Pflichtteilsberechtigte kann grundsätzlich nicht dessen Berichtigung oder Ergänzung verlangen. Vielmehr ist er in diesem Fall, soweit die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB vorliegen, auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung verwiesen. Von diesem Grundsatz sind jedoch verschiedene Ausnahmen anerkannt (BGH, NJW 2020, 2187 [juris Rn. 10] mwN). So kann ein Anspruch auf Ergänzung beziehungsweise Berichtigung eines

notariellen Nachlassverzeichnisses bestehen, wenn sich der Notar auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit beschränkt (dazu C II 4 c cc), wenn die Auskunft zwar dem Wissensstand des Verpflichteten entspricht, dieser sich jedoch fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft hat (dazu C II 4 c dd), oder wenn in dem Verzeichnis eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen – etwa aufgrund eines Rechtsirrtums des Pflichtigen – nicht aufgeführt ist und beispielsweise Angaben über den fiktiven Nachlass oder Schenkungen fehlen (dazu C II 4 c ee). Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass nach diesen Grundsätzen im Streitfall kein Anspruch auf Ergänzung des notariellen Nachlassverzeichnisses besteht.

cc) Vorliegend ist das Nachlassverzeichnis nicht deshalb unvollständig und daher zu ergänzen, weil sich der Notar auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit beschränkt hätte.

(1) Der Notar entscheidet nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen, welche Ermittlungen er vornimmt (OLG Koblenz, NJW 2014, 1972 [juris Rn. 28]; Staudinger/Herzog [2021] § 2314 Rn. 162) und welcher Erkenntnisquellen er sich bedient. Die Anforderungen an den Umfang der Ermittlungen richten sich nach den konkreten Gegebenheiten des Einzelfalls (OLG Saarbrücken, FamRZ 2011, 1258 [juris Rn. 12]; MünchKomm.BGB/Lange, 9. Aufl., § 2314 Rn. 49) und orientieren sich daran, welche Nachforschungen ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (vgl. BGH, NJW 2019, 231 [juris Rn. 32] mwN; NJW 2020, 2187 [juris Rn. 8]; OLG Bamberg ZEV 2016, 580 [juris Rn. 4]; OLG Celle, FamRZ 2021, 398 [juris Rn. 22]; Horn in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl., § 2314 Rn. 54). Anhaltspunkte für solche Nachforschungen können sich beispielsweise aus Angaben des Erben oder anderer befragter Personen und aus im Nachlass befindlichen Unterlagen – beispielsweise Überweisungen von bekannten Konten des Erblassers auf bislang unbekannte Konten (vgl. Koroch, RNotZ 2020, 537, 547 f.; Heinze, MittBayNot 2020, 531, 536) – sowie aus ausländischen Nachlassverfahren ergeben. Der Notar ist dagegen nicht verpflichtet, ohne konkrete Anhaltspunkte in alle denkbaren Richtungen zu ermitteln, um weiteres Nachlassvermögen aufzuspüren (OLG Bamberg, ZEV 2016, 581 [juris Rn. 3]; OLG Dresden, FamRZ 2018, 69 [juris Rn. 14]; OLG Hamm, ErbR 2020, 511 [juris Rn. 13]; OLG Frankfurt, FamRZ 2022, 392 [juris Rn. 16]).

(2) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde traf den Notar nach diesen Maßstäben keine Pflicht, weitere Konten der Erblasserin bei Banken in Deutschland zu ermitteln, die nicht bereits Gegenstand des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4. Mai 2018 waren.

(a) Die Rechtsbeschwerde legt bereits nicht dar, dass die Gläubigerinnen in den Tatsacheninstanzen mit ihrem Antrag auf Zwangsgeldfestsetzung geltend gemacht hätten, die Ermittlungen des Notars in Bezug auf Bankkonten der Erblasserin in Deutschland seien unzureichend. Die Rechtsbeschwerde verweist auch nicht auf Vortrag der Gläubigerinnen in den Tatsacheninstanzen, aus dem sich ergeben könnte, dass die Erblasserin außer den im notariellen Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 bereits genannten Konten bei zwei deutschen Geldinstituten mit weiteren Banken in Deutschland Geschäftsbeziehungen unterhalten hat. Aus dem angefochtenen Beschluss des Beschwerdegerichts lässt sich ein solches Vorbringen ebenfalls nicht entnehmen.

(b) Selbst wenn man zugunsten der Gläubigerinnen annimmt, sie hätten durch die Berufung auf Vorschriften des deutschen Rechts bereits in den Tatsacheninstanzen zumindest konkludent geltend gemacht, der von der Schuldnerin beauftragte Notar habe auch in Deutschland Ermittlungen hinsichtlich weiterer Bankkonten der Erblasserin anstellen müssen, führte dies nicht zur Annahme entsprechender Ermittlungspflichten des Notars. Der Umstand allein, dass die Erblasserin sowohl in Deutschland als auch in Österreich Bankkonten unterhalten hat, begründet entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde keine Verpflichtung des Notars, ohne nähere konkrete Anhaltspunkte Ermittlungen

bei allen deutschen Banken anzustellen, um mögliche weitere Konten der Erblasserin ausfindig zu machen.

(c) Fehlt es an konkreten Anhaltspunkten für die Existenz weiterer bislang unbekannter Konten der Erblasserin in Deutschland, kommt es nicht mehr darauf an, dass der Notar ohnehin nicht in der Lage gewesen wäre, die von der Rechtsbeschwerde für erforderlich gehaltene Maßnahme gemäß § 802I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO – Ersuchen an das Bundeszentralamt für Steuern, bei deutschen Kreditinstituten die in § 93b Absatz 1 und 1a AO bezeichneten Daten zu Konten der Erblasserin, ausgenommen die Identifikationsnummer nach § 139b der Abgabenordnung, abzurufen (§ 93 Absatz 8 AO) – durchzuführen. Hierfür fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

Die automatisierte Abfrage von Kontostammdaten greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein (BVerfG, NJW 2007, 2464 [juris Rn. 89 bis 92]; BGH, NJW-RR 2022, 924 [juris Rn. 36]) und bedarf daher einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit unterliegt. Bei einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hat dieses Gebot die Funktion, eine hinreichend präzise Umgrenzung des Verwendungszwecks der betroffenen Informationen sicherzustellen. Zu den Bestimmtheitsanforderungen gehört es, den Erhebungszweck in einer dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung genügenden Weise festzulegen. Mindestvoraussetzung dafür ist die Angabe im Gesetz, welche staatliche Stelle zur Erfüllung welcher Aufgaben zu der geregelten Informationserhebung berechtigt sein soll (BVerfG, NJW 2007, 2464 [juris Rn. 95 bis 98]).

Nach § 802I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO darf der Gerichtsvollzieher die in dieser Bestimmung aufgeführten Maßnahmen durchführen, soweit sie zur Vollstreckung erforderlich sind und die in Satz 2 dieser Vorschrift geregelten Voraussetzungen vorliegen. Der darin liegende Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann mit Blick auf das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Recht des Gläubigers auf eine effektive Zwangsvollstreckung wegen seiner Forderung sowie mit Blick auf den Justizgewährleistungsanspruch nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG gerechtfertigt sein (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes von Gerichtsvollziehern vor Gewalt sowie zur Änderung weiterer zwangsvollstreckungsrechtlicher Vorschriften, BT-Drucks. 19/27636, S. 26). Die Vorschrift des § 802I Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO enthält eine entsprechende Ermächtigung jedoch lediglich für den Gerichtsvollzieher bei der Vollstreckung von Geldforderungen und dies auch nur unter engen Voraussetzungen. Eine Ermächtigung des mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB beauftragten Notars zur automatisierten Abfrage von Kontostammdaten hat der Gesetzgeber dagegen nicht vorgesehen (Koroch, RNotZ 2020, 537, 548; Heinze, MittBayNot 2020, 531, 533).

(3) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, der Notar sei verpflichtet gewesen, weitere Konten der Erblasserin bei Banken in Österreich zu ermitteln.

(a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 nebst Ergänzung vom 28. Juli 2020 sei nicht deshalb erkennbar unvollständig, weil die Beschwerdegegnerin dem Notar nicht die Zustimmung zur Einholung von Auskünften von weiteren Banken und Sparkassen in der Umgebung von Millstatt in Kärnten erteilt habe. Die Gläubigerinnen hätten keine konkreten Anhaltspunkte für weitere Konten bei anderen Banken und Sparkassen in Österreich als der Raiffeisenbank Millstättersee in Millstatt in Kärnten vorgetragen, obwohl sie bereits mit dem Urteil der Kammer vom 3. Juli 2019 auf dieses Erfordernis hingewiesen worden seien. Solche Anhaltspunkte seien auch sonst nicht ersichtlich. Die bloße Vermutung, die Angaben der Auskunftspflichtigen seien unvollständig, reiche nicht aus. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

(b) Da der Notar lediglich diejenigen Nachforschungen anzustellen hat, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde, hat das Beschwerdegericht mit Recht angenommen, dass es für weitere Nachfragen des Notars bei anderen österreichischen Banken konkreter Anhaltspunkte bedurft hätte, dass die Erblasserin neben der bereits ermittelten Geschäftsbeziehung zu der Raiffeisenbank Millstättersee in Millstatt in Kärnten weitere Konten bei anderen Kreditinstituten im Umkreis ihrer Immobilie in Österreich unterhalten hat. Solche Indizien lassen sich – wie das Beschwerdegericht unter Bezugnahme auf die Feststellungen im Urteil vom 3. Juli 2019 (LG Bonn, Urteil vom 3. Juli 2019- 5 S 18/19, juris Rn. 38 bis 40) zutreffend angenommen hat – dem Sachvortrag der Gläubigerinnen nicht entnehmen.

(c) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, es sei kein Grund dafür ersichtlich, dass die Erblasserin, die in Deutschland Geschäftsbeziehungen zu verschiedenen Banken unterhalten habe, ihre Finanzgeschäfte in Österreich anders gehandhabt haben sollte. Dieses Vorbringen lässt keine konkreten Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit weiterer Ermittlungen erkennen. Es basiert auf Vermutungen, die nicht ausreichend sind, um eine Ermittlungspflicht des Notars zu begründen.

(d) Die Rechtsbeschwerde beruft sich ohne Erfolg darauf, dass es Zweck des Auskunftsanspruchs gemäß § 2314 Abs. 1 BGB ist, der Beweisnot des Pflichtteilsberechtigten abzuhelpen (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1960 – V ZR 124/59, BGHZ 33, 373 [juris Rn. 11]). Dieser Zweck rechtfertigt es zwar, den Inhalt der zu erteilenden Auskunft weit zu fassen, nicht aber, aufgrund bloßer Mutmaßungen weitere Ermittlungen als erforderlich anzusehen.

(e) Dieser Beurteilung steht das Urteil des IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage der Schuldnerin (BGH, NJW 2020, 2187) nicht entgegen. Randnummer 11 dieses Urteils lässt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht entnehmen, dass die Abfrage bei weiteren in der Umgebung der Immobilie der Erblasserin in Österreich liegenden Kreditinstituten – neben der Raiffeisenbank Millstättersee – aus Sicht eines objektiven Dritten erforderlich gewesen wäre und dem Notar Anlass für entsprechende Ermittlungen hätte geben müssen. Vielmehr hat der IV. Zivilsenat lediglich die Beurteilung des Berufsggerichts gebilligt, das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 sei teilweise unvollständig, da es mangels Zustimmung der Schuldnerin zu einer entsprechenden Abfrage keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin zu der Raiffeisenbank Millstättersee enthielt. Die Erforderlichkeit einer Ermittlung hinsichtlich des Bestehens von Konten bei anderen österreichischen Banken war nicht Gegenstand des allein von der Schuldnerin eingeleiteten Revisionsverfahrens.

dd) Das notarielle Nachlassverzeichnis ist auch nicht deshalb unvollständig und daher zu ergänzen, weil die Schuldnerin sich fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft hat.

(1) Die Schuldnerin hat es nicht unterlassen, in zumutbarer Weise an der Ermittlung weiterer Konten der Erblasserin in Deutschland mitzuwirken.

(a) Die Rechtsbeschwerde legt bereits nicht dar, dass die Gläubigerinnen in den Tatsacheninstanzen geltend gemacht hätten, die Schuldnerin müsse bei der Ermittlung weiterer Konten in Deutschland mitwirken. Sie verweist auch nicht auf dort gehaltenen Tatsachenvortrag der Gläubigerinnen zu konkreten Anhaltspunkten dafür, dass die Erblasserin mit mehr als zwei Kreditinstituten im Inland Geschäftsbeziehungen unterhalten hätte.

(b) Danach muss nicht entschieden werden, ob dem Erben aus Art. 15 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO) ein Auskunftsanspruch im Hinblick auf die Existenz ihm unbekannter Konten des Erblassers zustehen könnte.

Gemäß Art. 15 Abs. 1 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden und, wenn dies der Fall ist, ein hierauf und auf weitere – näher bezeichnete Informationen – bezogenes Recht auf Auskunft.

Zwar hat der deutsche Gesetzgeber in § 2a Abs. 5 Nr. 1 AO von der in Erwägungsgrund 27 Satz 2 DSGVO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die grundsätzliche Geltung der Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung, der Abgabenordnung und der Steuergesetze über die Verarbeitung personenbezogener Daten natürlicher Personen auch für Informationen vorzusehen, die sich auf identifizierte oder identifizierbare verstorbene natürliche Personen beziehen. Zweifelhaft ist jedoch, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Schuldnerin als Erbin aufgrund dieser Ermächtigung nach Art. 15 Abs. 1 DSGVO von hierzu befugten Stellen (der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen, § 24c Abs. 2 KWG, oder dem Bundeszentralamt für Steuern, § 93 Abs. 7 und 8 AO) die Durchführung eines automatisierten Abrufs von Kontoinformationen bei dem von Kreditinstituten zu führenden Dateisystemen (§ 24c Abs. 1 KWG) zu dem Zweck beanspruchen kann, ihr Kenntnis über weitere ihr bislang nicht bekannte Konten der Erblasserin zu vermitteln. Dies muss mangels Entscheidungserheblichkeit jedoch nicht vertieft werden.

(2) Die Schuldnerin hat auch keine ihr zumutbaren Mitwirkungshandlungen unterlassen, sich beziehungsweise dem von ihr mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses beauftragten Notar Kenntnis über das Bestehen weiterer Konten der Erblasserin in Österreich zu verschaffen.

(a) Da konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen weiterer Konten der Erblasserin in Österreich nicht vorliegen, ist die Schuldnerin nicht verpflichtet, ihre Zustimmung dazu zu erteilen, dass der von ihr beauftragte Notar in ganz Österreich Nachforschungen anstellt, um weitere Konten der Erblasserin zu ermitteln.

(b) Es kann deshalb offen bleiben, ob der Schuldnerin ein Auskunftsanspruch gemäß § 4 Abs. 4 des österreichischen Kontenregister- und Konteneinschaugesetzes (KontRegG) mit Blick auf etwaige (weitere) Konten der Erblasserin in Österreich zusteht. Es muss auch nicht näher untersucht werden, ob das in dieser Vorschrift normierte Recht der betroffenen Person auf Auskunft, welche sie betreffende Daten in das Kontenregister aufgenommen wurden, auf den Rechtsnachfolger übergeht (verneinend Österreichisches Bundesfinanzgericht [BFG], Erkenntnis vom 24. November 2022, RV/7103069/2022; BFG, Erkenntnis vom 10. März 2022, RV/7102265/2021 [nicht rechtskräftig]; aA Velisek, ÖBA 2023, 115, 117 bis 120).

ee) Das notarielle Nachlassverzeichnis vom 4. Mai 2018 nebst Ergänzung vom 28. Juli 2020 ist auch nicht deshalb unvollständig und daher weiter zu ergänzen, weil darin eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen – etwa aufgrund eines Rechtsirrtums des Pflichtigen – nicht aufgeführt ist. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde erfasst die titulierte Verpflichtung der Schuldnerin zur Auskunftserteilung durch ein notarielles Nachlassverzeichnis nicht Schenkungen, die die Erblasserin in den zehn letzten Lebensjahren vorgenommen hat.

(1) Das Beschwerdegericht hat angenommen, der titulierte Anspruch umfasse nur die Verpflichtung, Auskunft über den realen Bestand des Nachlasses durch Vorlage eines notariellen Verzeichnisses zu erteilen. Die Gläubigerinnen hätten die Auskunft über die Schenkungen der Erblasserin in den letzten zehn Jahren vor ihrem Tod und die Auskunft über den Bestand des Nachlasses getrennt voneinander mit zwei Klageanträgen geltend gemacht. Anerkannt habe die Schuldnerin mit Schriftsatz vom 7. Februar 2014 jedoch nur den mit dem Klageantrag zu 2 geltend gemachten Anspruch und damit nur die Pflicht zur Erstellung eines notariellen Verzeichnisses über die tatsächlich vorhandenen Nachlassgegenstände. Den mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Anspruch der Gläubigerin zu

1 habe sie nicht anerkannt. In der Folge habe das Amtsgericht auch nur hinsichtlich des Klageantrags zu 2 durch Anerkenntnisurteil entschieden und den Klageantrag zu 1 als unbegründet abgewiesen. Die im amtsgerichtlichen Urteil titulierte Verpflichtung umfasse deshalb nicht auch die Verpflichtung zur Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses über den fiktiven Nachlass.

(2) Gegen diese Beurteilung wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

(a) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung umfasse die gesetzliche Auskunftspflicht des Erben nach § 2314 BGB neben den tatsächlich vorhandenen Nachlassgegenständen grundsätzlich auch den sogenannten fiktiven Nachlassbestand, insbesondere die Schenkungen innerhalb der letzten zehn Lebensjahre, die nach den Vorschriften über die Berechnung des Pflichtteils hinzuzurechnen sind, § 2325 Abs. 1 BGB (RG, Urteil vom 7. März 1910 – IV 113/09, RGZ 73, 369, 371; BGHZ 33, 373 [juris Rn. 11]; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1981 – IX ZR 92/80, BGHZ 82, 132 [juris Rn. 17]; Urteil vom 9. November 1983 – IVa ZR 151/82, BGHZ 89, 24 [juris Rn. 8]).

Im Verfahren der Zwangsvollstreckung ist es dem Vollstreckungsgläubiger verwehrt, Auskünfte allein deshalb zu erzwingen, weil der Vollstreckungsschuldner materiell-rechtlich zu deren Erteilung verpflichtet ist. Maßgeblich für Inhalt und Umfang der zu vollstreckenden Verpflichtung ist vielmehr der Vollstreckungstitel, den das nach § 888 Abs. 1 ZPO als Vollstreckungsorgan berufene Prozessgericht gegebenenfalls auslegen muss. Die Auslegung hat vom Tenor der zu vollstreckenden Entscheidung auszugehen. Ergänzend sind die Entscheidungsgründe und gegebenenfalls auch die Klagebegründung und der Parteivortrag heranzuziehen (BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 – I ZB 79/11, GRUR 2013, 1071 [juris Rn. 14] = WRP 2013, 1485; Beschluss vom 25. Februar 2014 – X ZB 2/13, GRUR 2014, 605 [juris Rn. 18] = MDR 2014, 617 – Flexitanks II; Beschluss vom 5. März 2015 – I ZB 74/14, GRUR 2015, 1248 [juris Rn. 20]). Das Prozessgericht, das als zuständiges Vollstreckungsorgan über eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme aus einem Titel entscheidet, den es selbst erlassen hat, kann bei der Auslegung des Titels allerdings sein Wissen aus dem Erkenntnisverfahren mit heranziehen und damit Umstände berücksichtigen, die außerhalb des Titels liegen (BGH, GRUR 2015, 1248 [juris Rn. 22]). Für die Auslegung des Vollstreckungstitels durch das Beschwerdegericht, das über die sofortige Beschwerde gegen eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme aus einem Titel entscheidet, den das Prozessgericht des ersten Rechtszugs erlassen hat, gelten diese Grundsätze entsprechend (BGH, GRUR 2015, 1248 [juris Rn. 23]).

(b) Hiervon ist das Beschwerdegericht ausgegangen und ist zu dem Ergebnis gelangt, die Auslegung des Vollstreckungstitels ergebe, dass die Schuldnerin im Streitfall gegenüber den Gläubigerinnen nicht verpflichtet sei, diesen auch Auskünfte über den fiktiven Nachlass der Erblasserin in Form eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu erteilen. Hierbei hat es zutreffend die Klageanträge und die Entscheidungsgründe des Vollstreckungstitels berücksichtigt. Ausweislich der Entscheidungsgründe des Teil-Anerkenntnis- und Teilurteils des Amtsgerichts Bonn vom 23. November 2017 hat das Amtsgericht den Klageantrag zu 1 mit der Begründung abgewiesen, die Schuldnerin habe den geltend gemachten Anspruch erfüllt, indem sie die Auskunft durch eine Versicherung an Eides Statt vom 21. Januar 2014 erteilt habe, in der sämtliche Schenkungen der Erblasserin unter Benennung der beschenkten Personen sowie unter Darlegung des Wertes der Schenkung aufgeführt worden seien. Die Beurteilung des Beschwerdegerichts, da das Amtsgericht den gesondert geltend gemachten Anspruch auf Auskunft über von der Erblasserin vorgenommene Schenkungen abgewiesen habe, sei die von der Schuldnerin anerkannte Verpflichtung zur Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses auf den aktiven Nachlass beschränkt, erweist sich danach als zutreffend.

(c) Soweit die Rechtsbeschwerde dagegen einwendet, die Geltendmachung des Begehrens der Gläubigerinnen in zwei getrennten Klageanträgen beruhe darauf, dass sich der von der Gläubigerin zu 1 gestellte Klageantrag zu 1 auf ein nur Schenkungen der Erblasserin betreffendes privatschriftliches

Nachlassverzeichnis beziehe, der von beiden Gläubigerinnen geltend gemachte Klageantrag zu 2 hingegen auf ein den aktiven und passiven Nachlass betreffendes notarielles Nachlassverzeichnis, ist eine solche Auslegung des Vollstreckungstitels zwar möglich. Sie ist jedoch nicht naheliegend.

Die in § 2314 Abs. 1 BGB vorgesehenen mehreren Arten von Auskunftsansprüchen stehen dem Gläubiger grundsätzlich kumulativ zu, so dass sie der Gläubiger neben- oder nacheinander geltend machen kann. Das ist insbesondere anerkannt für den praktisch wichtigsten Fall, dass der Erbe ein privatschriftliches Verzeichnis vorlegt und der Pflichtteilsberechtigte danach noch ein notarielles Nachlassverzeichnis verlangt (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1960 – V ZR 124/59, BGHZ 33, 373 [juris Rn. 22]; Urteil vom 23. Mai 2012 – IV ZR 250/11, BGHZ 193, 260 [juris Rn. 8]; Urteil vom 31. Oktober 2018 – IV ZR 313/17, NJW 2019, 234 [juris Rn. 9]). Hat jedoch der Erbe ein notarielles Nachlassverzeichnis vorgelegt, wird in der Regel kein Privatverzeichnis mehr gefordert werden können, weil sich in diesem Fall das Zweitverlangen als rechtsmissbräuchlich erweist (BGHZ 33, 373 [juris Rn. 22]).

Wäre die von der Rechtsbeschwerde für richtig gehaltene Auslegung der Klageanträge zutreffend, hätte die Gläubigerin zu 1 – bezogen auf Schenkungen der Erblasserin in ihren letzten zehn Lebensjahren – dieselbe Auskunft gleichzeitig sowohl in privatschriftlicher Form als auch in notarieller Form verlangt. Für das Verlangen nach Auskunft in privatschriftlicher Form neben einer Auskunft in notarieller Form hätte jedoch ebenso wenig ein Rechtsschutzbedürfnis bestanden wie in dem Fall, in dem nach Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses noch eine privatschriftliche Auskunftserteilung verlangt wird. Eine solche Auslegung des Vollstreckungstitels, die zur Unzulässigkeit des von der Gläubigerin zu 1 geltend gemachten Klageantrags zu 1 hätte führen müssen, ist nicht naheliegend. Ersichtlich entsprach eine solche Auslegung auch nicht dem Verständnis der Parteien und des hiermit befassten Amtsgerichts. Die Parteien haben ausweislich der Gründe des amtsgerichtlichen Urteils in diesem Zusammenhang allein darüber gestritten, ob für den Klageantrag zu 1 der Gläubigerin zu 1 ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, weil die Gläubigerin zu 2 bereits zuvor in einem gesonderten Rechtsstreit einen dem Klageantrag zu 1 entsprechenden Vollstreckungstitel gegen die Schuldnerin erstritten hatte, und ob die Schuldnerin die begehrte Verpflichtung, in privatschriftlicher Form Auskunft über Schenkungen der Erblasserin zu erteilen, bereits erfüllt hatte.

(d) Dem Urteil des IV. Zivilsenats im Vollstreckungsabwehrklageverfahren (BGH, NJW 2020, 2187) lässt sich entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde eine abweichende Beurteilung nicht entnehmen. Die dortige Bezugnahme auf fehlende Angaben über die Geschäftsbeziehung der Erblasserin zur Raiffeisenbank Millstättersee lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass der Vollstreckungstitel die Erteilung von Auskünften über den fiktiven Nachlass umfasst. Der Bundesgerichtshof hatte im Verfahren der Revision der Schuldnerin allein zu prüfen, ob das notarielle Nachlassverzeichnis deshalb unvollständig war, weil der mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses beauftragte Notar mangels Zustimmung der Schuldnerin zu der bestehenden Geschäftsverbindung der Erblasserin zur Raiffeisenbank Millstättersee in Österreich keine Angaben aufgenommen hatte.

D.

Danach ist die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Beschwerdegerichts auf Kosten der Gläubigerinnen (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Entscheidung 4 – BGH Beschl. v. 19.10.2023 – V ZB 8/23:

Gründe:

I.

Der Beteiligte zu 1 ist in dem notariellen Testament der früheren Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks (nachfolgend Erblasserin) aus dem Jahr 2013 zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Die Erblasserin verstarb im Januar 2020. Sie hatte testamentarisch drei Personen zu Erbinnen eingesetzt (nachfolgend testamentarische Erbinnen), die im Mai 2020 als Eigentümerinnen des Grundstücks in Erbengemeinschaft in das Grundbuch eingetragen wurden. Zugleich wurde in das Grundbuch der Vermerk eingetragen, dass die Testamentsvollstreckung angeordnet ist. Mit notariellem Vertrag vom 4. November 2020 verkaufte der Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstrecker ohne Beteiligung der testamentarischen Erbinnen das Grundstück an den Beteiligten zu 2, für den in der Folge eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen wurde. Im Februar 2021 übersandte das Nachlassgericht dem Grundbuchamt auszugsweise einen Schriftsatz, mit dem der Rechtsanwalt des Bruders der Erblasserin für diesen die Erteilung eines Erbscheins beantragt hatte mit der Begründung, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen und die im Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen würden angefochten. Im Mai 2021 beantragte der hierzu bevollmächtigte Notar die Umschreibung des Grundstückseigentums auf den Beteiligten zu 2.

Mit Zwischenverfügung vom 30. Juli 2021 hat das Grundbuchamt dem Notar aufgegeben, zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 ein Testamentsvollstreckerzeugnis gemäß § 2368 BGB einzureichen. Die gegen diese Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 den Eigentumsumschreibungsantrag weiter.

II.

Das Beschwerdegericht meint, das Grundbuchamt habe zu Recht die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangt. Zwar könne nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 GBO zum Nachweis der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers genügen, wenn er in einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen ernannt sei und dieses dem Grundbuchamt nebst Eröffnungsprotokoll mit einem Nachweis über die Annahme des Amtes vorgelegt werde. Ergäben sich allerdings ernsthafte, auf Tatsachen gegründete Zweifel bei der Prüfung der die Bestimmung zum Testamentsvollstrecker enthaltenden letztwilligen Verfügung, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse geklärt werden könnten, könne die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangt werden. So liege es hier, weil der Bruder der Erblasserin vor dem Nachlassgericht genügende Anhaltspunkte für deren Testierunfähigkeit vorgetragen habe. Zwar habe der von dem Nachlassgericht beauftragte Sachverständige die Testierunfähigkeit der Erblasserin nicht mit ausreichender Sicherheit feststellen können. Der Bruder der Erblasserin habe aber eine Ergänzung des Sachverständigengutachtens verlangt. Zudem habe er im Erbscheinsverfahren die Anfechtung des Testaments nach § 2078 BGB erklärt, zu der das Nachlassgericht noch weitere Ermittlungen anstelle. Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 sei auch nicht deshalb entbehrlich, weil im Grundbuch ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen sei. Denn weder beziehe sich die Vermutung aus § 891 Abs. 1 BGB auf einen solchen Vermerk noch werde der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützt, so dass der Beteiligte zu 2 die für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung nicht gutgläubig erworben habe.

III.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sei zu Recht ergangen, hält rechtlicher Nachprüfung stand.

1. Das Grundbuchamt durfte die beantragte Eintragung davon abhängig machen, dass der antragstellende Notar zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 ein Testamentsvollstreckerzeugnis nach § 2368 BGB einreicht.

a) Die beantragte Eigentumsumschreibung setzt nach §§ 19, 20 GBO den Nachweis der Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (§ 925 Abs. 1 BGB) und der Bewilligung des in seinem Recht Betroffenen in der Form des § 29 GBO voraus. Dabei korrespondiert die Befugnis zur Abgabe der Eintragungsbewilligung mit der materiellen Verfügungsbefugnis. Erklärt ein Testamentsvollstrecker Auflassung und Bewilligung in Bezug auf ein Nachlassgrundstück, hat das Grundbuchamt daher seine Verfügungsbefugnis zu prüfen. Die Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand ist nach § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO nur auf Grund des in § 2368 BGB vorgesehenen Testamentsvollstreckerzeugnisses oder eines – hier nicht relevanten – Europäischen Nachlasszeugnisses (vgl. hierzu Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c EuErbVO sowie Staudinger/Herzog, BGB [2023], § 2368 Rn. 8) als nachgewiesen anzusehen. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO, wenn an Stelle des Zeugnisses die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Erachtet das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO die Vorlegung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen. Die Regelungen entsprechen somit weitgehend denen über den Nachweis der Erbfolge durch Erbschein bzw. Verfügung von Todes wegen in § 35 Abs. 1 GBO (siehe hierzu Senat, Beschluss vom 17. Februar 2022 – V ZB 14/21, NJW-RR 2022, 657 Rn. 5).

b) Die Annahme des Beschwerdegerichts, dass das Grundbuchamt die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 durch das notarielle Testament der Erblasserin, das Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts und die beglaubigte Abschrift der Bestätigung des Nachlassgerichts über die Annahme des Amtes zu Recht als nicht hinreichend nachgewiesen angesehen hat, weil Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des die Anordnung der Testamentsvollstreckung enthaltenden Testaments und damit an dessen Wirksamkeit bestanden, ist nicht zu beanstanden.

aa) Nach nahezu einhelliger Ansicht darf das Grundbuchamt einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis (nur) verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (vgl. BayObLG, ZEV 2000, 233, 234; OLG Köln, FGPrax 2000, 89, 90; OLG Hamm, FGPrax 2001, 9; OLG Frankfurt, NJW-RR 2005, 380, 381; OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248; OLG München, MittBayNot 2009, 53, 54; OLG Zweibrücken, FGPrax 2011, 176; OLG Düsseldorf, NJOZ 2012, 1531, 1532; OLG Naumburg, NJOZ 2014, 5; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 148; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rn. 39, Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 117, 187; DNotI-Report 14/2006, S. 111). Dabei sollen, wovon auch das Beschwerdegericht ausgeht, entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht bzw. – hier – die in der Verfügung getroffene Anordnung der Testamentsvollstreckung nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, ebenso wenig ausreichen wie bloße Behauptungen oder Vermutungen (vgl. etwa OLG Schleswig, aaO S. 249; OLG Naumburg, aaO S. 6; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rn. 39; aA wohl nur Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 35 Rn. 12: Grundbuchamt sei „bis zur Grenze der Willkür“ berechtigt, einen Erbschein zu verlangen).

Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers sind nach herrschender Meinung nicht schon durch die generelle Gefahr begründet, dass letztwillige Verfügungen wegen Testierunfähigkeit unwirksam sein können (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB); ebenso wenig reichten auch insoweit bloße Behauptungen oder Vermutungen. Anlass, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, bestehe vielmehr erst dann, wenn auf Tatsachen gegründete konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers, etwa aufgrund eines fachärztlichen Gutachtens oder eines Urteils, gegeben seien (vgl. OLG München, NJW-RR 2015, 138 Rn. 7; OLG Oldenburg, FamRZ 2017, 1431, 1432; OLG Düsseldorf, FGPrax 2018, 252, 253; OLG Schleswig, DNotZ 2023, 356 Rn. 11; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 135 f.; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rn. 39a; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 GBO Rn. 111; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 124; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 788; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 35 GBO Rn. 50). Das Oberlandesgericht Celle hat in einer älteren Entscheidung noch weitergehend angenommen, das Grundbuchamt sei nur dann berechtigt, die Beibringung eines Erbscheins zu verlangen, wenn durch ein erstinstanzliches gerichtliches Urteil die Nichtigkeit des Testaments festgestellt sei (NJW 1961, 562). Diese Entscheidung ist jedoch vereinzelt geblieben.

bb) Der herrschenden Meinung ist insoweit zuzustimmen, als die bloße abstrakte Möglichkeit, dass der Erblasser bei der Errichtung des Testaments testierunfähig gewesen sein könnte, für sich genommen kein hinreichender Grund dafür ist, die Vorlage eines Erbscheins bzw. Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen.

(1) Wortlaut und Systematik von § 35 Abs. 1 und 2 GBO sprechen dafür, dass es nicht gänzlich im Belieben des Grundbuchamtes steht, die Vorlage eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses zu verlangen. Allerdings kann nach dieser Vorschrift der Nachweis der Erbfolge und der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers – von der hier nicht einschlägigen Ausnahme in § 35 Abs. 3 GBO abgesehen – „nur“ durch einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis geführt werden. Die Vorlage dieser Urkunden stellt also die Regel und der Nachweis der Verfügungsbefugnis durch Verfügung von Todes wegen und Niederschrift über die Eröffnung die Ausnahme dar. Indem das Gesetz vorsieht, dass das Grundbuchamt die Vorlegung eines Erbscheins, Europäischen Nachlasszeugnisses oder Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen kann, wenn es die Erbfolge bzw. Verfügungsbefugnis durch die Verfügung von Todes wegen nicht für nachgewiesen hält, wird ihm lediglich die Möglichkeit eröffnet, zu der Regel zurückzukehren und den Nachweis zu fordern, der im Grundsatz ohnehin zu erbringen ist. Zudem ist dem Grundbuchamt sowohl auf Tatbestandsseite der Regelung über die Rückausnahme (§ 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO) ein gewisser Beurteilungsspielraum („erachtet“) als auch auf der Rechtsfolgenseite ein Ermessen („kann“) eingeräumt. Dieses Ermessen ist allerdings pflichtgemäß auszuüben. Das Grundbuchamt darf nicht ohne nachvollziehbaren Grund einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis verlangen. Das Grundbuchamt darf daher zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder Europäisches Nachlasszeugnis nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können.

Zu solchen Ermittlungen ist nicht das Grundbuchamt, sondern allein das Nachlassgericht befugt. In dem Antragsverfahren beim Grundbuchamt können nach § 29 Abs. 1 GBO die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, andere Eintragungsvoraussetzungen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Das Grundbuchamt ist daher zur Anstellung eigener Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 1959 – V ZB 6/59, BGHZ 30, 255, 258; Beschluss vom 28. April 1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139; Beschluss vom 11. Oktober 2012 – V ZB 2/12, BGHZ 195, 120, Rn. 16; Beschluss vom 13. Juni 2013 – V ZB 94/12, ZWE

2013, 402 Rn. 10; Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, DNotZ 2016, 934 Rn. 11; Beschluss vom 10. Februar 2022 – V ZB 87/20, NJW-RR 2022, 1241 Rn. 30; zur Berücksichtigung von Erfahrungssätzen im Grundbuchverfahren Senat, Beschluss vom 15. Juni 2023 – V ZB 12/22, NZM 2023, 641 Rn. 20).

(2) Die durch einen Dritten – etwa einen gesetzlichen Erben – aufgestellte schlichte Behauptung oder Vermutung, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, begründet für sich genommen keine Zweifel an der Testierfähigkeit, macht keine weiteren Ermittlungen erforderlich und kann daher das Verlangen nach einem Erbschein oder Testamentsvollstreckerzeugnis nicht rechtfertigen. Anderenfalls wäre die durch § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 (i.V.m. Abs. 2 Hs. 2) GBO eröffnete Möglichkeit, die Erbfolge bzw. Verfügungsbefugnis durch die genannten Unterlagen nachzuweisen, faktisch entwertet (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Februar 2022 – V ZB 14/21, WM 2023, 396 Rn. 11 f., 18). Zudem ist der Grundsatz, dass die Störung der Geistestätigkeit und damit die Testierunfähigkeit die Ausnahme und die Testierfähigkeit die Regel ist (vgl. BGH, Beschluss vom 23. November 2011 – IV ZR 49/11, ZEV 2012, 100 Rn. 21), auch im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren zu beachten. Deswegen darf das Grundbuchamt einen Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis nur verlangen, wenn konkrete, durch Tatsachen untermauerte Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erblasser bei der Errichtung des Testaments testierunfähig war. Solchen Anhaltspunkten nachzugehen und weitere Ermittlungen zur Testierfähigkeit des Erblassers anzustellen, ist nicht Aufgabe des Grundbuchamtes im Verfahren über einen Eintragungsantrag. Bestehen konkrete, auf Tatsachen gestützte Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers bei der Errichtung des Testaments, kann eine abschließende Klärung nur durch das Nachlassgericht erfolgen, namentlich in einem Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, oder – hier nicht relevant – durch das Zivilgericht in einem Erkenntnisverfahren, in dem die Unwirksamkeit des Testaments geltend gemacht wird.

cc) Ist ein nachlassgerichtliches Verfahren anhängig, in dem das Nachlassgericht Zweifeln an der Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung des Testaments oder sonstigen Einwänden gegen die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nachgeht, muss das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der durch eine Verfügung des Testamentsvollstreckers bewirkten Rechtsänderung davon abhängig machen, dass dessen Verfügungsbefugnis durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis oder ein Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen wird.

(1) Sieht sich das Nachlassgericht in einem bei ihm anhängigen Verfahren, etwa – wie hier – über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins mit einer von dem Testament abweichenden Erbfolge, veranlasst, Ermittlungen zur Testierfähigkeit des Erblassers oder zur Wirksamkeit einer erklärten Anfechtung der letztwilligen Verfügung anzustellen, entspricht es der Verteilung der Aufgaben und funktionellen Zuständigkeiten zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt, dass dieses, wenn es Kenntnis von dem nachlassgerichtlichen Verfahren und den dort erhobenen Einwänden erlangt, dessen Ausgang und die damit verbundene Klärung der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung abwartet.

(a) Wird im Erbscheinsverfahren die Testierunfähigkeit des Erblassers eingewandt, hat das Nachlassgericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht aus § 26 FamFG nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu befinden, ob hinreichende Anhaltspunkte für die Testierunfähigkeit bestehen und welche Ermittlungsansätze ggf. am ehesten Erfolg versprechen (zutreffend OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, 1926, 1927; BeckOK FamFG/Burschel/Perleberg-Kölbel [1.8.2023], § 26 Rn. 19c; vgl. zum Betreuungsrecht BGH, Beschluss vom 29. Juli 2020 – XII ZB 106/20, NJW 2021, 63 Rn. 14). Nichts Anderes gilt im Verfahren über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, auf das nach § 2368 Satz 2 Hs. 1 BGB, § 354 FamFG die Regelungen über das Erbscheinsverfahren Anwendung finden. Auch in diesem Verfahren ist die Gültigkeit der Verfügung von Todes wegen, mit der die Testamentsvollstreckung angeordnet wurde, zu prüfen, namentlich auch die Wirksamkeit einer erklärten Anfechtung nach den §§ 2078 ff. BGB sowie bei konkreten Anhaltspunkten auch die Testierfähigkeit (vgl. MüKoBGB/Grziwotz, 9. Aufl., § 2368 Rn. 12).

(b) In dem Verfahren über den Antrag auf Vornahme einer Eintragung in das Grundbuch (vgl. § 13 GBO) gilt § 26 FamFG hingegen nicht (vgl. Demharter, GBO, 33. Aufl., § 1 Rn. 66; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 13 GBO Rn. 18; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl., Einl. C Rn. 95). Das Grundbuchamt ist – wie oben dargestellt (Rn. 12) – zu eigenen Ermittlungen weder verpflichtet noch berechtigt. Es hat demzufolge auch die Entscheidungen des Nachlassgerichts über das Ob und Wie der Sachaufklärung in Bezug auf die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung nicht zu überprüfen. Das Grundbuchamt hat namentlich nicht etwa zu hinterfragen, ob das Nachlassgericht zu Recht entschieden hat, ein schriftliches Sachverständigengutachten zur Testierfähigkeit des Erblassers einzuholen, dem Sachverständigen nach Vorlage des Gutachtens ergänzende Fragen vorzulegen oder Zeugen zu der Frage zu vernehmen, ob der Erblasser über den Inhalt seiner letztwilligen Verfügung im Irrtum war oder zu der Verfügung widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist. Vielmehr muss das Grundbuchamt dem Antragsteller in diesem Fall im Wege der Zwischenverfügung (§ 18 GBO) aufgeben, zum Nachweis der Erbfolge einen Erbschein bzw. – wie geschehen – zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen. Dem Antragsteller steht es sodann frei, ob er dem nachkommt oder den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens und die damit verbundene Klärung der Wirksamkeit des Testaments abwartet.

Wartet der Antragsteller den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens ab, gibt die abschließende Entscheidung des Nachlassgerichts sodann die Richtung für das weitere Antragsverfahren beim Grundbuchamt vor. Versagt das Nachlassgericht die Erteilung des Erbscheins mit einer von dem Testament abweichenden Erbfolge, weil es das Testament für wirksam hält, kommt dieser Entscheidung zwar nicht der öffentliche Glaube zu, der dem Erbschein nach den §§ 2366, 2367, 2368 Satz 2 Hs. 1 BGB beiwohnt; die Entscheidung entfaltet keine unmittelbare Bindungswirkung für das Grundbuchverfahren. Regelmäßig werden die Zweifel an der Testierfähigkeit aber auch für das Grundbuchamt ausgeräumt sein und kann die Eintragung auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung vorgenommen werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Erteilt das Nachlassgericht den Erbschein hingegen abweichend von dem Testament, weil es dieses für unwirksam hält, entfaltet die Entscheidung jedenfalls Tatbestandswirkung für das Grundbuchverfahren (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, 5. Aufl., GBO § 13 Rn. 90 mwN). Die Eintragung einer Rechtsänderung, die auf einer Verfügung der testamentarischen Erben oder des im Testament bestimmten Testamentsvollstreckers beruht, kommt dann aufgrund der anderweitig festgestellten Erbfolge bzw. der Unwirksamkeit des Testaments nicht mehr in Betracht.

Entsprechendes gilt in dem Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Wird es erteilt und beim Grundbuchamt eingereicht, erfolgt die Eintragung auf dieser Grundlage (§ 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO). Das Grundbuchamt ist an die Feststellungen in dem Zeugnis gebunden und zu einer eigenen Prüfung sowie zu einer ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen nicht berechtigt (zutreffend BayObLG, NJW-RR 1990, 844, 845; OLG München, ZEV 2011, 195; KG, NJW-RR 2023, 162 Rn. 12 mwN; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 140; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 179; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3463; DNotI-Report 2011, 135, 136; siehe auch schon KG, OLGZ 16, 172, 173). Wird die Erteilung des Zeugnisses rechtskräftig versagt, weil das Nachlassgericht die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der letztwilligen Verfügung für unwirksam hält, steht aufgrund der Tatbestandswirkung einer solchen Entscheidung, wenn sie dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgelegt wird, für das Grundbuchverfahren fest, dass der Testamentsvollstrecker zur Verfügung nicht befugt war. Infolgedessen ist die beantragte Eintragung abzulehnen (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; NJW-RR 2015, 787 Rn. 16 zur Feststellung der Beendigung der Testamentsvollstreckung durch das Nachlassgericht; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 188). Ist die Entscheidung des Nachlassgerichts noch nicht rechtskräftig, so ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, von der Ablehnung abzuweichen und kann die Beteiligten darauf verweisen, die Entscheidung des

Nachlassgerichts im Instanzenweg anzufechten und ihm im Erfolgsfall das dann erlangte Zeugnis vorzulegen (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl. [1936], Bd. 1, § 35 Rn. 71).

Dies gilt ebenso in dem hier gegebenen Fall, dass das Nachlassgericht eine Entscheidung – im Erbscheinsverfahren – noch nicht getroffen hat und weitere Ermittlungen tatsächlicher Art zur Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung anstellt. Auch dann ist das Grundbuchamt berechtigt, die Beteiligten darauf zu verweisen, den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten oder – was (wie hier) im Wege der Zwischenverfügung aufgegeben werden kann – ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen, welches ggf. in einem gesonderten nachlassgerichtlichen Verfahren zu erwirken wäre.

(2) Gegen die Annahme, dass das Grundbuchamt verpflichtet ist, vor der Entscheidung des Nachlassgerichts die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung und der darin getroffenen Anordnung der Testamentsvollstreckung eigenständig zu prüfen und bejahendenfalls die beantragte Eintragung vorzunehmen, spricht auch, dass dann absehbar widersprüchliche Entscheidungen des Grundbuchamtes und des Nachlassgerichts entstehen könnten, die es möglichst zu vermeiden gilt.

(a) So läge es etwa, wenn das Grundbuchamt, wie von der Rechtsbeschwerde befürwortet, das in dem Erbscheinsverfahren gehaltene und ihm zur Kenntnis gebrachte Vorbringen – hier des Bruders der Erblasserin – zur Testierunfähigkeit für nicht hinreichend konkret hielte, und die beantragte Eigentumsumschreibung auf der Grundlage der letztwilligen Verfügung vornähme, das Nachlassgericht aber nach – ggf. umfangreicher – Beweisaufnahme zu der Feststellung gelangte, dass die letztwillige Verfügung und die darin getroffene Anordnung der Testamentsvollstreckung unwirksam sind. Solche sich widersprechenden Entscheidungen des Nachlassgerichts und des Grundbuchamts sind nach Möglichkeit zu vermeiden (vgl. KG, OLGZ 16, 172, 174; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 188).

(b) Besonders deutlich wird dies in der – hier nicht gegebenen – Konstellation, dass die Bedenken gegen die Testierfähigkeit nicht in einem Erbscheinsverfahren, sondern in dem Verfahren über die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 BGB erhoben werden und das Nachlassgericht in diesem Verfahren Beweis erhebt. Dann würde dieses Verfahren regelrecht umgangen, wenn das Grundbuchamt in einem Antragsverfahren nach § 13 GBO das Testament als hinreichenden Nachweis für die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers ansehen müsste und die Beteiligten nicht darauf verweisen dürfte, den Ausgang des nachlassgerichtlichen Verfahrens abzuwarten.

dd) Das Grundbuchamt durfte folglich schon im Hinblick auf das laufende nachlassgerichtliche Erbscheinsverfahren von Zweifeln an der Wirksamkeit des Testaments ausgehen und die begehrte Eintragung von der Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses abhängig machen. Auf die Frage, ob – was im Rechtsbeschwerdeverfahren ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar wäre – der dem Grundbuchamt zur Kenntnis gelangte anwaltliche Schriftsatz des Bruders der Erblasserin aus dem Erbscheinsverfahren für sich genommen hinreichend konkrete Tatsachen enthielt, um das Verlangen des Grundbuchamts nach einem Testamentsvollstreckerzeugnis zu rechtfertigen, kommt es somit nicht an.

c) Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers war auch nicht deshalb entbehrlich, weil im Grundbuch ein Testamentsvollstreckervermerk gemäß § 52 GBO eingetragen ist.

aa) Dieser Vermerk ist für sich genommen nicht geeignet, die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 über das Grundstück gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.

(1) Durch den im Grundbuch eingetragenen Vermerk gemäß § 52 GBO wird verlautbart, dass das Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt und das Verfügungsrecht des

Erben darüber ausgeschlossen oder beschränkt ist (§ 2211 Abs. 1 BGB). Der Vermerk soll lediglich negativ die Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben kundtun und auf diese Weise verhindern, dass ein Dritter in Unkenntnis der Testamentsvollstreckung das Eigentum an dem Grundstück gutgläubig von dem oder den Erben erwirbt (§ 2211 Abs. 2 BGB, § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB; vgl. Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl., § 52 Rn. 1; BeckOK GBO/Zeiser, [1.8.2023], § 52 Rn. 2; Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 52 Rn. 1; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 52 Rn. 2; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 52 Rn. 4; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3465).

Der Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO hat somit eine rein negative Wirkung und ist deshalb nach zutreffender – und wohl einhelliger – Ansicht nicht geeignet, gegenüber dem Grundbuchamt den nach § 35 Abs. 2 GBO erforderlichen Nachweis der Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über das Nachlassgrundstück zu erbringen (BayObLG, NJW-RR 1999, 1463 f.; BeckOK GBO/Wilsch [1.8.2023], § 35 Rn. 139; Burandt/Rojahn/Egerland, GBO, 4. Aufl., § 35 Rn. 18; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 GBO Rn. 129; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 35 GBO Rn. 81; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 173; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3462; sowie schon Güthe/Triebel, GBO, 6. Aufl. [1936], Bd. 1, § 35 Rn. 70 und § 52 Rn. 2).

(2) Dies folgt – neben dem Wortlaut von § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO („nur“) – auch daraus, dass als Inhalt des Vermerks nur die Tatsache eingetragen wird, dass Testamentsvollstreckung angeordnet ist, nicht aber der Name des Testamentsvollstreckers und der Umfang seiner Verfügungsbefugnis (vgl. hierzu Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl., § 52 Rn. 24; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 52 Rn. 12; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 52 GBO Rn. 20; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 52 Rn. 29; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3467). Etwaige Beschränkungen ergeben sich allein aus der letztwilligen Verfügung bzw., wenn an deren Wirksamkeit – wie hier – Zweifel bestehen, aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis, auf dessen Vorlage das Grundbuchamt somit als Nachweis der Verfügungsbefugnis nicht verzichten kann.

bb) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, hat das Grundbuchamt die beantragte Eintragung auch nicht deshalb ohne Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses vorzunehmen, weil der Beteiligte zu 2 aufgrund des eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 über das Grundstück gutgläubig war und die zu seinen Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung deshalb gutgläubig erworben hat.

(1) Es kann dahinstehen, ob das Grundbuchamt verpflichtet wäre, den Beteiligten zu 2 als neuen Eigentümer in das Grundbuch einzutragen, wenn in der Form des § 29 GBO nachgewiesen oder offenkundig wäre, dass er die für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung unabhängig von der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstrecker gutgläubig erworben hat. Denn dies ist nicht der Fall, weil der Testamentsvollstreckervermerk dem Beteiligten zu 2 keinen guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 1 vermitteln konnte und andere Gründe bzw. Nachweise für den guten Glauben nicht in Rede stehen. Der in dem Grundbuch eingetragene Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO vermittelt keinen guten Glauben an das Bestehen oder Fortbestehen der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über das Nachlassgrundstück (allg. Meinung, vgl. BeckOGK/Hertel, BGB [15.4.2021], § 891 Rn. 12; BeckOK BGB/H.-W. Eckert [1.8.2023], § 892 Rn. 16; Erman/Artz, BGB, 17. Aufl., § 892 Rn. 40; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl., § 892 Rn. 16; Jauernig, BGB, 19. Aufl., § 891 Rn. 3; MüKoBGB/H. Schäfer, 9. Aufl., § 892 Rn. 64; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 891 Rn. 7; Staudinger/Picker, BGB [2019], § 892 Rn. 238; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rn. 704; Wiegand, JuS 1975, 205, 207). Wie soeben erläutert (Rn. 27), hat der Vermerk nur die Funktion, den gutgläubigen Erwerb des Dritten von dem nicht Verfügungsbefugten Erben zu verhindern, nicht aber die Funktion, die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers positiv zu verlautbaren, deren Umfang auch nicht Inhalt des Vermerks ist. Da auch der Name des Testamentsvollstreckers nicht eingetragen wird, kann der Dritte – hier der Beteiligte zu 2 – zudem aus

dem Vermerk selbst keinen guten Glauben dahin entwickeln, dass just die Person des Verfügenden – hier der Beteiligte zu 1 – zur Verfügung über das Nachlassgrundstück befugt ist.

(2) Die Rechtsbeschwerde erkennt insoweit an, dass der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers sich mangels Angabe des Namens nicht allein auf den Vermerk nach § 52 GBO stützen kann, meint aber, der gutgläubige Erwerb vom „Scheintestamentsvollstrecker“ sei jedenfalls dann zuzulassen, wenn dieser seine Verfügungsbefugnis nach Maßgabe von § 35 Abs. 2 Hs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen habe. Hierbei werden zwei Aspekte miteinander vermengt. Der gutgläubige Erwerb eines Rechts oder einer Vormerkung vom „Scheintestamentsvollstrecker“ könnte sich nur aufgrund des im Grundbuch eingetragenen Testamentsvollstreckervermerks vollziehen, dem aber – wie gezeigt und von der Rechtsbeschwerde letztlich konzidiert – keine positive Publizität im Hinblick auf die Verfügungsbefugnis eines bestimmten Testamentsvollstreckers zukommt. Der Nachweis der Verfügungsbefugnis nach § 35 GBO ist indes gegenüber dem Grundbuchamt zu führen. Hierfür reichen die letztwillige Verfügung nebst Eröffnungsprotokoll und Amtsannahme nach dem oben Gesagten nicht aus, wenn – wie hier – Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments bestehen.

2. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht die somit rechtsfehlerfrei ergangene Zwischenverfügung des Grundbuchamts nicht deshalb aufgehoben hat, weil das zwischenzeitlich vom Nachlassgericht eingeholte Sachverständigengutachten nicht zweifelsfrei die Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Errichtung des Testaments ergeben hatte.

a) Dieser, dem Beschwerdegericht zur Kenntnis gelangte Umstand war zwar als neue Tatsache im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen (§ 74 GBO). Das Beschwerdegericht hat aber angenommen, dass es sich insoweit nur um einen Zwischenstand handelt und das nachlassgerichtliche Verfahren nicht abgeschlossen ist. Das Nachlassgericht habe Anlass gesehen, weitere Nachforschungen anzustellen, insbesondere zur Anfechtung des Testaments durch den Bruder der Erblasserin nach § 2078 BGB wegen Irrtums und Drohung. Namentlich sollte auch der Ausgang eines Strafverfahrens gegen eine testamentarische Erbin wegen gewerbsmäßiger Untreue in 105 Fällen abgewartet werden.

b) Dies lässt keine Rechtsfehler erkennen. Auch das Beschwerdegericht darf den Abschluss des Verfahrens beim Nachlassgericht abwarten, in dem die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung abschließend geklärt wird. Eine eigene Würdigung, ob das Vorbringen des Dritten – hier des Bruders der Erblasserin – die Fortsetzung des nachlassgerichtlichen Verfahrens und die weitere Beweisaufnahme rechtfertigt, ist ihm nicht abzuverlangen und steht ihm grundsätzlich auch nicht zu, weil die funktionelle Zuständigkeit hierfür beim Nachlassgericht liegt. Auch insoweit gilt, dass einander widersprechende Entscheidungen der Gerichte im Grundbuchantrags- und im nachlassgerichtlichen Verfahren nach Möglichkeit vermieden werden müssen.

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 61 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 36 Abs. 1, §§ 46, 47 GNotKG. Der Senat hält es mit dem Beschwerdegericht für angemessen, als Gegenstandswert den hälftigen Grundstückswert anzusetzen.

Entscheidung 5 – BGH Versäumnisurteil v. 28.11.2023 – X ZR 11/21:

Tatbestand:

Die Kläger begehren von den Beklagten aus einem Schenkungsvertrag die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück.

Die Klägerin zu 1, der Kläger zu 2 (nachfolgend: die Kläger) und der Beklagte zu 2 sind die Kinder des am 6. September 2017 verstorbenen F. H. (nachfolgend: Erblasser). Die Beklagte zu 1 war dessen Ehefrau. Die Kläger entstammen der ersten, am 30. März 1995 geschiedenen Ehe des Erblassers, der Beklagte zu 2 der am 29. September 1995 geschlossenen Ehe mit der Beklagten zu 1. Diese und der Erblasser hatten in einem notariellen Ehevertrag vom 27. Juli 1995 (Anlage BK4) Gütertrennung vereinbart.

Über das in Streit stehende Grundstück I. Straße in M. schloss der am 3. März 2019 verstorbene Vater des Erblassers mit diesem am 12. Dezember 1995 eine mit „Hausübergabe“ überschriebene notarielle Vereinbarung (K1). Darin verpflichtete sich der Erblasser für bestimmte Konstellationen zur Rückübergabe des Grundstücks bzw. zur Übereignung an seine leiblichen Kinder. In einer als Nachtrag bezeichneten notariellen Vereinbarung vom 15. Mai 2003 (K2) vereinbarten die Parteien des Übergabevertrags ergänzend, dass die beiden Kläger das Grundstück spätestens beim Ableben des Erblassers je zur Hälfte erhalten, falls der Erblasser nicht schon zu Lebzeiten übereigne, was er nach dem Tode seines Vaters jederzeit tun könne. In einem weiteren notariellen Nachtrag vom 25. Juni 2008 (K3) verpflichtete sich der Erblasser, das Grundstück spätestens bei seinem Ableben an die beiden Kläger und den Beklagten zu 2 als Miteigentümer zu je einem Drittel zu übereignen.

Bis zum Tod des Erblassers kam es nicht zu einer Übereignung des Grundstücks. Eigentümer desselben sind derzeit die vier Parteien als Miterben.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, der Übertragung des Grundstücks auf die beiden Kläger und den Beklagten zu 2 als Miteigentümer zu je einem Drittel zuzustimmen und die entsprechende Grundbucheintragung zu bewilligen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehren die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage. Die Kläger waren in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Da die Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht vertreten waren, ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Das Urteil beruht jedoch nicht auf der Säumnis, sondern auf einer umfassenden Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.; Urteil vom 20. Mai 2014 – X ZR 134/13, NJW 2014, 2955 Rn. 4).

II.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (RNotZ 2021, 260 = BWNotZ 2021, 239 = MittBayNot 2021, 590) im Wesentlichen wie folgt begründet:

Den Kindern des Erblassers stehe der geltend gemachte Anspruch zu.

Das Grundstück sei dem Erblasser als Erstbeschenktem nur unter der Auflage einer schuldrechtlichen Weitergabepflicht an seine Kinder als Zweitbeschenkte überlassen worden.

Gegenstand einer Auflage zu einer Schenkung könne auch eine lebzeitige Weitergabeverpflichtung schuldrechtlicher Art sein, die dahin gehe, dass der Erstbeschenkte den Schenkungsgegenstand spätestens bis zu seinem Tod an den Zweitbeschenkten weiterzugeben habe. Eine solche Auflage sei zulässig und entfalte Wirkungen über den Tod des Erstbeschenkten hinaus, weil dieser sie in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens erfüllen könne und müsse. Mangels Ähnlichkeit mit erbrechtlichen Bindungen oder dem abgeschafften Erbschaftsfideikommiss gehe damit auch keine Umgehung der Formvorschriften des Erbrechts einher.

Im Streitfall hätten der Erblasser und dessen Vater schon mit dem notariellen Vertrag vom 12. Dezember 1995 eine solche rechtliche Gestaltung gewählt. Die Vereinbarung sei auslegungsbedürftig, da sie keine ausdrückliche Aussage zu der Frage einer unentgeltlichen Weitergabepflicht enthalte. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich um eine notariell beurkundete Vereinbarung handle. Aus ihrem Wortlaut ergebe sich, dass der Schenker Wert darauf gelegt habe, dass die streitgegenständliche Immobilie im Familienbesitz bleibe, wobei unter Familie Verwandte in gerader Linie verstanden worden seien. Eine Regelungslücke bestehe hinsichtlich der Frage, ob der Erblasser unabhängig von den vertraglich geregelten Fallgruppen zur unentgeltlichen Weitergabe der Immobilie an seine Kinder spätestens bei seinem Ableben habe verpflichtet sein sollen.

Den nachfolgenden Vereinbarungen komme Bedeutung für die Auslegung der Vereinbarung vom 12. Dezember 1995 zu, da sie Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Vertragschließenden erlaubten. In einem mit seiner Ehefrau geschlossenen Erbvertrag vom 18. Oktober 2006 habe der Vater des Erblassers seinen Willen zur von Anfang an beabsichtigten Schenkung unter Auflage einer schuldrechtlichen Weitergabeverpflichtung klar dokumentiert. Auch die erste Nachtragsvereinbarung vom 15. Mai 2003 spiegele den übereinstimmenden Willen der an der Schenkung beteiligten Parteien wider, dass die leiblichen Kinder des Erblassers den überlassenen Haus- und Grundbesitz spätestens beim Ableben ihres Vaters von diesem übertragen bekommen sollten. Soweit die Beklagten unter Berufung auf das Testament des Erblassers (BK3) von einer aufgezwungenen Regelung sprächen, ändere dies nichts daran, dass der Erblasser sich auf diese Regelung eingelassen und diese im Jahr 2008 bekräftigt habe. Zweck des zweiten Nachtrags vom 25. Juni 2008 habe hauptsächlich sein sollen, das Anwesen im Familienbesitz zu erhalten und die Familie dabei um den Beklagten zu 2 zu erweitern. In dieser Vereinbarung werde unstreitig und zweifelsohne eine allgemeine Verpflichtung des Beschenkten zur Weitergabe der Immobilie an seine drei Kinder vereinbart/dokumentiert, was im Rahmen der Vertragsfreiheit ohne weiteres rechtlich möglich gewesen sei.

Dem Auslegungsergebnis stehe nicht die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit einer über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen öffentlichen Urkunde im Sinne von § 415 ZPO entgegen. Die Beweiswirkung könne durch den Beweis des Gegenteils erschüttert werden. Dies sei den Klägern gelungen, die unter Vorlage der notariellen Urkunden aus den Jahren 2003, 2006 und 2008 nachgewiesen hätten, dass der Wille der Parteien hinsichtlich der Weitergabepflicht des Erblassers nur unvollkommen dokumentiert sei.

Auch mit Blick auf die weiteren Grundstücksschenkungen des Großvaters an seine anderen Kinder im Jahr 1995 ändere sich das Auslegungsergebnis nicht. Aus den differenzierten Regelungen für die Weitergabe der jeweils verschenkten Grundstücke könne nicht abgeleitet werden, dass die Regelung in der Vereinbarung vom 12. Dezember 1995 zum hier in Streit stehenden Grundstück abschließend habe sein sollen.

Der Wirksamkeit der vereinbarten Schenkungsaufgabe stehe nicht entgegen, dass die Großmutter an den Vereinbarungen in den Jahren 2003 und 2008 nicht als Beteiligte mitgewirkt habe.

Da die Aufgabe noch zu Lebzeiten von dem Erblasser zu erfüllen gewesen wäre, liege eine vom Erblasser herrührende Schuld (§ 1967 BGB) vor, deren Erfüllung die Kläger als Begünstigte unmittelbar an sich von den Beklagten als (Mit-) Erben des Erblassers verlangen könnten (§ 330 Satz 2 BGB).

Die Aufgabe der Weitergabepflicht sei auch nicht wegen fehlender Zustimmung der Beklagten zu 1 zu der Vereinbarung aus dem Jahr 2008 unwirksam. Die Schenkung des Grundstücks an den Erblasser habe von Anfang an unter der Aufgabe der Pflicht zur Weitergabe an seine Kinder gestanden, so dass in sein Vermögen nie ein insoweit unbelastetes Grundstück gelangt sei, auf das die Beklagte zu 1 bei unterstellter Unwirksamkeit des Ehevertrags und Anwendbarkeit des § 1365 BGB hätte Zugriff nehmen können. Damit komme es nicht entscheidungserheblich auf eine Zustimmungsbedürftigkeit der Vereinbarung von 2008 an. Selbst dann, wenn man die wirksame Begründung der Aufgabe zur Verpflichtung des Erblassers zur Weitergabe des Grundstücks spätestens mit seinem Tod erst aus der im Jahr 2008 getroffenen Vereinbarung ableiten wolle, würde dies der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen, da § 1365 BGB nicht eingreife. Unter den gegebenen Umständen des Einzelfalls gebühre dem Schutz des Rechtsverkehrs Vorrang vor dem Familienschutz, da jedenfalls zu Lebzeiten des Erblassers von niemandem bezweifelt worden sei, dass er in Gütertrennung lebe.

III.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass eine Aufgabe, die den Beschenkten verpflichtet, den geschenkten Gegenstand spätestens mit seinem Ableben unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, wirksam vereinbart werden kann.

a) Die Frage, ob eine Aufgabe dieses Inhalts zulässig ist, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet.

aa) Ein Teil der Literatur hält schuldrechtliche Klauseln dieser Art für wirksam (Feick, ZEV 2002, 85, 87; Staudinger/Chiusi, Neubearbeitung 2021, § 525 Rn. 19; Staudinger/Raff, Neubearbeitung 2022, § 2302 Rn. 15; Burandt/ Rojahn/Najdecki, Erbrecht, 4. Auflage 2022, § 516 BGB Rn. 13; Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, Werkstand 65. EL Februar 2023, § 29 Rn. 67; Jülicher ZEV 1998, 285, 288; Jülicher ZEV 2003, 350, 353; Rösler in Groll/Steiner, Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Auflage 2019, Rn. 26.302).

Diese Auffassung wird insbesondere auf die Erwägung gestützt, es handle sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das weder die Testierfreiheit des Beschenkten noch die Rechte von dessen Erben beeinträchtigt würden. Die Verpflichtung zur Weitergabe des geschenkten Gegenstands bestehe schon zu Lebzeiten des Beschenkten. Der Nachlass sei gegebenenfalls von vornherein mit dieser Verbindlichkeit belastet.

bb) Nach der Gegenauffassung sind solche Klauseln unwirksam (MüKoBGB/Koch, 9. Auflage 2023, § 525 Rn. 3 mit Fn. 13; Jochum in Wilms/ Jochum, Erbschaftssteuergesetz, 2021, § 29 Rn. 38; Staudinger/Cremer, BGB, 13. Auflage 1995, § 525 Rn. 11; Staudinger/Wimmer-Leonhardt, 2005, § 525 Rn. 14).

Die Unwirksamkeit wird aus der Regelung in § 2302 BGB hergeleitet, wonach ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nichtig ist. Klauseln der in Rede stehenden Art seien als Beschränkung der Testierfreiheit, als Anordnung eines Nachvermächtnisses oder zumindest als unzulässiges Umgehungsgeschäft anzusehen.

b) Rechtsprechung zu der Frage ist – abgesehen vom angefochtenen Urteil – nicht veröffentlicht.

Eine in diesem Zusammenhang häufig zitierte Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart betraf eine (behauptete) Vereinbarung, nach der der geschenkte Gegenstand nach dem Tod des Beschenkten von Generation zu Generation jeweils an eine bestimmte Person zu übereignen war. Diese Abrede wurde als gemäß § 2302 BGB nichtig angesehen (OLG Stuttgart, Urteil vom 20. Juli 1949, U 332/48, HEZ III, 1, 4 f.).

Eine Verpflichtung, den geschenkten Gegenstand schon zu Lebzeiten und spätestens mit dem Ableben des Schenkers weiterzugeben, enthielt die damals zu beurteilende Vereinbarung nicht.

c) Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, den geschenkten Gegenstand spätestens mit seinem Ableben unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, fällt nicht ohne weiteres unter den Tatbestand des § 2302 BGB.

Das Verbot des § 2302 BGB erfasst grundsätzlich nur Verpflichtungen im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen, nicht aber in Bezug auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden.

Dass sich eine solche Verpflichtung gegen die Erben des Beschenkten richtet, wenn der Erblasser sie vor seinem Tod nicht erfüllt, führt für sich gesehen nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Diese Rechtsfolge ist die Konsequenz dessen, dass der Erbe gemäß § 1922 und § 1967 BGB nicht nur bezüglich der Rechte, sondern auch bezüglich der Pflichten in die Stellung des Erblassers einrückt. Zu den danach übergehenden Pflichten gehören auch Verbindlichkeiten, die der Erblasser zu Lebzeiten begründet und nicht erfüllt hat.

d) Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, zugunsten eines Dritten ein Schenkungsversprechen abzugeben, das unter der Bedingung steht, dass der Dritte den Beschenkten überlebt, ist demgegenüber nach § 2302 BGB nichtig.

aa) Nach § 2301 Abs. 1 BGB finden auf ein Schenkungsversprechen, das unter der Bedingung erteilt wird, dass der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Zu diesen Vorschriften gehört § 2302 BGB.

Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, gegenüber einem Dritten ein Schenkungsversprechen mit einer solchen Bedingung abzugeben, ist danach nichtig, weil sie dem Beschenkten die Pflicht auferlegt, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das gemäß § 2301 Abs. 1 BGB als Verfügung von Todes wegen zu behandeln ist.

bb) Dies gilt auch für Klauseln, die nur zu einer einmaligen Weitergabe des geschenkten Gegenstands verpflichten.

Die Regelung in § 2302 BGB verhindert, dass über vertragliche Bindungen ein Ergebnis erzielt wird, wie es früher mit einem Fideikommiss (dazu Däubler, JZ 1969, 499) erzielt werden konnte (Staudinger/Chiusi, Neubearbeitung 2021, § 525 Rn. 19; Burandt/Rojahn/Najdecki, Erbrecht, 4. Auflage 2022, § 516 BGB Rn. 13), d. h. eine dauerhafte Regelung der Rechtsnachfolge über mehrere Generationen hinweg abweichend von den erbrechtlichen Regeln.

§ 2302 BGB erfasst indes nicht nur solche Gestaltungen. Unter den Tatbestand fällt vielmehr jede Verpflichtung in Bezug auf die Errichtung oder Aufhebung einer Verfügung von Todes wegen. Darunter fallen kraft der Verweisung in § 2301 Abs. 1 BGB auch Verpflichtungen in Bezug auf ein Schenkungsversprechen auf den Todesfall.

cc) Die Anwendung von § 2302 BGB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Beschenkte den geschenkten Gegenstand in solchen Fällen von vornherein nur unter einer Auflage erhält.

Wenn eine Schenkung unter einer Auflage der in Rede stehenden Art vereinbart wird, steht dem vom Beschenkten erlangten Vermögensvorteil zwar von Beginn an die Verpflichtung gegenüber, dem begünstigten Dritten ein Schenkungsversprechen von Todes wegen zu erteilen. Auch dies ist aber eine Konstellation, die § 2302 BGB gerade verhindern soll.

Ohne eine solche Auflage stünde es dem Beschenkten frei, über den geschenkten Gegenstand nach seinem Belieben unter Lebenden oder von Todes wegen zu verfügen. § 2302 BGB zielt darauf ab, eine Beschränkung der zuletzt genannten Möglichkeit zu verhindern.

e) Wirksam ist eine Auflage hingegen, wenn die Parteien des Schenkungsvertrags bereits einen – wenn auch bedingten – Anspruch des Dritten auf Übereignung des geschenkten Gegenstands begründen.

Unter den Tatbestand von § 2302 BGB fällt nur die Verpflichtung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten, nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nicht aber die Vornahme solcher Rechtshandlungen.

Die Freiheit, von Todes wegen über Vermögen zu verfügen, kann zwar auch durch den Abschluss eines Erbvertrags, durch ein gemeinschaftliches Testament oder durch ein formgerecht abgegebenes Schenkungsversprechen im Sinne von § 2301 Abs. 1 BGB beschränkt sein. Beschränkungen dieser Art lässt das Gesetz aber ausdrücklich zu. § 2302 BGB erfasst nur Vereinbarungen, die den Schuldner verpflichten, solche Beschränkungen einzugehen.

2. Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Erblasser und dessen Vater die im Vertrag vom 25. Juni 2008 formulierte Verpflichtung des Erblassers wirksam vereinbaren konnten.

a) Die darin vorgesehene Pflicht zur Übereignung des Grundstücks an die Kinder des Erblassers steht allerdings unter der Bedingung, dass die Begünstigten den Erblasser überleben.

aa) Die Verpflichtung des Erblassers zur Übereignung des Anwesens an seine Kinder ist rechtlich einer Verpflichtung gleichzustellen, die erst nach dem Tode zu erfüllen ist.

Aus der Abrede, dass der Erblasser das Anwesen spätestens bei seinem Ableben an seine Kinder zu übereignen hat, ergibt sich zwar, dass die Verpflichtung schon zu Lebzeiten bestanden hat. Wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, war diese Verpflichtung aber erst mit dem Tode des Erblassers durchsetzbar, weil dieser sie erst in der letzten Sekunde seines Lebens erfüllen musste.

Im praktischen Ergebnis musste der Erblasser danach nicht befürchten, dass ihn seine Kinder oder sonstige Begünstigte auf Erfüllung der Verpflichtung in Anspruch nehmen können. Durchsetzbar war die Verpflichtung theoretisch zwar schon unmittelbar vor, praktisch aber erst nach seinem Tode. Eine solche Verpflichtung kann nicht anders behandelt werden als eine Verpflichtung, die erst mit dem Tode entsteht.

bb) Die im Streitfall eingegangene Verpflichtung steht unter der Bedingung, dass die Begünstigten den Erblasser überleben.

Eine Bedingung dieses Inhalts liegt vor, wenn ein Vorversterben des Begünstigten zur Folge haben soll, dass der Anspruch aus dem Schenkungsversprechen nicht auf seine Erben übergeht, sondern einer anderen Person zusteht oder erlischt.

Im Streitfall enthält Nr. II 2 a der Vereinbarung vom 25. Juni 2008 die Abrede, dass das Erwerbsrecht eines Kindes erlischt, wenn es vor dem Eigentumserwerb stirbt. In diesem Fall sind seine leiblichen Abkömmlinge erwerbsberechtigt.

Nach dieser Regelung geht ein Übertragungsanspruch nicht auf den Erben des unmittelbar Begünstigten über. An die Stelle eines verstorbenen Kindes treten zwar gegebenenfalls seine leiblichen Abkömmlinge. Dies gilt aber unabhängig davon, ob sie Erben geworden sind. Zudem ist für sie kein abgeleitetes, sondern ein unmittelbares Erwerbsrecht vorgesehen. Anderen Personen, die einen verstorbenen Begünstigten beerben, steht demgegenüber kein Erwerbsrecht zu.

b) Die im Streitfall zu beurteilende Vereinbarung fällt dennoch nicht unter den Tatbestand des § 2302 BGB, weil sie den Erblasser nicht zur Abgabe eines Schenkungsversprechens verpflichtet, sondern zur Übereignung des Grundstücks an die Begünstigten.

aa) Nr. II 1 der Vereinbarungen vom 15. Mai 2003 und 25. Juni 2008 sieht eine Pflicht des Erblassers zur Übereignung des Grundstücks an die Begünstigten vor. Diese werden ausdrücklich als unmittelbar forderungsberechtigt bezeichnet, sind also befugt, den Übereignungsanspruch geltend zu machen.

Durch diese Abrede hat der Erblasser gegenüber den Begünstigten dieselben Verpflichtungen übernommen, wie sie sich aus einem diesen gegenüber abgegebenen Schenkungsversprechen ergeben. Die Übernahme dieser Verpflichtung durch Annahme der unter Auflage erfolgten Schenkung ist damit der Erteilung eines Schenkungsversprechens gleichzustellen. Eine solche Abrede fällt aus den oben genannten Gründen nicht in den Anwendungsbereich von § 2302 BGB.

bb) Der Umstand, dass die Begünstigten vor einer Übereignung der Grundstücke gemäß Nr. II 2 b der Vereinbarungen eine Pflicht zur Weitergabe des Grundstücks an ihre leiblichen Abkömmlinge im Fall ihres Versterbens übernehmen und gemäß Nr. II 2 c auf ihren Pflichtteil bzw. ihre Erbrechte am Nachlass des Erblassers verzichten müssen, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.

Diese Abreden enthalten Auflagen zu dem vom Erblasser abgegebenen Schenkungsversprechen. Die Abgabe eines Schenkungsversprechens fällt aus den oben dargelegten Gründen auch dann nicht unter den Tatbestand des § 2302 BGB, wenn das Versprechen mit Auflagen versehen ist.

c) Die Abrede ist auch nicht deshalb unwirksam, weil die vom Erblasser übernommene Verpflichtung unter der Bedingung steht, dass der Begünstigte den Erblasser überlebt.

Dieser Umstand hat aus den oben aufgezeigten Gründen zwar zur Folge, dass die Übernahme der Pflicht zur Übereignung an die Kinder gemäß § 2301 Abs. 1 BGB den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen unterliegt. Ein Anspruch auf Übereignung eines zum Nachlass gehörenden

Grundstücks kann gemäß § 2174 und § 2278 Abs. 1 BGB aber auch durch Erbvertrag geschlossen werden. Die hierfür gemäß § 2276 Abs. 1 BGB erforderliche Form ist im Streitfall eingehalten.

3. Mit rechtsfehlerhaften Erwägungen ist das Berufungsgericht demgegenüber zu dem Ergebnis gelangt, eine Pflicht zur Weiterübertragung mit dem oben genannten Inhalt sei bereits im Vertrag vom 12. Dezember 1995 vereinbart worden.

a) Die Auslegung eines Individualvertrags ist grundsätzlich Sache des Tatrichters.

Das Revisionsgericht kann lediglich überprüfen, ob der Tatrichter gegen gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstoßen hat oder ob seine Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht, etwa weil wesentlicher Auslegungstoff unter Verstoß gegen Verfahrensvorschriften außer Acht gelassen worden ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 9. Oktober 2002 – X ZR 80/01, BGHReport 2003, 150, juris Rn. 11; Urteil vom 14. März 2023 – II ZR 152/21, NZG 2023, 885 Rn. 24).

Zu den hierfür maßgeblichen Regeln gehört die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen notariellen Urkunde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird vermutet, dass das, was im beurkundeten Text steht, der Vereinbarung entspricht und nur das vereinbart wurde. Eine Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände beruft, sei es zum Nachweis eines vom Urkundstext abweichenden übereinstimmenden Willens der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten aus der Sicht des Erklärungsempfängers, trifft die Beweislast für deren Vorliegen. Dabei reicht es nicht, dass die Beweiswirkung erschüttert ist (BGH, Urteil vom 10. Juni 2016 – V ZR 295/14, NJW 2017, 175 Rn. 6).

b) Bei Anlegung dieses Maßstabs lässt sich eine Vereinbarung, wie sie in Nr. II des Vertrags vom 25. Juni 2008 enthalten ist, mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung dem ursprünglichen Vertrag vom 12. Dezember 1995 nicht entnehmen.

Das Berufungsgericht hat die Rechtsprechung zur Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer notariellen Urkunde zwar zutreffend zitiert und wiedergegeben. Seine Würdigung, diese Vermutung sei im Streitfall widerlegt, beruht aber auf Annahmen, die in den von ihm herangezogenen Vereinbarungen keine Grundlage finden.

aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann aus dem Umstand, dass die Parteien in dem Vertrag vom 12. Dezember 1995 eine Pflicht zur Übereignung des Grundstücks an die Kinder des Erblassers nur für bestimmte Konstellationen vorgesehen haben, nicht auf eine Ergänzungsbedürftigkeit des Vertrags geschlossen werden.

Die Vereinbarung vom 12. Dezember 1995 sieht in Nr. II 6 eine Pflicht des Erblassers zur Übereignung des Grundstücks an seine leiblichen Kinder für den Fall vor, dass nach dem Tod des Schenkers das Konkursverfahren über das Vermögen des Erblassers eröffnet oder dass eine Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird, und für den Fall, dass Gläubiger in das Vertragsobjekt vollstrecken. Diese Regelung ist in sich schlüssig und lässt keine Lücke erkennen, die der Ausfüllung durch ergänzende Auslegung oder in sonstiger Weise bedarf.

Die getroffene Regelung verdeutlicht zwar, dass dem Schenker daran gelegen war, dass das Grundstück in den Händen seiner leiblichen Abkömmlinge bleibt, wie dies in Nr. II 5 der Vereinbarung („Der Übergeber legt Wert darauf, daß das Vertragsobjekt im Familienbesitz bleibt“) ausdrücklich zum Ausdruck kommt. Für die im Vertrag nicht geregelten Fälle, in denen ein Vollstreckungszugriff nicht zu besorgen ist, konnte dieses Ziel jedoch schon durch Verfügungen von Todes wegen erreicht werden.

In den im Vertrag geregelten Konstellationen bestand demgegenüber die Gefahr, dass die Gläubiger des Erblassers auf das Grundstück zugreifen, wenn es zum Nachlass gehört.

bb) Vor diesem Hintergrund kann dem Umstand, dass die Vertragsparteien in den Verträgen vom 15. Mai 2003 und 25. Juni 2008 eine weitergehende Pflicht zur Übereignung des Grundstücks an die Kinder des Erblassers vereinbart haben, nicht entnommen werden, dass dies bereits am 12. Dezember 1995 dem Willen der Vertragsparteien entsprach.

(1) Wie die Revision zu Recht rügt, ist in den Vorbemerkungen des Nachtrags vom 15. Mai 2003 nicht vermerkt, dass die Kläger das Grundstück spätestens beim Ableben des Erblassers erhalten sollen.

In Nr. I 2 dieses Nachtrags wird lediglich die Regelung in Nr. II 6 des ursprünglichen Vertrags referiert. Die Regelung in Nr. II, in der eine Pflicht zur Übereignung an die beiden Kläger vorgesehen ist, trägt die Überschrift „Weitergehende Vereinbarungen“.

Dies spricht nicht dafür, dass die Vertragsparteien in dem Nachtrag lediglich eine nach ihren Vorstellungen bereits vereinbarte Regelung beurkunden lassen wollten, sondern dafür, dass sie die ursprüngliche Regelung ergänzen wollten, um dem Bestreben des Schenkers nach einem Verbleib des Grundstücks in der Familie in noch stärkerem Maße Rechnung zu tragen.

(2) Die zweite Nachtragsvereinbarung vom 25. Juni 2008 enthält keine Ausführungen, die eine abweichende Beurteilung stützen könnten.

In den Vorbemerkungen dieses Nachtrags wird der Inhalt der beiden vorangegangenen Vereinbarungen referiert. Hierbei wird ausgeführt, im Nachtrag vom 15. Mai 2003 hätten die Vertragsparteien weiterführende Regelungen nach den Vorstellungen des Übergebenden vereinbart, besonders über die Sicherung des Anwesens im Familienbesitz.

Auch hieraus geht hervor, dass die Vertragsparteien den ersten Nachtrag nicht als Klarstellung der ursprünglichen Vereinbarung angesehen haben, sondern als inhaltliche Ergänzung, mit der der Pflichtenkreis des Erblassers erweitert worden ist.

(3) Das Berufungsgericht hat sich darüber hinaus nicht mit dem Umstand befasst, dass der in den beiden Nachträgen benannte Kreis der Berechtigten nicht übereinstimmt.

Hätte es dem ursprünglichen Willen der Vertragsparteien entsprochen, dass der Erblasser das Grundstück an alle leiblichen Kinder des Erblassers zu übereignen hat, so hätten sie konsequenterweise schon im ersten Nachtrag klarstellen müssen, dass auch der Beklagte zu 2 zum Kreis der Begünstigten gehört. Im Vertrag vom 15. Mai 2003 ist ein Übereignungsanspruch des Beklagten zu 2 indes nur für den Fall vorgesehen, dass einer der Kläger stirbt und keine leiblichen Abkömmlinge hinterlässt. Erst im Vertrag vom 25. Juni 2008 ist der Beklagte als gleichberechtigter Begünstigter vorgesehen.

Angesichts dieser Diskrepanz bedürfte es zusätzlicher Anhaltspunkte, um annehmen zu können, dass die Regelung vom 25. Juni 2008 den ursprünglichen Willen der Vertragsparteien am 12. Dezember 1995 widerspiegelt. Solche Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

(4) Vor diesem Hintergrund kann aus dem von den Eltern des Erblassers geschlossenen Erbvertrag vom 18. Oktober 2006 (K12) nicht auf einen abweichenden Willen der Vertragsparteien am 12. Dezember 1995 geschlossen werden.

Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend gesehen hat, lässt diese Vereinbarung ohnehin allenfalls einen Rückschluss auf den Willen des Schenkers zu.

Unabhängig davon wird auch in diesem Vertrag ausgeführt, in der Nachtragsvereinbarung vom 15. Mai 2003 seien weiterführende Vereinbarungen getroffen worden, wodurch letztlich die erstehelichen Kinder das Anwesen spätestens beim Tod ihres Vaters als Miteigentümer zu je ein Halb bekommen sollten.

4. Das angefochtene Urteil wird nicht durch die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen zur Wirksamkeit der Nachtragsvereinbarung vom 25. Juni 2008 getragen.

Das Berufungsgericht hat seine Ausführungen zu der Frage, ob die im Vertrag vom 25. Juni 2008 übernommene Verpflichtung mangels Zustimmung der Ehefrau des Erblassers gemäß § 1365 BGB unwirksam ist, ausdrücklich als obiter dictum bezeichnet. Schon angesichts dessen kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Überlegungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob der Schenker gegebenenfalls Kenntnis davon hatte, dass das geschenkte Grundstück nahezu das gesamte Vermögen des Erblassers ausmacht, auf einer umfassenden und abschließenden tatrichterlichen Würdigung beruhen.

IV.

Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Anhand der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob der Vertrag vom 25. Juni 2008 wirksam zustande gekommen ist.

Im wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht die insoweit maßgeblichen Umstände aufzuklären haben. Dazu gehört auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands die Frage, ob der Erblasser mit seiner Ehefrau Gütertrennung vereinbart hat und ob diese Vereinbarung wirksam ist. Für den Fall, dass eine dieser Voraussetzungen nicht vorliegt, ist ferner zu klären, ob das Grundstück nahezu das gesamte Vermögen des Erblassers ausgemacht hat und der Schenker davon Kenntnis hatte. Sollte dies zu bejahen sein, ist ergänzend von Bedeutung, ob diese Voraussetzungen schon am 15. Mai 2003 vorlagen, als sich der Erblasser zur Übereignung an die beiden Kläger verpflichtet hat.

Entscheidung 6 – OLG Düsseldorf Beschl. v. 6.9.2023 – 3 Wx 114/23:

Gründe:

I.

Die zuletzt in D. wohnhafte Erblasserin wurde am1922 in O./Sch. im heutigen Polen geboren. Zur Zeit ihres Todes war sie deutsche Staatsangehörige. Sie war ledig und hatte weder leibliche noch adoptierte Kinder. Die Eltern sind beide verstorben; die Erblasserin hatte keine Geschwister. Sie hinterließ keine letztwillige Verfügung. Mit Beschluss vom 06.05.2015 wurde Nachlasspflegschaft angeordnet und zum Nachlasspfleger Rechtsanwalt B. mit dem Wirkungskreis Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie Ermittlung der Erben bestellt (AG Düsseldorf, 91a VI 116/15). Dieser nahm Kontakt zur der gewerblichen E1. GbR auf, die mit den potentiellen Erben Vergütungsvereinbarungen abschloss. Die Kusine der Erblasserin T. erklärte nach Kenntnisnahme von dem Todesfall am 07.10.2015 mit beim Nachlassgericht am 16.11.2015 fristgerecht eingegangenen und notariell beglaubigtem Schreiben die Ausschlagung der Erbschaft (Bl. 50 der Beiakte).

Nachdem die Erben nicht ermittelt werden konnten und der Restnachlass i.H. von 337.482,72 € zugunsten der unbekannten Erben hinterlegt worden ist (Bl. 526 der Beiakte), wurde die Nachlasspflegschaft mit Beschluss vom 13.11.2020 aufgehoben (Bl. 529 der Beiakte).

Mit beim Nachlassgericht am 31.05.2022 eingegangenen Schriftsatz hat die Beteiligte zu 1 einen gemeinschaftlichen Mindestteilerbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge dahingehend beantragt, dass sie gemeinsam mit ihrer Schwester, der Beteiligten zu 2, zu je 1/6 Erbin nach der Erblasserin geworden ist. Ihren Erbscheinsantrag hat sie mit Urkunde vom 30.11.2022 ergänzt (Bl. 96 f. GA). Sie hat behauptet, sie sei - wie ihre Schwester - eine Großnichte der Erblasserin, weil diese und ihre verstorbenen Mutter Gertrud Kusinen gewesen seien. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen zu den Verwandtschaftsverhältnissen im Erbscheinsantrag sowie dem zur Akte gereichten Stammbaum der Großeltern mütterlicherseits (Bl. 123 der Beiakte) Bezug genommen.

Mit Verfügung vom 19.04.2023 hat das Nachlassgericht um die Übersendung des Eintrags in die Meldekartei der Eltern und der DRK-Suchanfrage eines Cousins als alternativen Nachweis zur fehlenden Geburtsurkunde der Erblasserin gebeten.

Daraufhin hat die Beteiligte zu 1 eine Auskunft des Landkreises M. S. vom 11.08.2015 zur Akte gereicht, wonach die Eheleute ... und ..., wohnhaft in ..., Kreis M1., zwischen 1954-1956 nach Westdeutschland zu einer Frau, die den Vor- und Familiennamen der Erblasserin trägt, eingereist sind. Angaben zu dieser oder eventuellen Kindern seien im Archivbestand nicht vorhanden (Bl. 100 GA). Ferner bestätigte das ... am 28.09.2015, dass die Erblasserin im Jahr 1946 in .../W. unter der Anschrift wohnhaft war. Ihre Heimatanschrift sei in O./Sch. gewesen. Sie habe einen Suchantrag nach ihrem "Vetter" J. gestellt (Bl. 101 GA).

Mit weiterer Verfügung hat das Nachlassgericht mitgeteilt, dass aus den eingereichten Unterlagen nicht die Abstammung der Erblasserin hervorgehe. Um Einreichung eines geeigneten Abstammungsnachweises werde erneut gebeten.

Die Beteiligte zu 1 hat daraufhin eine Bescheinigung des Standesamts I in B. vom 07.06.2023 vorgelegt, wonach die Ausstellung einer Geburtsurkunde der Erblasserin nicht möglich sei, weil weder das Personenstandsregister des Standesamts O. noch sonstige Unterlagen vorlägen (Bl. 107 GA). Weiter hat sie durch die Erbenermittler vortragen lassen, dass alle ihr bekannten Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft seien. Kriegsbedingt seien weitere Nachweise nicht vorhanden (Bl. 105 GA).

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Nachlassgericht - Rechtspflegerin - den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins kostenpflichtig zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, trotz mehrfacher Erinnerung sei bislang u.a. keine Geburtsurkunde oder ein sonst geeigneter Nachweis zur Abstammung der Erblasserin beigebracht worden. Da ein solcher Nachweis maßgeblich für die gesamte Abstammung und das Verwandtschaftsverhältnis der Erblasserin zur Erbin sei, habe der Antrag abgelehnt werden müssen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie ihr Begehren weiterverfolgt. Sie meint, die Vorlage einer Geburtsurkunde könne von ihr nicht verlangt werden, da kriegsbedingt viele Dokumente verloren gegangen seien und sich bei einer alleinstehenden Frau wie der Erblasserin u.U. nicht die Notwendigkeit ergeben habe, eine Geburtsurkunde vorzulegen.

Mit Beschluss vom 01.08.2023 hat das Nachlassgericht - Rechtspflegerin - der Beschwerde aus den Gründen der angefochtenen Entscheidung nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt. Es hat zur Sache ergänzend ausgeführt, dass auch dann, wenn einzelne Urkunden nicht in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden könnten, weil diese z.B. durch Kriegseinwirkungen vernichtet worden seien, anderweitige Nachweise geführt werden könnten. In Betracht komme beispielsweise eine eidesstattliche Versicherung durch einen unbeteiligten Dritten. Neue Gesichtspunkte seien mit der Beschwerde indes nicht vorgetragen worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Verfahrensakte sowie der Akte über die Nachlasspflegschaft (AG Düsseldorf, 91a VI 116/15) Bezug genommen.

II.

Die nach Maßgabe der § 11 Abs. 1 RPflG i.V. mit §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Das Nachlassgericht durfte ihren Antrag vom 10.05.2022 auf Erteilung eines Mindestteilerbscheins, der sie und ihre Schwester als Erbin nach der Erblasserin zu je 1/6 ausweist, nicht mit der gegebenen Begründung zurückweisen.

A. Gemäß Art. 229 § 36 EGBGB sind auf Verfahren zur Erteilung von Erbscheinen nach einem Erblasser, der vor dem2015 verstorben ist, das BGB und das FamFG in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung anzuwenden. Auf die am2015 verstorbene Erblasserin trifft dies zu.

B. Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teil der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils zu erteilen, § 2353 BGB. Der Erbschein bezeugt demnach das Erbrecht zur Zeit des Erbfalles (Grünwald/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2353 Rn. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB a.F. (jetzt: § 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG). Sind mehrere Erben vorhanden, so ist auf Antrag ein gemeinschaftlicher Erbschein zu erteilen, wobei der Antrag von jedem Erben gestellt werden kann, § 2354 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt § 352a Abs. 1 FamFG).

Vorliegend hat das Nachlassgericht zu Unrecht den Erbscheinsantrag für unzulässig erachtet und angenommen, dass die Beteiligte zu 1 die eheliche Abstammung der Erblasserin von ihren Eltern ... S. und ... S. geb. F. nicht nachgewiesen habe. Das Nachlassgericht hat weder festgestellt, dass die Beteiligte zu 1. schuldhaft geeignete Abstammungsnachweise nicht vorgelegt hat, noch hat es die Abstammung der Erblasserin von Amts wegen aufgeklärt (dazu unter 2). Es hat überdies Hinweise zum Nachweis der in Anspruch genommenen Erbquote unterlassen und in diesem Zusammenhang

verkannt, dass der Erteilung des Erbscheins derzeit auch die Unklarheit entgegensteht, ob und ggfs. welche Personen weggefallen sind, durch die der Erbteil der Beteiligte zu 1 selbst und ihre Schwester gemindert werden würde (dazu unter 3).

1. Für den Nachweis der entscheidungsrelevanten Tatsachen im Erbscheinsverfahren gilt unter Berücksichtigung der Mitwirkungsobliegenheit des Antragstellers (§ 27 FamFG) und dem Grundsatz der Amtsermittlung (§ 26 FamFG) allgemein das Folgende:

Gemäß § 26 FamFG hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen. Gemäß § 27 FamFG sollen die Beteiligten bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken (Abs. 1). Dabei haben sie ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben (Abs. 2).

Im Erbscheinsverfahren ist das Verhältnis der beiden Grundsätze durch spezielle gesetzliche Regelungen konkretisiert. Die jeweiligen Anforderungen lassen sich aus dem Wortlaut und der Systematik der gesetzlichen Regelungen ableiten, zu denen der Bundesgerichtshof zuletzt ausgeführt hat (BGH, Beschluss vom 08.02.2023 - IV ZB 16/22, juris).

1.1. Die Mitwirkungsobliegenheit des Antragstellers ist für das Erbscheinsverfahren - soweit vorliegend von Interesse - spezialgesetzlich folgendermaßen konkretisiert:

Gemäß § 2354 Abs. 1 Nr. 2 BGB i.d. bis zum 16.08.2015 geltenden Fassung (im Folgenden a.F.) hat derjenige, der die Erteilung eines Erbscheins als gesetzlicher Erbe beantragt, anzugeben das Verhältnis, auf dem sein Erbrecht beruht (.), und ferner, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er selbst von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert worden wäre (jetzt § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 und Nr. 4 FamFG). § 2354 Abs. 2 BGB a.F. (jetzt § 352 Abs. 1 Satz 2 FamFG) sieht dann, wenn eine Person weggefallen ist, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, ferner die Angabe vor, in welcher Weise diese Person weggefallen ist. Gemäß § 2356 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt § 352 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 FamFG) hat der Antragsteller schließlich die Richtigkeit der in Gemäßheit der § 2354 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 gemachten Angaben durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (.). Sind die Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt die Angabe anderer Beweismittel.

Gemäß § 2356 Abs. 2 BGB a.F. (jetzt § 352 Abs. 3 Satz 3, Satz 4 FamFG) hat der Antragsteller in Ansehung der weiteren nach den §§ 2354, 2355 BGB a.F. erforderlichen Angaben vor Gericht oder vor einem Notar an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt ist, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. Das Nachlassgericht kann die Versicherung erlassen, wenn es sie für nicht erforderlich erachtet.

Diese Mitwirkungsobliegenheit des Antragstellers steht in wechselbezüglicher Beziehung zu der in § 2358 Abs. 1 BGB a.F. normierten Verpflichtung des Nachlassgerichts, unter Benutzung der vom Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Die Bestimmung ist Ausfluss des im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit allgemein geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) und daher im Rahmen der Überführung der Vorschriften zum Erbscheinsverfahren in die §§ 352 ff. FamFG ersatzlos gestrichen worden (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 - IV ZB 16/22, Rn. 12, juris).

Zu dem Verhältnis zwischen dem Beibringungsgrundsatz und der Amtsermittlungspflicht hat der Bundesgerichtshof ausgeführt: Ein Erbscheinsantrag ist nicht unzulässig, wenn der Antragsteller vom Gesetz geforderte Beweismittel ohne Verschulden nicht angibt. Stattdessen setzt in einem solchen Fall

die Pflicht des Nachlassgerichts zur Amtsermittlung gemäß § 2358 BGB a.F., § 26 FamFG ein. Die in § 2356 Abs. 1 BGB a.F. geregelte Verpflichtung zur Vorlage bestimmter Beweismittel ("hat") ist grundsätzlich Voraussetzung eines zulässigen Antrags. Jedoch steht die Mitwirkungsobliegenheit unter dem ungeschriebenen (und selbstverständlichen) Vorbehalt, dass der Antragsteller solche Beweismittel bei pflichtgemäßem Bemühen überhaupt angeben kann (BGH, a.a.O., Rn. 9 f., juris). Zwar muss der Antragsteller, in dessen Interesse das Verfahren primär geführt wird und der in der Regel den zu ermittelnden Sachverhalt besser kennt als das Nachlassgericht, zunächst selbst nach Kräften bemüht sein, sein behauptetes Erbrecht, so wie er es im Erbschein bezeugt haben will, nachzuweisen. Die Obliegenheiten des Antragstellers finden aber ihre Grenze an seinen Möglichkeiten zur Angabe von Beweismitteln (BGH, a.a.O., Rn. 11, juris). Das Nachlassgericht hat zu beurteilen, ob die fehlende Angabe der gesetzlich geforderten Beweismittel verschuldet oder unverschuldet unterblieben ist. Damit eine solche Beurteilung möglich ist, hat der Antragsteller substantiiert darzulegen, aus welchem Grund er zur Angabe der Beweismittel nicht in der Lage ist. Bei den an die Entschuldigung zu stellenden Anforderungen kann zu berücksichtigen sein, wie nah der Antragsteller dem Erblasser stand (BGH, a.a.O., Rn. 13).

1.2. Das Wechselspiel zwischen der Mitwirkungsobliegenheit und der Amtsermittlungspflicht gilt auch in Bezug auf die Rangfolge der "vom Gesetz geforderten Beweismittel" (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 9):

Gemäß § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 1 FamFG) ist bei gesetzlicher Erbfolge das Verwandtschaftsverhältnis und der Wegfall der das eigene Erbrecht ausschließenden oder das eigene Erbrecht mindernde Personen zunächst durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (Sternal/Zimmermann, 21. Aufl. 2023, FamFG § 352 Rn. 55).

Gemäß § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 2 FamFG) genügt die Angabe anderer Beweismittel, wenn öffentliche Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen sind.

An die Voraussetzungen der Beweisführung gemäß § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 2 FamFG) sind regelmäßig strenge, aber keine übertriebenen Anforderungen zu stellen (vgl. Senat, Beschluss vom 06.04.2023 - I- 3 Wx 62/22, Rn. 14 zu § 48 PStG). Die von manchen Obergerichten vertretene Auffassung, dass die "anderen" Beweismittel ähnlich klare und verlässliche Schlussfolgerungen ermöglichen müssen wie eine öffentliche Urkunde (z.B. OLG Hamm Beschluss vom 20.3.2015 - 10 W 151/14, BeckRS 2015, 8157; OLG Schleswig, Beschluss vom 15.2.2013 - 3 Wx 113/12, FGPrax 2013, 179; so auch noch Senat, Beschluss vom 22.01.2020 - 3 Wx 162/16, BeckRS 2020, 9339 Rn. 13, alle beck-online), findet im Gesetz schon aufgrund des Wortlauts "genügen" keine Stütze. Vielmehr ist es eine Frage der freien Beweiswürdigung im Einzelfall (§§ 37 Abs. 1, 352e FamFG), ob das Nachlassgericht aufgrund der vorhandenen anderen Beweismittel die das Erbrecht begründenden Tatsachen für erwiesen erachtet oder nicht (zutreffend: Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 69).

Für den Abstammungs- bzw. Identitätsnachweis in Personenstandssachen hat der Senat zur Mitwirkungsobliegenheit der antragstellenden Partei bereits entschieden, dass die Grundsätze des Bundesverwaltungsgerichts zur Identitätsfeststellung im Einbürgerungsverfahren (BVerwG, Urteil vom 23.09.2020 - 1 C 36/19 Rn. 17 ff., juris) gleichermaßen anzuwenden sind (Senat, Beschluss vom 06.04.2023 - I- 3 Wx 62/22, Rn. 21 ff. juris): Danach gebietet es das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht, dass Einbürgerungsbewerber eine realistische Chance auf Klärung ihrer Identität haben müssen. Die Voraussetzungen für die Klärung der Identität müssen so ausgestaltet sein, dass es bis zur Grenze der objektiven Möglichkeit und subjektiven Zumutbarkeit mitwirkenden Einbürgerungsbewerbern auch dann möglich bleibt, ihre Identität nachzuweisen, wenn sie sich in einer Beweisnot befinden und weder aussagekräftige öffentliche noch tragfähige sonstige Urkunden oder belastbare andere Beweismittel beibringen können und letztlich auf ihre eigenen Angaben zur Sache beschränkt sind (BVerwG, a.a.O., Rn. 17 ff.; Senat, a.a.O., Rn. 22). Das

Bundesverwaltungsgericht befürwortet im Einbürgerungsverfahren dabei eine abgestufte Prüfung der vorzulegenden Beweismittel: vorrangig beizubringen sind der Pass oder ein anderes amtliches Identitätsdokument; können solche Urkunden nicht vorgelegt werden, kommen als Identitätsnachweis öffentliche Urkunden mit und hilfsweise ohne biometrische Merkmale sowie nachrangig die Vorlage sonstiger Beweismittel wie nichtamtliche Urkunden und Dokumente, die geeignet sind, die Personenangaben zu belegen, in Betracht; fehlen auch solche Dokumente, kann die Identität durch Zeugenbeweis bewiesen werden und sind zuletzt die eigenen Angaben des Antragstellers zur Sache heranzuziehen. Dabei ist ein Übergang von einer Stufe zu der nächsten Stufe nur zulässig, wenn es dem Einbürgerungsbewerber trotz hinreichender Mitwirkung nicht gelingt, den Nachweis seiner Identität zu führen (BVerwG, a.a.O., Rn. 21).

Ein vergleichbares Stufenverhältnis der Beweismittel sieht § 9 PStG vor, der die Grundlagen für die Beurkundung in Personenstandsregistern regelt. Nach der genannten Bestimmung werden Eintragungen vorrangig aufgrund öffentlicher Urkunden vorgenommen (Abs. 1). Ist den zur Beibringung von Nachweisen Verpflichteten die Beschaffung öffentlicher Urkunden nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten oder unverhältnismäßig hohen Kosten möglich, können auch andere Urkunden als Beurkundungsgrundlage dienen (Abs. 2 Satz 1). Sind auch diese nicht einfacher zu beschaffen als die erforderlichen öffentlichen Urkunden oder können die für die Beurkundung erheblichen tatsächlichen Behauptungen des Betroffenen weder durch öffentliche noch durch andere Urkunden nachgewiesen werden, so kann der Standesbeamte als Nachweis auf Versicherungen an Eides statt des Betroffenen oder dritter Personen zurückgreifen. Schließlich kommt nach der Rechtsprechung des Senats als Beweismittel der Zeugenbeweis in Betracht und sind schließlich auch die Angaben des Antragstellers bei seiner Anhörung in die Beweiswürdigung einzubeziehen (Beschluss vom 06.04.2023 - I- 3 Wx 62/22 m.w.N.)

Sinngemäß nichts Anderes kann für die Nachweispflichten im Erbscheinsverfahren gelten, zumal die dargestellte Abstufung in § 2356 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 1, Satz 2 FamFG) angelegt ist: § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 1 FamFG) sieht vor, dass das Nachlassgericht seine Überzeugung bezüglich der dort aufgeführten Tatsachen grundsätzlich und in erster Linie anhand öffentlicher Urkunden bilden soll. Sind solche Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen, so genügt gemäß § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 2 FamFG) die Angabe anderer Beweismittel. Die Vorlage öffentlicher Urkunden ist nur dann nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich, wenn sie dem Antragsteller objektiv unmöglich oder subjektiv unzumutbar ist. Zum Verschulden hat der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass von einem Antragsteller die Beschaffung weiterer Informationen nur verlangt werden kann, wenn dies für ihn mit - auch finanziell - vertretbarem Aufwand möglich ist. Dazu gehören die vergütungspflichtigen Leistungen eines Erbenermittlers oder Privatdetektivs in der Regel nicht (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 - IV ZB 16/22, Rn. 16, juris). Die im Schrifttum verbreitete Auffassung, dass Unverhältnismäßigkeit im Sinne der Regelung erst anzunehmen ist, wenn die Kosten der Urkundenbeschaffung außer Verhältnis zum Wert des Nachlasses stehen (BeckOK FamFG/Schlögel, 47. Ed. 1.8.2023, § 352 Rn. 26; MüKoFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352 Rn. 87 jeweils m.w.N.), ist mit dieser Rechtsprechung nicht vereinbar.

Können nach Ausschöpfung der objektiv verfügbaren und dem Antragsteller subjektiv abzuverlangenden Erkenntnismöglichkeiten öffentliche Urkunden nicht vorgelegt werden, genügen nach § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB "andere Beweismittel", also alle denkbaren sonstigen Beweismittel, zu denen - wie sich aus dem systematischen Zusammenhang mit § 2356 Abs. 2 BGB a.F. (§ 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG) ergibt - ebenso wie im Personenstandsrecht die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen des Antragstellers oder dritter Personen gehört. Als "andere Beweismittel" in Betracht kommen insbesondere nicht-öffentliche Urkunden wie nicht amtliche Dokumente, die geeignet sind, die entscheidungserheblichen Angaben zu belegen wie beispielsweise beglaubigte Abschriften oder Ausfertigungen von öffentlichen Urkunden, unbeglaubigte Fotokopien von öffentlichen Urkunden,

Familienstammbücher älterer Art, Ahnenpässe, Taufscheine, kirchliche Urkunden vor 1876, Bescheinigungen der Meldeämter, sog. Familienstandszeugnisse, Briefe, bei Kriegsteilnehmern auch Mitteilungen der Suchstellen, die Inaugenscheinnahme von Fotos (etwa von Grabsteinen, Hochzeitsfotos, Todesanzeigen in Zeitungen, Sterbebildern, Grabsteininschriften, beschrifteten Hochzeitsfotos) sowie Zeugenaussagen (Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 63 m.w.N.). Dabei kommt Dokumenten mit biometrischen Merkmalen ein höherer Beweiswert zu als solchen ohne diese Merkmale (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 18). Stehen dem Antragsteller die erörterten Beweismöglichkeiten unverschuldet nicht zur Verfügung, kommt ein Nachweis durch Vorlage eidesstattlicher Versicherungen in Betracht. Schließlich sind in die Beweiswürdigung auch die eigenen sachdienlichen Angaben der antragstellenden Partei einzubeziehen.

Die vom Nachlassgericht nach dieser Maßgabe erhobenen Beweise sind frei zu würdigen (§ 2359 BGB a.F., §§ 352e, 37 Abs. 1 FamFG; MüKoFamFG/Grziwotz, a.a.O., § 352e Rn. 11). Es sind sämtliche Einzelfallumstände des konkreten Falles, die gegebenenfalls auch durch eine persönliche Befragung des Antragstellers zu ermitteln, klarzustellen oder zu hinterfragen sind, in die Betrachtung einzubeziehen (vgl. zum Personenstandsrecht: Senat, Beschluss vom 06.04.2023 - I- 3 Wx 62/22 Rn. 19). Die auf den verschiedenen Stufen zu berücksichtigenden Beweismittel müssen hierfür jeweils in sich stimmig sein und auch bei der Gesamtbetrachtung jeweils im Einklang mit den Angaben des Antragstellers zu seiner Person und seinem übrigen Vorbringen stehen (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 20 zu § 108 VwGO). Das Gericht darf im Rahmen der Beweiswürdigung keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Vielmehr hat sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit zu begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352e Rn. 53; MüKoFamFG/Grziwotz, a.a.O., § 352e Rn. 11 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 14.01.1993 - IX ZR 238/91, NJW 1993, 935, beck-online zu § 286 Abs. 1 ZPO). Bestehen keine vernünftigen, nach Lage der Dinge ernsthaft in Betracht kommende Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit vorgelegter Urkunden, an der Wahrheit eingeholter eidesstattlicher Versicherungen oder an den Angaben der Beteiligten, ist von den bekundeten Tatsachen auszugehen. Liegt lediglich eine eidesstattliche Versicherung des Antragstellers vor, kann der Nachweis als geführt anzusehen sein, wenn die Angaben auf Grundlage einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles und des gesamten Vorbringens zur Überzeugung des Nachlassgerichts feststehen (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 19).

Hat der Antragsteller seinen formellen Mitwirkungsobliegenheiten entsprochen, hat das Nachlassgericht unter Verwendung des vorgelegten Beweismaterials die Rechtslage von Amts wegen zu prüfen und die ihm noch erforderlich erscheinenden Ermittlungen anzustellen (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 - IV ZB 16/22, Rn. 16, juris). Erst wenn in dem vom Antragsteller beigebrachten und vom Nachlassgericht ergänzend erhobenen Beweismaterial Lücken verbleiben, kommen die Regeln der materiellen Beweislast (Feststellungslast) zur Anwendung (MüKoFamFG/Grziwotz, a.a.O., § 352 Rn. 47; Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352e Rn. 52). Danach hat der Antragsteller des Erbscheinsverfahrens den Nachteil der Unaufklärbarkeit des erbrechtlichen relevanten Sachverhalts zu tragen.

2. Auf der Grundlage der dargestellten Rechtsgrundsätze erweist sich die angefochtene Entscheidung als fehlerhaft. Das Nachlassgericht hätte den streitgegenständlichen Erbscheinsantrag nicht als unzulässig mit der Begründung zurückweisen dürfen, die Beteiligte zu 1 habe die Abstammung der Erblasserin nicht durch geeignete Nachweise bewiesen, ohne zugleich festzustellen, dass die Beteiligte zu 1 schuldhaft handelt und mit zumutbarem Aufwand geeignete Nachweise vorlegen könnte.

2.1. Die Vorlage einer Geburtsurkunde der Erblasserin als einer "öffentlichen Urkunde" zum Nachweis der Abstammung gemäß § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. ist nicht möglich, weil sich eine solche Urkunde nicht im Nachlass befand und durch die Bescheinigung des Standesamts I B. vom 07.06.2023 belegt

ist, dass eine Geburtsurkunde bei der zuständigen Behörde auch nicht beschafft werden kann. Das Standesamt I B. fungiert als Ersatzstandesamt und verwahrt die erhalten gebliebenen Personenstandsregister aus den ehemaligen deutschen Gebieten (<https://www.../>); es hat auf Nachfrage für den Geburtsort der Erblasserin in O. mitgeteilt, dass die Personenstandsregister des Standesamts O./Sch. sowie sonstige Unterlagen nicht vorhanden sind (Bl. 107 der Beiakte). Dies deckt sich mit der Erklärung der Erben- und Nachlassermittlungsgesellschaft vom 11.02.2021, wonach eine Geburtsurkunde der Erblasserin oder ein sonstiges amtliches Dokument, aus dem sich ihre Abstammung ergeben könnte, nicht vorhanden und auch nicht beschaffbar ist, weil das Personenstandsregister dieses Ortes kriegsbedingt nicht mehr existiert.

Davon geht zutreffend auch die Rechtspflegerin aus, weil sie mit Verfügung vom 19.04.2023 um Einreichung der - vorliegenden - Urkunden "als alternativen Nachweis zur fehlenden Geburtsurkunde der Erblasserin" gebeten hat (Bl. 98 GA).

2.2. Bei dieser Ausgangslage war die Beteiligte zu 1 berechtigt, die Abstammung der Erblasserin gemäß § 2356 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. durch "andere" Beweismittel nachweisen.

2.2.1. Die Rechtspflegerin hat die von der Beteiligten zu 1 dazu vorgelegten Urkunden - nämlich die Beantwortung einer historischen Meldeanfrage durch den Landkreis M. S. (Bl. 100 GA) sowie die Auskunft des DRK ... über eine Suchanfrage der Erblasserin (Bl. 101 GA) - auch in der Zusammenschau mit dem übrigen Akteninhalt nicht für ausreichend erachtet. Legt man diesen - freilich in keiner Weise näher begründeten - Standpunkt als zutreffend zugrunde, hätte die Rechtspflegerin die Beteiligte zu 1 auf die Notwendigkeit und Möglichkeit der Vorlage weiterer geeigneter Beweismittel hinweisen müssen. Dieses Versäumnis hat zur Folge, dass der Erbscheinsantrag verfahrensfehlerhaft als unzulässig zurückgewiesen worden ist.

2.2.1.1. Die Anmerkung im Nichtabhilfebeschluss vom 01.08.2023, dass auch die Einreichung einer eidesstattlichen Versicherung eines "unbeteiligten" Dritten als Beweismittel in Betracht komme, genügte als rechtlicher Hinweis an die Beteiligte zu 1 nicht. In zeitlicher Hinsicht war er bereits zu spät erteilt, weil der Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss das amtsgerichtliche Verfahren beendet und nicht darauf abzielte, das Erbscheinsverfahren zu fördern und die Beteiligte zu 1 zur Vorlage weiterer Beweismittel zu veranlassen. Inhaltlich war der Hinweis gleichfalls unzureichend, weil die Beteiligte zu 1 ihn dahingehend missverstehen konnte, dass eidesstattliche Versicherungen von solchen Personen gemeint sind, die mit dem Erbfall nichts zu tun haben. Als für die Beteiligte zu 1 erreichbare Personen, die möglicherweise zu der Abstammung der Erblasserin von ihren Eltern Angaben an Eides statt hätten machen können, kommen indes in allererster Linie die noch lebenden Cousins und Cousinen der Erblasserin als Zeitzeugen in Betracht, insbesondere ... (geb. 1927), ... (geb. 1924), ... (geb. 1926) und ... (geb. 1937). Vor allem diesem Personenkreis dürften sachdienliche Angaben über das Aufwachsen der Erblasserin bei den Eltern in Sch. bis zur kriegsbedingten Flucht in Richtung Westen im Jahr 1945 möglich sein. Bis auf ..., die die Erbschaft im Jahr 2015 ausgeschlagen hat, machen alle genannten Personen ihr Erbrecht geltend, weshalb sie nicht "Unbeteiligte" des Erbfalls sind. Ob die einzige hinsichtlich der Erbschaft unbeteiligte Verwandte, ..., die bei der Ausschlagung im Jahr 2015 bereits 88 Jahre alt war und im Pflegeheim wohnte, noch lebt und zu einer entsprechenden Erklärung in der Lage ist, ist unklar. Die Beteiligte zu 1 musste diese auch nicht notwendigerweise als "unbeteiligte Dritte" erkennen, weil ... zum Kreis der gesetzlichen Erben gehört(e).

2.2.1.2. Hätte das Nachlassgericht geprüft, ob die Beteiligte zu 1 vorwerfbar "andere Beweismittel" nicht beigebracht hat, wäre es zu dem Schluss kommen, dass ein Verschulden nicht vorliegt:

Die Erbenermittlungsgesellschaft hat am 12.06.2023 für die Beteiligte zu 1 mitgeteilt, dass aus ihrer Sicht die Ermittlungsmöglichkeiten ausgeschöpft sind und keine weiteren Nachweise als die übermittelten Unterlagen beigebracht werden könnten (Bl. 105 GA). Anhaltspunkte dafür, dass diese

Einschätzung nicht der Wahrheit entspricht oder das Resümee der Unaufklärbarkeit voreilig gezogen worden ist, bestehen nicht.

Hinzu kommt, dass die Verfahrensführung des Nachlassgerichts zu der Beweisnot der Beteiligten zu 1 beigetragen haben kann. Aus der Beilage über die Nachlasspflegschaft geht hervor, dass dem Nachlassgericht der Todesfall der Erblasserin am2015 angezeigt wurde. Bereits am 09.04.2015 übersandte das Nachlassgericht der Hausverwaltung den Wohnungsschlüssel, damit die Wohnung geräumt wird. Grundlage war die Feststellung, dass sich in der Mietwohnung der Erblasserin keine Hinweise auf nennenswerte Vermögenswerte befinden und ein Sicherungsbedürfnis zugunsten der unbekannten Erben daher nicht bestehe. Erst am 06.05.2015 wurde Nachlasspflegschaft im Hinblick auf "erhebliche Vermögenswerte" angeordnet und am Folgetag Rechtsanwalt B. verpflichtet. Zu diesem Zeitpunkt war die Wohnung der Erblasserin bereits vollständig geräumt. Der Nachlasspfleger erhielt ausweislich seines Erstberichts vom 09.07.2015 nur die von der Hausverwaltung dem Nachlassgericht übergebenen Unterlagen, die keine Hinweise auf Verwandte enthielten. Dass infolge der verfrühten Räumung der Wohnung wichtige Beweismittel, die auf die Abstammung der Erblasserin von ihren Eltern hätten hindeuten können (wie z.B. beschriftete Familienfotos, Briefe, Erinnerungsstücke mit Personenangaben etc.), vernichtet worden sind, kann bei lebensnaher Betrachtung nicht ausgeschlossen werden.

2.2.1.3. Geht man davon aus, dass der Beteiligten zu 1 die Beibringung weiterer Abstammungsnachweise mit einem vertretbaren Aufwand nicht möglich ist, hätte das Nachlassgericht prüfen müssen, ob der erbrechtlich relevante Sachverhalt von Amts wegen aufgeklärt werden kann. Bereits auf erste Sicht wäre beispielsweise die Einholung von Auskünften im Verwandtenkreis der Erblasserin, insbesondere bei der Beteiligten zu 2 sowie bei den noch lebenden Cousins und Cousinen der Erblasserin ..., ..., ... und ... in Frage gekommen. Ob diese Ermittlungen relevante Erkenntnisse zutage gefördert hätten, kann im gegenwärtigen Verfahrensstadium auf sich beruhen. Denn das Nachlassgericht hat derartige amtswegige Nachforschungen nicht einmal erwogen und daher verfahrensfehlerhaft entschieden.

2.2.1.4. Das Nachlassgericht es schließlich unterlassen, die von der Beteiligten zu 1. beigebrachten Unterlagen zu würdigen. Sein Standpunkt, die Beantwortung einer historischen Meldeanfrage durch den Landkreis M. S. (Bl. 100 GA) und die Auskunft des DRK ... über eine Suchanfrage der Erblasserin (Bl. 101 GA) reichten auch in der Zusammenschau mit dem übrigen Akteninhalt nicht als Abstammungsnachweis aus, ist ohne jede Begründung geblieben. Das lässt nur den Rückschluss zu, dass das Nachlassgericht verfahrensfehlerhaft die rechtlich gebotene Beweiswürdigung gänzlich unterlassen hat.

Dabei dürfte die Beteiligte zu 1 mit einer nach den oben dargestellten Grundsätzen hinreichenden Gewissheit nachgewiesen haben, dass die Erblasserin die Tochter von ... (geb. 1891) und ... (geb. 1889) war und die Eheleute am1920 die Ehe geschlossen haben. Letztere wiederum ist die Tochter von P. F. (geb. 1851) und S. F. (geb.1858), die am1881 die Ehe schlossen.

a. Die Namen von ... S. und ... S. geb. F. mit Geburtstag und -ort, Sterbetag und -ort, Eltern (nur Elisabeth) sowie Meldeadressen und die Tatsache ihrer Eheschließung gehen aus der historischen Meldeauskunft des Landrats des Landkreises M. S. (Bl. 100 GA) hervor: Aus dieser ergibt sich ferner, dass die Eheleute seit dem Jahr 1945 (d.h. nach der Westverschiebung Polens) in G. im Kreis M1. (im heutigen ...) gemeldet waren und eine Person namens ... S. zwischen 1954 und 1956 in Westdeutschland besucht haben. Zweifel an der Richtigkeit der dokumentierten Angaben sind nicht ersichtlich. Insbesondere lassen sich die Angaben zu ... S. geb. F. mit den Angaben zu ihrer Taufe am1889 in den vorgelegten beglaubigten Abschriften aus dem Taufregister von Br. in Einklang bringen. Der gleichlautende Familienname der Eheleute und der besuchten Person deutet auf ein

Verwandtschaftsverhältnis hin; der Umstand der mehrfachen Besuche auch auf ein persönliches Näheverhältnis.

b. Aus der Auskunft des DRK-Suchdienstes ... vom 28.09.2015 ergibt sich, dass die Erblasserin im Jahr 1946, d.h. im Alter von 24 Jahren, "bei B." in M./W. wohnhaft war, wobei sie noch eine "Heimatanschrift" in O./Sch. angab. Dies kann auf eine Einweisung nach kriegsbedingter Flucht aus Sch. hindeuten. Die Erblasserin suchte ausdrücklich nach ihrem "Vetter" J. unter Angabe von dessen Geburtstags und -ort. Dafür, dass das Verwandtschaftsverhältnis "Vetter" unzutreffend angegeben ist, spricht nichts. Der Geburtsort des Gesuchten "St." entspricht den Angaben aus dem zur Akte gereichten beglaubigten Abschriften des Taufregisters aus Br. zu dessen Taufort. Die Taufe fand einen Tag nach dem angegebenen Geburtstag statt. Neben J. wurden in St. u.a. seine Schwester ... sowie ... S. geb. F. getauft. Weiter lässt sich dem Taufregister entnehmen, dass die Mutter von J. und ... die S. geb. F. war und diese eine Schwester von ... S. geb. F. war. In St. wurden ferner weitere sechs Geschwister der Schwestern getauft.

Die Erblasserin mit dem Nachnamen S., die 1922 - und damit zwei Jahre nach der Eheschließung der Eheleute S. am1920 - geboren wurde, kann - auch unter Berücksichtigung der sonstigen nachgewiesenen Abstammungsverhältnisse der Großeltern mütterlicherseits, d.h. der Eheleute P. und S. F. (s. Stammbaum Bl. 123 der Beiakte), - bei lebensnaher Betrachtung demnach nur dann eine Cousine von J. gewesen sein, wenn sie die Tochter von S1. S. geb. F., war.

c. Ein weiterer vom Nachlassgericht unberücksichtigt gebliebener Nachweis dieses Verwandtschaftsverhältnisses ist der Umstand, dass die Schwester von J., ..., geb. am1927, in einer notariell beglaubigten Erklärung vom 16.11.2015 gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft nach der Erblasserin ausgeschlagen hat unter Berufung darauf, bei der Erblasserin handele es sich um ihre "Cousine" (Bl. 50 der Beiakte). An der Richtigkeit der Angabe dieses Verwandtschaftsverhältnisses bestehen angesichts des zum Ausdruck kommenden fehlenden Interesses an der Erbschaft keinerlei Zweifel. Auch dieses Verwandtschaftsverhältnis ist nur möglich, wenn die Erblasserin die Tochter von E2.S. geb. F. ist, weil diese - durch das Taufregister nachgewiesen - die Schwester von S. geb. F. der Mutter von ... und J. ist. Für die Abstammung der Erblasserin von E2. S. geb. F. spricht zudem die E-Mail von Dr. R. F. vom 24.11.2015 an das Nachlassgericht, der mitteilt, die Erblasserin sei die Cousine seines verstorbenen Vaters ... F. gewesen (Bl. 54 der Beiakte). Dieser war - wie durch Taufurkunden nachgewiesen ist - Sohn des Bruders ... von ... S. geb. F.

d. Dass die Erblasserin und ihre Cousinen und Cousins zeitlebens von der geschilderten und durch Urkunden gestützten Abstammung ausgegangen sind, reicht für die Überzeugungsbildung zwanglos aus, zumal nicht ansatzweise entgegenstehende Anhaltspunkte vorliegen. Ein Nachweis der Abstammung durch ein Beweismittel, das den verlässlichen Rückschluss der Geburt der Erblasserin als Kind ihrer Eltern belegt und der Beweiskraft öffentlicher Urkunden entspricht, ist zur Überzeugungsbildung i.S. der § 37 FamFG, § 2359 BGB a.F. nicht erforderlich (a.A. OLG Hamm, Beschluss vom 20.03.2015 - 10 W 151/14, BeckRS 2015, 8157). Dies käme in Fällen der vorliegenden Art, in denen die Abstammung nicht oder nicht lückenlos durch öffentliche Urkunden belegt werden kann, der Forderung unerfüllbarer Beweisanforderungen gleich und würde bei der Prüfung, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist, eine unumstößliche Gewissheit verlangen. Einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, ist aufgrund der vorliegend erörterten Beweismittel uneingeschränkt Genüge getan.

3. Obschon nach alledem die Abstammung der Erblasserin von ... und ... S. geb. F. nachgewiesen ist, wird das Nachlassgericht den beantragten Erbschein noch nicht erteilen können. Denn es fehlen derzeit Angaben über den Wegfall von Personen, die die Erbteile der Beteiligten zu 1 und zu 2 mindern könnten, sowie die Angabe von Beweismitteln hierzu oder Darlegungen, dass solche

Beweismittel unverschuldet nicht vorgelegt werden können (§ 2354 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 2356 Abs. 1 BGB a.F.):

3.1. Die Beteiligten sind Erben der dritten Ordnung i.S. des § 1926 Abs. 1 BGB. Danach erben die Großeltern des Erblassers und ihre Abkömmlinge. Da die Großeltern väterlicherseits sowie deren Kinder vorverstorben sind und keine Abkömmlinge hinterlassen haben, erben gemäß § 1926 Abs. 3 BGB die Großeltern mütterlicherseits und deren Abkömmlinge allein. Wegen der Verwandtschaftsverhältnisse der Großeltern mütterlicherseits wird auf den in der Beiakte befindlichen Stammbaum, Bl.183, Bezug genommen.

Danach hatten die vorverstorbenen Großeltern P. F. und S. F. acht gemeinsame Kinder, die sämtlich vorverstorben sind. Wenn vorverstorbene Personen nicht im Kindesalter verstorben sind, ist die Angabe, dass sie unverheiratet und kinderlos verstorben sind, erforderlich (Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 42 f.).

Bisher hat die Beteiligte zu 1 nur nachgewiesen, dass von den acht Kindern drei Stämme ausgestorben sind, nämlich die Stämme (1) nach ... S. geb. F., der Mutter der Erblasserin, (2) nach ... F., die kurz nach der Geburt im Jahr 1883 verstorben ist, und (3) nach ... F., der gemäß der Verlustliste des Deutschen Heeres im Jahr 1917 ertrunken sein und keine Nachkommen hinterlassen haben soll. Damit bleiben neben ihrem eigenen Stamm nach ... geb. F. die vier Stämme nach S., ..., F. und A.. Das Erbe würde sich zu je 1/5 auf diese Stämme verteilen.

Den beantragten Erbteil von je 1/6 für die Beteiligte zu 1 und zu 2 kann nur dann beansprucht werden, wenn der Nachweis des Aussterbens zweier weiterer Stämme, nämlich den Stämmen nach S. und nach ... geführt ist.

Hinsichtlich des Stammes nach S. hat die Beteiligte zu 1 im Erbscheinsantrag keine Angaben dazu gemacht, dass die aus der ersten Ehe der Susanne stammende Tochter ..., geb.1922, ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorben ist (Bl. 61 GA).

Zudem fehlen im Erbscheinsantrag Angaben zum Ableben des J. geb.1925 (Bl. 61 GA). Die Erbenermittlungsgesellschaft hat hierzu mit Schriftsatz vom 11.05.2021 mitgeteilt, dass dieser nach mündlicher Aussage seiner Schwester ... nach Entlassung aus der Gefangenschaft ca. 1949 in einem bayerischen See ertrunken sein soll, ohne dass sie zur Örtlichkeit weitere Angaben machen konnte. Insoweit käme, wenn die Beteiligte zu 1 das Fehlen von Urkunden genügend entschuldigt, als Beweismittel eine schriftliche Zeugenvernehmung oder eine eidesstattliche Versicherung der ... und des Erbenermittlers als Auskunftsperson vom Hören Sagen in Betracht (Bl. 37 GA). Das kinderlose Vorversterben der beiden Genannten wäre Voraussetzung dafür, dass der Stamm nach S. geb. F., nach der Erbausschlagung durch ... bei der Verteilung des Erbes nicht mehr berücksichtigt werden müsste.

Hinsichtlich der Schwester der Mutter der Erblasserin, ... geb. am1892, fehlen ebenfalls Angaben zu ihrem Ableben. ... ist zwar aufgrund Zeitablaufs als vorverstorben anzusehen (vgl. Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 62). Es fehlen aber Angaben dazu, dass sie kinderlos vorverstorben ist. Aus dem von der E1. oHG übermittelten Stammbaum (Bl. 183 der Beiakte) geht als Bemerkung ohne weiteren Nachweis hervor, dass sie behindert gewesen und kinderlos verstorben sein soll. Hier wird zu überprüfen sein, ob diese Angaben verifiziert und bewiesen werden können.

3.2. Im Rahmen der im Erbscheinsverfahren geltenden Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) hat das Gericht die Beteiligten zur Mitwirkung zu veranlassen und auf eine Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens hinzuwirken. Einen Hinweis auf die Notwendigkeit, zu den fehlenden Angaben oder etwaigen Hinderungsgründen vorzutragen, hat das Nachlassgericht - aus seiner Sicht konsequent - bisher nicht erteilt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 - IV ZB 16/22, Rn. 14, juris). Hier dürfte

die Aufforderung im Wege der Zwischenverfügung mit Fristsetzung angezeigt sein. Bleibt das erfolglos, kann der zur Entscheidung gestellte Antrag nur als unzulässig zurückgewiesen werden, wenn die Beteiligte zu 1 nicht substantiiert darlegt, warum sie zu der erbetenen Mitwirkung nicht in der Lage ist oder die Angaben offensichtlich haltlos sind. Dem Nachlassgericht ist es möglich, das Verschulden des Antragstellers zu beurteilen. Denn dieser hat im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren substantiiert darzulegen, aus welchem Grund er zur Angabe der Beweismittel nicht in der Lage ist (vgl. Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 61). Bei den an diese Entschuldigung zu stellenden Anforderungen kann zu berücksichtigen sein, wie nah der Antragsteller dem Erblasser stand (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2023 - IV ZB 16/22, Rn. 13, juris)

Im Falle der genügenden Entschuldigung für die Nichtvorlage von Beweismitteln darf der Antrag nicht zurückgewiesen werden, sondern hat das Nachlassgericht von Amts wegen den entscheidungserheblichen Sachverhalt zu ermitteln (§ 26 FamFG). Dies kann hinsichtlich einzelner Punkte insbesondere bei Antragstellern, die - wie hier - dem Erblasser fernstanden, angezeigt sein (Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 61 m.w.N.).

Gegebenenfalls kommt eine öffentliche Aufforderung nach § 2358 Abs. 2 BGB a.F. (jetzt § 352d) in Betracht. Danach kann das Nachlassgericht eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen zustehenden Erbrechte erlassen.

4. Der Senat hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG von Amts wegen unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens an das Nachlassgericht zurückzuverweisen, weil dieses in der Sache noch nicht entschieden hat. Die Zurückweisung des Erbscheinsantrags wegen Fehlens der vom Gesetz geforderten Urkunden ist eine Zurückweisung "als unzulässig", auch wenn dies aus dem Tenor nicht ausdrücklich hervorgeht (vgl. Sternal/Zimmermann, a.a.O., § 352 Rn. 61). Hat das Erstgericht nur über die Zulässigkeit des Antrags befunden, liegt keine Sachentscheidung i.S. des § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG vor (Sternal/Sternal, a.a.O., § 69 Rn. 19 m.w.N.).

Der Senat hält die Aufhebung und Zurückverweisung insbesondere deshalb für sachgerecht, weil die Beteiligte zu 1 ihren Antrag - je nach dem Ergebnis der durchzuführenden Ermittlungen (s.o. Ziff. 3.) - hinsichtlich der Höhe des Erbrechts noch anpassen kann, was in der Beschwerdeinstanz nicht möglich wäre.

III.

Nebenentscheidungen sind im Hinblick auf den vorläufigen Erfolg des Rechtsmittels nicht veranlasst.