

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

24

FGG § 19

Zur Gewährung des rechtlichen Gehörs in der freiwilligen
Gerichtsbarkeit.

BGH, Beschl. v. 30. November 1988 - IVa ZB 26/88 - OLG Düsseldorf
LG Wuppertal
AG Wuppertal

BUNDESGERICHTSHOF

IVa ZB 26/88

BESCHLUSS

in der Nachlaßsache

nach dem am 20. Dezember 1986 verstorbenen Kaufmann Karl K., zuletzt wohnhaft in W., S.straße 35,

an der beteiligt sind:

1. die am 11. August 1978 geborene Schülerin Sandra R., Im H. 59, W., gesetzlich vertreten durch ihren Pfleger, Landesoberamtsrat Gerd G., V.straße 115, W.,

Antragsgegnerin
und Beschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte und Kollegen, W. str. 7, W. -

2. der Steuerberater Walter D., F. 111, W.,

Antragsteller
und Beschwerdegegner,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und Kollegen, A. M. 5-7, W. -

24

- 2 -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Rottmüller,
Dr. Lang, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Ritter

am 30. November 1988

beschlossen:

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1)
gegen den Beschluß der 8. Zivilkammer des
Landgerichts Wuppertal vom 16. Dezember 1987
- 8 T 33/87 - wird zurückgewiesen.

Die dem Beteiligten zu 2) notwendig entstandenen
außergerichtlichen Kosten hat die Beteiligte zu 1) zu tragen.

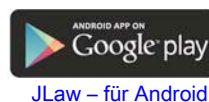
Gründe:

I. Die Abkömmlinge des am 20. Dezember 1986 verstorbenen
Erblassers sind seine Tochter Marion und deren Kinder
Sandra und Vanessa. Aufgrund Testaments vom 23. Juli 1985
wurde er allein von seiner Enkelin Sandra, der Beteiligten
zu 1), beerbt. Der Erblasser ordnete Testamentsvollstreckung
an. Testamentsvollstrecker ist der Beteiligte zu 2).

Auf Antrag des Beteiligten zu 2) hat das Amtsgericht
diesem ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Der
Testamentsvollstrecker hat das Zeugnis zurückgegeben und
beantragt, ihm ein neues Zeugnis zu erteilen, das seine Befrei-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



ung von den gesetzlichen Beschränkungen (§§ 2207, 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB) angebe. Darauf hat das Amtsgericht das frühere Testamentsvollstreckerzeugnis eingezogen und angekündigt, dem Beteiligten zu 2) ein neues Zeugnis zu erteilen, in dem zusätzlich vermerkt sei, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Es vertritt die Auffassung, es könne offen bleiben, ob die Beteiligte zu 1) in dem vorliegenden Verfahren durch ihre Eltern wirksam vertreten werden könne oder ob dem entgegenstehe, daß die Eltern nach § 1638 BGB von der Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen seien. Jedenfalls sei die Entscheidung des Amtsgerichts in der Sache richtig. Bei der Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) sei nämlich im Zweifel anzunehmen, daß dem Testamentsvollstrecker die in § 2207 BGB bezeichnete Ermächtigung erteilt sei, daß er also in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein solle. Anhaltspunkte dafür, daß der Erblasser einen entgegenstehenden Willen gehabt habe, seien nicht ersichtlich. Hiergegen haben die von den Eltern der Beteiligten zu 1) bevollmächtigten Rechtsanwälte weitere Beschwerde eingelegt; sie haben gleichzeitig auch eine Vollmacht des inzwischen bestellten Pflegers (Wirkungskreis: unter anderem "Vertretung der Kindesinteressen gegenüber dem Testamentsvollstrecker") vorgelegt und dabei für diesen erklärt, der Pfleger trete "hiermit" "als weiterer Beteiligter" dem Verfahren bei.

2. Das Oberlandesgericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es vertritt die Auffassung, die Beteiligte zu 1) werde im vorliegenden Verfahren nunmehr von dem Pfleger

als ihrem gesetzlichen Vertreter ordnungsmäßig vertreten. Dessen Erklärung, er trete dem Verfahren als weiterer Beteiligter bei, sei dahin zu verstehen, daß er die zuvor von den Eltern der Beteiligten zu 1) vorgenommenen Prozeßhandlungen genehmige.

Das Oberlandesgericht schließt sich der Meinung der Vorinstanzen an, daß der Erblasser die Eltern der Beteiligten zu 1) durch letztwillige Verfügung von der Verwaltung seines Nachlasses im Sinne von § 1638 BGB - unabhängig von der Testamentsvollstreckung - habe ausschließen wollen. Infolgedessen seien die Eltern der Beteiligten zu 1) von der Vermögenssorge für den Nachlaß ausgeschlossen. Sie könnten sich infolgedessen auch nicht für das Kind in dem vorliegenden Verfahren beteiligen. Daher leide das Verfahren vor dem Amtsgericht und vor dem Landgericht an einem Mangel. Dieser Verfahrensfehler sei aber durch die von dem Pfleger im dritten Rechtszug erklärte Genehmigung geheilt.

An dieser Entscheidung sieht sich das Oberlandesgericht durch die auf weitere Beschwerde ergangenen Beschlüsse des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 23. April 1965 - 6 W 136/65 - (DNotZ 1965, 482 m. Anm. von Baur) und des Kammergerichts vom 25. Januar 1935 (JFG 12, 107 = DJ 1935, 1070 m. Anm. von Maßfeller) gehindert, in denen eine rückwirkende Heilung eines entsprechenden Verfahrensmangels verneint wird.

Das Oberlandesgericht hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof vorgelegt. Gegen die Zulässigkeit der Vorlage bestehen keine Bedenken. Demgemäß hat der Bundesgerichtshof über die weitere Beschwerde zu entscheiden (§ 28 FGG).

3. Die weitere Beschwerde, bei der es sich entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht um eine sofortige, sondern um eine unbefristete (einfache) handelt, ist statthaft und in rechter Form (§ 29 Abs. 1 Satz 1 FGG) eingelegt. Die Beteiligte zu 1) ist beschwerdeberechtigt (§ 20 Abs. 1 FGG) und wird - jedenfalls seitdem der Pfleger bestellt ist - in dem vorliegenden Verfahren allein von diesem (§ 1630 Abs. 1 BGB) ordnungsmäßig vertreten.

4. Die weitere Beschwerde ist unbegründet.

a) Die Zurückweisung der Beschwerde durch das Landgericht war allerdings verfahrensrechtlich fehlerhaft.

Spätestens seit BVerfGE 19, 49 ist allgemein anerkannt, daß auch der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Beteiligten uneingeschränkt rechtliches Gehör zu gewähren hat. Für das Verfahren zur Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gilt nichts anderes. Dieser Pflicht ist das Landgericht nicht nachgekommen. Wenn das Gericht zu der Auffassung gelangt, daß der Gegner des Antragstellers, also hier das als Antragsgegner beteiligte Kind - in dem Verfahren nicht ordnungsmäßig vertreten, also nicht wirksam gehört ist, dann darf es dem gestellten Antrag nicht ohne weiteres stattgeben. Es muß vielmehr sicherstellen, daß das beteiligte, nicht ordnungsmäßig vertretene Kind Gelegenheit erhält, sich prozessual wirksam zur Sache zu äußern. Zu diesem Zweck wird es bei dem zuständigen Vormundschaftsrichter entweder selbst auf die Bestellung eines Pflegers hinwirken oder aber den Antragsteller zu entsprechenden Schritten veranlassen. Gelingt dies nicht oder dul-

det die Sache keinen längeren Aufschub, dann wird es zu erwägen haben, ob es nicht selbst in entsprechender Anwendung von § 57 ZPO einen Verfahrenspfleger für das Kind zu ernennen hat (vgl. dazu z.B. Keidel/Kuntze/Winkler, FGG 12. Aufl. § 13 Rdn. 46). Das alles ist nicht geschehen.

b) Gleichwohl führt diese Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

Denn der Verfahrensmangel ist infolge konkludent erteilter Genehmigung durch den Pfleger der Beteiligten zu 1) inzwischen geheilt. Hierzu wird auf den gleichzeitig erlassenen Beschluß in der Sache IVa ZB 12/88 verwiesen.

Die Auffassung des Landgerichts, daß der Beteiligte zu 2) in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sei, ist rechtsfehlerfrei. Wenn die weitere Beschwerde hierzu darauf verweist, daß es in dem Testament des Erblassers vom 23. Juli 1985 heißt, der Testamentsvollstrecker habe "den Besitz so zu verwalten, daß der Alleinerbin kein Schaden" entstehe, dann verhilft ihr das nicht zu einem Erfolg. Die betreffende Stelle in dem Testament bietet, wie das Landgericht mit Recht angenommen hat, keinen

Anhalt dafür, daß die Auslegungsregel des § 2209 Satz 2 BGB nach dem Willen des Erblassers hier nicht zum Zuge kommen solle. Daß ein entsprechender Vermerk in das Testamentsvollstreckerzeugnis gehört, folgt aus § 2368 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dr. Lang

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter