

B e s c h l u ß

In der Nachlasssache

des Amtsgerichts in Rheinberg

betreffend die Abberufung eines Testamentsvollstreckers
und die Sicherung des Nachlasses des am 21. Januar 1935
in H. verstorbenen Kommerzienrats Hubert U.
und seiner am 19. Februar 1934 in M. verstorbenen
Ehefrau Katharina U. geb. G., beide
zuletzt wohnhaft in R.,

Beteiligte:

1. Diplomkaufmann Hubert Gottfried U. in
F. a.M., F. v. St.-Straße,

Antragsteller und Beschwerdeführer
(für die sofortige weitere Beschwerde),

- vertreten durch Rechtsanwalt in -

2. Dr. Paul U. in R. d. J. (Br.),
Rua C. Bo.,

3. Generalkonsul Dr. Karl U. in R.
Pi.,

Antragsgegner und Beschwerdegegner
(für die sofortige weitere Beschwerde),

- vertreten durch Rechtsanwalt in -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der
Sitzung vom 15. Mai 1959 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Hücking-
haus, Dr. Augustin, Dr. Piepenbrock und Dr. Mattern

beschlossen:

Die Sache wird an das Oberlandesgericht
in Düsseldorf zurückgegeben.

G r ü n d e :

Die Beteiligten sind Söhne des am 21. Januar 1935 verstorbenen Kommerzienrats Hubert U[REDACTED] und seiner am 19. Februar 1934 verstorbenen Ehefrau Katharina U[REDACTED] geb. G[REDACTED]. Im Testament vom 21. Juli 1934 hatte Hubert U[REDACTED], der Alleinerbe seiner Ehefrau war, u.a. die Testamentsvollstreckung angeordnet und seinen Sohn Dr. Josef U[REDACTED], den Notar Dr. Re[REDACTED] und Dr. M[REDACTED] zu Testamentsvollstreckern berufen. Den Testamentsvollstreckern wurde am 14. Februar 1935 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Nach dem Tode von Dr. Josef U[REDACTED] und Dr. Re[REDACTED] im Jahre 1946 traten an deren Stelle als Testamentsvollstrecker die Brüder Dr. Karl und Emil U[REDACTED] sowie der Bankdirektor D[REDACTED]. Das Nachlaßgericht erteilte am 11./19. Februar 1947 ein entsprechend berichtigtes Testamentsvollstreckerzeugnis. Nachdem der Bankdirektor D[REDACTED] ebenfalls verstorben war, ohne daß an seiner Stelle ein anderer Testamentsvollstrecker ernannt wurde, starben im Februar 1958 auch Dr. M[REDACTED] und Emil U[REDACTED]. Der Beteiligte Dr. Karl U[REDACTED] ernannte für sie zwei neue Testamentsvollstrecker.

Mit Schriftsatz vom 22. Juni 1951 hat Hubert Gottfried U[REDACTED] (Beteiligter zu 1) beantragt,

- 17 1. sämtliche nach Kommerzienrat U[REDACTED] oder seiner Ehefrau oder beiden Erblassern erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisse als unrichtig einzuziehen oder für kraftlos zu erklären.

- 3 -

2. die Testamentsvollstrecker Dr. Karl und Emil U. [REDACTED] sowie Dr. M. [REDACTED] abuberufen.
3. die Sicherung des Nachlasses in der Form anzuordnen, daß ein Nachlaßpfleger bestellt werde.

Das Amtsgericht (Nachlaßgericht) hat den Anträgen zu 2 und 3 entsprochen, den Antrag zu 1 zurückgewiesen. Auf die (sofortige) Beschwerde der Testamentsvollstrecker hat die Ferienzivilkammer des Landgerichts in Kleve durch Beschluß vom 4. August 1951 unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses sämtliche Anträge zurückgewiesen. Auf die (sofortige) weitere Beschwerde des Antragstellers und des Beteiligten zu 2 hat das Oberlandesgericht in Düsseldorf durch Beschluß vom 25. Oktober 1952 den Beschluß des Landgerichts aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückverwiesen mit der Begründung, das Landgericht sei nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen, weil nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. Mai 1952 (BGHZ 6, 193) Ferienzivilkammern zur Bearbeitung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zuständig seien. Durch Beschluß vom 15. August 1958 hat über die (sofortige) Beschwerde wiederum die Ferienzivilkammer des Landgerichts entschieden, die sich hierzu mit Rücksicht auf die neue, den bisherigen Standpunkt aufgebende Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Februar 1953 (BGHZ 9, 30) für befugt gehalten hat. Das Landgericht hat den Beschluß des Amtsgerichts insoweit aufgehoben, als der Testamentsvollstrecker Dr. Karl U. [REDACTED] entlassen, eine Sicherung des



Nachlasses und eine Nachlaßpflegschaft angeordnet ist, und die dahingehenden Anträge zurückgewiesen. Soweit die Entlassung der Testamentsvollstrecker Emil U. und Dr. Mo. beantragt war, wurde das Verfahren für erledigt erklärt. Gegen diesen Beschluß richtet sich die (sofortige) weitere Beschwerde des Antragstellers, der seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt, soweit nicht durch Zeitablauf und Erledigung der Sache Änderungen eingetreten sind.

Das Oberlandesgericht in Düsseldorf möchte die weitere Beschwerde zurückweisen, sieht sich hieran jedoch durch Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts und des Bundesgerichtshofs gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

Gegenstand der Entscheidung ist die Auslegung eines Rechtsgrundsatzes, der aus der Vorschrift des § 565 Abs. 2 ZPO abgeleitet wird. Diese Vorschrift gehört zwar dem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit an. Sie kommt aber ihrer rechtlichen Natur nach auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Betracht, so daß insoweit gegen die Anwendung des § 28 Abs. 2 FGG keine Bedenken bestehen.

Nach § 565 Abs. 2 ZPO hat das Berufungsgericht die Rechtsauffassung, die der Aufhebung seines Urteils durch das Revisionsgericht zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Diese Bindung des Berufungsgerichts hat nach der in der Rechtsprechung und von dem überwiegenden Teil des Schrifttums vertretenen Ansicht

zur Folge, daß auch das Revisionsgericht an die seinem früheren Urteil zugrunde liegende Rechtsauffassung gebunden ist, wenn die Sache erneut in die Revisionsinstanz gelangt (vgl. RGZ 149, 158, 163; BGHZ 3, 321, 325; LM BGB §. 675 Nr. 3; BVerfG NJW 1954, 1153 sowie das in BGHZ 25, 200, 204 und von Schröder in der Festschrift für Nikisch S. 205 ff. angeführte Schrifttum; a.A. Bettermann, NJW 1955, 262 und DVBl 1955, 21, 22). Im Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine dem § 565 Abs. 2 ZPO entsprechende Vorschrift nicht enthalten. Es ist jedoch anerkannt, daß die für das Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsätze über die Bindung des Berufungs- und Revisionsgerichts auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sinngemäß anzuwenden sind (vgl. RGZ 124, 322, 324; BGHZ 15, 122, 124; Beschluß des Senats als Senats für Landwirtschaftssachen vom 20. Februar 1951, V BLw 61/49, RdL 1951, 139 Nr. 23 = LM Nr. 2 zu LVO § 23; BVerfG aaO). Hiernach ist das Gericht der weiteren Beschwerde an die seinem Aufhebungsbeschluß zugrunde liegende Rechtsauffassung gebunden, wenn die erneute Entscheidung des Beschwerdegerichts wiederum mit der weiteren Beschwerde angefochten wird. Dies erkennt auch das vorlegende Oberlandesgericht an. Es geht bei seiner Beurteilung von dem Bindungsgrundsatz aus und will hiervon auch nicht abweichen. Das Oberlandesgericht ist vielmehr der Ansicht, daß nach Lage des Falles eine Bindung nicht bestehe; es meint jedoch, daß diese Auffassung von den Entscheidungen anderer Gerichte abweiche.

Bei der Prüfung der Frage, ob eine Abweichung im Sinne des § 28 Abs. 2 FGG vorliegt, brauchen die vom Oberlandesgericht angeführten Urteile des Reichsgerichts vom 9. April 1906 (JW 1906, 361 Nr. 24), vom 22. April 1932 (RGZ 136, 206), vom 20. Dezember 1932 (HRR 1933 Nr. 1539) und des Bundesgerichtshofs vom 6. November 1951 (BGHZ 3, 321) nicht näher behandelt zu werden, weil diese Entscheidungen Fragen des Prozeßrechts zum Gegenstand haben, die sich ersichtlich auf das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit beschränken (vgl. Keidel FGG 7. Aufl. § 28 Bem. 3 d. S. 434/435 und Schlegelberger FGG 7. Aufl. § 28 Bem. 9 sowie die dort angeführte Rechtsprechung). Es kommen deshalb für die Beurteilung lediglich in Betracht die Beschlüsse des Kammergerichts vom 13. Juli 1939 (JFG 20, 203), des Reichsgerichts vom 13. Mai 1929 (RGZ 124, 322) sowie des Bundesgerichtshofs vom 8. Juli 1954 (LM FGG § 28 Nr. 14) und 28. Oktober 1954 (BGHZ 15, 122).

Im dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall hatte das Amtsgericht auf Antrag des Jugendamts gemäß § 63 Abs. 1 Nr. 1 JWG die Fürsorgeerziehung mehrerer Minderjähriger angeordnet. Die sofortige Beschwerde der Mutter hatte nur teilweise Erfolg. Auf die sofortige weitere Beschwerde der Mutter und des Jugendamts hob das Kammergericht den Beschluß des Landgerichts auf und verwies die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an die Vorinstanz zurück, weil die Frage der Hilfsbedürftigkeit der Kinder (§ 55 JWG) nicht geprüft worden sei. Nunmehr hob das Landgericht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Kammergerichts die amtsgerichtliche Entschei-

dung völlig auf und wies den Antrag auf Anordnung der Fürsorgeerziehung zurück. Das Kammergericht wollte die sofortige weitere Beschwerde des Jugendamts zurückweisen, glaubte jedoch, hieran durch Entscheidungen eines anderen Oberlandesgerichts gehindert zu sein. Das Reichsgericht hat die Voraussetzungen für eine Vorlegung der Sache nicht für gegeben erachtet, weil ein Oberlandesgericht an die seinem Aufhebungsbeschuß zugrunde gelegte Rechtsauffassung gebunden sei, wenn die neue Entscheidung des Beschwerdegerichts wiederum mit der weiteren Beschwerde angefochten werde. Das Reichsgericht führt dazu weiter aus, nach dem auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden Grundsatz des § 565 Abs. 2 ZPO sei auch das Gericht der weiteren Beschwerde an seine maßgeblich ausgesprochene Rechtsauffassung solange gebunden, als das für die Vorinstanzen zutreffe, solange also eine dem Rechtsmittelverfahren zugrunde liegende und durch die Entscheidung des Gerichts der weiteren Beschwerde beeinflusste Verfügung einer Vorinstanz in Frage stehe. Es erscheine schwer erträglich, wenn in einem Rechtsmittelverfahren, das eine und dieselbe Anordnung zum Gegenstand habe, von der höchsten Instanz bald so bald anders entschieden werden könnte.

Die Entscheidung des Kammergerichts betrifft einen Fall, in dem das Nachlaßgericht die Erteilung eines Erbscheins abgelehnt hatte und auf Beschwerde durch das Landgericht auf Grund der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB angewiesen worden war, von seinen Bedenken Abstand zu nehmen. Die erneute Zurückweisung des Antrages

wurde vom Landgericht bestätigt. Das Kammergericht hat die weitere Beschwerde für begründet erachtet und ausgesprochen, daß, wenn das Nachlaßgericht einen Erbscheinantrag abgelehnt habe und auf Beschwerde durch das Landgericht zur Erteilung des Erbscheins angewiesen worden sei, auch das Landgericht im erneuten Beschwerdeverfahren an seine dem Aufhebungsbeschuß zugrunde liegende Rechtsauffassung gebunden sei. Eine Ausnahme bestehe nur dann, wenn sich der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt oder das anzuwendende Recht nachträglich in einem maßgeblichen Punkt geändert habe.

In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Juli 1954 zugrunde liegenden Fall handelte es sich darum, ob eine letztwillige Verfügung nach Ablauf der in den Rückerstattungsvorschriften bestimmten Frist noch gemäß § 2078 Abs. 2 BGB angefochten werden kann. Das Kammergericht hatte diese Frage in Übereinstimmung mit der Auffassung der Vorinstanzen bejaht, die Sache aber zur weiteren Beweisaufnahme an das Landgericht zurückverwiesen. Als gegen die erneute Entscheidung des Landgerichts wiederum weitere Beschwerde eingelegt wurde, hat das Kammergericht mit Rücksicht auf die inzwischen ergangene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Oktober 1953 (BGHZ 10, 340) diesem die Sache vorgelegt. Der Bundesgerichtshof hat eine Vorlegungspflicht verneint, weil das Kammergericht an die in seinem Aufhebungsbeschuß vertretene Rechtsansicht gebunden bleibe. Eine etwaige Abweichung von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Oktober 1953 sei unvermeidlich und nicht, wie es § 28 Abs. 2 FGG voraussetze, vom Willen des Kammergerichts abhängig.

Der Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 28. Oktober 1954 betrifft die Regelung des Sorgerechts für ein Kind aus einer geschiedenen Ehe. Das Amtsgericht hatte zunächst seine örtliche Zuständigkeit verneint, das Landgericht jedoch auf Beschwerde der Mutter des Kindes die Zuständigkeit bejaht und die Sache an das Amtsgericht zurückverwiesen, das daraufhin sachlich entschieden hat. Diese Entscheidung wurde auf die Beschwerde des Vaters des Kindes vom Landgericht ~~aufgehoben~~. Auf weitere Beschwerde hat das Kammergericht die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt, weil es der Ansicht war, daß es bei Bejahung der örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts von einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts abweichen würde. Der Bundesgerichtshof hat eine sachliche Entscheidung abgelehnt mit der Begründung, daß, nachdem keiner der Beteiligten gegen den zurückverweisenden Beschluß des Landgerichts ein Rechtsmittel eingelegt habe, in dem weiteren Verfahren nicht nur das Amtsgericht und das Landgericht, sondern auch das Oberlandesgericht an die dem zurückverweisenden Beschluß des Landgerichts zugrunde liegende Rechtsauffassung gebunden sei.

Sämtliche angeführten Entscheidungen behandeln die Frage, ob im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Landgericht (Oberlandesgericht), das auf Beschwerde (weitere Beschwerde) die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen hatte, an die seiner Entscheidung zugrunde gelegte Rechtsauffassung gebunden ist, wenn die neue Entscheidung der Vorinstanz wiederum angefochten wird. Die rechtliche Beurteilung betrifft in den drei ersten Fällen materielles Recht, im letzteren Fall die örtliche Zu-

ständigkeit des Gerichts, während es sich im gegenwärtigen Verfahren um die ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts handelt.

Das vorlegende Oberlandesgericht glaubt, an die in seinem Beschluß vom 25. Oktober 1952 vertretene Rechtsauffassung, daß Ferienzivilkammern zur Bearbeitung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zuständig seien, bei der Entscheidung über die erneute weitere Beschwerde nicht gebunden zu sein. Es begründet diese Auffassung, wie folgt: Der Bindungsgrundsatz finde dann keine Anwendung, wenn im konkreten Fall den Erwägungen, die im allgemeinen die Bindung rechtfertigten, keine durchschlagende Bedeutung zukomme. Die Besonderheit des vorliegenden Falles bestehe darin, daß die erste Entscheidung des Landgerichts nicht wegen Verletzung materiellen Rechts, sondern wegen einer Verletzung der Vorschriften über die ordnungsmäßige Besetzung des Gerichts (§ 27 FGG in Verbindung mit § 551 Nr. 1 ZPO) aufgehoben worden sei. Die Frage der nicht ordnungsmäßigen Besetzung des Gerichts habe sich nur auf eine bestimmte, nämlich die damals angefochtene Entscheidung bezogen. Irgendwelche darüber hinausgehenden Wirkungen für die weitere verfahrensmäßige oder gar materiell-rechtliche Behandlung der Sache habe die Entscheidung nicht. Der Gedanke, es erscheine schwer erträglich, daß in demselben anhängigen Verfahren von der höchsten Instanz bald so bald anders entschieden werden könnte (RGZ 124, 322), habe seine volle Bedeutung nur dann, wenn es sich um eine Rechtsauffassung zu Fragen handle, die noch für die weitere Prüfung und Entscheidung selbst ihre Bedeutung behielten. Dieser Gesichtspunkt treffe auf den vorliegenden Fall nicht zu.

Die Frage, ob das vorlegende Oberlandesgericht bei der Entscheidung über die weitere Beschwerde an seine im Beschluß vom 25. Oktober 1952 vertretene Rechtsauffassung, daß Ferienzivilkammern zur Bearbeitung von Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zuständig seien, gebunden ist, hängt von der Auslegung des Grundsatzes der Bindung des zurückverweisenden Gerichts ab. Der Bundesgerichtshof kann zu dieser Frage nur dann Stellung nehmen, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG gegeben sind, wenn also die vom Oberlandesgericht in dem Vorlegungsbeschluß dargelegte Rechtsauffassung von den angeführten Entscheidungen abweicht. Die Aufhebung des Beschwerdebeschlusses vom 4. August 1951 und die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht beruhte auf der Auffassung, daß das Beschwerdegericht nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen sei. Darüber hinausgehende Wirkungen sollte die Entscheidung nach der Auffassung des Oberlandesgerichts nicht haben. Das Oberlandesgericht hat im Vorlegungsbeschluß eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß es den in den angeführten Entscheidungen enthaltenen Grundsatz der Bindung des zurückverweisenden Gerichts anerkennt. Auch von der im Beschluß des Kammergerichts vertretenen Ansicht, daß ausnahmsweise eine Bindung nur dann nicht bestehe, wenn sich der der Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt oder das anzuwendende Recht nachträglich in einem für die Rechtsauffassung maßgeblichen Punkt geändert habe, will das Oberlandesgericht nicht abweichen. Es will den beiden vom Kammergericht bezeichneten Ausnahmen nicht etwa eine weitere Ausnahme hinzufügen. In Wirklichkeit stellt übrigens die Verneinung der Bindung in den vom Kammergericht angeführten Fällen überhaupt keine Ausnahme von dem

Grundsatz der Bindung dar. Dies ergibt sich im Falle einer zwischenzeitlichen Gesetzesänderung schon daraus, daß die Bindungswirkung auf der Rechtsansicht zu einer bestimmten Rechtsnorm beruht und deshalb bei einer Änderung dieser Rechtsnorm ohne weiteres entfällt (vgl. Schröder aaO S. 223). Das Oberlandesgericht ist vielmehr der Auffassung, daß die Voraussetzungen, unter denen sonst eine Bindung des Gerichts begründet ist, im vorliegenden Fall wegen des ganz anders gelagerten Sachverhalts nicht gegeben seien. Die Ausführungen in den Entscheidungen des Kammergerichts, des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs über die Bindung des Rechtsmittelgerichts an die in einem zurückverweisenden Beschluß vertretene Rechtsauffassung beziehen sich auf Rechtsfragen, denen ihrer Natur nach eine für das ganze Verfahren andauernde Wirkung zukam. Die Anwendung des § 28 Abs. 2 FGG setzt nicht voraus, daß der Sachverhalt, über den das vorlegende Oberlandesgericht zu entscheiden hat, der gleiche ist, wie er den Entscheidungen der anderen Gerichte zugrunde lag. Es genügt vielmehr, daß der gleiche Rechtsgrundsatz von den in Betracht kommenden Gerichten unterschiedlich aufgefaßt und gehandhabt wird (vgl. RGZ 148, 175; BGHZ 9, 179). Gleichwohl können verschiedenartige Tatbestände auch eine unterschiedliche rechtliche Beurteilung rechtfertigen, ohne daß darin in jedem Fall eine Abweichung im Sinne des § 28 Abs. 2 FGG zu erblicken wäre. Eine Vorlegungspflicht besteht jedenfalls dann nicht, wenn die andere rechtliche Beurteilung sich auf einen Sachverhalt bezieht, der - wie im vorliegenden Fall - von den Entscheidungen der anderen Gerichte völlig verschieden ist (vgl. BayObLGE 1951, 377, 383; OLG Hamm VersR 1952, 394 Nr.477).

Die Frage, ob das Rechtsmittelgericht an die Rechtsauffassung, mit der es die nicht ordnungsmäßige Besetzung des Beschwerdegerichts begründet hat, auch bei der Entscheidung über eine erneute weitere Beschwerde gebunden ist, soweit es sich um die Besetzung des Gerichts handelt, das die neue Beschwerdeentscheidung erlassen hat, wird in den von dem Oberlandesgericht angeführten Entscheidungen nicht behandelt. Wie diese Frage zu beantworten ist, insbesondere ob etwa, wie das Bundesverwaltungsgericht (MDR 1958, 541 = NJW 1958, 1841 = JZ 1959, 220 mit ablehnender Anmerkung von Schmitt) meint, der Bindungsgrundsatz entfällt, wenn zwischen dem ersten und dem zweiten Rechtsgang neue revisionsrichterliche Grundsätze erarbeitet worden sind, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls würde das Oberlandesgericht, wenn es glaubt, an die Rechtsauffassung, mit der es die nicht ordnungsmäßige Besetzung des Beschwerdegerichts und damit die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung begründet hat, bei der Entscheidung über die erneute weitere Beschwerde nicht gebunden zu sein, damit nicht von den angeführten Entscheidungen abweichen.

Die Sache mußte deshalb, ohne daß zu der Frage, ob das Oberlandesgericht an die in seinem früheren Beschluß vertretenen Rechtsauffassung gebunden ist, Stellung genommen werden kann, an das Oberlandesgericht zurückgegeben werden.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Dr. Mattern