

Nachschlagewerk: ja

Antliche Sammlung: ja

BGB §§ 2361 Abs. 1 Satz 1, 2368 Abs. 3; FGG § 12

Ergeben sich Zweifel an der Richtigkeit eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (Erbscheins), so ist das Zeugnis nicht ohne weiteres einzuziehen, vielmehr ist über die Einziehung erst nach abschließender Aufklärung zu entscheiden.

BGH, Beschl. v. 5. Juli 1963 - V ZB 7/63 - KG - LG Berlin -
AG Charlottenburg

B e s c h l u ß

In der Nachlaßsache

der am 5. Mai 1962 in B [REDACTED]-W [REDACTED] verstorbenen
Witwe Greta Meta Johanna G [REDACTED] geb. L [REDACTED]

Beteiligte:

1. Ehefrau Erika W e [REDACTED] geb. L [REDACTED] in
H [REDACTED]-Bl [REDACTED], Wi [REDACTED]straße [REDACTED] a,
Antragstellerin,
- vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerhard F [REDACTED]
in B [REDACTED] W [REDACTED], U [REDACTED]straße [REDACTED] -
2. Steuerbevollmächtigter Fritz K [REDACTED] in B [REDACTED]-
C [REDACTED], Sophie-Ch [REDACTED]straße [REDACTED],
Antragsgegner,
- vertreten durch Rechtsanwalt Walter Ki [REDACTED] in
B [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED] -
3. Rechtsanwalt Eberhard von M [REDACTED] in
B [REDACTED]-W [REDACTED], Bi [REDACTED] Straße [REDACTED],
als Nachlaßpfleger,

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der
Sitzung vom 5. Juli 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Augustin, Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag und Dr. Mattorn
beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde des Antragsgeg-
ners werden die Beschlüsse der Zivilkammer 83
des Landgerichts Berlin vom 20. Dezember 1962
und des Amtsgerichts Charlottenburg vom 24. Sep-
tember 1962 aufgehoben. Die Sache wird zur Ent-
scheidung über den Antrag auf Erteilung eines
neuen Testamentsvollstreckerverzeichnisses an das
Amtsgericht Berlin-Charlottenburg zurückverwie-
sen, dem auch die Entscheidung über die außer-
gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens
und des Verfahrens der weiteren Beschwerde über-
tragen wird.

- 2 -

Das Beschwerdeverfahren und das Verfahren der weiteren Beschwerde sind gebührenfrei; Auslagen werden nicht erhoben.

Der Wert des Gegenstandes der weiteren Beschwerde beträgt 10 000 DM.

G r ü n d e :

I.

Die am 5. Mai 1962 im Alter von fast 82 Jahren in B- -C- ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorbene Witwe Greta Meta Johanna G- geb. L- (Erblasserin) hat in einem notariellen Testament vom 30. April 1962, das Erbinsetzungen und Vermächtnisanordnungen enthält, den Steuerbevollmächtigten Fritz K- in B- -C- (Antragsgegner) zum Testamentsvollstrecker ernannt. In der Niederschrift über die Testamenterrichtung hat der Notar erklärt, aus der Unterhaltung und dem persönlichen Eindruck habe er die Überzeugung gewonnen, daß die Erblasserin testierfähig sei. Frau G- habe im Bett gelegen und sei körperlich schwach gewesen, sie sei jedoch auch nach Ansicht der als Zeugen zugezogenen Pflegepersonen testierfähig.

Das Amtsgericht hat dem Beteiligten zu 2 auf seinen Antrag ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Die von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene Beteiligte zu 1, eine Nichte der Erblasserin, hat beantragt, das Testamentsvollstreckerzeugnis als unrichtig einzuziehen, weil die Erblasserin im Zeitpunkt der Testamenterrichtung testierunfähig gewesen sei. Zum Beweis hierfür hat sie sich auf das Zeugnis des behandelnden Arztes und der Fürsorgerin des Krankenhauses berufen.



Das Amtsgericht hat eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet und durch Beschluß vom 24. September 1962 die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses angeordnet. Das Landgericht hat die Beschwerde des Antragsgegners zurückgewiesen. Es stützt seine Entscheidung auf eine fernmündliche Auskunft, die der Nervenfacharzt Dr. Gr. dem Berichterstatter im Beschwerdeverfahren gegen die Anordnung der Nachlaßpflegschaft erteilt und in welcher der Arzt erklärt hat: Die Erblasserin sei von ihm am 12. April 1962 im Krankenhaus untersucht worden. Hierbei habe er bei ihr einen fortgeschrittenen psychischen Altersabbau festgestellt, der auf einer Zerebralsklerose beruhe. Sie sei mit Sicherheit testierunfähig gewesen. An diesem Zustand habe sich auch später nichts geändert. Nachdem die Erblasserin in das Altersheim (Krankenhaus) gekommen sei, habe er sie dort fast täglich aufgesucht. Wenn er auch nicht wisse, ob er die Erblasserin gerade am 30. April 1962 gesehen habe, so könne er doch auf Grund der früheren und späteren Explorationen mit Sicherheit sagen, daß sie an diesem Tage nicht testierfähig gewesen sei. Das Landgericht führt dazu aus, bloße Zweifel an der Richtigkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses könnten zwar für eine Einziehung nicht ausreichen. Diese Zweifel hätten sich jedoch durch die ärztliche Auskunft so weit verdichtet, daß die Überzeugung des Beschwerdegerichts von der Richtigkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses erschüttert sei. Den Angaben des sachverständigen Zeugen komme bei seiner dem Gericht bekannten Sachkunde und Objektivität eine so große Bedeutung zu, daß die Testierfähigkeit der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht mehr als erwiesen zu erachten sei. Die tatsächliche und rechtliche Situation sei durch die ärztliche Auskunft so unklar geworden, daß das Testamentsvollstreckerzeugnis aus dem Verkehr gezogen werden müsse. Es sei nicht

Aufgabe des Nachlaßgerichts, im Einziehungsverfahren eine völlige Klärung zu schaffen; diese könne nur in einem neuen Verfahren zwecks Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses oder auch im Erbscheinsverfahren erfolgen.

Der Beteiligte zu 2 hat gegen den Beschluß des Landgerichts weitere Beschwerde eingelegt und, nachdem er auf Verlangen des Nachlaßgerichts die Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgegeben hatte, beantragt, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses das Amtsgericht zur Erteilung eines neuen, mit dem eingezogenen inhaltsgleichen Testamentsvollstreckerzeugnisses anzuweisen. Die Antragstellerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Das Kammergericht möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, sieht sich jedoch hieran durch den Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 30. Oktober 1962 (NJW 1963, 158 = MDR 1963, 220) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II.

A. Die Voraussetzungen des § 28 FGG liegen vor, weil das Kammergericht, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt, bei der Auslegung einer reichs(bundes)gesetzlichen Vorschrift, welche eine der in § 1 FGG bezeichneten Angelegenheiten betrifft, von dem vorerwähnten auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts abweichen würde.

B. Die weitere Beschwerde ist gemäß § 27 FGG zulässig und auch begründet.

1. Die Tatsache, daß das Nachlaßgericht nach Einlegung der weiteren Beschwerde das Testamentsvollstreckerzeugnis eingezogen hat, steht der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen. Die vollzogene Einziehung kann zwar nicht rückgängig gemacht werden. Die Einziehungsanordnung kann jedoch (wie auch die Anordnung der Einziehung eines Erbscheins) im Wege der Beschwerde (weiteren Beschwerde) mit dem Ziel der Erteilung eines neuen, gleichlautenden Testamentsvollstreckerzeugnisses (Erbscheins) angefochten werden (vgl. Jansen, FGG § 84 Anm. 5 f; Keidel, FGG 8. Aufl. § 84 Anm. 20; BGHZ 30, 220, 223/224).

2. Nach § 2368 Abs. 3 BGB finden auf das Testamentsvollstreckerzeugnis die Vorschriften über den Erbschein entsprechende Anwendung. Ein Testamentsvollstreckerzeugnis ist deshalb einzuziehen, wenn sich ergibt, daß es unrichtig ist (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB).

a) Eine Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften bei Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses genügt zur Einziehung nicht, es sei denn, daß das Zeugnis in einem unzulässigen Verfahren, etwa ohne Antrag eines Antragsberechtigten oder abweichend vom Antrag oder von einem unzuständigen Gericht erteilt worden ist (vgl. Jansen aaO § 84 Anm. 4 a und die dort angeführte Rechtsprechung). Ein solcher Fall liegt nicht vor. Das Kammergericht erörtert in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Vorschrift des § 2368 Abs. 2 BGB, wonach vor Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses bei Vorliegen eines öffentlichen Testaments eine Anhörung der Erben nicht erforderlich ist, mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) im Widerspruch steht. Einer Stellungnahme zu dieser Frage bedarf es nicht. Selbst wenn das Amtsgericht dadurch, daß es vor Erteilung des Zeugnisses die Erben nicht gehört hat, den

Grundsatz des rechtlichen Gehörs verletzt haben sollte (vgl. dazu OLG Köln, NJW 1962, 1727), könnte aus diesem Grunde allein die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht angeordnet werden, weil, wie das Kammergericht zutreffend ausführt, die Einziehung - von den erwähnten Ausnahmefällen abgesehen - eine sachliche Unrichtigkeit des Zeugnisses voraussetzt.

b) Ein Testamentsvollstreckerzeugnis ist unrichtig, wenn das Testament, in dem der Erblasser den Testamentsvollstrecker ernennt (§ 2197 BGB), etwa wegen Testierunfähigkeit des Erblassers (§ 2229 Abs. 4 BGB) oder infolge Anfechtung unwirksam ist. Die Einziehung eines Erbscheins setzt dessen Unrichtigkeit voraus. Eine Unrichtigkeit im Sinne des § 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins nicht mehr gegeben sind. Die Einziehung eines Erbscheins bildet das Gegenstück zu seiner Erteilung. Infolgedessen muß, wie sich aus § 2359 BGB ergibt, die Einziehung angeordnet werden, wenn die zur Begründung des Erbscheinsantrages erforderlichen Tatsachen nicht mehr als festgestellt zu erachten sind. In der Rechtsprechung und im Schrifttum ist anerkannt, daß es für die Einziehung eines Erbscheins genügt, wenn die nach § 2359 BGB erforderliche Überzeugung des Nachlaßgerichts von dem bezeugten Erbrecht über einen bloßen Zweifel hinaus erschüttert ist, weil dann die Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins nicht mehr erfüllt sind. Von dieser Rechtsauffassung, die dem angefochtenen Beschluß zugrunde liegt, geht auch das Kammergericht aus, das zutreffend auf die Bemerkung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (aaO) hinweist, das Nachlaßgericht müsse sich bei der Entscheidung über die Einziehung des Erbscheins in die Lage versetzen, als hätte es über die Erteilung des Erbscheins nach § 2359 BGB zu

befinden, so daß es den Erbschein einziehen müsse, wenn er, falls jetzt über die Erteilung zu entscheiden wäre, nicht mehr erteilt werden dürfte. Entsprechendes gilt für das Testamentsvollstreckerzeugnis.

Das Amtsgericht hat über die von der Antragstellerin geltend gemachte Testierunfähigkeit der Erblasserin keinerlei Beweis erhoben, während das Landgericht seine Entscheidung auf eine fernmündliche ärztliche Auskunft gestützt hat. Mit Recht rügt der Antragsgegner die mangelnde Aufklärung des Sachverhalts. Nach § 2361 Abs. 3 BGB kann das Nachlaßgericht von Amts wegen über die Richtigkeit eines Erbscheins (Testamentsvollstreckerzeugnisses) Ermittlungen veranstalten. Es ist hierzu nach § 12 FGG verpflichtet, wenn ein Antrag auf Einziehung hierzu Anlaß bietet (vgl. KGJ 36 A 114; OLG Köln NJW 1962, 1727, 1728; Brand/Kleef, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis § 113 S. 375; Palandt, BGB 22. Aufl. § 2361 Anm. 2; Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 2361 Anm. 12). Art und Umfang der Ermittlungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit richten sich nach der Lage des Einzelfalles. Das Gericht entscheidet hierüber nach freiem Ermessen, ohne an Beweisanträge der Beteiligten gebunden zu sein. Der Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG) verpflichtet das Gericht, alle zur Aufklärung des Sachverhalts dienlichen Beweise zu erheben. Dies bedeutet nicht, daß das Gericht allen nur denkbaren Möglichkeiten von Amts wegen nachgehen müßte; eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht kann vielmehr dem Gericht nur auferlegt werden, soweit das Vorbringen der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung sich aufdrängender Gestaltungsmöglichkeiten dazu Anlaß gibt (BGHZ 16, 378, 383/384). Die Ermittlungen sind jedenfalls so weit auszudehnen, bis der Sachverhalt vollständig aufgeklärt ist, und erst dann abzuschließen, wenn von weiteren Ermittlungen ein sach-

dienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist. Das Gericht darf deshalb eine Entscheidung erst treffen, wenn es alle nach den Umständen des Falles erforderlichen Beweise erschöpft hat (vgl. Brand/Kleef aaO; Keidel aaO; BGB RGRK 11. Aufl. § 2361 Anm. 1; Staudinger, BGB 10./11. Aufl. § 2361 Anm. 15, 29; OLG Hamm JMBL NRW 1956, 246). Diese Grundsätze gelten auch, wenn es sich um die Einziehung eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses handelt. Zur Beurteilung der Testierunfähigkeit eines Erblassers, die erfahrungsgemäß in der Regel erhebliche Schwierigkeiten bereitet, kann eine fernmündliche ärztliche Auskunft nicht ausreichen. Das Kammergericht beanstandet deshalb mit Recht, daß das Beschwerdegericht ohne weitere Ermittlungen die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses gebilligt und die endgültige Klärung einem neuen Verfahren vorbehalten hat. Der Grundsatz, daß die Einziehung eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses schon dann gerechtfertigt ist, wenn die Überzeugung des Nachlaßgerichts von der Richtigkeit des Erbscheins oder Zeugnisses erschüttert ist, bedeutet nicht, daß, wie das Kammergericht zutreffend ausführt, die Ermittlungen nur so weit zu erstrecken seien, bis sich mehr oder weniger starke Zweifel an der Richtigkeit der Bescheinigungen ergeben. Die Einziehung darf vielmehr erst angeordnet werden, wenn das Gericht nach Durchführung der zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen die Richtigkeit des Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht mehr als erwiesen erachtet.

Das Bayerische Oberste Landesgericht hat hierzu in dem oben erwähnten Beschluß eine abweichende Auffassung vertreten. Gegenstand dieser Entscheidung waren Anträge auf Einziehung eines Erbscheins, die mit einer Anfechtung des Testaments begründet wurden. Das Bayerische Oberste Landesgericht

geht zwar ebenfalls von dem Grundsatz aus, daß ein Erbschein unrichtig ist, wenn die Überzeugung des Nachlaßgerichts von dem bezugten Erbrecht über einen bloßen Zweifel hinaus erschüttert ist. Es meint jedoch, wegen der von dem erteilten Erbschein ausgehenden Gefahr eines gutgläubigen Dritterwerbs (§ 2366 BGB) und der Möglichkeit befreiender Leistung an den Erbscheinserben (§ 2367 BGB) müsse das Nachlaßgericht in der Lage sein, den Erbschein einzuziehen, wenn die Zweifel an seiner Richtigkeit sich zu erheblichen Bedenken verdichtet hätten und zur endgültigen Klärung noch weitere Ermittlungen nötig wären. Die Frage, ob diese Ausführungen auch dann gelten, wenn es sich um die Einziehung eines Erbscheins wegen Testierunfähigkeit des Erblassers handelt, wird in dem Beschluß ausdrücklich offen gelassen. Zwischen der Testamentsanfechtung und der Geltendmachung der Testierunfähigkeit besteht ein Unterschied insofern, als das Nachlaßgericht bei Erteilung eines Erbscheins die Testierfähigkeit des Erblassers von Amts wegen zu prüfen hat, während die Anfechtbarkeit keiner Amtsprüfung unterliegt; denn mit der Anfechtung wird ein der Entschließung der Beteiligten (auch hinsichtlich der Anfechtungsgründe, vgl. BayObLGZ 1962, 47) unterstehendes frist- und formgebundenes Gestaltungsrecht geltend gemacht. Diese Gesichtspunkte sind jedoch für die Entscheidung im gegenwärtigen Verfahren ohne Bedeutung. Sowohl im Falle der Testamentsanfechtung wie bei Geltendmachung der Testierunfähigkeit handelt es sich bei der Frage, ob ein Erbschein (Testamentsvollstreckerzeugnis) schon vor dem Abschluß der in Betracht kommenden Ermittlungen eingezogen werden darf, um die gleiche Rechtsfrage, die für beide Fälle nur einheitlich beantwortet werden kann.

Der Senat vermag der Auffassung, daß die Einziehung eines Erbscheins schon auf Grund nur vorläufiger Ermittlun-

gen zulässig sei, nicht zu folgen. Die Einziehung ist keine einstweilige Maßnahme, sondern stellt eine endgültige Entscheidung dar; denn mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos (§ 2361 Abs. 1 Satz 2 BGB). Schon hieraus ergibt sich, daß die Einziehung eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerverzeichnisses abschließende Ermittlungen voraussetzt. Die Bedenken des Bayerischen Obersten Landesgerichts, die aus dem öffentlichen Glauben des Erbscheins hergeleitet werden, sind nicht geeignet, die Einziehung eines Erbscheins nach nur vorläufigen Ermittlungen zu rechtfertigen. Es ist zwar richtig, daß die Gefahren, die aus einem unrichtigen Erbschein dem wirklichen Erben drohen können, durch die nach dem Gesetz zulässigen Maßnahmen (einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts gemäß § 24 Abs. 3 FGG oder, solange die Sache noch beim Nachlaßgericht anhängig ist, - da hier eine einstweilige Anordnung gesetzlich nicht möglich ist - eine auf Antrag eines Beteiligten zu erlassende einstweilige Verfügung des Prozeßgerichts, durch die der Erbscheinsinhaber veranlaßt wird, den Erbschein an das Nachlaßgericht zur Verwahrung abzugeben) nicht völlig ausgeschaltet werden, weil die an die Erteilung des Erbscheins geknüpfte Vermutung des § 2365 BGB nicht den Besitz des Erbscheins voraussetzt, sondern unabhängig davon besteht, ob der Erbschein vorgelegt wird oder überhaupt einem Beteiligten bekannt ist (BGHZ 33, 314, 317). Daß Erbscheine in den Verkehr gelangen, die sich später als unrichtig herausstellen, läßt sich nicht vermeiden. Die dem wirklichen Erben durch das Bestehen eines unrichtigen Erbscheins oder Testamentsvollstreckerverzeichnisses drohenden Gefahren dürfen jedoch, wie auch das Kammergericht mit Recht hervorhebt, nicht überschätzt werden. Sie können jedenfalls durch die erwähnten einstweiligen Maßnahmen weitgehend ausgeschaltet werden, da dem Erbscheinserben beispielsweise Verfügungen über Grundstücke praktisch unmöglich gemacht werden, wenn er keine

Ausfertigung des Erbscheins vorlegen kann, wobei allerdings zu beachten ist, daß das Grundbuchamt, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, von der Vorlegung eines Erbscheins absehen kann (§ 35 Abs. 1 GBO). Entsprechendes gilt für ein Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 35 Abs. 2 GBO). Nach Auffassung des Senats ist auch im Einzichungsverfahren an dem Grundsatz, daß die Entscheidung erst nach Durchführung der Ermittlungen getroffen werden darf, festzuhalten.

C. Die Sache mußte somit unter Aufhebung der Vorentscheidungen an das Amtsgericht zurückverwiesen werden, das nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen nunmehr über den Antrag auf Erteilung eines neuen Testamentsvollstreckerzeugnisses sowie über die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens der weiteren Beschwerde zu befinden haben wird. Dabei wird es angebracht sein, daß die erforderliche Beweisaufnahme entsprechend der Anregung des Kammergerichts durchgeführt wird.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Piepenbro

Dr. Freitag

Dr. Mattern