

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.: 186165****letzte Aktualisierung: 04. Februar 2022****FamFG § 352****Erbscheinsantrag bei gewillkürter Erbfolge; Angabe des Erblassers als Urheber des eigenhändigen Testaments****I. Sachverhalt**

Es wurde ein Erbscheinsantrag bei gewillkürter Erbfolge aufgrund eines Einzeltestaments beurkundet. Hierin wurden sämtliche gem. § 352 FamFG erforderliche Angaben gemacht und deren Richtigkeit vom Antragsteller an Eides statt versichert.

Nach Einreichung beim zuständigen Nachlassgericht erging seitens der RichterIn die Mitteilung, dass der Erbscheinsantrag bislang nicht den gesetzlichen Erfordernissen entspreche, da mitgeteilt werden müsse, wer das Testament ge- und unterschrieben habe und zudem die Richtigkeit dieser entsprechenden Angabe an Eides statt versichert werden müsse. Eine Mitteilung, auf welcher gesetzlichen Grundlage diese Angabepflicht beruhe, unterblieb.

**II. Zur Rechtslage**

1. Die Anforderungen, die an den Inhalt eines Erbscheinsantrags bei gewillkürter Erbfolge zu stellen sind, ergeben sich nach Inkrafttreten des Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29.6.2015 (BGBl. I, S. 1042) für alle Erbfälle, die nach dem 16.8.2015 eingetreten sind, aus § 352 Abs. 2 FamFG.

Gem. § 352 Abs. 2 Nr. 1 FamFG hat der Antragsteller zunächst die **Verfügung von Todes wegen zu bezeichnen**, auf der sein Erbrecht beruht. Dies erfordert die Angabe des Datums der Verfügung und etwaiger sonstiger Kennzeichen, die eine Verwechslung ausschließen (vgl. zur identischen Rechtslage nach § 2355 BGB a. F.: Staudinger/Herzog, BGB, 2010, § 2355 Rn. 2). Ferner ist gem. § 352 Abs. 2 Nr. 2 FamFG anzugeben, ob und welche **sonstigen Verfügungen des Erblassers von Todes wegen** vorhanden sind. Schließlich verlangt § 352 Abs. 2 Nr. 3 FamFG, die in § 352 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 u. 6-8 sowie S. 2 FamFG vorgeschriebenen Angaben zu machen, sodass der Antragsteller noch Folgendes anzugeben hat:

- Den Zeitpunkt des Todes des Erblassers (Abs. 1 S. 1 Nr. 1),
- den letzten gewöhnlichen Aufenthalt und die Staatsangehörigkeit des Erblassers (Abs. 1 S. 1 Nr. 2),
- ob ein Rechtsstreit über sein Erbrecht anhängig ist (Abs. 1 S. 1 Nr. 6),

- dass er die Erbschaft angenommen hat (Abs. 1 S. 1 Nr. 7),
  - die Größe seines Erbteils (Abs. 1 S. 1 Nr. 8) und
  - für den Fall, dass eine Person weggefallen ist, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, in welcher Weise die Person weggefallen ist (Abs. 1 S. 2).
2. **Maßgeblicher Inhalt** des Erbscheinsantrags als Erbe aufgrund gewillkürter Erbfolge ist nach § 352 Abs. 2 Nr. 1 FamFG ergo die **Bezeichnung der Verfügung, auf der das Erbrecht beruht**. Dabei hat die Benennung der Verfügung so zu erfolgen, dass eine Verwechslung ausgeschlossen ist (vgl. BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.1.2022, § 352 Rn. 13). Dies erfordert bei eigenhändigen Testamenten die Angabe des Datums, bei notariellen Urkunden zusätzlich die Bezeichnung der Urkundenrollennummer und des Notars mit Amtssitz (BeckOK-FamFG/Schlögel, a. a. O.).

In der Literatur wird davon ausgegangen, dass die Vorgaben des § 352 Abs. 2 Nr. 1 FamFG bei Vorliegen nur einer Verfügung von Todes wegen der Angabe gem. § 352 Abs. 1 Nr. 5 FamFG (Angabe, ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind) entspreche (so Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352 Rn. 14). Liegen mehrere Verfügungen von Todes wegen vor, müsse der Antragsteller diejenige Verfügung angeben (bezeichnen), die sein Erbrecht begründe (Harders, a. a. O.). Nach Harders (a. a. O.) kann dies letztlich in jeder Form geschehen, die die Verfügung von Todes wegen eindeutig beschreibe, z. B. durch Angabe eines Datums, bei fehlendem Datum auch durch Wiedergabe bzw. teilweise Wiedergabe des Wortlautes usw.

Angaben zur Geltung der zugrunde gelegten bzw. Nichtgeltung sonst vorhandener Verfügungen von Todes wegen werden in der Literatur für zweckmäßig gehalten, seien aber nicht vorgeschrieben, sodass sie der Ermittlung des Nachlassgerichts überlassen bleiben könnten (so MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352 Rn. 42).

3. Zur Frage, ob im Falle der Vorlage einer **privatschriftlichen** Verfügung von Todes wegen erforderlich ist, im Erbscheinsantrag anzugeben, **wer** das Testament ge- und unterschrieben hat und zudem die Richtigkeit dieser entsprechenden Angabe an Eides statt zu versichern, ließen sich leider in der uns zugänglichen Rechtsprechung und Literatur **keine ausdrücklichen Ausführungen** ermitteln.

Insoweit dürfte aus unserer Sicht wie folgt zu differenzieren sein: Wird nach einem Erblasser ein Erbrecht aufgrund gewillkürter Erbfolge geltend gemacht und ein entsprechender Erbscheinsantrag unter Vorlage einer Verfügung von Todes wegen gestellt, **dürfte regelmäßig explizit, aber zumindest konkludent damit behauptet** sein, dass das vorgelegte Schriftstück vom Erblasser her stammt, d. h. vom Erblasser geschrieben wurde und seine Unterschrift trägt (vgl. z. B. Najdecki, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, VI.32 Erbscheinsantrag bei gewillkürter Erbfolge unter II.: „Der Erblasser hat folgende Verfügung von Todes wegen hinterlassen: Privatschriftliches Testament vom ... Weitere Verfügungen von Todes wegen des Erblassers sind und waren nicht vorhanden.“). Wir nehmen an, dass diese Angabe auch in dem hier zugrunde gelegten Erbscheinsantrag so oder so ähnlich enthalten war.

Was den **Nachweis der Richtigkeit der Angaben** im Erbscheinsantrag anbelangt, so verlangt § 352 Abs. 3 S. 1 FamFG im Falle eines Erbscheinsantrags aufgrund gewillkürter Erbfolge die **Vorlage der Urkunde**, auf der das Erbrecht des Antragstellers beruhen soll. Die daneben erforderliche eidesstattliche Versicherung nach § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG bezieht sich dagegen auf den Nachweis der übrigen nach den Absätzen 1 und 2 erforderlichen Angaben. Dies bezieht sich vor allem auf die **negativen Tatsachen**, die in der Regel nicht durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden können, wie z. B. im Falle der gesetzlichen Erbfolge das Vorhandensein der Zugewinnngemeinschaft im Zeitpunkt des Todes des Erblassers.

Dass der Erblasser die vorgelegte Verfügung von Todes wegen selbst geschrieben und unterschrieben hat, ist damit u. E. **nicht Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung** des Antragstellers; hierfür spricht allein, dass der Antragsteller regelmäßig nicht bei der Errichtung der Verfügung von Todes wegen als Zeuge oder Mitverfügender anwesend gewesen sein wird und eine solche Wissenserklärung daher überhaupt nicht abgeben kann. Diese Fragen betreffen vielmehr die **formgerechte Errichtung** der Verfügung von Todes wegen, die das Nachlassgericht **von Amts wegen nach § 26 FamFG zu prüfen** hat. Dies bedeutet nicht, dass das Gericht in jedem Fall besondere Ermittlungen hinsichtlich der Echtheit des Testaments anstellen müsste und beispielsweise schriftvergleichende Gutachten einholen müsste (vgl. nur Krätzsche, in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 38 Rn. 57 ff.). Die Einholung des Gutachtens eines Schriftsachverständigen ist vielmehr nur im Falle eines berechtigten Zweifels erforderlich (vgl. nur BayObLG BeckRS 2010, 30303).