

Dokumentnummer: i15w265_11
letzte Aktualisierung: 19.02.2013

OLG Hamm , 11.10.2012 - I-15 W 265/11

BeurkG §§ 26 Abs. 1 Nr. 2, 27

Wirksamkeit notariellen Testaments bei Verstoß gegen Mitwirkungsverbot (Schreibzeuge)

Zur Wirksamkeit eines notariellen Testaments trotz Hinzuziehung eines dem Mitwirkungsverbot unterliegenden Schreibzeugen. (amtlicher Leitsatz)

Oberlandesgericht Hamm, I-15 W 265/11

Datum: 11.10.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: I-15 W 265/11

Vorinstanz: Amtsgericht Unna, 6 VI 690/10
Schlagworte: Unzulässige Mitwirkung eines Schreibzeugen
Normen: BeurkG § 26 Abs. 1 Nr. 2; BeurkG § 27
Leitsätze: Zur Wirksamkeit eines notariellen Testaments trotz Hinzuziehung eines dem Mitwirkungsverbot unterliegenden Schreibzeugen.

Tenor: Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3) wird als unzulässig verworfen.

Die Beteiligten zu 2) und 3) haben die dem Beteiligten zu 1) im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 20.000,- € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:

- | | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den nach den §§ 352, 354 FamFG ergangenen Feststellungsbeschluss des Amtsgerichts ist zulässig. Der Beteiligte zu 2) ist beschwerdebefugt (§ 59 Abs. 1 FamFG), weil er für sich in Anspruch nimmt, gesetzlicher Miterbe der Erblasserin geworden zu sein. Als gesetzlicher Miterbe wäre er durch die Erteilung des angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnisses in seinem Erbrecht beeinträchtigt. | 1
2 |
| Die Beschwerde des Beteiligten zu 3) ist dagegen mangels Beschwerdebefugnis unzulässig. § 59 Abs. 1 FamFG erfordert einen unmittelbaren Eingriff durch den angefochtenen Beschluss in | 3 |

ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 59, Rn. 9). Dieses ist ein durch Gesetz verliehenes oder durch die Rechtsordnung anerkanntes und von der Staatsgewalt geschütztes, dem Beschwerdeführer zustehendes materielles Recht; wirtschaftliche, rechtliche oder sonstige berechnigte Interessen genügen nicht (Keidel/Meyer-Holz a.a.O., Rn. 6). Eine Rechtsbeeinträchtigung in diesem Sinne liegt nicht vor.

Als gesetzlicher Miterbe der Erblasserin kommt der Beteiligte zu 3) nicht in Betracht, da er durch seinen Vater – den Beteiligten zu 2) – von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§§ 1924 Abs. 2, 1925 Abs. 3 S. 1 BGB). 4

Nach dem notariellen Testament vom 16.11.2005 (UR-Nr. 551/2005w des Notars Walter) ist der Beteiligte zu 3) nur ein Vermächtnisnehmer. Als solcher wird er durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht unmittelbar in einem eigenen Recht beeinträchtigt. Sein Vermächtnisanspruch wird durch die Erteilung des angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht beschränkt, an der Geltendmachung seines Vermächtnisanspruchs wird er hierdurch nicht gehindert. Ein „Zugriff“ auf den Nachlass steht ihm als Vermächtnisnehmer nicht zu; aufgrund des Vermächtnisses hat er allenfalls einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der ihm zugewandten 5.000,- €, § 2174 BGB. 5

Die Erwägung, dass der Testamentsvollstrecker auf die Erfüllung des Vermächtnisses maßgeblichen Einfluss habe, begründet nur ein mittelbares wirtschaftliches Interesse, das – wie oben dargelegt – für eine Rechtsbeeinträchtigung im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG nicht genügt. Dasselbe gilt für die Erwartung des Beteiligten zu 3), seinerseits später einmal den Beteiligten zu 2) zu beerben, und sein Bestreben, nähere Informationen über den Nachlass der Erblasserin zu erlangen. 6

Abgesehen davon argumentiert der Beteiligte zu 3) auch widersprüchlich, indem er sich einerseits auf seine Stellung als Vermächtnisnehmer aufgrund des notariellen Testaments vom 16.11.2005 beruft und andererseits die Gesamtnichtigkeit dieses Testaments geltend macht. 7

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2) bleibt in der Sache ohne Erfolg. 8

Die Erblasserin hat den Beteiligten zu 1) in dem notariellen Testament vom 16.11.2005 ausdrücklich und wirksam als Testamentsvollstrecker ernannt (§ 2197 Abs. 1 BGB). Der Beteiligte zu 1) hat in seinem Antrag vom 01.12.2010 das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen (§ 2202 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB). Dementsprechend ist ihm auf seinen Antrag hin ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen (§ 2368 Abs. 1 S. 1 BGB). 9

Sämtliche Einwendungen der Beteiligten zu 2) und 3) gegen die Wirksamkeit des notariellen Testaments vom 16.11.2005 greifen nicht durch. 10

Das Testament ist nach § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB in Verbindung mit den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) formell wirksam. 11

Der Umstand, dass der Notar Herrn X als Schreibzeugen hinzugezogen hat, berührt die Wirksamkeit des Testaments nicht. In der notariellen Urkunde ist ausdrücklich festgehalten, dass die Erblasserin erklärt hat, dass sie aufgrund einer Tremor-Erkrankung nicht in der Lage sei, ihren Namen zu schreiben. Eine dahingehende Feststellung hatte im Übrigen auch schon die Rechtspflegerin bei der Aufnahme des Erbscheinsantrags der Erblasserin vom 22.08.2005 in dem Erbscheinsverfahren nach X N (6 VI ####/5 AG Unna) getroffen und dementsprechend ebenfalls einen Schreibzeugen hinzugezogen. Der Einwand der Beteiligten zu 2) und 3), dass die Erblasserin trotz ihrer Parkinson-Erkrankung noch dazu in der Lage gewesen wäre, das notarielle Protokoll selbst zu unterzeichnen, ist unerheblich. Gemäß § 25 BeurkG muss der 12

Notar schon dann einen Schreibzeugen (oder einen zweiten Notar) hinzuziehen, wenn ein Beteiligter „nach seinen Angaben“ seinen Namen nicht zu schreiben vermag. Die Richtigkeit dieser Erklärung hat der Notar nicht zu überprüfen (Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 25, Rn. 6).

Allerdings bestand hinsichtlich der Person des X ein Ausschlussgrund gemäß § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. Dieses folgt allerdings entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2) und 3) nicht bereits daraus, dass in dem Testament der Vater des X – der Beteiligte zu 1) – als Miterbe und Testamentsvollstrecker eingesetzt worden ist und auch dem Bruder des X (K X) ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Das Mitwirkungsverbot nach § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG gilt nur dann, wenn der Zeuge unmittelbar selbst Begünstigter ist, nicht bei einer Begünstigung seiner Verwandten (Winkler a.a.O., § 26, Rn. 6 und § 27, Rn. 5; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 27 BeurkG, Rn. 11). Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) insoweit § 7 BeurkG analog anwenden wollen, fehlt es hierfür bereits an einer Regelungslücke. Ein Mitwirkungsverbot bestand für X nur deshalb, weil ihm selbst in dem notariellen Testament ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Bei dem Mitwirkungsverbot nach § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG handelt es sich aber nur um eine Soll-Vorschrift, so dass ein Verstoß hiergegen nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt (Winkler a.a.O., § 26, Rn. 14 und § 27, Rn. 12; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2232, Rn. 58 und § 27 BeurkG, Rn. 23). 13

Die in diesem Zusammenhang angeführten weiteren Argumente der Beteiligten zu 2) und 3) – etwa dass der Verstoß gegen § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG dazu führe, dass der Notar außerhalb seiner Amtsbefugnisse gehandelt habe, dass das notarielle Testament nicht mehr als öffentliche Urkunde angesehen werden könne, dass das Testament wegen einer Minderung des Beweiswertes unwirksam sei, dass der Verstoß des Schreibzeugen gegen das Mitwirkungsverbot die Sittenwidrigkeit der testamentarischen Verfügungen der Erblasserin und die Unwirksamkeit ihrer bei der Beurkundung erteilten Genehmigung der Niederschrift zur Folge habe - sind abwegig und stellen lediglich den untauglichen Versuch dar, aus dem Verstoß gegen § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG entgegen der gesetzlichen Wertung (bloße Soll-Vorschrift!) einen Unwirksamkeitsgrund zu konstruieren. Der von den Beteiligten zu 2) und 3) verwendete Begriff der „Selbstbegünstigung“ des Schreibzeugen ist im Übrigen schon deshalb verfehlt, weil nicht der Schreibzeuge, sondern die Erblasserin testiert hat. Ein Schreibzeuge i.S.d. § 25 BeurkG nimmt auf die Willenserklärung des Testators keinen Einfluss (Winkler a.a.O., § 26, Rn. 14). Die unzutreffende Rechtsansicht, dass das notarielle Testament vom 16.11.2005 keine öffentliche Urkunde sei, halten die Beteiligten zu 2) und 3) in der Beschwerdeinstanz auch nicht mehr aufrecht (vgl. das dem Senat vorgelegte Schreiben an den Notar X vom 04.11.2011 unter Nr. 5). 14

Dafür, dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments vom 16.11.2005 testierunfähig gewesen sein könnte (§ 2229 Abs. 4 BGB) – wofür die Beteiligten zu 2) und 3) die materielle Feststellungslast tragen -, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. 15

Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) in der ersten Instanz angezweifelt haben, dass die Erblasserin die beurkundeten Erklärungen überhaupt abgegeben habe (vgl. den Schriftsatz vom 06.01.2011 unter Nr. 4, den Schriftsatz vom 27.01.2011 unter Nr. 8, den Aktenvermerk vom 11.01.2011 unter Nr. 4.1), – und damit mittelbar den Verdacht einer Falschbeurkundung in den Raum gestellt hat – halten sie daran in der zweiten Instanz nicht mehr fest (vgl. den Schriftsatz vom 04.11.2011 unter Nr. 6.2 und das dem Senat vorgelegte Schreiben an den Notar X vom 04.11.2011 unter Nr. 5). Im Übrigen erbringt das notarielle Testament vom 16.11.2005 als öffentliche Urkunde gemäß der Vorschrift des § 415 Abs. 1 ZPO, die auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar ist (Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 29, Rn. 32), den vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2232, Rn. 9; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2232, Rn. 129; Staudinger/Baumann, BGB, Neubearbeitung 2012, § 2232, Rn. 58; Beck'scher Online- 16

Kommentar BGB/Litzenburger, § 2232, Rn. 19). Die Beweisaufnahme vor dem Amtsgericht hat keine Anhaltspunkte für eine Falschbeurkundung ergeben (§ 415 Abs. 2 ZPO). Die Angaben des als Zeugen vernommenen Notars werden von den Beteiligten zu 2) und 3) jetzt auch nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen (vgl. das dem Senat vorgelegte Schreiben an den Notar X vom 04.11.2011 unter Nrn. 6, 6.1 und 7.1).

Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) auch in der Beschwerdeinstanz die Rüge auf-rechterhalten, dass der Schlussvermerk der notariellen Urkunde keine ausreichende Genehmigung der Erblasserin erkennen lasse, weil daraus nicht hervorgehe, dass die Erblasserin die Niederschrift mündlich zumindest mit einem „Ja“ bestätigt habe, und sich hierzu auf eine Entscheidung des BayObLG vom 21.10.1999 (1Z BR 184/99) berufen, übersehen sie Folgendes:

Die Erklärung des letzten Willens i.S.d. § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB und die Genehmigung der Niederschrift i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BeurkG können in der Praxis zusammenfallen (Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2232, Rn. 10 und 107; Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2232, Rn. 7; Staudinger/Baumann, BGB, Neubearbeitung 2012, § 2232, Rn. 32). Für eine mündliche Erklärung des letzten Willens reicht es aus, wenn der Erblasser den vorgelesenen Text mit einem verständlichen Schluss-Ja genehmigt (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2232, Rn. 2; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, a.a.O., Rn. 8; Staudinger/Baumann, a.a.O., Rn. 32, 35, 36). Dass zumindest dieses erfolgt ist, ist durch das notarielle Testament vom 16.11.2005 gemäß § 415 Abs. 1 ZPO bewiesen; denn in der Präambel des notariellen Testaments vom 16.11.2005 ist festgehalten, dass die Erblasserin die beurkundeten Erklärungen „mündlich“ abgegeben hat.

Abgesehen davon ist entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2) und 3) eine mündliche Erklärung des Erblassers kein zwingendes Wirksamkeitserfordernis. In der seit dem 01.08.2002 geltenden Neufassung des § 2232 BGB ist das bisherige Wort „mündlich“ gestrichen worden. Die Erklärung des letzten Willens i.S.d. § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB und die Genehmigung der Niederschrift i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BeurkG können auch konkludent (z.B. durch Gebärden oder Zeichen wie Kopfnicken oder Kopfschütteln) erfolgen (Palandt/Weidlich, a.a.O., Rn. 2 und 7; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, a.a.O., Rn. 9, 10, 106, 107; Staudinger/Baumann, a.a.O., Rn. 31, 32, 36; Winkler a.a.O., § 13, Rn. 41, 42). Der Schlussvermerk muss keine Angabe dazu enthalten, auf welche Weise der Erblasser die Genehmigung erklärt hat (vgl. § 13 Abs. 1 S. 2 BeurkG).

Der Einwand der Beteiligten zu 2) und 3), dass die in Ziffer VII. des Testaments enthaltene Schiedsklausel unwirksam sei und dass dies die Gesamtnichtigkeit des Testaments nach sich ziehe, greift ebenfalls nicht durch. Selbst wenn man die – in einem Testament gemäß § 1066 ZPO im Grundsatz zulässige – Schiedsklausel im vorliegenden Fall für unwirksam hält, lässt dieses gemäß § 2085 BGB die Wirksamkeit der übrigen in dem Testament getroffenen Verfügungen unberührt. Dafür, dass die Erblasserin die übrigen Verfügungen ohne die nebensächliche Schiedsklausel nicht getroffen hätte, bestehen keine Anhaltspunkte.

Die Behauptungen der Beteiligten zu 2) und 3), dass die Erblasserin und ihre bereits am 06.07.2005 vorverstorbene Schwester X1 früher immer erklärt hätten, den Beteiligten zu 3) als ihren Erben einsetzen zu wollen, dass dieses in der Familie als „abgemacht“ gegolten habe und dass dieses auch „stadtbekannt“ gewesen sei, sind unerheblich. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag nicht die hier in Rede stehende Ernennung eines Testamentsvollstreckers betrifft, wären derartige angebliche mündliche Äußerungen der Erblasserin rechtlich völlig unverbindlich. Erst recht war die Erblasserin nicht dazu verpflichtet, entsprechend der Erwartungshaltung des Beteiligten zu 3) oder sonstiger Dritter zu testieren. Selbst wenn die Erblasserin früher ein formwirksames Testament zugunsten des Beteiligten zu 3) errichtet hätte, was die Beteiligten zu 2) und 3) weder substantiiert vorgetragen noch nachgewiesen haben, wäre die Erblasserin hierdurch in ihrer Testierfreiheit nicht eingeschränkt worden. Es

stand der Erblasserin frei, durch das notarielle Testament vom 16.11.2005 ihre Erbfolge neu und abschließend zu regeln, wodurch zugleich eine etwaige frühere Erbeinsetzung des Beteiligten zu 3) aufgehoben worden wäre (§ 2258 Abs. 1 BGB).

Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) beklagen, dass die Erblasserin nach der Errichtung des notariellen Testaments vom 16.11.2005 den Kontakt zu ihnen gemieden habe, ist dieses für die Frage der Wirksamkeit des Testaments ebenfalls rechtlich unerheblich. Ein solches Verhalten der Erblasserin könnte im Übrigen auch darauf zurückzuführen sein, dass die Errichtung des Testaments vom 16.11.2005 in den Zeitraum fiel, in dem sich die Erblasserin eines Rechtsangriffs des Beteiligten zu 2) erwehren musste, der ihr in dem Erbscheinsverfahren 6 VI 375/05 AG Unna die Alleinerbenstellung nach ihrer am 06.07.2005 verstorbenen Schwester X1 streitig gemacht hat. 22

Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. 23

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO. Dabei hat der Senat 10% des von dem Testamentsvollstrecker zu verwaltenden Vermögens (199.000 €) zugrunde gelegt. 24

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor. 25

Oberlandesgericht Hamm, I-15 W 265/11

Datum: 11.10.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 15. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: I-15 W 265/11

Vorinstanz: Amtsgericht Unna, 6 VI 690/10
Schlagworte: Unzulässige Mitwirkung eines Schreibzeugen
Normen: BeurkG § 26 Abs. 1 Nr. 2; BeurkG § 27
Leitsätze: Zur Wirksamkeit eines notariellen Testaments trotz Hinzuziehung eines dem Mitwirkungsverbot unterliegenden Schreibzeugen.

Tenor: Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) wird zurückgewiesen.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 3) wird als unzulässig verworfen.

Die Beteiligten zu 2) und 3) haben die dem Beteiligten zu 1) im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 20.000,- € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

- Gründe:** 1
- Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen den nach den §§ 352, 354 FamFG ergangenen Feststellungsbeschluss des Amtsgerichts ist zulässig. Der Beteiligte zu 2) ist beschwerdebefugt (§ 59 Abs. 1 FamFG), weil er für sich in Anspruch nimmt, gesetzlicher Miterbe der Erblasserin geworden zu sein. Als gesetzlicher Miterbe wäre er durch die Erteilung des angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnisses in seinem Erbrecht beeinträchtigt. 2
- Die Beschwerde des Beteiligten zu 3) ist dagegen mangels Beschwerdebefugnis unzulässig. § 59 Abs. 1 FamFG erfordert einen unmittelbaren Eingriff durch den angefochtenen Beschluss in 3

ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht (Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl., § 59, Rn. 9). Dieses ist ein durch Gesetz verliehenes oder durch die Rechtsordnung anerkanntes und von der Staatsgewalt geschütztes, dem Beschwerdeführer zustehendes materielles Recht; wirtschaftliche, rechtliche oder sonstige berechnigte Interessen genügen nicht (Keidel/Meyer-Holz a.a.O., Rn. 6). Eine Rechtsbeeinträchtigung in diesem Sinne liegt nicht vor.

Als gesetzlicher Miterbe der Erblasserin kommt der Beteiligte zu 3) nicht in Betracht, da er durch seinen Vater – den Beteiligten zu 2) – von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist (§§ 1924 Abs. 2, 1925 Abs. 3 S. 1 BGB). 4

Nach dem notariellen Testament vom 16.11.2005 (UR-Nr. 551/2005w des Notars Walter) ist der Beteiligte zu 3) nur ein Vermächtnisnehmer. Als solcher wird er durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht unmittelbar in einem eigenen Recht beeinträchtigt. Sein Vermächtnisanspruch wird durch die Erteilung des angekündigten Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht beschränkt, an der Geltendmachung seines Vermächtnisanspruchs wird er hierdurch nicht gehindert. Ein „Zugriff“ auf den Nachlass steht ihm als Vermächtnisnehmer nicht zu; aufgrund des Vermächtnisses hat er allenfalls einen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung der ihm zugewandten 5.000,- €, § 2174 BGB. 5

Die Erwägung, dass der Testamentsvollstrecker auf die Erfüllung des Vermächtnisses maßgeblichen Einfluss habe, begründet nur ein mittelbares wirtschaftliches Interesse, das – wie oben dargelegt – für eine Rechtsbeeinträchtigung im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG nicht genügt. Dasselbe gilt für die Erwartung des Beteiligten zu 3), seinerseits später einmal den Beteiligten zu 2) zu beerben, und sein Bestreben, nähere Informationen über den Nachlass der Erblasserin zu erlangen. 6

Abgesehen davon argumentiert der Beteiligte zu 3) auch widersprüchlich, indem er sich einerseits auf seine Stellung als Vermächtnisnehmer aufgrund des notariellen Testaments vom 16.11.2005 beruft und andererseits die Gesamtnichtigkeit dieses Testaments geltend macht. 7

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2) bleibt in der Sache ohne Erfolg. 8

Die Erblasserin hat den Beteiligten zu 1) in dem notariellen Testament vom 16.11.2005 ausdrücklich und wirksam als Testamentsvollstrecker ernannt (§ 2197 Abs. 1 BGB). Der Beteiligte zu 1) hat in seinem Antrag vom 01.12.2010 das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen (§ 2202 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB). Dementsprechend ist ihm auf seinen Antrag hin ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen (§ 2368 Abs. 1 S. 1 BGB). 9

Sämtliche Einwendungen der Beteiligten zu 2) und 3) gegen die Wirksamkeit des notariellen Testaments vom 16.11.2005 greifen nicht durch. 10

Das Testament ist nach § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB in Verbindung mit den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes (BeurkG) formell wirksam. 11

Der Umstand, dass der Notar Herrn X als Schreibzeugen hinzugezogen hat, berührt die Wirksamkeit des Testaments nicht. In der notariellen Urkunde ist ausdrücklich festgehalten, dass die Erblasserin erklärt hat, dass sie aufgrund einer Tremor-Erkrankung nicht in der Lage sei, ihren Namen zu schreiben. Eine dahingehende Feststellung hatte im Übrigen auch schon die Rechtspflegerin bei der Aufnahme des Erbscheinsantrags der Erblasserin vom 22.08.2005 in dem Erbscheinsverfahren nach X N (6 VI ####/#5 AG Unna) getroffen und dementsprechend ebenfalls einen Schreibzeugen hinzugezogen. Der Einwand der Beteiligten zu 2) und 3), dass die Erblasserin trotz ihrer Parkinson-Erkrankung noch dazu in der Lage gewesen wäre, das notarielle Protokoll selbst zu unterzeichnen, ist unerheblich. Gemäß § 25 BeurkG muss der 12

Notar schon dann einen Schreibzeugen (oder einen zweiten Notar) hinzuziehen, wenn ein Beteiligter „nach seinen Angaben“ seinen Namen nicht zu schreiben vermag. Die Richtigkeit dieser Erklärung hat der Notar nicht zu überprüfen (Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 25, Rn. 6).

Allerdings bestand hinsichtlich der Person des X ein Ausschlussgrund gemäß § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. Dieses folgt allerdings entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2) und 3) nicht bereits daraus, dass in dem Testament der Vater des X – der Beteiligte zu 1) – als Miterbe und Testamentsvollstrecker eingesetzt worden ist und auch dem Bruder des X (K X) ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Das Mitwirkungsverbot nach § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG gilt nur dann, wenn der Zeuge unmittelbar selbst Begünstigter ist, nicht bei einer Begünstigung seiner Verwandten (Winkler a.a.O., § 26, Rn. 6 und § 27, Rn. 5; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 27 BeurkG, Rn. 11). Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) insoweit § 7 BeurkG analog anwenden wollen, fehlt es hierfür bereits an einer Regelungslücke. Ein Mitwirkungsverbot bestand für X nur deshalb, weil ihm selbst in dem notariellen Testament ein Vermächtnis zugewandt worden ist. Bei dem Mitwirkungsverbot nach § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG handelt es sich aber nur um eine Soll-Vorschrift, so dass ein Verstoß hiergegen nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führt (Winkler a.a.O., § 26, Rn. 14 und § 27, Rn. 12; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2232, Rn. 58 und § 27 BeurkG, Rn. 23). 13

Die in diesem Zusammenhang angeführten weiteren Argumente der Beteiligten zu 2) und 3) – etwa dass der Verstoß gegen § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG dazu führe, dass der Notar außerhalb seiner Amtsbefugnisse gehandelt habe, dass das notarielle Testament nicht mehr als öffentliche Urkunde angesehen werden könne, dass das Testament wegen einer Minderung des Beweiswertes unwirksam sei, dass der Verstoß des Schreibzeugen gegen das Mitwirkungsverbot die Sittenwidrigkeit der testamentarischen Verfügungen der Erblasserin und die Unwirksamkeit ihrer bei der Beurkundung erteilten Genehmigung der Niederschrift zur Folge habe - sind abwegig und stellen lediglich den untauglichen Versuch dar, aus dem Verstoß gegen § 27 i.V.m. § 26 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG entgegen der gesetzlichen Wertung (bloße Soll-Vorschrift!) einen Unwirksamkeitsgrund zu konstruieren. Der von den Beteiligten zu 2) und 3) verwendete Begriff der „Selbstbegünstigung“ des Schreibzeugen ist im Übrigen schon deshalb verfehlt, weil nicht der Schreibzeuge, sondern die Erblasserin testiert hat. Ein Schreibzeuge i.S.d. § 25 BeurkG nimmt auf die Willenserklärung des Testators keinen Einfluss (Winkler a.a.O., § 26, Rn. 14). Die unzutreffende Rechtsansicht, dass das notarielle Testament vom 16.11.2005 keine öffentliche Urkunde sei, halten die Beteiligten zu 2) und 3) in der Beschwerdeinstanz auch nicht mehr aufrecht (vgl. das dem Senat vorgelegte Schreiben an den Notar X vom 04.11.2011 unter Nr. 5). 14

Dafür, dass die Erblasserin im Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments vom 16.11.2005 testierunfähig gewesen sein könnte (§ 2229 Abs. 4 BGB) – wofür die Beteiligten zu 2) und 3) die materielle Feststellungslast tragen -, bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte. 15

Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) in der ersten Instanz angezweifelt haben, dass die Erblasserin die beurkundeten Erklärungen überhaupt abgegeben habe (vgl. den Schriftsatz vom 06.01.2011 unter Nr. 4, den Schriftsatz vom 27.01.2011 unter Nr. 8, den Aktenvermerk vom 11.01.2011 unter Nr. 4.1), – und damit mittelbar den Verdacht einer Falschbeurkundung in den Raum gestellt hat – halten sie daran in der zweiten Instanz nicht mehr fest (vgl. den Schriftsatz vom 04.11.2011 unter Nr. 6.2 und das dem Senat vorgelegte Schreiben an den Notar X vom 04.11.2011 unter Nr. 5). Im Übrigen erbringt das notarielle Testament vom 16.11.2005 als öffentliche Urkunde gemäß der Vorschrift des § 415 Abs. 1 ZPO, die auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anwendbar ist (Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl., § 29, Rn. 32), den vollen Beweis des beurkundeten Vorgangs (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2232, Rn. 9; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2232, Rn. 129; Staudinger/Baumann, BGB, Neubearbeitung 2012, § 2232, Rn. 58; Beck'scher Online- 16

Kommentar BGB/Litzenburger, § 2232, Rn. 19). Die Beweisaufnahme vor dem Amtsgericht hat keine Anhaltspunkte für eine Falschbeurkundung ergeben (§ 415 Abs. 2 ZPO). Die Angaben des als Zeugen vernommenen Notars werden von den Beteiligten zu 2) und 3) jetzt auch nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen (vgl. das dem Senat vorgelegte Schreiben an den Notar X vom 04.11.2011 unter Nrn. 6, 6.1 und 7.1).

Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) auch in der Beschwerdeinstanz die Rüge auf-rechterhalten, dass der Schlussvermerk der notariellen Urkunde keine ausreichende Genehmigung der Erblasserin erkennen lasse, weil daraus nicht hervorgehe, dass die Erblasserin die Niederschrift mündlich zumindest mit einem „Ja“ bestätigt habe, und sich hierzu auf eine Entscheidung des BayObLG vom 21.10.1999 (1Z BR 184/99) berufen, übersehen sie Folgendes:

Die Erklärung des letzten Willens i.S.d. § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB und die Genehmigung der Niederschrift i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BeurkG können in der Praxis zusammenfallen (Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, 5. Aufl., § 2232, Rn. 10 und 107; Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2232, Rn. 7; Staudinger/Baumann, BGB, Neubearbeitung 2012, § 2232, Rn. 32). Für eine mündliche Erklärung des letzten Willens reicht es aus, wenn der Erblasser den vorgelesenen Text mit einem verständlichen Schluss-Ja genehmigt (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., § 2232, Rn. 2; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, a.a.O., Rn. 8; Staudinger/Baumann, a.a.O., Rn. 32, 35, 36). Dass zumindest dieses erfolgt ist, ist durch das notarielle Testament vom 16.11.2005 gemäß § 415 Abs. 1 ZPO bewiesen; denn in der Präambel des notariellen Testaments vom 16.11.2005 ist festgehalten, dass die Erblasserin die beurkundeten Erklärungen „mündlich“ abgegeben hat.

Abgesehen davon ist entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2) und 3) eine mündliche Erklärung des Erblassers kein zwingendes Wirksamkeitserfordernis. In der seit dem 01.08.2002 geltenden Neufassung des § 2232 BGB ist das bisherige Wort „mündlich“ gestrichen worden. Die Erklärung des letzten Willens i.S.d. § 2232 S. 1, 1. Alt. BGB und die Genehmigung der Niederschrift i.S.v. § 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. BeurkG können auch konkludent (z.B. durch Gebärden oder Zeichen wie Kopfnicken oder Kopfschütteln) erfolgen (Palandt/Weidlich, a.a.O., Rn. 2 und 7; Münchener Kommentar zum BGB/Hagena, a.a.O., Rn. 9, 10, 106, 107; Staudinger/Baumann, a.a.O., Rn. 31, 32, 36; Winkler a.a.O., § 13, Rn. 41, 42). Der Schlussvermerk muss keine Angabe dazu enthalten, auf welche Weise der Erblasser die Genehmigung erklärt hat (vgl. § 13 Abs. 1 S. 2 BeurkG).

Der Einwand der Beteiligten zu 2) und 3), dass die in Ziffer VII. des Testaments enthaltene Schiedsklausel unwirksam sei und dass dies die Gesamtnichtigkeit des Testaments nach sich ziehe, greift ebenfalls nicht durch. Selbst wenn man die – in einem Testament gemäß § 1066 ZPO im Grundsatz zulässige – Schiedsklausel im vorliegenden Fall für unwirksam hält, lässt dieses gemäß § 2085 BGB die Wirksamkeit der übrigen in dem Testament getroffenen Verfügungen unberührt. Dafür, dass die Erblasserin die übrigen Verfügungen ohne die nebensächliche Schiedsklausel nicht getroffen hätte, bestehen keine Anhaltspunkte.

Die Behauptungen der Beteiligten zu 2) und 3), dass die Erblasserin und ihre bereits am 06.07.2005 vorverstorbene Schwester X1 früher immer erklärt hätten, den Beteiligten zu 3) als ihren Erben einsetzen zu wollen, dass dieses in der Familie als „abgemacht“ gegolten habe und dass dieses auch „stadtbekannt“ gewesen sei, sind unerheblich. Abgesehen davon, dass dieser Vortrag nicht die hier in Rede stehende Ernennung eines Testamentsvollstreckers betrifft, wären derartige angebliche mündliche Äußerungen der Erblasserin rechtlich völlig unverbindlich. Erst recht war die Erblasserin nicht dazu verpflichtet, entsprechend der Erwartungshaltung des Beteiligten zu 3) oder sonstiger Dritter zu testieren. Selbst wenn die Erblasserin früher ein formwirksames Testament zugunsten des Beteiligten zu 3) errichtet hätte, was die Beteiligten zu 2) und 3) weder substantiiert vorgetragen noch nachgewiesen haben, wäre die Erblasserin hierdurch in ihrer Testierfreiheit nicht eingeschränkt worden. Es

stand der Erblasserin frei, durch das notarielle Testament vom 16.11.2005 ihre Erbfolge neu und abschließend zu regeln, wodurch zugleich eine etwaige frühere Erbeinsetzung des Beteiligten zu 3) aufgehoben worden wäre (§ 2258 Abs. 1 BGB).

Soweit die Beteiligten zu 2) und 3) beklagen, dass die Erblasserin nach der Errichtung des notariellen Testaments vom 16.11.2005 den Kontakt zu ihnen gemieden habe, ist dieses für die Frage der Wirksamkeit des Testaments ebenfalls rechtlich unerheblich. Ein solches Verhalten der Erblasserin könnte im Übrigen auch darauf zurückzuführen sein, dass die Errichtung des Testaments vom 16.11.2005 in den Zeitraum fiel, in dem sich die Erblasserin eines Rechtsangriffs des Beteiligten zu 2) erwehren musste, der ihr in dem Erbscheinsverfahren 6 VI 375/05 AG Unna die Alleinerbenstellung nach ihrer am 06.07.2005 verstorbenen Schwester X1 streitig gemacht hat. 22

Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. 23

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Abs. 4, 30 Abs. 1 KostO. Dabei hat der Senat 10% des von dem Testamentsvollstrecker zu verwaltenden Vermögens (199.000 €) zugrunde gelegt. 24

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor. 25
