

**letzte Aktualisierung:** 22.6.2022

OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.3.2022 – 21 W 175/21

**BGB § 2361; FamFG § 352a Abs. 2 S. 2**

**Rechtsfolge bei Fehlen von Verzichtserklärungen nach § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG**

Das fortdauernde Fehlen der gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG erforderlichen Verzichtserklärung aller im Erbschein ausgewiesenen Miterben stellt einen schweren Verfahrensfehler dar, der die Einziehung des erteilten Erbscheins nach sich zieht.



---

Gericht:	<b>OLG Frankfurt 21. Zivilsenat</b>
Entscheidungsdatum:	<b>10.03.2022</b>
Aktenzeichen:	<b>21 W 175/21</b>
ECLI:	<b>ECLI:DE:OLGHE:2022:0310.21W175.21.00</b>
Dokumenttyp:	<b>Beschluss</b>
Quelle:	
Normen:	<b>§ 2361 BGB, § 352a FamFG</b>

---

## **Erbschein: Fehlen von Verzichtserklärungen**

### **Leitsatz**

Das fortdauernde Fehlen der gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG erforderlichen Verzichtserklärung aller im Erbschein ausgewiesenen Miterben stellt einen schweren Verfahrensfehler dar, der die Einziehung des erteilten Erbscheins nach sich zieht.

### **Anmerkung**

Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

---

### **☐ Verfahrensgang**

vorgehend AG Gießen, 26. Juli 2021, 22 VI G 384/19, Beschluss

### **Tenor**

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) wird der Beschluss des Amtsgerichts Gießen vom 26. Juli 2021 unter Zurückweisung im Übrigen teilweise abgeändert.

Das Nachlassgericht wird angewiesen, den am 27. Mai 2019 erteilten Erbschein einzuziehen.

Die Gerichtskosten des Einziehungsverfahrens und des Erbscheinsverfahrens trägt der Beschwerdeführer. Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden zur Hälfte nicht erhoben und zur Hälfte trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten. Außergerichtliche Kosten werden in erster und zweiter Instanz nicht erstattet.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 150.000 € festgesetzt.

### **Gründe**

I.

Der Erblasser war mit der vorverstorbenen X verheiratet. Aus der Ehe gingen die Beteiligten zu 1) bis 3) als einzige Kinder hervor. Am 16. Dezember 1991 errichteten die Eheleute ein handschriftliches und vom Nachlassgericht eröffnetes Testament. Dieses lautet auszugsweise

wie folgt:

Beim Tod eines Ehegatten verfügt der Verstorbene folgendes: Sein Anteil Hausrat, Mobiliar und vorhandenes Bargeld und Sparguthaben erbt der Überlebende.

Das Grundstück in Ort1, Straße1, das je zur Hälfte im Grundbuch Flur ..., Band ..., Blatt ... eingetragen ist, erhält der Überlebende für die Verwaltung und Nutznießung mietfrei bis zum Ableben.

Einschränkung: Der Überlebende darf das bezeichnete Grundstück auch seinen eigenen Anteil (die Hälfte) weder verkaufen, noch an eine andere Person als die hier aufgeführten Kinder vererben. Nach dem Ableben beider Ehegatten tritt folgende Verfügung in Kraft ...< es folgt die Zuweisung der drei Geschosse der Immobilie an jeweils eines der drei Kinder> ...

Einrichtung, plus Sachen, Sparguthaben oder Bargeld der Erblasser sind zu 3 gleichen Teilen untereinander aufzuteilen.

Über das Gartenland ... = 383 qm. verfügt der Längerlebende“.

Ergänzend wird auf Bl. 6 f. der Testamentsakte Bezug genommen.

Nach dem Tod seiner Ehefrau am 2. November 2005 errichtete der Erblasser am 14. November 2005 ein weiteres, handschriftliches, erst im Laufe des Verfahrens aufgefundenes Testament (Bl. 24 f. d. Testamentsakte), in dem er die Beteiligten zu 1) und 2) als Alleinerben einsetzte und ferner verfügte, dass die Beteiligte zu 3) den ihr per Gesetz zustehenden Pflichtteil abzüglich einer zuvor an sie erfolgten Zahlung erhalte.

Mit Erklärung vom 16. und 17. November 2005 schlugen die Beteiligten zu 1) bis 3) ihre Erbschaft nach der Ehefrau des Erblassers als gesetzliche Erben aus (Bl. 2. d. Akte ...). Sodann beantragte der Erblasser mit notarieller Urkunde vom 25. April 2006 einen Alleinerbschein nach seiner Ehefrau und berief sich hierbei auf das gemeinschaftliche Testament vom 16. Dezember 1991. Nachdem das Nachlassgericht Bedenken wegen einer aus seiner Sicht im gemeinschaftlichen Testament angeordneten Vor- und Nacherbschaft mitgeteilt hatte (Bl. 15 d. Akte ...), erklärten die Beteiligten zu 1) bis 3) sodann mit Urkunde vom 16. sowie 21. Juni 2006 die Anfechtung der stillschweigenden Annahme als testamentarische Erben und schlugen für sich und ihre jeweiligen Abkömmlinge die Erbschaft nach der Ehefrau des Erblassers nach allen Berufungsgründen aus (Bl. 21 f. und 28 d. Akte ...). In der Folge erteilte das Nachlassgericht dem Erblasser den beantragten Alleinerbschein nach seiner Ehefrau (Bl. 32 d. Akte ...).

Nachdem der längstlebende Ehegatte ebenfalls verstorben war, beantragte der Beteiligte zu 1) zunächst einen gemeinschaftlichen Erbschein, der die Beteiligten zu 1) und 2) als Erben zu 2/5 und die Beteiligte zu 3) als Erbin zu 1/5 ausweisen sollte, änderte den Antrag dann allerdings in einen quotenlosen Erbschein, wobei der Erbscheinsantrag keinen Verzicht der beiden anderen Beteiligten auf die Aufnahme der Erbanteile enthielt. Diesem geänderten Antrag stimmte die Beteiligte zu 2) ausdrücklich zu, eine Mitteilung der Beteiligten zu 3) gegenüber dem Nachlassgericht erfolgte trotz Anhörung nicht. Das Nachlassgericht erteilte den quotenlosen Erbschein wie beantragt am 27. Mai 2019.

Am 20. Oktober 2020 übergab der Beteiligte zu 1) das handschriftliche Einzeltestament des Erblassers aus dem Jahr 2005, das in der Folge vom Nachlassgericht eröffnet wurde.

Daraufhin hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 11. März 2021 angeregt, den erteilten Erbschein einzuziehen, und beantragt, nunmehr einen Erbschein zu erteilen, der ihn und die

Beteiligte zu 2) als Erben zu jeweils  $\frac{1}{2}$  ausweist. Zur Begründung hat er geltend gemacht, das vorangegangene Testament entfalte keine Bindungswirkung. Denn die Beteiligten zu 1) bis 3) hätten am 16./17. November 2005 die Erbschaft nach der Mutter als gesetzliche Erben ausgeschlagen und später mit Erklärung vom 16. sowie 21. Juni 2006 die Anfechtung der stillschweigenden Annahme als testamentarische Erben erklärt sowie für sich und die jeweiligen Abkömmlinge die Erbschaft auch nach testamentarischer Erbfolge ausgeschlagen. Dadurch sei die Bindungswirkung für den längerlebenden Ehegatten entfallen. Dem Antrag ist keiner der anderen Beteiligten ausdrücklich entgegengetreten.

Das Nachlassgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss durch die Rechtspflegerin die Einziehung des erteilten Erbscheins abgelehnt und den Erbscheinsantrag vom 11. März 2021 zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Nachlassgericht vornehmlich ausgeführt, der erteilte Erbschein sei weiterhin zutreffend. Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1) enthalte das gemeinschaftliche Testament eine Schlusserbeneinsetzung, an die der überlebende Ehegatte gebunden gewesen sei, weshalb das später aufgefundenen Testament nicht zu einer Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins geführt habe. Soweit keine Bindungswirkung mit Blick auf das Gartenland bestehe, sei dies nur von sehr geringem und damit vernachlässigbarem Wert.

Gegen den seinem Verfahrensbevollmächtigten am 2. August 2021 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1) mit am 27. August 2021 beim Nachlassgericht eingegangenen Schriftsatz befristete Beschwerde eingelegt. Zur Begründung hat er geltend gemacht, die Rechtspflegerin sei nicht zuständig gewesen, da ein objektiver Interessengegensatz vorliege und daher das Verfahren durch den Richter habe entschieden werden müssen. Ferner sei der angefochtene Beschluss nicht ausreichend begründet worden. Schließlich habe das Nachlassgericht zu Unrecht eine Bindungswirkung angenommen. Die Beteiligten zu 1) bis 3) hätten wirksam ihre im gemeinschaftlichen Testament zugedachte Nacherbenstellung ausgeschlagen, wodurch die Bindungswirkung entfallen und das letzte Testament des Erblassers für die Erbfolge maßgeblich sei.

Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren mit einfacher Verfügung dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Der Berichterstatter hat den Beteiligten einen Hinweis erteilt, woraufhin die Beteiligten zu 1) und 2) ergänzend vorgetragen haben. Demgegenüber hat die Beteiligte zu 3) trotz Nachfrage weiterhin nicht auf die Angabe von Quoten in dem erteilten Erbschein verzichtet.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat nur zum Teil Erfolg. Zwar hat das Nachlassgericht zu Unrecht den erteilten Erbschein nicht eingezogen, allerdings zu Recht dem Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) nicht entsprochen.

1. Der Senat kann über die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts vom 26. Juli 2021 entscheiden. Zwar hat das Gericht verfahrenswidrig keinen Abhilfebeschluss gefasst. Allerdings hat es am 2. November 2021 die Vorlage an das Oberlandesgericht verfügt. Eine solche Vorlageverfügung genügt, um den Anfall des Verfahrens beim Senat zu bewirken (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, 2020, § 68 Rn. 31). Der zugleich erfolgte Verfahrensfehler, nicht durch Beschluss über die Beschwerde im Rahmen des Abhilfeverfahrens zu entscheiden, hindert eine eigene Entscheidung des zuständigen Beschwerdegerichts nicht.

2. Die gemäß § 58 FamFG statthafte Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zulässig und insbesondere fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses beim Nachlassgericht eingegangen, § 63 FamFG. Zudem ist der Beteiligte zu 1) als Erbprätendent und im einzuziehenden Erbschein ausgewiesener Erbe jeweils beschwerdebefugt

(vgl. Keidel/Meyer - Holz, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rn 80).

3. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch nur teilweise Erfolg.

a) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers war der Rechtspfleger für die Entscheidung über die Einziehung des Erbscheins sowie die Erteilung des neu beantragten Erbscheins zuständig. Zwar bleiben gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 6 und 7 RPfIG die Erteilung und die Einziehung von Erbscheinen dem Richter vorbehalten, sofern eine Verfügung von Todes wegen vorliegt. Von diesem Richtervorbehalt kann der Landesgesetzgeber allerdings gemäß § 19 Abs. 1 und Abs. 2 RPfIG Ausnahmen vorsehen, sofern gegen den Erlass der beantragten Entscheidung keine Einwände erhoben werden. Von dieser Ermächtigung hat der Landesgesetzgeber in § 26 JuZuV Gebrauch gemacht. Dabei stehen dem Fortbestand der Richterzuständigkeit auch keine gegenläufigen Interessen der Beteiligten zu 3) entgegen. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass die Beteiligte zu 3) an dem Fortbestand des einzuziehenden Erbscheins ebenso interessiert ist wie an der Nichterteilung des beantragten Erbscheins, da sie im erteilten Erbschein im Gegensatz zum nunmehr beantragten Erbschein als Miterbin ausgewiesen ist. Jedoch genügen vermutlich gegenläufige Interessen anderer Beteiligter für eine Fortdauer der Richterzuständigkeit nicht. Erforderlich ist vielmehr, wie sich bereits aus dem Wortlaut von § 19 Abs. 2 RPfIG ergibt, dass Einwände gegen die beantragte Entscheidung erhoben werden. Einwände hat die Beteiligte zu 3) aber nicht geltend gemacht.

b) Zwar ist darüber hinaus die angefochtene Entscheidung ausreichend begründet, auch wenn sie über weite Strecken lediglich den zugrundeliegenden Verfahrensablauf wiedergibt. Gleichwohl ist die Entscheidung aber abzuändern, soweit die Einziehung des erteilten Erbscheins abgelehnt wird. Denn der erteilte Erbschein leidet an einem schweren Verfahrensfehler, der im Rahmen des Beschwerdeverfahrens auch nicht geheilt worden ist.

Es ist nämlich ein quotenloser Erbschein erteilt worden, ohne dass gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG alle Antragsteller in dem Erbschein auf den Ausweis der Quoten verzichtet hätten.

Gemäß vorgenannter Vorschrift müssen alle in dem beantragten Erbschein ausgewiesene Erben ihren Verzicht gegenüber dem Gericht erklärt haben (vgl. OLG München NJW-RR 2019, 971; MüKoBGB/Grziwotz, 2019, § 2361 Rn. 18; Keidel/Zimmermann, FamFG, 2020, § 352a Rn. 14). Nicht ausreichend ist, dass der allein antragstellende Miterbe den Verzicht der anderen Beteiligten eidesstattlich versichert, wobei eine solche Versicherung dem Antrag ohnehin nicht zu entnehmen ist. Keiner Entscheidung bedarf es, ob - wofür vieles spricht - ein Verzicht nachträglich von den Miterben dem Gericht gegenüber erklärt werden kann. Denn ein solcher Verzicht wurde zwar von der Beteiligten zu 2) hinreichend zum Ausdruck gebracht, indem sie dem quotenlosen Erbschein ausdrücklich zugestimmt hatte. Eine solche Erklärung hat die ebenfalls als Miterbin im Erbschein ausgewiesene Beteiligte zu 3) jedoch selbst nach einem entsprechenden Hinweis des Berichterstatters nicht abgegeben. Damit leidet der erteilte Erbschein weiterhin an einem schweren Verfahrensfehler, der die Einziehung des Erbscheins nach § 2361 BGB erfordert.

Gemäß § 2361 BGB ist ein Erbschein nämlich einzuziehen, wenn er unrichtig ist. Unrichtigkeit liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich nicht mehr vorhanden sind (vgl. BGH NJW 1963, 1972; OLG Hamm NJW-RR 1997, 453; Staudinger/Herzog, BGB, Stand Januar 2016, § 2361 Rn. 20; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2361 Rn. 2). Dies ist mit Blick auf materielle wie Verfahrensfehler denkbar (vgl. BGH NJW 1963, 1972; BayObLG FGPrax 2003, 130, 131; MünchKommBGB, 2019, § 2361 Rn. 8). Bei dem Erfordernis des Verzichts aller im gemeinschaftlichen Erbschein ausgewiesenen Erben auf die Angabe von Erbquoten handelt es sich

um einen Verfahrensfehler. Allerdings nötigen bei inhaltlich richtigen Erbscheinen Verfahrensfehler nur in gravierenden Fällen zur Einziehung (vgl. BGH NJW 1963, 1972; KG NJW 1963, 880; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2361 Rn. 2; leicht abweichend Staudinger/Herzog, BGB; Stand Januar 2016, § 2361 Rn. 24).

Ein gravierender Verfahrensfehler liegt etwa bei einer Unzuständigkeit des Gerichts (vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2002, 112; KG NJW-RR 2012, 459; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2361 Rn. 2; zurückhaltend für die örtliche Unzuständigkeit OLG Köln BeckRS 2015, 7622 Rn. 8), aber auch bei fehlender oder abweichender Antragstellung vor (vgl. BayObLG NJW-RR 2002, 950, 952; MüKoBGB/Grziwotz, 2019, § 2361 Rn. 10; Staudinger/Herzog, BGB, Stand Januar 2016, § 2361 Rn. 28; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2361 Rn. 3), sofern die Erteilung des Erbscheins nicht nachher von dem Berechtigten ausdrücklich genehmigt wird. Denn den Beteiligten darf kein Erbschein abweichend von ihrem Willen aufgedrängt werden (vgl. MüKoBGB/Grziwotz, 2019, § 2361 Rn. 10).

Dabei ist nach Auffassung des Senats die entgegen § 352a Abs. 2 FamFG fehlende Verzichtserklärung einem fehlenden Antrag bei der Schwere des Verfahrensfehlers gleichzustellen, so dass mangels nachträglicher Verzichtserklärung der Erbschein bereits aufgrund dieses Verfahrensfehlers einzuziehen ist.

Für diese Sicht spricht zunächst ein aus dem Wortlaut des § 352a Abs. 2 FamFG abgeleitetes Argument: Denn dem Wortlaut der Vorschrift zufolge erfordert die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins grundsätzlich in einem Antrag die Angabe der Erben und der Erbanteile. Diese Angaben sind - anders als die Angaben nach § 352 FamFG - integraler Bestandteil des Antrags, da sie in den zu erteilenden Erbschein aufzunehmen sind. Entsprechend ist ein Antrag auch dann einzuziehen, sofern die im Erbschein ausgewiesenen Quoten von den beantragten Quoten abweichen (vgl. Staudinger/Herzog, BGB, Stand Januar 2016, § 2361 Rn. 28). Da der Verzicht der Beteiligten auf die Ausweisung der Quoten im Erbschein die Angabe der Erbteile im Antrag ersetzt, ist der hier vorliegende Fall der Erteilung eines quotenlosen Erbscheins bei fehlendem Verzicht mit demjenigen der Abweichung der ausgewiesenen von den beantragten Quoten gleich zu behandeln. Jeweils ist der erteilte Erbschein bereits aufgrund des Verfahrensfehlers einzuziehen.

Hierfür spricht auch die Bedeutung des Verzichts. Dieser ist von erheblicher Tragweite und kann daher nur gegenüber dem Gericht erklärt werden (vgl. Zimmermann, ZEV 2015, 520, 522). Es handelt sich um eine unabdingbare Voraussetzung für die Erbscheinerteilung (vgl. insoweit auch OLG München FamRZ 2020, 296, 297). Deren fortdauerndes Fehlen macht eine Einziehung erforderlich. Denn es wäre mit dem Gebot eines effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar, sofern ein Beteiligter der Gesetzeslage zufolge zwar die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins mittels verweigerter Zustimmung hierzu verhindern, hingegen nach seiner rechtswidrigen Erteilung den erteilten Erbschein nicht mehr beseitigen könnte, sondern die rechtswidrige Erteilung dauerhaft hinzunehmen hätte.

Dem steht nicht entgegen, dass nach herrschender Auffassung der quotenlose Erbschein nach Bekanntwerden der Quoten zutreffend bleibt, so dass seine Einziehung unzulässig wäre (vgl. MüKoBGB/Grziwotz, 2019, § 2361 Rn. 20; Keidel/Zimmermann, FamFG, 2020, § 352a Rn. 16 f.; Zimmermann, ZEV 2015, 520, 522). Denn ein solcher Erbschein ist - sofern im Gegensatz zum vorliegenden Fall der Verzicht aller Erben erklärt worden ist - nicht verfahrensfehlerhaft, sondern in Einklang mit den Verfahrensvorschriften erteilt worden. Auf die materielle Richtigkeit kommt es bei der Einziehung wegen eines schweren Verfahrensfehlers aber nicht an.

c) Zutreffend hat das Amtsgericht aber den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) zurückge-

wiesen. Denn entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1) und 2) sind alle drei Kinder des Erblassers dessen Erben geworden.

Die Erbfolge richtet sich nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute und nicht nach dem später errichteten Einzeltestament des Erblassers. Dies ergibt sich aus einer verständigen Auslegung der letztwilligen Verfügung der Eheleute und der hieraus resultierenden fortdauernden Bindungswirkung des Testaments. Nach dem gemeinschaftlichen Testament, an das der Erblasser gebunden war und dessen Bindungswirkung nicht aufgrund der Ausschlagung der Beteiligten zu 1) bis 3) nach dem Tod der Ehefrau des Erblassers entfallen ist, sind alle drei Beteiligte Erben des Erblassers geworden.

aa) Wie sich aus einer Auslegung der letztwilligen Verfügung der Eheleute ergibt, haben sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und ihre Kinder zu Schlusserben eingesetzt.

aaa) Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen, wobei maßgeblich allein das subjektive Verständnis des Erblassers von den von ihm verwendeten Begriffen ist (vgl. BGH FamRZ 1987, 475, 476; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2084 Rn. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (vgl. BGH NJW 1993, 256 m.w.N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2084 Rn 2 m.w.N.), jedoch müssen sich mit Blick auf die Formerfordernisse des § 2247 BGB für einen entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung - wenn auch nur andeutungsweise - Anhaltspunkte finden lassen (vgl. BGHZ 80, 242, 244; BGHZ 86, 41; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2084 Rn. 4).

bbb) Unter Anwendung vorstehender Grundsätze ergibt sich, dass die Eheleute sich gegenseitig zu Alleinerben und die Kinder als Schlusserben eingesetzt haben, nicht hingegen Vor- und Nacherbschaft angeordnet haben.

Maßgeblich dafür, ob Vor- und Nacherbschaft oder demgegenüber Haupt- und Schlusserbschaft mit einer entsprechenden Auflage an den Haufterben angeordnet wurde, ist vorliegend, ob die Eheleute bei Abfassung des Testaments von zwei getrennten oder einer gemeinsamen Vermögensmasse nach dem Tod der Erstversterbenden ausgingen. Bei der Vor- und Nacherbschaft fällt das Erbe des Erstversterbenden im Rahmen der Vorerbschaft auf diesen und bleibt von seinem Vermögen getrennt. Nach seinem Tod fällt es sodann den Nacherben zu, hingegen sein Vermögen geht auf seine Erben über. Im Fall der Haupt- und Schlusserbschaft fällt das Vermögen des Erstversterbenden an den längerlebenden Ehegatten und geht dann mit dessen Tod als einheitliches Vermögen des Längstlebenden auf dessen Erben über.

Dem Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments lässt sich nicht klar entnehmen, welche Rechtskonstruktion die Eheleute wählen wollten. Im ersten Abschnitt sprechen die Eheleute für den Fall des Todes des Erstversterbenden von „sein Anteil Hausrat ...“. Auch bei dem Grundbesitz wird im nächsten Absatz erwähnt, dass dieses je zur Hälfte den Eheleuten gehört. Dies könnte für eine Trennung der Vermögen und damit für eine Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sprechen. Allerdings sind bis zum Tod des Erstversterbenden auch bei einer Haupt- und Schlusserbschaft die Vermögensmassen beider Eheleute getrennt. Eine Zusammenführung erfolgt erst mit dem Tod des Erstversterbenden. Für den Tod des Längstlebenden spricht die von den Eheleuten gewählte Formulierung dann allerdings eher für die Vorstellung einer zusammengeführten Vermögensmasse. Denn bei den für diesen Fall getroffenen Anordnungen betreffend die Wohnungen ebenso wie Einrichtung, persönliche Sachen

Sparguthaben oder Bargeld wird nicht mehr zwischen den jeweiligen Anteilen differenziert, wenngleich es in Betreff auf Einrichtung, persönliche Sachen Sparguthaben oder Bargeld es wörtlich heißt „der Erblasser“ und nicht des Längstlebenden.

Dem systematischen Aufbau des Testaments vom 16. Dezember 1991 lässt sich ebenfalls keine eindeutige Aussage entnehmen. Es wird zunächst der Tod des Erstversterbenden geregelt und sodann auf den zweiten Erbfall eingegangen. Dabei spricht die Anordnung, dass der überlebende Ehegatte die Immobilie mietfrei und zur Verwaltung erhält nicht zwingend für eine Vor- und Nacherbschaft, da die Fruchtziehung sowohl dem Haupt- als auch dem Vorerben zukommt.

Ein gewisses Argument für die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft ist dem Umstand zu entnehmen, dass der Längstlebende über den ererbten Immobilienanteil nicht zu Lebzeiten anderweitig verfügen durfte und es den Eheleuten auf den Erhalt der Immobilie in seiner Gesamtheit für die Kinder wesentlich ankam. Die fehlende Verfügungsmöglichkeit über Grundstücke entspricht der gesetzlichen Regelung für den nicht befreiten Vorerben in § 2113 BGB. Allerdings lässt sich dies rechtlich - wenngleich in abgeschwächter Form - auch mittels einer Auflage gegenüber dem Haupterben herbeiführen. Vorliegend spricht insbesondere der Umstand, dass der Längstlebende auch über seinen eigenen Anteil an der Immobilie nicht verfügen durfte, für eine Auflage, denn die Verfügungsbeschränkung über den eigenen Anteil des Längstlebenden war ausschließlich durch eine Auflage ihm gegenüber durchzusetzen und zwei unterschiedliche rechtliche Konstruktionen mit Blick auf die beiden Immobilienanteile sind eher fernliegend.

Hierfür spricht ebenfalls, dass die Eheleute dem Längstlebenden auch einheitlich auferlegten, nicht anderweitig von Todes wegen über die Immobilie zu verfügen, was im Fall der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft mit Blick auf den Anteil des Erstverstorbenen ohnehin nicht möglich gewesen wäre.

Demgegenüber kann vorliegend nicht entscheidend für eine Haupt- und Schlusserbeneinsetzung ins Feld geführt werden, dass es Ziel der Eheleute war, die gemeinsamen Kinder nach dem Tod des Längstlebenden als Erben einzusetzen. Dies wird zwar bei einer Haupt- und Schlusserbeneinsetzung unmittelbar so geregelt, kommt aber vorliegend auch bei einer Vor- und Nacherbschaft zum Tragen, da im Fall des Versterbens des Längstlebenden der Vorerbe weggefallen ist und damit der Nacherbe gemäß § 2102 Abs. 1 BGB zum Ersatzerben berufen ist und zugleich als Vollerbe des Längstlebenden erstarkt. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf das gemeinschaftliche Testament des Erblassers, in dem die Eheleute ausdrücklich für den Tod des Längstlebenden eine Aufteilung ihres Vermögens unter den drei Kindern vorgesehen haben.

Wenngleich die am Testament ansetzenden Auslegungskriterien eher für eine Haupt- und Schlusserbeneinsetzung sprechen, dürften die entscheidenden Gesichtspunkte den äußeren Umständen zu entnehmen sein. So hat der Erblasser im Rahmen seines eigenen Erbscheinsantrags nach dem Tod seiner Ehefrau ausdrücklich angegeben, die Kinder seien nicht bedacht worden. Dies ist aber nur im Fall der Haupt- und Schlusserbeneinsetzung der Fall.

Ferner ist er bei dem Errichten des eigenen Einzeltestaments am 14. November 2005 erkennbar von einer einheitlichen Vermögensmasse ausgegangen. An keiner Stelle wird zwischen dem ererbten Vermögen der Ehefrau und dem eigenen Vermögen differenziert. Vielmehr spricht er ausdrücklich von dem einheitlichen Immobilienvermögen, das von ihm den Beteiligten zu 1) und 2) vererbt wird.

Dass demgegenüber die mittestierende Ehefrau eine andere Vorstellung gehabt haben könn-



te, ist nicht ersichtlich. Ebenso ausgeschlossen ist, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des Einzeltestaments insoweit einem rechtlichen Irrtum unterlegen war, da die Ausschlagungen der gemeinsamen Kinder zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfolgt waren.

Da mithin beide Eheleute von einer einheitlichen Vermögensmasse nach dem Tod des Erstversterbenden ausgingen, haben sie Haupt- und Schlusserbschaft angeordnet.

bb) Die eigene Einsetzung des Erblassers als Haupterben seiner Ehefrau stand in Wechselbezüglichkeit zu der Einsetzung der gemeinsamen drei Kinder als Schlusserben des Erblassers. Dies entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, die der Gesetzgeber in Form einer Vermutung gesetzlich in § 2270 Abs. 2 BGB verankert hat. Überzeugende Gesichtspunkte, die dieser gesetzlichen Vermutung entgegenstehen könnten, sind von den Beteiligten nicht angeführt worden und auch sonst nicht ersichtlich. Entsprechend war der Erblasser gemäß § 2271 Abs. 2 BGB an die gemeinsame Schlusserbeneinsetzung aller drei Kinder gebunden, da er die Erbschaft nach seiner Ehefrau angenommen hatte.

Diese Bindungswirkung war auch nicht durch die Ausschlagung der Erbschaft seitens der drei Beteiligten nach dem Tod der Ehefrau entfallen. Denn eine Ausschlagung vor Anfall der Schlusserbschaft ist bereits nicht möglich (vgl. BGH NJW 1998, 543).

3. Die Kostenentscheidung erster Instanz beruht auf §§ 81, 353 Abs. 2 FamFG. Der Beteiligte zu 1) trägt als Antragsteller die Kosten des Erbscheinsverfahrens, Ferner trägt er auch als Antragsteller des sodann eingezogenen Erbscheins die Kosten des Einziehungsverfahrens. Da der Beteiligte zu 1) mit seinem Rechtsmittel teilweise unterlegen ist, sind ihm mangels entgegenstehender besonderer Umstände die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens im Umfang seines Unterliegens aufzuerlegen und im Übrigen von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen. Dies führt zu einer hälftigen Teilung der Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens gemäß § 81 FamFG. Eine Auferlegung außergerichtlicher Kosten entspricht weder in erster noch in zweiter Instanz der Billigkeit.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor. Folglich ist kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Senats gegeben.

Die Wertfestsetzung ergibt sich aus den §§ 61, 40 GNotKG. Sie richtet sich gemäß § 61 Abs. 1 GNotKG nach dem Wert der Interessen, denen das Rechtsmittel ausweislich des Antrags des Beschwerdeführers dient. Ziel des Antrags des Beteiligten zu 1) ist die Einziehung des erteilten sowie die Erlangung des beantragten Erbscheins. Damit ist für den Geschäftswert auch des Beschwerdeverfahrens die spezielle Regelung betreffend der Verfahren zur Erteilung bzw. Einziehung eines Erbscheins in § 40 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG heranzuziehen, wonach maßgeblich der Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls ist, von dem nur die vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten abgezogen werden. Den Wert des Nachlasses bemisst der Senat auf der Grundlage der Angaben des Beteiligten zu 1) auf etwa 150.000 Euro (Bl. 34 d. A.). Eine Summierung des Wertes der Einziehung des alten und der Erteilung des neu beantragten Erbscheins kommt nicht in Betracht, da beide Anträge auf das gleiche Ziel gerichtet sind. Daraus ergibt sich der im Tenor festgesetzte Beschwerdewert.