

**letzte Aktualisierung:** 20.1.2021

OLG Hamburg, Beschl. v. 7.4.2020 – 2 W 83/19

**FamFG §§ 352, 352e; BGB §§ 2362, 2365**

**Zu Prüfungsumfang und Zweck des Erbscheinsverfahrens**

1. Das Nachlassgericht kann nicht durch eine entsprechende Antragstellung im Erbscheinsverfahren gezwungen werden, die Wirksamkeit eines bestimmten Testamentes zu prüfen.
2. Das Erbscheinsverfahren ist auf die Erteilung eines Legitimationszeugnisses, also des Erbscheins, gerichtet und dient nicht der Auseinandersetzung oder Vorbereitung der Auseinandersetzung zwischen den Miterben.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 2 W 83/19

571 VI 526/19

AG Hamburg-Blankenese



## Beschluss

In der Sache

U... D... O... D...

- Erblasserin -

Beteiligte:

1) J... M... D...

- Erbe und Beschwerdeführer -

Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt Dr. N...K...

2) Dr. phil. C... U... D...

- Erbe, sonstiger Beteiligter -

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte W...

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - 2. Zivilsenat - durch den Vizepräsidenten des Hanseatischen Oberlandesgerichts Dr. C..., den Richter am Oberlandesgericht Dr. W... und den Richter am Amtsgericht K... am 07.04.2020:

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) gegen den Beschluss des Amtsgerichts Hamburg-Blankenese, Nachlassgericht vom 11.09.2019, Az.: 571 VI 526/19 in Form des Beschlusses vom 11.10.2019 wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Beteiligte zu 1) nach einen Verfahrenswert von EUR 810.000,--.
3. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

### Gründe:

Die gemäß §§ 352 e, 58ff FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

I.

Gegenstand des Verfahrens ist die Erteilung eines Erbscheins nach der Erblasserin U... D... O... D..., verstorben am 17.10.2018. Die Beteiligten sind die Söhne der Erblasserin. Mit notariellem, gemeinschaftlichem Testament vom 20.10.1982 (Bl. 6ff d. A.) setzten die Erblasserin und ihr am 14.04.1984 verstorbener Ehemann sich gegenseitig zu Alleinerben ein und die Beteiligten als Erben zu gleichen Teilen nach dem Überlebenden. Eine Bindungswirkung

besteht aufgrund ausdrücklicher Regelung in II. § 2 des Testaments nicht. Ein dritter Sohn der Erblasserin ist kinderlos am 06.04.2013 verstorben. Das Testament wurde am 17.12.2018 eröffnet.

Die Erblasserin hat ein weiteres notarielles Testament vom 17.12.2015 (Bl. 25ff d. A.) hinterlassen, das am 27.11.2018 eröffnet wurde. Danach soll es grundsätzlich bei der hälftigen Erbeinsetzung der Beteiligten gemäß dem Testament vom 20.10.1982 verbleiben, wobei detaillierte Regelungen zur Erbauseinandersetzung erfolgten, insbesondere im Hinblick auf das Hausgrundstück in der M...., 22587 Hamburg, wo der Beteiligte zu 2) mit seiner Familie lebt. Bezüglich dieses Testaments streiten die Beteiligten über die Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin. Hintergrund ist, dass sich der Beteiligte zu 1) aufgrund der Teilungsordnung gegenüber dem Beteiligten zu 2) benachteiligt sieht.

Der Beteiligte zu 1) hat mit Schriftsatz vom 01.07.2019 einen Erbscheinsantrag dahingehend gestellt, dass die Beteiligten aufgrund gewillkürter Erbfolge Erben zu je 1/2 sind. Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 11.09.2019, ergänzt durch den Beschluss vom 11.10.19, die hierfür erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, ohne indes festzustellen, ob dies aufgrund des Testaments vom 17.12.2015 oder vom 20.10.1982 erfolgte. Es könne offen bleiben, ob das Testament vom 17.12.2015 wirksam gewesen sei oder nicht. Der beantragte Erbschein mit einer Erbquote von 1/2 sei sowohl aufgrund des Testaments vom 20.10.1982 als auch aufgrund des Testaments vom 17.12.2015 zu erteilen. Es bleibe daher kein Raum für eine weitergehende Prüfung. Ob die Teilungsordnung oder sonstige außerhalb des Erbrechts liegende Anordnungen wirksam seien oder nicht, sei nicht Gegenstand des Erbscheinverfahrens.

Hiergegen richtet sich die am 07.10.2019 beim Nachlassgericht eingegangene Beschwerde des Beteiligten zu 1). Er habe, was zutrifft, seinen Erbscheinsantrag ausdrücklich auf das Testament vom 20.10.1982 gestützt. Das Nachlassgericht sei an den gestellten Antrag gebunden und hätte daher von Amts wegen prüfen müssen, ob die beiden Testamente wirksam seien, mithin insbesondere, ob die Erblasserin am 17.12.2015 testierfähig war. Ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe, weil nach § 35 GBO ein Erbschein benötigt werde, um das Grundbuch berichtigen zu lassen. Insoweit seien aufgrund des Testaments vom 17.12.2015 Eintragungen vorgenommen worden, etwa in Abteilung 2 des Grundbuchs Wohnrechte zugunsten des Beteiligten zu 2) und seiner Familie. Dem Nachlassgericht stehe kein Recht auf Prüfung zu, aus welchem Grund oder zu welchem Zweck im Einzelfall die Erteilung eines Erbscheins beantragt werde. Es sei nicht befugt, die Beteiligten auf den Prozessweg zu verweisen, wenn die Testierfähigkeit des Erblassers streitig sei, sondern müsse diese Frage im Erbscheinsverfahren selbst entscheiden.

Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 11.10.2019 nicht abgeholfen und den angegriffenen Beschluss dahingehend ergänzt, dass die erwähnte Erbfolge „aufgrund testamentarischer Verfügung“ festgestellt wird.

## II.

Die Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Nachlassgericht offen gelassen, ob es die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 1) erforderlichen Tatsachen aufgrund des Testaments vom 20.10.1982 oder aufgrund des Testaments vom 17.12.2015 für festgestellt erachtet, weil nach beiden Testamenten die Beteiligten zu 1/2 Erben geworden sind.

Der Senat teilt die Ansicht des Beteiligten zu 1) zur Bindungswirkung der Antragstellung nicht. Dem Gesetz ist nämlich allenfalls aus § 352 FamFG zu entnehmen, dass zwischen einem Erbscheinsantrag auf gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge zu unterscheiden ist. Eine weitergehende Differenzierung oder gar Bindung des Nachlassgerichts an ein bestimmtes Testament enthält die gesetzliche Regelung gerade nicht. § 352 FamFG regelt lediglich die Substantiierungspflichten desjenigen, der einen Erbschein beantragt und wendet sich nicht an das Nachlassgericht. Ließe man eine weitergehende Bindung des Nachlassgerichts zu, könnte dieses durch entsprechende Antragstellung gezwungen werden, verschiedene einzelne Testamente auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen, ohne dass dies Folgen für die Erbenstellung hätte. Dies ist aber nicht Sinn und Zweck des Erbscheinverfahrens. Der Erbschein ist lediglich ein vom Nachlassgericht erteiltes Legitimationszeugnis, ohne dass ihm selbst konstitutive

Wirkungen oder Auswirkungen auf die materielle Rechtslage zukommen würden (Staudinger/Baldus, Einleitung §§ 2353 ff. Rn. 15).

Das Erbscheinverfahren dient nicht dazu, die Auseinandersetzung zwischen den Miterben zu regeln oder auch nur vorzubereiten. Dies hat ggf. im Rahmen eines Zivilprozesses zu erfolgen. Dem Beteiligten zu 1) geht es aber vorliegend nicht in erster Linie um die (unstreitige) Feststellung seines Erbrechts, sondern um die Klärung der Frage, ob die Teilungsordnung im Testament 2015 wirksam ist, weil er sich durch sie einseitig benachteiligt sieht. Dieses auf die Auseinandersetzung der Miterben zielende Rechtsschutzziel ist aber kein tauglicher Gegenstand des Erbscheinverfahrens. Eine Klärung könnte und müsste nach Ansicht des Senats mit einem entsprechenden Feststellungsantrag vor dem Landgericht im ordentlichen Zivilprozess erfolgen.

Nur vor den ordentlichen Gerichten käme zudem eine abschließende in Rechtskraft erwachsene Klärung in Betracht. Das Erbscheinverfahren hat insoweit auch keinerlei präjudizielle Wirkung. Der Vorrang des Feststellungsurteils des Prozessgerichts gegenüber Entscheidungen des Nachlassgerichts im Erbscheinfeststellungsverfahren im Verhältnis der an beiden Verfahren beteiligten Personen entspricht der gesetzlichen Wertung, die in einer Reihe von Vorschriften zum Ausdruck kommt, u.a. §§ 2362, 2365 BGB. Der tatsächliche Erbe kann von dem Besitzer eines unrichtigen Erbscheins dessen Herausgabe an das Nachlassgericht verlangen und der Erbschein begründet lediglich die Vermutung der Richtigkeit des darin bekundeten Erbrechts (OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.05.2015, 20 W 371/13, zitiert nach juris).

Hiergegen spricht auch nicht die Regelung des § 35 GBO, wonach der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden kann. Der Argumentation des Beteiligten zu 1), er könne die Beseitigung der aus seiner Sicht aufgrund des Testaments vom 17.12.2015 unrichtig vorgenommenen Grundbucheintragungen hinsichtlich des o.g. Grundstücks nur mit der begehrten expliziten Angabe im Beschluss des Nachlassgerichts zum genauen Berufungsgrund erreichen, kann nicht gefolgt werden. Denn aus dem Erbschein als solchem geht auch dann nicht hervor, auf welcher Verfügung er beruht (vgl. Palandt-Weidlich, 76. Aufl. Rn. 3 zu § 2353 BGB). Die Feststellung des Berufungsgrundes im Beschluss nach § 352 e FamFG hilft dementsprechend für § 35 GBO nicht weiter. Vor diesem Hintergrund verbleibt auch insoweit nur der Klageweg vor den ordentlichen Gerichten etwa dahingehend, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch den Beteiligten zu 2) nach § 894 BGB zu verlangen. Diese Vorgehensweise ist im Übrigen auch der einzig richtige Weg, die Grundbuchberichtigung zu erreichen, da § 35 GBO lediglich vorsieht, dass der Nachweis der Erbfolge nur durch Erbschein geführt werden kann. Zur Frage der Grundbuchberichtigung wegen der Unwirksamkeit einer Teilungsanordnung verhält sich die Vorschrift nicht. Die Erbfolge ist zwischen den Beteiligten unstreitig und ergibt sich aus dem zu erteilenden Erbschein.

Für das eigentliche Rechtsschutzziel des Beteiligten zu 1), die Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Wohnrechte des Beteiligten zu 2) zu erreichen, hilft der Erbschein - auf Grundlage welches Beschlusses nach § 352 e FamFG auch immer - somit nicht weiter. Der Beteiligte zu 1) muss in jedem Falle die Zustimmung zur Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB vom Beteiligten zu 2) verlangen und ggf. insoweit Klage vor den Zivilgerichten erheben. Im Rahmen eines solchen Verfahrens wäre dann inzident die Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin bezogen auf den 17.12.2015 zu klären. Dies gilt selbst dann, wenn im Erbschein entgegen § 2353 BGB explizit der genaue Berufungsgrund aufgenommen würde.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. Besondere Umstände, die eine von § 84 FamFG abweichende Kostenfolge gebieten würden, sind nicht ersichtlich.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens richtet sich nach dem Wert des Nachlasses, der in der Antragsschrift vom 01.07.2019 bereinigt mit EUR 810.000,-- angegeben wurde, § 40 Abs. 1 GNotKG.

Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FamFG zuzulassen, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Der Senat weicht mit seiner Entscheidung von der Auffassung des OLG Schleswig ab, wonach das Nachlassgericht nur entweder dem Antrag, einen Erbschein zu erteilen, so wie er gestellt ist,

stattgeben oder abweisen könne, woraus sich ergebe, dass, wenn verschiedene Testamente vorhanden seien und der Erbe sich entschlöße, sein Erbrecht ausschließlich nur auf ein Testament zu stützen, die Erteilung eines Erbscheins auf Grundlage eines anderen Testaments nur dann möglich sei, wenn sicher feststehe, dass der Erbe die Erbschaft auch aus dem anderen Berufungsgrund angenommen habe (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.05.2015, Az.: 3 Wx 45/16, Anschluss OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.09.1977, 20 W 359/77 jeweils zitiert nach juris). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben, weil der Beteiligte zu 1) ersichtlich nur die Annahme bezüglich des Testaments vom 20.10.1982 erklärt hat und eine Feststellung dahingehend, dass er das Erbe auch aus dem Berufungsgrund des Testaments vom 17.12.2015 angenommen hat bzw. bereit ist, es insoweit anzunehmen, vor diesem Hintergrund nicht möglich ist.

## Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist die Rechtsbeschwerde nach §§ 70 ff. FamFG statthaft, da und soweit sie mit diesem Beschluss zugelassen wurde.

Die Rechtsbeschwerde ist binnen einer Frist von 1 Monat beim  
Bundesgerichtshof  
Herrenstr. 45 A  
76133 Karlsruhe  
einzulegen.

Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des Beschlusses. Erfolgt die schriftliche Bekanntgabe durch Zustellung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung, ist das Datum der Zustellung maßgebend. Erfolgt die schriftliche Bekanntgabe durch Aufgabe zur Post und soll die Bekanntgabe im Inland bewirkt werden, gilt das Schriftstück 3 Tage nach Aufgabe zur Post als bekanntgegeben, wenn nicht der Beteiligte glaubhaft macht, dass ihm das Schriftstück nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zugegangen ist. Kann die schriftliche Bekanntgabe an einen Beteiligten nicht bewirkt werden, beginnt die Frist spätestens mit Ablauf von 5 Monaten nach Erlass (§ 38 Abs. 3 FamFG) des Beschlusses. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages.

Die Rechtsbeschwerde wird durch Einreichen einer Rechtsbeschwerdeschrift eingelegt.

Die Rechtsbeschwerdeschrift muss die Bezeichnung des Beschlusses, gegen den die Rechtsbeschwerde gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen diesen Beschluss Rechtsbeschwerde eingelegt wird.

Die Beteiligten müssen sich durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, der die Rechtsbeschwerdeschrift zu unterzeichnen hat.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte oder Beschäftigte anderer Behörden oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Die zur Vertretung berechtigte Person muss die Befähigung zum Richteramt haben.

Der Vertretung durch einen Rechtsanwalt bedarf es nicht bei Beteiligten, die durch das Jugendamt als Beistand vertreten sind.

Soweit sich der Rechtsbeschwerdeführer nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen muss, ist die Rechtsbeschwerdeschrift durch ihn oder seinen Bevollmächtigten zu unterzeichnen.

Die Rechtsbeschwerde ist, sofern die Rechtsbeschwerdeschrift keine Begründung enthält, binnen einer Frist von einem Monat zu begründen. Die Frist beginnt mit der schriftlichen Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktages.

Die Begründung der Rechtsbeschwerde muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit der Beschluss angefochten und dessen Aufhebung beantragt

- werde (Rechtsbeschwerdeanträge);
2. die Angabe der Rechtsbeschwerdegründe, und zwar
- a. die bestimmte Bezeichnung der Umstände, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt;
  - b. soweit die Rechtsbeschwerde darauf gestützt wird, dass das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Tatsachen, die den Mangel ergeben.

Mit der Rechtsbeschwerde soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Beschlusses vorgelegt werden.

Rechtsbehelfe können auch als **elektronisches Dokument** eingereicht werden. Eine einfache E-Mail genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht.

Das elektronische Dokument muss

- mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden.

Ein elektronisches Dokument, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen ist, darf wie folgt übermittelt werden:

- auf einem sicheren Übermittlungsweg oder
- an das für den Empfang elektronischer Dokumente eingerichtete Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) des Gerichts.

Wegen der sicheren Übermittlungswege wird auf § 130a Absatz 4 der Zivilprozessordnung verwiesen. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen zur elektronischen Kommunikation mit den Gerichten wird auf die Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung – ERVV) in der jeweils geltenden Fassung sowie auf die Internetseite [www.justiz.de](http://www.justiz.de) verwiesen.

Dr. C...

Vizepräsident  
des Hanseatischen  
Oberlandesgerichts

Dr.W...

Richter  
am Oberlandesgericht

K...

Richter  
am Amtsgericht

Erlass des Beschlusses (§ 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG):  
Übergabe an die Geschäftsstelle  
am 09.04.2020.

L..., JHSekr'in  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle