

letzte Aktualisierung: 3.8.2022


OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.5.2022 – 21 W 39/22

FamFG § 38; BGB § 2200 Abs. 1

Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch gerichtliche Verfügung

1. Die gerichtliche Ernennung des Testamentvollstreckers nach § 2200 Abs. 1 BGB hat unter der Geltung des FamFG zwingend durch Entscheidung des Nachlassgerichts in Beschlussform nach § 38 FamFG zu erfolgen.
2. Wird der Testamentvollstrecker von dem Nachlassgericht statt dessen durch Verfügung ernannt, stellt dies jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar, sondern bleibt seine Ernennung wirksam.



Gericht:	OLG Frankfurt 21. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	17.05.2022
Aktenzeichen:	21 W 39/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2022:0517.21W39.22.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 38 FamFG, § 2200 Abs 1 BGB

Gerichtliche Ernennung des Testamentvollstreckers durch Verfügung statt Beschluss

Leitsatz

1. Die gerichtliche Ernennung des Testamentvollstreckers nach § 2200 Abs. 1 BGB hat unter der Geltung des FamFG zwingend durch Entscheidung des Nachlassgerichts in Beschlussform nach § 38 FamFG zu erfolgen.
2. Wird der Testamentsvollstrecker von dem Nachlassgericht statt dessen durch Verfügung ernannt, stellt dies jedoch keinen Nichtigkeitsgrund dar, sondern bleibt seine Ernennung wirksam.

Anmerkung

Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

Die erstinstanzlichen Daten werden aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht mitgeteilt.

Tenor

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) gegen den Beschluss des Amtsgerichts - Nachlassgerichts - Stadt3 vom 12.10.2021 betreffs Erteilung eines Testamentvollstreckerzeugnisses für den Beteiligten zu 3) wird zurückgewiesen.

Die in dem Beschwerdeverfahren entstandenen Gerichtskosten hat der Beteiligte zu 1) zu tragen. Eine Erstattung im Beschwerdeverfahren entstandener außergerichtlicher Kosten findet nicht statt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Der Wert des Gegenstands der Beschwerde wird festgesetzt auf die Wertstufe bis 19.000,00 €.

Gründe

I.

Der Erblasser ist zwischen dem XX./XX.11.2019 mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Stadt1 verstorben. Aus geschiedener Ehe des Erblassers ist als einziger Abkömmling der Be-

teiligte zu 1) hervorgegangen. Bei der Beteiligten zu 2) handelt es sich um die Schwester des Erblassers.

Es liegt vor ein notarielles Testament des Erblassers vom 12.02.2004 mit Einsetzung des Beteiligten zu 1) als Alleinerbe, Einsetzung seiner Abkömmlinge als Alleinerben und Aussetzung von Vermächtnissen (vgl. Bl. 13R d. Testamentsakte).

Ferner hat der Erblasser Testamentsvollstreckung zur Abwicklung des Nachlasses, der Nachlassverbindlichkeiten und des Testaments angeordnet, wobei ein geeigneter Testamentsvollstrecker zu einem späteren Zeitpunkt benannt werde.

Für eine bis zum Ableben des Erblassers erfolgten Benennung eines Testamentsvollstreckers durch den Erblasser haben sich keine Anhaltspunkte ergeben.

Der Rechtspfleger des Nachlassgerichts hat mit Verfügung vom 27.11.2019 (Bl. 14 Testamentsakte) die Beteiligte zu 2) von der Eröffnung des Testaments benachrichtigt und um Mitteilung der Anschrift des Beteiligten zu 1) gebeten. Laut Vermerk vom 12.12.2019 (Bl. 14R Testamentsakte) wurde ihm von der Beteiligten zu 2) mitgeteilt, dass die Anschrift des Beteiligten zu 1) von ihr nicht ermittelt werden könne.

Mit dem Beteiligten zu 3) übermittelter Verfügung vom 12.12.2019 (Bl. 15 Testamentsakte) hat der Rechtspfleger des Nachlassgerichts sodann eine Abschrift des Eröffnungsprotokolls nebst Testament an den Beteiligten zu 3) mit der Bitte um Mitteilung übersandt, ob der Beteiligte zu 3) das Amt des Testamentsvollstreckers annehmen wolle.

Mit Schreiben vom 18.12.2019 (Bl. 1 d.A.) hat der Beteiligte zu 3) das Testamentsvollstreckeramt angenommen und ferner um Erteilung einer beglaubigten Abschrift der Annahmeerklärung gebeten.

Diese ist ihm mit Verfügung des Rechtspflegers des Nachlassgerichts vom 23.01.2020 (Bl. 2 d.A.) erteilt worden.

Nachdem von dem Beteiligten zu 3) die Veräußerung eines nachlasszugehörigen Grundstücks in die Wege geleitet worden war, hat das Amtsgericht - Grundbuchamt - Stadt2 die von dem Beteiligten zu 3) eingeschaltete Urkundsnotarin mit Zwischenverfügung (Bl. 10 d.A.) darauf hingewiesen, dass die Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker nicht durch gemäß § 2200 BGB erlassenen Beschluss des Nachlassgerichts über dessen Ernennung zum Testamentsvollstrecker nachgewiesen sei; zudem erscheine zweifelhaft, dass dem Testament ein Ernennungsverlangen nach § 2200 BGB an das Nachlassgericht entnommen werden könne. Dem könne entgegenstehen, dass der Erblasser sich die Benennung eines Testamentsvollstreckers vorbehalten habe, es an einer solchen Verfügung des Erblassers aber fehle.

Der Beteiligte zu 1) hat unter dem 05.11.2020 eine von einem unter dem Recht des Bundesstaates Alabama der Vereinigten Staaten von Amerika tätigen Notary Public autorisierte Vollmacht zugunsten der Beteiligten zu 2) unterzeichnet (Bl. 15 d.A.)

Mit Antrag zu Protokoll des Nachlassgerichts vom 01.02.2021 (Bl. 11 d.A.) hat der Beteiligte zu 3) unter Hinweis auf seine Bestellung durch das Nachlassgericht die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt.

Der Beteiligte zu 1) hat mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 05.06.2020 (Bl. 35 d.A.) und vom 28.01.2021 (Bl. 33 d.A.) gegenüber dem Beteiligten zu 3) klargestellt, dass es sich bei der Beteiligten zu 2) in der vorliegenden Nachlasssache um seine inländische Bevollmächtigte handele, die ihrerseits dem für den Beteiligten zu 1) tätig gewordenen Ver-

fahrensbevollmächtigten eine Vollmacht erteilt habe.

Mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 16.03.2021 (Bl. 37 d.A.) hat der Beteiligte zu 1) die Zurückweisung des Antrags auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt.

Ferner ist von ihm ein Antrag auf Entlassung des Beteiligten zu 3) aus dem Testamentsvollstreckeramt gestellt worden, da hierfür gemäß § 2227 BGB wichtige Gründe gegeben seien. Insbesondere sei ein Nachlassverzeichnis von dem Beteiligten zu 3) erst am 27.07.2020 und zudem mit unzureichendem, fehlerhaften Inhalt vorgelegt worden. Ferner habe der Beteiligte zu 3) gegenüber dem Beteiligten zu 1) bzw. der Beteiligten zu 2) als seiner Vertreterin fälschlich die Gefahr einer Überschuldung des Nachlasses in den Raum gestellt. Ferner habe der Beteiligte zu 3) in Verkennung des Umstands, dass diese Immobilie bei Tod des Erblassers aufgrund dessen Einsetzung als bloßer Vorerbe auf den Beteiligten zu 1) als Nacherbe übergegangen sei, die Zahlungen der Mieter dieses Objekts eingezogen, obgleich das Objekt nicht nachlasszugehörig sei. Zudem habe der Beteiligte zu 3) die Veräußerung eines nachlasszugehörigen Kraftfahrzeugs nur verzögert betrieben und dadurch den Anfall vermeidbarer Standkosten bewirkt. Zudem ergebe sich ein Entlassungsgrund schon allein daraus, dass der Beteiligte zu 3) dem Beteiligten zu 1) den in dem Testament des Erblassers verwendeten Nachnamen „A“ statt des namensrechtlich zutreffenden Nachnamens „B“ zugeordnet habe.

Der Rechtspfleger des Nachlassgerichts hat mit Beschluss vom 27.04.2021 (Bl. 51 d.A.) die für die Erteilung des beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Zur Begründung hat der Rechtspfleger ausgeführt, der Beteiligte zu 3) sei von dem Nachlassgericht zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden und habe das Amt angenommen. Die Notwendigkeit zur Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses sei von dem Beteiligten zu 3) glaubhaft daraus hergeleitet worden, dass das zuständige Grundbuchamt dessen Vorlage zur Abwicklung eines von dem Beteiligten zu 3) eingeleiteten Grundstücksgeschäfts gefordert habe.

Der Beteiligten zu 1) hat mit Schriftsatz vom 18.05.2021 (Bl. 57 d.A.) eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs sowie Unzuständigkeit des Rechtspflegers gerügt.

Das Nachlassgericht hat die Beteiligten nach Übernahme der Sachbearbeitung durch die zuständige Dezernatsrichterin des Nachlassgerichts mit Hinweisbeschluss vom 12.10.2021 (Bl. 98 d.A.) von der vorläufigen Rechtsauffassung des Nachlassgerichts in Kenntnis gesetzt, dass nach § 2227 BGB zureichende Gründe für eine Entlassung des Beteiligten zu 3) aus dem Testamentsvollstreckeramt nicht ersichtlich seien.

Ferner hat das Nachlassgericht mit Beschluss der Dezernatsrichterin vom 12.10.2021 (Bl. 101 ff. d.A.) die für die Erteilung des beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Der Beteiligte zu 1) sei wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt. Das nach § 2200 BGB erforderliche Ernennungsersuchen lasse sich dem Testament im Wege der Auslegung entnehmen. Die Benennung eines Testamentsvollstreckers sei vorgesehen gewesen, aber seitens des Erblassers aus nicht ersichtlichen Gründen unterblieben. Es könne dabei davon ausgegangen werden, dass der Erblasser jedenfalls mutmaßlich die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht gewünscht habe. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung sei ersichtlich deshalb erfolgt, da der zum Erben bestimmte Beteiligte zu 1) dauerhaft in den Vereinigten Staaten von Amerika lebe und ihm die Verwaltung des Nachlasses daher voraussichtlich Schwierigkeiten bereitet hätte. Es könne dann davon ausgegangen werden, dass der Erblasser die Umsetzung der angeordneten Testamentsvollstreckung durch gerichtliche Benennung gewünscht habe. Ein Erfordernis für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ergebe sich dabei bereits daraus, dass das

Grundbuchamt die dafür bislang vorliegenden Nachweise als unzureichend angesehen habe.

Der Beteiligte zu 1) ist mit Schriftsatz vom 09.11.2021 (Bl. 110 ff. d.A.) und vom 12.01.2022 (Bl. 156 ff. d.A.) der Auffassung des Nachlassgerichts entgegengetreten, dass Gründe für eine Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht ersichtlich seien. Ferner ist von ihm mit Rücksicht darauf, dass sich dem Beschluss der Dezernatsrichterin des Nachlassgerichts vom 12.10.2021 nicht entnehmen lasse, ob es sich dabei um eine Entscheidung zur Nichtabhilfe der von dem Beteiligten zu 1) gegen den vorausgegangenen Beschluss des Rechtspflegers eingelegten Beschwerde oder eine originäre Erstentscheidung handele, vorsorglich Beschwerde gegen den Beschluss des Nachlassgerichts vom 12.10.2021 eingelegt worden.

Für die Erteilung des beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses fehle bereits deshalb die Erforderlichkeit, da nach Auffassung des Grundbuchamts die Erteilung einer Vollmacht des Beteiligten zu 1) als Nachweis ausreichend sei und der Beteiligte zu 1) zu deren Erteilung auch bereit sei bzw. bereit gewesen wäre, wenn der Beteiligte zu 3) ihn hierum angegangen hätte. Jedenfalls dürfe das Testamentsvollstreckerzeugnis aber schon allein deshalb nicht erteilt werden, da zudem Gründe gemäß § 2227 BGB für die Entlassung des Beteiligten zu 1) aus dem Testamentsvollstreckeramt vorlägen. Die Entscheidung über diesen Antrag sei zur Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zudem vorgreiflich, so dass das Nachlassgericht gehalten gewesen sei, vor Entscheidung über den Antrag des Beteiligten zu 3) auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zunächst vorab über den Antrag auf Entlassung zu entscheiden. Dieser mache bei seinem Erfolg auch den Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses hinfällig. Insbesondere sei auch das von dem Beteiligten zu 3) unter dem 26.11.2021 nachgebesserte Nachlassverzeichnis unverändert in einer seine Entlassung rechtfertigenden Weise lücken- und fehlerhaft.

Die Beteiligte zu 2) hat mit Schreiben vom 28.11.2021 (Bl. 129 d.A.) mitgeteilt, dass der Schriftsatz des Bevollmächtigten des Beteiligten zu 1) vom 09.11.2021 in allen Punkten, einschließlich der eingelegten Beschwerde, von ihr unterstützt werde. Insbesondere fehle es an der Notwendigkeit für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, da von dem Grundbuchamt für den Vollzug des Grundstücksgeschäfts die Vorlage einer Vollmacht des Erben als ausreichend angesehen werde.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 18.01.2022 (Bl. 136 d.A.) der unter dem 09.11.2021 von den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) eingelegten Beschwerde (Bl. 110 ff. d.A.) nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt. Soweit von der Beschwerde des Beteiligten zu 1) geltend gemacht werde, dass die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht erforderlich sei und der Antrag des Beteiligten zu 3) daher schon aus diesem Grund zurückgewiesen werden müsse, sei dies nicht durchgreifend. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung des Zeugnisses ergebe sich bereits aus der Anforderung durch das Grundbuchamt, auch wenn es möglicherweise andere Wege gebe. Die Frage, ob ein wichtiger Grund zur Entlassung des Beteiligten zu 3) als Testamentsvollstrecker vorliege, sei im Zeugniserteilungsverfahren nicht relevant.

Das Nachlassgericht hat auf Hinweis des Berichterstatters des Beschwerdesenats, dass die verfahrensfehlerfreie Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker mangels Wahrung der Beschlussform nach § 38 FamFG zweifelhaft erscheinen könne (Bl. 169 d.A.) mit Vermerk vom 21.03.2022 (Bl. 176 d.A.) klargestellt, dass ein schriftlicher Beschluss über die Auswahl und Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker seitens des Nachlassgerichts nicht erfolgt sei, sondern nur eine Anfrage, ob er das Amt annehme, und nach erfolgter Annahme eine Annahmebescheinigung erteilt worden sei.

II.

Die allein von dem Beteiligten zu 1) eingelegte, von der Beteiligten zu 2) lediglich in

ihrer Stellung als rechtsgeschäftliche Bevollmächtigte des Beteiligten zu 1) neben dessen Verfahrensbevollmächtigten unterstützte Beschwerde gegen den Beschluss über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ist zulässig, bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg.

1. Das Nachlassgericht hat zu Recht mit Beschluss vom 12.10.2021 (Bl. 98 d.A.) eine erneute Entscheidung über den Antrag des Beteiligten zu 3) auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses getroffen. Denn die vorausgegangene Entscheidung des Rechtspflegers vom 27.04.2021 (Bl. 51 d.A.) ist, obwohl sie dem Richter vorbehalten war, von dem Rechtspfleger getroffen worden und daher nicht bloß verfahrensfehlerhaft ergangen, sondern gemäß § 8 Abs. 4 Satz 1 RPfIG insgesamt unwirksam (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Dezember 2005 - II ZB 2/05, Juris).

a) Für die Entscheidung über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses war der Rechtspfleger des Nachlassgerichts bei deren Erlass am 27.04.2021 funktionell unzuständig, nachdem der Beteiligte zu 1) der Erteilung des von dem Beteiligten zu 3) beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses schon zuvor mit Schreiben vom 16.01.2021 (Bl. 37 d.A.) widersprochen hatte.

Nach § 26 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. der hessischen Justizzuständigkeitsverordnung (JuZuV) i.V.m. §§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 16 Abs. 1 Nr. 6 RPfIG endet die funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen, soweit gegen den Erlass der beantragten Entscheidung Einwände erhoben werden. Die Sache ist sodann nach § 26 Abs. 1 Satz 2 JuZuV dem Richter zur Bearbeitung vorzulegen.

b) Es hat nicht allein eine einfache, mit der Beschwerde geltend zu machende Verfahrensfehlerhaftigkeit der Entscheidung des Rechtspflegers zur Folge, wenn dieses Wiederaufleben der Richterzuständigkeit verkannt wird, sondern es handelt sich um einen derart schwerwiegenden Fehler, dass von der Unwirksamkeit der Entscheidung des Rechtspflegers ausgegangen werden muss. Die von dem Rechtspfleger unwirksam getroffene Scheinentscheidung kann zwar in zulässiger Weise zur Vernichtung des Scheintatbestands mit einer gesonderten Beschwerde angegriffen werden. Dies ändert aber nichts daran, dass es bei Verkennung des Richtervorbehalts und Entscheidung durch den unzuständigen Rechtspfleger an einer der inneren Wirksamkeit fähigen Entscheidung über den betroffenen Antrag fehlt.

Das Nachlassgericht hat in seiner Entscheidung vom 12.10.2021 daher zu Recht eine Erstentscheidung durch den Dezernatsrichter über den Antrag des Beteiligten zu 1) auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses getroffen, statt auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1) gegen den Beschluss des Rechtspflegers allein über die Frage einer Abhilfe nach § 68 Abs. 1 FamFG zu entscheiden.

c) Soweit von dem Beteiligten zu 1) zuvor Beschwerde gegen den unwirksamen Beschluss des Rechtspflegers des Nachlassgerichts vom 27.04.2021 erhoben worden war, handelt es sich bei der sodann mit Schriftsatz vom 19.10.2021 erhobenen Beschwerde gegen den die Mängel der Entscheidung vom 27.04.2021 heilenden Beschluss des zuständigen Dezernatsrichters des Nachlassgerichts vom 12.10.2021 nicht um ein weiteres Rechtsmittel neben der gegen den unwirksamen Beschluss vom 27.04.2021 erhobenen Beschwerde, sondern sind beide Beschwerden nunmehr als einheitliches Rechtsmittel zu werten. Damit ist insbesondere auch eine gesonderte Entscheidung über die Beschwerde vom 18.05.2021 gegen den Beschluss des Rechtspflegers vom 27.04.2021 entbehrlich geworden.

2. Das Nachlassgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass von der Beteiligten zu 2) mit ihren im Verfahren eingereichten Stellungnahmen nicht aus eigenem Recht Beschwerde ein-

gelegt werden soll, sondern sie allein als weitere Bevollmächtigte des Beteiligten zu 1) neben dessen Verfahrensbevollmächtigten in Erscheinung getreten ist. Das Nachlassgericht hat deshalb zu Recht auch in dem Schreiben der Beteiligten zu 2) vom 28.11.2021 (Bl. 129 d.A.), wonach sie sich der von den Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) eingelegten Beschwerde anschließe, keine von der Beteiligten zu 2) aus eigenem Recht und in eigenem Namen eingelegte Beschwerde gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts vom 12.10.2021 gesehen, sondern ist im Grundsatz zutreffend davon ausgegangen, dass Beschwerde allein von dem Beteiligten zu 1) eingelegt worden ist.

Einer Auslegung der in dem Beschwerdeverfahren eingereichten Stellungnahmen der Beteiligten zu 2) dahin, dass sie damit aus eigenem Recht und nicht in ihrer zugleich bestehenden Rechtsstellung als Bevollmächtigte des Beteiligten zu 1) in dem Verfahren Stellung genommen habe, steht bereits der Auslegungsgrundsatz entgegen, dass mehrdeutige Prozessklärungen der Beteiligten im Zweifel nicht so auszulegen sind, dass ihnen die Zulässigkeit oder Wirksamkeit ermangelt. Als Schwester des Erblassers würde der Beteiligten zu 2) nämlich in einem Verfahren auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses schon die nach § 59 Abs. 1 FamFG erforderliche Beschwerdebefugnis zur Einlegung einer Beschwerde gegen die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zugunsten des Beteiligten zu 3) fehlen. Beschwerdeberechtigt gegen die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses ist grundsätzlich nur der Erbe oder der ein nicht völlig ausgeschlossenes eigenes Erbrecht beanspruchende Erbprätendent (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 2020, § 59 FamFG Rn. 82). Die Beteiligte zu 2) nimmt ein eigenes Erbrecht neben dem sowohl nach testamentarischer wie auch nach gesetzlicher Erbfolge zum Alleinerben des Erblassers berufenen Beteiligten zu 1) ersichtlich schon nicht für sich in Anspruch, sondern will an dem Verfahren - auch wenn dies in ihren Schreiben nicht durchweg durch Hinweis, dass sie namens und in Vollmacht des Beteiligten zu 1) für diesen Stellung nehmen wolle - ersichtlich nur in ihrer Stellung als bevollmächtigte Vertreterin des Beteiligten zu 1) mitwirken. Hierzu war sie als durch schriftliche Vollmacht (vgl. § 11 FamFG) ausgewiesener, nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 FamFG vertretungsbefugter Familienangehöriger, nämlich als Schwester des Erblassers und Tante des Beteiligten zu 1) zudem berechtigt.

Das Nachlassgericht ist deshalb zu Recht allein von einer seitens des Beteiligten zu 1) eingelegten, von der Beteiligten zu 2) nur mitvertretenen Beschwerde und nicht von einer eigenen Beschwerde der Beteiligten zu 2) gegen den Beschluss vom 12.10.2021 ausgegangen.

3. Die hiernach allein gegen den Beschluss des Nachlassgerichts vom 12.10.2021 über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1) hat das Nachlassgericht zu Recht als unbegründet zurückgewiesen.

a) Nach § 2368 Abs. 1 Satz 1 BGB hat das Nachlassgericht auf Antrag einem Testamentsvollstrecker ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen. Voraussetzung für die Erteilung ist, dass der Testamentsvollstrecker wirksam ernannt ist und er das Amt angenommen hat. Ferner ist Voraussetzung, dass die Testamentsvollstreckung nicht gegenstandslos geworden und das Amt auch nicht aus einem sonstigen Grund bereits erloschen ist (vgl. OLG München NJW-RR 2010, 1381; Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2368 BGB Rn. 6).

Das Nachlassgericht hat diese Voraussetzungen zu Recht als gegeben erachtet.

aa) Die für eine Ernennung gemäß § 2200 BGB durch das Nachlassgericht erforderliche Wirksamkeit der Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts ist gegeben.

Der Beteiligte zu 1) ist wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden.

Die Ernennungsentscheidung ist jedenfalls mit dem 23.01.2020 dadurch zustande gekom-

men, dass das Nachlassgericht den Beteiligten zu 3) mit an ihn gerichteter Verfügung vom 12.12.2019 (Bl. 15 der Testamentsakte) um seine Bereitschaft zur Amtsannahme angefragt hat, der Beteiligte zu 3) das Amt sodann mit Erklärung vom 18.12.2019 angenommen hat (Bl. 1 d.A.) und ihm von dem Nachlassgericht sodann mit Verfügung vom 23.01.2020 (Bl. 2 der Testamentsakte) antragsgemäß eine Bescheinigung nach § 2202 BGB über die Amtsannahme erteilt worden ist.

(1) Das Nachlassgericht hat diese Entscheidung zwar ihrer Form nach fehlerhaft getroffen. Denn unter der Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG hat die Ernennung eines Testamentsvollstreckers zwingend in Beschlussform nach § 38 FamFG zu erfolgen (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 2020, § 2200 BGB Rn. 6; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 2020, § 2200 BGB Rn. 9; Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, 2019, § 19 Rn. 26 f.). Dies folgt zwingend schon allein daraus, dass es sich hierbei um eine Endentscheidung im Sinne des § 38 FamFG handelt, mit der das Ernennungsverfahren des Nachlassgerichts abgeschlossen wird. Für solche Endentscheidungen lässt das Verfahrensrecht der FamFG allein die Beschlussform zu. Der Erlass einer Endentscheidung in Verfügungsform, wie er unter der Geltung des § 16 Abs. 1 FGG a.F. zulässig gewesen war, ist nach dem Verfahrensrecht des FamFG hingegen von vornherein unstatthaft. Damit ist insbesondere auch die unter dem Verfahrensrecht des FGG zulässige Praxis einer Ernennung durch nach § 16 Abs. 1 FGG auch formfrei mögliche Ernennungsverfügung des Nachlassgerichts unstatthaft geworden (vgl. Maluche ZEV 2010, 551, 552f.).

Die Rechtslage hat sich damit in wesentlicher Hinsicht gegenüber dem Rechtszustand unter dem bis 2009 geltenden Verfahrensrecht des FGG geändert.

Nach damaligem Verfahrensrecht war allerdings allgemein anerkannt, dass die Entscheidung des Nachlassgerichts über die nach § 2200 BGB erforderliche Auswahl und Ernennung eines Testamentsvollstreckers in der nach § 16 Abs. 1 FamFG für Entscheidungen des Nachlassgerichts generell zugelassenen Form der Verfügung und damit grundsätzlich auch formfrei-konkludent getroffen werden konnte. Als Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts wurde daher etwa auch angesehen, dass das Nachlassgericht dem von ihm vorgesehenen Testamentsvollstrecker auf einen mit der Erklärung über die Annahme des Amtes verbundenen Antrag hin ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt hatte, ohne zuvor oder zumindest zugleich damit ausdrücklich über seine Ernennung zu entscheiden (vgl. BayObLG, Beschluss vom 05.02.1987 - Breg 1 Z 60/86, BayObLGZ 1987, 46, 48; BayObLG, Beschluss vom 25.06.1985 - Breg 1 Z 25, 26/85, BayObLGZ 1985, 233, 236).

Soweit deshalb - ungeachtet der nunmehr in § 38 FamFG für die Ernennungsentscheidung vorgeschriebenen Beschlussform - auch für das nunmehr gültige Verfahrensrecht des FamFG angenommen wird, dass die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zugleich eine nach § 2200 erforderliche Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts umfassen könne (vgl. Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 2020, § 2 Rn. 191; Damrau/Tanck/Bonefeld, Praxiskommentar Erbrecht, 2014, § 2200 BGB Rn. 6), steht einer Auslegung der hier von dem Nachlassgericht getroffenen Entscheidungen über die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses als damit konkludent verbundener Beschlussfassung über die Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker entgegen, dass das Nachlassgericht bei seiner Entscheidung vom 12.10.2021 (Bl. 101 ff. d.A.) über die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses ersichtlich von einer jedenfalls mit Erteilung der Annahmebescheinigung durch den Rechtspfleger des Nachlassgerichts am 23.01.2020 (Bl. 2 d.A.) abgeschlossenen Auswahl und Ernennung ausgegangen ist.

Die Begründung seiner Entscheidung vom 12.10.2021 (Bl. 101 ff. d.A.) lässt nichts dafür erkennen, dass es zugleich die Ernennung des Beteiligten zu 2) nachholen oder bestätigen

wollte.

Gleiches gilt für die vorausgegangene, ohnedies schon mangels Zuständigkeit unwirksame Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, die von dem Rechtspfleger des Nachlassgerichts mit Beschluss vom 27.04.2021 (Bl. 51 ff. d.A.) beschlossen worden ist. Der Rechtspfleger hat im Gegenteil ausdrücklich festgehalten, dass der Beteiligte zu 3) schon zuvor im Dezember 2019 zum Testamentsvollstrecker bestellt worden sei. Dies steht entgegen, seiner Entscheidung vom 27.04.2021 zugleich eine - sei es auch vorsorgliche - Bestätigung oder Neuvernahme dieser Ernennungsentscheidung zu entnehmen.

Als Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts kommt hiernach im vorliegenden Fall allein die Verfügung des Nachlassgerichts vom 12.12.2019 mit Anfrage über die Amtsannahme des Beteiligten zu 3) in Betracht, die - jedenfalls im Zusammenwirken mit der weiteren Verfügung des Nachlassgerichts vom 23.01.2020 (Bl. 2 d.A.) über die Erteilung einer Bestätigung der Amtsannahme - nur im Sinne einer schon seinerzeit erfolgten Entscheidung über die Auswahl und Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker aufgefasst werden kann.

(2) Diese Ernennungsentscheidung ist zwar aus den vorstehend dargelegten Gründen entgegen § 38 FamFG nicht in Beschlussform, sondern in der seit Ablösung des FGG durch die Vorschriften des FamFG für Ernennungsentscheidungen des Nachlassgerichts nach § 2200 BGB unzulässigen Form einer bloßen Verfügung des Nachlassgerichts erfolgt.

Jedoch wird die Wirksamkeit der Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker hiervon letztlich nicht in Frage gestellt. Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen zur Beurteilung der Frage, inwiefern die Wirksamkeit gerichtlicher Anordnungen und Entscheidungen von einem dabei unterlaufenen Rechtsfehler in Frage gestellt wird.

Der allgemeine Grundsatz geht dabei dahin, dass gerichtliche Maßnahmen und Entscheidungen als staatliche Hoheitsakte nur bei besonders schwerwiegenden, offenkundigen Mängeln als hinsichtlich der angezielten Entscheidungswirkungen von vornherein ungültig anzusehen sind. Vielmehr hat ein der Entscheidung anhaftender Rechtsfehler regelmäßig nur ihre Anfechtbarkeit zur Folge. Hingegen kommt eine Ungültigkeit nur bei extremen Mängeln in Betracht (vgl. BGH NJW-RR 2014, 903, juris, Rn. 7).

Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Grundsatz des Verfahrensrechts, der in gleicher Weise wie für Gerichtsurteile auch auf verfahrensabschließende Endentscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit Anwendung findet (vgl. BGH, Beschluss vom 11.04.2018 - XII ZB 487/17, juris, Rn. 17 ff.). Er ist deshalb auch für die Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts nach § 2200 BGB als rechtsgestaltende Entscheidung auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit maßgeblich. Eine solche Ernennungsentscheidung ist gleichfalls grundsätzlich auch dann wirksam, wenn sie verfahrensfehlerhaft erlassen worden war (vgl. BeckOGK-BGB/Leitzen, Stand 01.03.2022, § 2200 BGB Rn. 36).

Dass der Rechtspfleger des Nachlassgerichts die Auswahl- und Ernennungsentscheidung nicht in Beschlussform nach § 38 FamFG getroffen hat, stellt dabei keinen ihrer Nichtigkeit bewirkenden, schweren Fehler dar. Vielmehr ist anerkannt, dass es allenfalls die Anfechtbarkeit der Entscheidung zur Folge hat, falls eine der Beschlussform nach § 38 FamFG bedürftige Entscheidung stattdessen als bloße Verfügung getroffen worden war (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 2020, § 58 FamFG Rn. 19).

Die fehlerhafte Wahl der Verfügungsform anstelle der für Ernennungsentscheidungen nach § 2200 BGB durch § 38 FamFG vorgeschriebenen Beschlussform ist nämlich etwa solchen Fallgestaltungen vergleichbar, bei denen die Entscheidung über die Erteilung eines Erbscheins

unter der Geltung der Verfahrensvorschriften des FamFG statt als Feststellungsbeschluss nach § 352f FamFG i.V.m. § 38 FamFG in der Form der allein unter dem früheren Verfahrensrecht des FGG zulässigen Form eines sogenannten Vorbescheids nach § 16 Abs. 1 FGG erlassen wird. Ein solcher nach dem nunmehrigen Verfahrensrecht des FamFG seiner Form nach unzulässiger Vorbescheid ist ebenfalls nicht als unwirksam anzusehen, sondern darf einem wirksamen Feststellungsbeschluss nach § 352f FamFG gleichgestellt werden (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 31.05.2011 - 20 W 57/11, NJW-RR 2012, juris, Rn. 33). In dazu vergleichbarer Weise wird deshalb auch die Wirksamkeit der Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht nicht schon allein damit in Frage gestellt, dass die Entscheidung statt als Beschluss nach § 38 FamFG in der allein zuvor unter Geltung des FGG zugelassenen Weise als bloße Verfügung getroffen worden ist. Eine solche Ernennung durch bloße Verfügung ist nach dem Verfahrensrecht des FamFG zwar unzulässig. Jedoch lässt er sich nicht einem offenkundigen Fehler von solcher Schwere gleichstellen, dass man von einer Nichtigkeit der Ernennungsentscheidung ausgehen müsste.

(3) Die Wirksamkeit der Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts wird auch nicht durch sonstige ihr anhaftende Mängel in Frage gestellt.

(a) Es bleibt unschädlich, dass das Nachlassgericht bei seinen auf die Ernennung des Beteiligten zu 3) bezogenen Verfügungen vom 12.12.2019 und 23.01.2020 eine genaue Bezeichnung der Angelegenheit und der Beteiligten unterlassen hat. Solche weitergehenden Anforderungen, etwa die genaue Bezeichnung der Beteiligten im Beschlusseingang, werden nur an die Wirksamkeit solcher Entscheidungen gestellt, die als Vollstreckungstitel dienen sollen (vgl. BGH, Beschluss vom 27.06.2003 - IXa ZB 72/03, NJW 2003, 3136, juris Rn 19 ff.).

Einen solchen Inhalt hat die Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts nicht. Sie ist allein mit rechtsgestaltender Wirkung auf Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker gerichtet. Diese Wirkung tritt ohne Erfordernis weiterer Vollstreckungsakte schon allein dadurch ein, dass der Beschluss existent geworden ist.

(b) Ein Nichtigkeitsgrund mit der Folge, dass allein ein wirkungsloser Scheinbeschluss zustande gekommen ist, kann zwar ferner auch darin liegen, dass es der Entscheidung deshalb an der erforderlichen Unterschrift des zuständigen Richters oder Rechtspflegers ermangelt, weil sich die Unterzeichnung als bloße Paraphe darstellt (vgl. BGH NJW 1998, 609;). Auch dafür ist jedoch nichts ersichtlich.

Ein Vergleich der Unterschriftszeichnung des Rechtspflegers unter der Verfügung vom 12.12.2019 (Bl. 15 der Testamentsakte) und vom 23.01.2020 (Bl. 1 d. A.) mit der Unterzeichnung seiner in Beschlussform abgefassten Entscheidung vom 27.04.2021 (Bl. 51 d.A.) über die Erteilung des von dem Beteiligten zu 3) beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses lässt vielmehr hinreichend erkennen, dass beide Verfügungen von dem Rechtspfleger in der von ihm auch für in Beschlussform getroffene Endentscheidungen gehandhabten Weise unterzeichnet worden sind und es sich bei der Zeichnung nicht um eine bloße Paraphe gehandelt hat.

(c) Die Entscheidung des Rechtspflegers des Nachlassgerichts über die Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker ist ferner in der nach § 40 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 41 Abs. 1 Satz 1 FamFG für die Erlangung ihrer äußeren Wirksamkeit erforderlichen Weise nach außen bekannt gegeben worden.

Dafür war es ausreichend, dass das Nachlassgericht seine Verfügungen vom 12.12.2019 und 23.01.2020 über die Ernennung des Beteiligten zu 5) zum Testamentsvollstrecker sowie über die Bestätigung seiner Amtsannahme dem Beteiligten zu 5) schriftlich bekannt gemacht hat.

Denn für die Erlangung der Wirksamkeit einer Entscheidung über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist es ausreichend, dass die Entscheidung diesem als dem Hauptbetroffenen zugeht. Es bleibt unschädlich, dass die Entscheidung auch weiteren Beteiligten bekannt zu machen gewesen wäre, dies aber unterblieben ist (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 2020, § 40 FamFG Rn. 7 i.V.m. Rn. 22).

Die Wirksamkeit dieser Bekanntgabe wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass es an einer schriftlichen Anordnung nach § 15 Abs. 2 Satz 1, 2. Alt. FamFG über die Zustellung dieser Verfügung an den Beteiligten zu 3) im Wege der Aufgabe zur Post fehlt. Ein Wirksamkeitsmangel folgt auch daraus nicht. Vielmehr hätte auch ein solcher Rechtsfehler allenfalls zur Folge, dass es an einer Inlaufsetzung der Beschwerdefrist nach § 63 FamFG fehlt (vgl. Prütting/Abramenko, FamFG, 2020, § 41 FamFG Rn. 12).

bb) Für den vorliegenden Fall kann ferner auch dahinstehen, ob im Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses die bereits im Ernennungsverfahren geprüfte Frage eines Ernennungsverlangens des Erblassers nach § 2200 BGB nochmals nachgeprüft werden muss (vgl. dafür OLG München, Beschluss vom 23.01.2009 - 31 Wx 116/08, ZEV 2009, 341), oder dem eine Bindungswirkung der vorausgegangenen Ernennungsentscheidung entgegensteht (vgl. dafür OLG Hamburg NJW 1965, 1968).

Denn das Nachlassgericht ist zu Recht der Auffassung gewesen, dass dem Testament des Erblassers im Wege der Auslegung ein mindestens konkludentes Ernennungsverlangen an das Nachlassgericht entnommen werden kann.

Das Nachlassgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Erblasser, wenn er sich im Zeitpunkt der Abfassung seines Testaments die Möglichkeit vor Augen geführt hätte, dass die von ihm vorgesehene Benennung des Testamentsvollstreckers durch spätere gesonderte Verfügung ausbleiben könne, für diesen Fall nicht den Leerlauf seiner Verfügung über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers, sondern dessen Ernennung durch das Nachlassgericht gewollt hätte. Dafür hat das Nachlassgericht zutreffend auf den Umstand hingewiesen, dass der von dem Erblasser zum Alleinerben bestimmte Beteiligten zu 1) schon im Zeitpunkt der Testamentsabfassung im Ausland ansässig war und daher ein Bedürfnis bestand, seine Rechte durch einen inländischen Repräsentanten wahrnehmen zu lassen.

Zudem hatte der Erblasser in dem Testament ferner ein Nachlassgrundstück sowie Teile seines Geldvermögens zwei juristischen Personen zugewendet. Testamentsvollstreckung ist von ihm ausdrücklich auch zur Nachlassabwicklung und damit zur Erfüllung dieser Vermächnisse angeordnet worden. Die nicht fernliegende Möglichkeit, dass es zu Interessengegensätzen zwischen dem eingesetzten Alleinerben und den Vermächtnisbegünstigten kommen konnte, spricht deshalb ebenfalls dafür, dass der Erblasser, wenn er die Möglichkeit einer zu seinen Lebzeiten unterbliebenen Benennung eines geeigneten Testamentsvollstreckers vorausgesehen hätte, für diesen Fall die Benennung einer geeigneten Person nach § 2200 BGB durch das Nachlassgericht gewollt hätte.

cc) Eine Beendigung des Amtes des Beteiligten zu 3) durch vollständige Aufgabenerledigung (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2200 BGB Rn. 6), die der Erteilung des beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses entgegenstehen würde, ist derzeit ebenfalls nicht gegeben.

Der Nachlass ist zwar weitgehend, aber noch nicht vollständig abgewickelt. Insbesondere steht der grundbuchrechtliche Vollzug einer von dem Beteiligten zu 3) eingeleiteten Veräußerung eines nachlasszugehörigen Grundstücks auch derzeit noch aus.

dd) Materiell-rechtlich wird von § 2368 BGB als Voraussetzung für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht gefordert, dass der Testamentsvollstrecker deshalb zwin-

gend auf die Erteilung des Zeugnisses angewiesen ist, weil er eine konkret anstehende Abwicklungsaufgabe anders nicht wahrnehmen könnte.

Die Erteilung des Zeugnisses wird von § 2368 Satz 1 BGB nicht in das Ermessen des Nachlassgerichts gestellt, sondern dieses hat das Zeugnis zu erteilen, wenn der Testamentsvollstrecker dies beantragt hat. An den Antrag ist das Nachlassgericht dabei gebunden und hat nur zu überprüfen, ob der Antragsteller wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden war und ob das Amt nicht bereits durch Aufgabenerledigung beendet worden war (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2368 BGB Rn. 6).

Auch verfahrensrechtlich lässt sich das Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung des Zeugnisses hiernach nicht schon allein deshalb verneinen, weil der Testamentsvollstrecker seine Aufgaben möglicherweise auch bei Versagung der Erteilung des Zeugnisses in sachgerechter Weise erledigen könnte und daher nicht geradezu zwingend und unabweislich auf dessen Erteilung angewiesen sein mag.

Daran ändert nichts, dass die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses für den Nachlass mit der Entstehung von Kosten verbunden ist, die sich bei Verzicht auf seine Erteilung vermeiden lassen. Ob der Testamentsvollstrecker bei Beantragung des Zeugnisses mangels einer Erforderlichkeit dieser Maßnahme in pflichtwidriger Weise vermeidbare Mehrkosten für den Nachlass verursacht hatte, ist deshalb grundsätzlich nicht schon im Verfahren auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vor dem Nachlassgericht, sondern allenfalls in einem späteren Rechtsstreit zwischen dem Erben und dem Testamentsvollstrecker über die Frage einer nach § 2219 BGB zu Schadenersatz verpflichtenden Amtsführung zu entscheiden.

b) Das Nachlassgericht ist ferner zu Recht der Auffassung gewesen, dass der Erteilung des beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses auch nicht entgegensteht, falls die Auffassung des Beteiligten zu 1) als zutreffend unterstellt wird, dass wichtige gemäß § 2227 BGB die Entlassung des Beteiligten zu 3) aus dem Testamentsvollstreckeramt rechtfertigende Gründe vorliegen.

Denn es führt nicht zur Beendigung des Amtes, dass ein Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers gestellt wird. Die Beendigung des Amtes des Testamentsvollstreckers wird nach § 2227 BGB vielmehr erst durch die konstitutive Entscheidung des Nachlassgerichts über die Entlassung herbeigeführt. Das Amt endet dabei frühestens mit der gemäß §§ 40, 41 FamFG erfolgten Zustellung der Entlassungsentscheidung des Nachlassgerichts bzw. des Eintritts ihrer Rechtskraft.

Solange das nicht der Fall ist, hat auch der nach § 2227 BGB zu entlassende Testamentsvollstrecker das Amt inne und demzufolge Anspruch auf das zu seiner Legitimation dienende Zeugnis (vgl. OLG München NJW-RR 2020, 1381).

Daran ändert auch nichts, falls die nach § 2200 BGB getroffene Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts mit einer Beschwerde angegriffen wird. Denn auch die Ernennung erlangt gemäß §§ 40, 41 FamFG bereits mit Bekanntgabe an den ernannten Testamentsvollstrecker ihre Wirksamkeit, ohne dass es dafür auf den Eintritt ihrer Rechtskraft ankäme (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 2022, § 2200 BGB Rn. 6; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, § 40 FamFG Rn 22).

Eine Aussetzung der Wirksamkeit der Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts bis zur Erlangung der Rechtskraft dieser Entscheidung, wie sie das Gesetz in § 352e Abs. 2 Satz 2 FamFG für Beschlüsse der Nachlassgerichte über die Erteilung von Erbscheinen bzw. gemäß § 354 Abs. 1 FamFG über die Erteilung von Erbscheinen vorsieht, ist von dem FamFG dabei nicht vorgesehen und ist von dem Nachlassgericht im Zusammenhang mit seiner Ernen-

nungsentscheidung auch nicht angeordnet worden.

Die Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts bleibt damit auch für das Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 354 Abs. 1 FamFG bindend.

Eine Aussetzung dieses Verfahrens bis zur Entscheidung über ein etwa von dem Beteiligten zu 1) gegen die Ernennungsentscheidung eingelegtes Rechtsmittel ist - selbst wenn entgegen der noch darzulegenden Auffassung des Senats ein solches Rechtsmittel nicht eingelegt worden ist - dabei schon deshalb nicht veranlasst, weil der Testamentsvollstrecker jedenfalls für den Zeitraum ab Erlass der wirksamen Ernennungsentscheidung bis zu deren Aufhebung durch das Nachlassgericht als wirksam ernannt anzusehen wäre und damit jedenfalls für seine bis dahin entfaltete Tätigkeit die Erteilung eines Zeugnisses nach § 2368 Abs. 1 Satz 1 BGB beanspruchen könnte. Denn falls die Testamentsvollstreckung beendet wird, nachdem sie für einen konkreten Zeitraum bestanden hatte, kommt jedenfalls die Erteilung eines Zeugnisses hierüber mit dem Vermerk der Beendigung in Betracht (vgl. OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 387).

Für eine vollständige Versagung der Erteilung des beantragten Zeugnisses wäre hiernach nicht einmal dann Raum, wenn ein Erfolg des von dem Nachlassgericht bislang noch nicht beschiedenen Antrags des Beteiligten zu 1) auf Entlassung des Beteiligten zu 3) aus dem Testamentsvollstreckeramt oder einer Beschwerde gegen die Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts unterstellt wird.

3. Der Entlassungsantrag des Beteiligten zu 1) steht in der vorliegenden Sache nicht zur Entscheidung des Beschwerdesenats. Ebensowenig ist dem Beschwerdesenat ein Rechtsmittel des Beteiligten zu 1) angefallen, das sich bereits gegen die vorausgegangene Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts richten würde.

Insoweit gilt vielmehr folgendes:

a) Soweit von dem Beschwerdeführer neben der Versagung des Testamentsvollstreckerzeugnisses des Weiteren auch die Entlassung des Testamentsvollstreckers beantragt worden ist, hat das Nachlassgericht darüber bislang noch keine Entscheidung getroffen und auch nicht treffen wollen. Vielmehr hat es in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 18.01.2022 (Bl. 163 d.A.) nochmals ausdrücklich klargestellt, dass über die Frage der Entlassung des Beteiligten zu 3) aus dem Testamentsvollstreckeramt noch entschieden werden müsse. Insoweit fehlt es bereits an einer beschwerdefähigen Ausgangsentscheidung des Nachlassgerichts.

b) Eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts zur Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker ist von der Beteiligten zu 1) bereits nicht eingelegt worden. Eine ausdrückliche Beschwerde auch gegen die Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts ist von dem Beteiligten zu 1) mit Beschwerde vom 18.05.2021 (Bl. 57 ff. d.A.) nicht erhoben worden. Sie ist entgegen der mit Schriftsatz vom 20.04.2022 geäußerten Auffassung des Beteiligten zu 1) auch nicht als stillschweigend erhoben worden anzusehen.

Denn dem Beteiligten zu 1) war bei Einlegung der Beschwerde anhand der Begründung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 27.04.2021 (Bl. 51 d.A.) bereits bekannt, dass der Beteiligte zu 3) nach Auffassung des Nachlassgerichts bereits mit Amtsannahme vom 27.12.2019 wirksam ernannt worden war. Ferner hatte das Grundbuchamt Stadt2 bereits im Dezember 2020 mit Zwischenverfügung (Bl. 10 d.A.) im Grundsatz zutreffend darauf hingewiesen, dass eine in Beschlussform nach § 38 FamFG getroffene Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts nicht ersichtlich sei. Diese Verfügung war dem Beteiligten zu 1) bei Einlegung seiner Beschwerde gleichfalls inhaltlich bekannt, da sie von ihm in Bezug genommen worden ist. Gleichwohl hat er kein Rechtsmittel gegen die Ernennung eingelegt, obwohl er

schon seinerzeit die Möglichkeit gehabt hätte, die Ernennung des Beteiligten zu 3) zum Testamentsvollstrecker auch mit dem Einwand anzugreifen, dass dieser verfahrensfehlerhaft nicht durch Beschluss nach § 38 FamFG, sondern allenfalls durch Verfügung des Nachlassgerichts ernannt worden sei.

Hinzu kommt, dass eine derartige Beschwerde auch in der Sache keinen Erfolg haben dürfte. Zwar wäre eine fehlende Eignung auch dann zu bejahen, wenn von vornherein das Vorliegen oder spätere Entstehen eines Entlassungsgrundes feststünde oder wahrscheinlich wäre (vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann, 2020, § 2200 Rn. 6). Doch können die von dem Beteiligten zu 1) geltend gemachten Gesichtspunkte selbst bei Berücksichtigung der nicht schon im Zeitpunkt der Ernennungsentscheidung des Nachlassgerichts bestehenden, sondern auch seither hervorgetretenen Umstände eine Einschätzung dahingehend nicht rechtfertigen, dass es dem Beteiligten zu 3) bereits von Anfang an an der erforderlichen Eignung fehlte und er deshalb bereits von vornherein nicht hätte ernannt werden dürfen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Danach sollen die Kosten eines erfolglos gebliebenen Rechtsmittels dem Beteiligten auferlegt werden, der das Rechtsmittel eingelegt hatte.

Es erscheint dabei jedoch gemäß § 84 FamFG i.V.m. §§ 80, 81 FamFG billig, von einer Anordnung auf Erstattung der dem Beteiligten zu 3) im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten abzusehen, nachdem der ernannte Testamentsvollstrecker zugleich als Rechtsanwalt zugelassen ist und sich nicht der Mitwirkung eines vom ihm bestellten Verfahrensbevollmächtigten bedient hat.

5. Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Die Grundsätze über eine Nichtigkeit von Hoheitsakten und gerichtlicher Entscheidungen auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung in dem für die Entscheidung über die Beschwerde erforderlichen Ausmaß geklärt.

6. Die Entscheidung hinsichtlich des Geschäftswerts der Beschwerde beruht auf §§ 61, 40 Abs. 5 GNotKG.

Danach beläuft sich auch der Geschäftswert eines Verfahrens der Beschwerde gegen Entscheidungen der Nachlassgerichte über die Erteilung von Zeugnissen über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers auf 20 Prozent des Nachlasswerts, wobei im Unterschied zu der in § 40 Abs. 1 GNotKG enthaltenen Vorschrift über die Bemessung des Geschäftswerts in Erbscheinsverfahren ein Abzug der von dem Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten nicht vorzunehmen ist, sondern allein der Aktivbestand des Nachlasses maßgeblich ist.

Der Testamentsvollstrecker hat den dafür allein maßgeblichen Aktivbestand des Nachlasses mit Verzeichnis vom 23.07.2020 (Bl. 24 d.A.) auf 92.352,57 € veranschlagt. Dass die dortigen Wertansätze zu Lasten des nunmehr kostenpflichtigen Beteiligten zu 1) überhöht angesetzt worden wären, wird auch von ihm nicht geltend gemacht, sondern allein, dass einzelne nachlasszugehörige Grundstücke mit einem gegenüber den Angaben des Beteiligten zu 3) höheren Wert zu veranschlagen seien. Bei Ansatz von 20 % von 92.352,57 € ergibt sich ein Geschäftswert von 18.470,51 € und somit der Wertstufe oberhalb 16.000,00 € bis 19.000,00 €. Die Bandbreite dieser Wertstufe deckt damit auch etwaige Abweichungen der Aufstellung des Testamentsvollstreckers zum wahren Aktivbestand ab und liegt jedenfalls nicht zum Nachteil des kostenpflichtigen Beteiligten zu 1) zu hoch.