

letzte Aktualisierung: 30.09.2020

OLG Braunschweig, Beschl. v. 8.7.2020 – 3 W 19/20

BGB §§ 80, 83, 1960, 2227

Beschwerdebefugnis des Nachlasspflegers; keine Vorstiftung bei Stiftungserrichtung von Todes wegen

1. Ein Nachlasspfleger – dessen Wirkungskreis die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses umfasst – ist nicht beschwerdebefugt gegen Beschlüsse, die im Erbscheinsverfahren desjenigen Erblassers ergehen, für dessen unbekannte Erben er bestellt ist (Anschluss an BayObLG, Beschluss vom 17. August 1990 – BReg. 1a Z 36/89 –, BeckRS 2010, 27258).
2. Eine Stiftung erlangt erst durch die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde Rechtsfähigkeit. Vor der Bekanntgabe der Anerkennung kann der später einzusetzende Stiftungsvorstand keine Rechtshandlungen vornehmen, die Wirkung für oder gegen die Stiftung entfalten; eine Vor-Stiftung ähnlich der Vor-GmbH oder dem Vor-Verein existiert nicht (Anschluss an BFH, Urteil vom 11. Dezember 2015 – X R 36/11 –, DStRE 2015, S. 715 [719 ff. Rn. 54 ff.]). Dies gilt auch für eine Stiftung von Todes wegen, so dass die Ernennung eines Testamentsvollstreckers den allgemein üblichen Weg zur Gründung einer Stiftung von Todes wegen darstellt.
3. Einer vom Erblasser zum Testamentsvollstrecker ernannten Person, die Vermögensdelikte in erheblichem Umfang zum Nachteil des Nachlasses begangen hat, ist vom Nachlassgericht kein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen, da bereits ein wichtiger Grund nach § 2227 BGB für die Entlassung besteht.

Rechtsprechung der niedersächsischen Justiz

Gründung einer Stiftung von Todes wegen

- 1. Ein Nachlasspfleger – dessen Wirkungskreis die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses umfasst – ist nicht beschwerdebefugt gegen Beschlüsse, die im Erbscheinsverfahren des Erblassers ergehen, für dessen unbekannte Erben er bestellt ist (Anschluss an BayObLG vom 17. August 1990 – BReg. 1a Z 36/89 –, BeckRS 2010, 27258).**
- 2. Eine Stiftung erlangt erst durch die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde Rechtskraft. Der Bekanntgabe der Anerkennung kann der später einzusetzende Stiftungsvorstand keine Rechtshandlungen vornehmen, die Wirkung für oder gegen die Stiftung entfalten; eine Vor-GmbH oder dem Vor-Verein existiert nicht (Anschluss an BFH, Urteil vom Dezember 2015 – X R 36/11 –, DStRE 2015, S. 715 [719 ff. Rn. 54 ff.]). Dies gilt auch für eine Stiftung von Todes wegen, so dass die Ernennung eines Testamentsvollstreckers den allgemeinen Grundsatz der Gründung einer Stiftung von Todes wegen darstellt.**
- 3. Einer vom Erblasser zum Testamentsvollstrecker ernannten Person, die Vermögen des Nachlasses in erheblichem Umfang zum Nachteil des Nachlasses begangen hat, ist vom Nachlassgericht die Entlassung als Testamentsvollstreckerzeugungnis zu erteilen, da bereits ein wichtiger Grund nach § 2227 BGB besteht.**

OLG Braunschweig 3. Zivilsenat, Beschluss vom 09.07.2020, 3 W 19/20, ECLI:DE:OLGBS:2020:0708.3W19.20.00

§ 80 BGB, § 81 BGB, § 83 BGB, § 84 BGB, § 1960 BGB, § 2044 BGB, § 2048 BGB, § 2049 BGB, § 2094 BGB, § 2101 BGB, § 2202 BGB, § 2227 BGB, § 2231 BGB, § 2270 BGB, § 2271 BGB, § 5 Abs 1 S 1 FamFG, § 63 FamFG, § 70 Abs 2 S 1 FamFG, § 81 FamFG, § 84 FamFG, § 61 Abs 1 S 1 GNotV

VERFAHRENSGANG

vorgehend AG Goslar, 8. November 2018, Az: 7 VI 384/18

TENOR

Die Beschwerde des Nachlasspflegers vom 3. Dezember 2018 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Goslar – Nachlassgericht – vom 8. November 2018 – 7 VI 384/18 – wird als unzulässig verworfen.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. vom 3. Dezember 2018 gegen den Beschluss des Amtsgerichts Goslar – Nachlassgericht – vom 8. November 2018 – 7 VI 384/18 – wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Erbscheinsantrag vom 31. Mai 2018 als unzulässig verworfen wird.

Der Nachlasspfleger und der Beteiligte zu 2. haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Beschwerdewert wird auf 4.000.000,00 € festgesetzt.

GRÜNDE

I.

- 1 Der Beteiligte zu 2. begehrt einen auf die Beteiligte zu 1. lautenden Erbschein, die Beteiligte sich auf ein früheres Ehegattentestament.

- 2 1. Der Ehemann der Erblasserin hatte zwei Kinder aus erster Ehe: Die Beteiligte zu 3. ist sein Sohn ist ohne Abkömmlinge verstorben und von der Beteiligten zu 4. – seiner Ehefrau – worden. Die Erblasserin und ihr Ehemann waren im Bereich der Immobilienverwaltung tätig und Eigentümer mehrerer Immobilien, unter anderem in ... und Sie hatten zwei gemeinsame Kinder, die im Januar 1994 bei einem Autounfall ums Leben gekommen sind; weitere Abkömmlinge haben keine.
- 3 Mit gemeinschaftlichem notariellen Testament vom 8. Juni 1994 verfügten die Erblasserin und ihr Ehemann unter Ziffer II wie folgt:
- 4 *Wir setzen uns hiermit gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Der Überlebende wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das bei ihm vorhandene Vermögen in jeder Weise frei verfügen.*
- 5 Als gemeinsame Schlusserben bestimmten sie unter Ziffer III des Testaments die Kinder des Erblassers aus erster Ehe – die Beteiligte zu 3. und den Ehemann der Beteiligten zu 4.; unter „VI. Bindungen“ verpflichteten sie:
- 6 *Sämtliche in diesem Testament niedergelegten Verfügungen sind wechselbezüglich. Änderungen sind daher nur gemeinschaftlich geändert werden oder durch Widerruf.*
- 7 *Nach dem Tode eines Teils von uns, soll aber der überlebende Teil berechtigt sein, das Testament zu ändern, sofern nach seiner Auffassung in der Person der Schlusserbe berechnigte Gründe vorliegen.*
- 8 Der Ehemann der Erblasserin verstarb im Jahr 2000.
- 9 Im Jahr 2004 lernte die Erblasserin den 1966 geborenen Beteiligten zu 2. kennen; nach Verbüßung über dreijährigen Haftstrafe unter anderem wegen Untreue und Betruges hielt dieser sich ab Ende 2013 vermehrt bei der Erblasserin in ... auf, wo er im Gästezimmer wohnte. Er war mit der Erblasserin befreundet und trat zum Teil nach außen als ihr Lebensgefährte auf. Über eine eigene Wohnimmobilie verfügte er regelmäßig Einkommen verfügte er nicht.
- 10 Im November 2017 erkrankte die Erblasserin lebensbedrohlich an einer Herzinnenhautentzündung und wurde am 20. November 2017 ins Krankenhaus eingeliefert. Am 21. November 2017 erteilte die Erblasserin dem Beteiligten zu 2. eine notarielle transmortale Generalvollmacht. Am selben Tage errichtete sie ein beurkundetes Testament, in dem sie regelte:
- 11 *Ich vermache meinen gesamten Nachlass einer noch zu gründenden gemeinnützigen Stiftung dem Namen „[A.] Stiftung.“*
- 12 *Zweck der Stiftung ist die Förderung begabter Studierender auf dem Gebiet des Maschinenbaus der industriellen Hochbaus der Technischen Universität Braunschweig.*
- 13 *Ich bestimme hiermit, dass [der Beteiligte zu 2] die Stiftung gründet und in meiner Satzung ausgestaltet und in verantwortlicher Stellung die Stiftung führt. Er soll vorerwähnter Vorsitzender des Stiftungs-Vorstandes werden und Sorge dafür tragen, dass die Mittel meines Nachlass im Sinne der Stiftung verwendet werden. Dazu soll er sich auch bei Bedarf Hilfe bedienen.*
- 14 Eine Stiftungssatzung ist in dem Testament nicht enthalten und ihm auch nicht beigelegt. Bei der Beurkundung fanden im Krankenhaus statt, wobei das Testament – augenscheinlich vom beurkundenden Notar – handschriftlich niedergeschrieben worden ist. Wegen der Einzelheiten der beglaubigten Ablichtungen der Vollmachtsurkunde (Bl. 12–16 d.A.) und des Testaments (B. 1–3) wird im Urteil Bezug genommen.
- 15 Am 28. November 2017 verstarb die Erblasserin. Der Beteiligte zu 2. wohnte weiterhin in ihrer Wohnung. Dort zog auch seine Lebensgefährtin ein, die er im Januar 2018 kennengelernt hatte. Den gesamten Lebensunterhalt bestritt der Beteiligte zu 2. aus dem Nachlass.

für die Befreiung von der Bindungswirkung; es lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor, Bedingung erfüllt sei.

- 22 3. Mit Urteil der großen Strafkammer des Landgerichts Braunschweig vom 15. April 2019 – 1 ist der Beteiligte zu 2. unter anderem wegen Untreue in 74 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Jahren verurteilt worden. Die Untreuetaten bestanden in Verfügungen des Beteiligten zu 2. über insgesamt 129.358,40 € (Barabhebungen, Zahlungen per EC-Karte) über zum Nachlass gehörende Bankkonten für private Zwecke. Wegen der Einzelheiten wird auf das genannte Urteil (Sonde Ablichtungen StA Braunschweig – 703 Js 44238/18 –) Bezug genommen.
- 23 Die Beschwerdeführer haben mit Schriftsätzen vom 18. März, 10., 20., 22. und 24. Mai, 3. Juni und 3. September 2019 weitere Ausführungen zur Beschwerdebegründung gemacht. Die Beteiligte hat die Beschwerde – und insbesondere der Darstellung, es sei zu einem Zerwürfnis zwischen der Beteiligte zu 1. und den Beteiligten zu 3. und 4. nebst Ehemännern gekommen – mit Schriftsatz vom 2. Juli 2019 entgegengetreten. Wegen der Einzelheiten wird auf die genannten Schriftsätze (Bl. 95 f., 98 f., 104a–104c, 105 f. und 123 f. sowie Bl. 113–117 d.A.) Bezug genommen.

II.

- 24 Beide Beschwerden bleiben ohne Erfolg. Die Beschwerde des Nachlasspflegers ist unzulässig, die Beschwerde der Beteiligte zu 1. ist als solche des Beteiligten zu 2. auszulegen (2) und ist als unzulässig, aber nicht begründet (3).
- 25 1. Die Beschwerde des Nachlasspflegers ist unzulässig. Sie ist zwar innerhalb der Monatsfrist des FamFG eingelegt worden, der Nachlasspfleger ist aber nicht beschwerdeberechtigt im Sinne des FamFG.
- 26 Der Wirkungskreis des Nachlasspflegers umfasst die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses. Die Frage, wer letztlich Erbe wird, ist von diesem Wirkungskreis nicht umfasst. Ein Nachlasspfleger ist befugt, Beschwerde einzulegen gegen Beschlüsse, die im Erbscheinsverfahren desjenigen Erblassers ergehen, für dessen unbekannte Erben er bestellt ist (BayObLG, Beschluss vom 17. August 2010 – 1a Z 36/89 –, BeckRS 2010, 27258; vgl. auch Meyer-Holz, in: Keidel, FamFG, 20. Auflage 2019, § 78 m.w.N.; Grziwotz, in: MüKo FamFG, 3. Auflage 2019, § 352, Rn. 11 m. zahlr. w.N. in Fn. 4; Zimmermann, in: Keidel, FamFG, 20. Auflage 2020, § 352, Rn. 25). „Ihn geht das Erbschein nichts an“ (Zimmermann, in: ZEV 2011, 631 [632]).
- 27 2. Der Erbscheinsantrag und die Beschwerde der Beteiligte zu 1. sind als solche des Beteiligten zu 2. auszulegen, denn die Beteiligte zu 1. konnte mangels Rechtsfähigkeit keinen Erbscheinsantrag einlegen (a). Vor diesem Hintergrund kann aus demselben Grund auch nicht selbst Beschwerde eingelegt werden (b). Vor diesem Hintergrund kann die Verfügung der Erblasserin so auszulegen, dass sie den Beteiligten zu 2. zum Testamentsvollstrecker ernennen wollte (b).
- 28 a) Die Beteiligte zu 1. – die „Stiftung i.Gr.“ – existiert nicht. Eine Stiftung, auch eine von Todes wegen, erlangt erst durch die Anerkennung durch die Stiftungsbehörde Rechtsfähigkeit. Vor der Bekanntgabe der Anerkennung kann der spätere Vorstand der Stiftung keine Rechtshandlungen vornehmen, die Wirkung für oder gegen die Stiftung hat. Eine Vor-Stiftung ähnlich der Vor-GmbH oder dem Vor-Verein existiert nicht (BFH, Urteil vom 10. März 2015 – X R 36/11 –, DStRE 2015, S. 715 [719 ff. Rn. 54 ff.]; Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 76. Auflage 2017, § 80, Rn. 47–55; Langenfeld, in: ZEV 2002, S. 481 [483]; Schlüter/Staudinger, Stiftungsrecht, 3. Auflage 2016, Rn. 113; Weitemeyer, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2018, § 81 I m.w.N.; a.A. Ellenberger, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 80, Rn. 2 m.w.N.).
- 29 Auch eine zwischenzeitliche Anerkennung durch die Stiftungsbehörde liegt nicht vor, so dass auch nicht gemäß § 84 so zu behandeln ist, als hätte sie beim Tod der Erblasserin schon existiert. Diese Rückwirkungsfiktion ohnehin begrenzt wäre (vgl. Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, 76. Auflage 2017, § 84, Rn. 6–9). Im Fall der Stiftung von Todes wegen mit Berufung der Erblasserin wird diese mit der Anerkennung rückwirkend zur Vollerbin (vgl. § 2101 Abs. 2 BGB; We

Rechtsmittel zur sachlichen Überprüfung gestellte Anspruch nicht bestehe (BGH, Beschluss Oktober 1962 – V BLw 8/62 –, BeckRS 1962, 31185202, Ziff. 4).

- 37 b) Die Beschwerde des Beteiligten zu 2. ist aber nicht begründet. Der Erbscheinsantrag vom ist unzulässig, denn der Beteiligte zu 2. ist nicht antragsberechtigt (aa). Eine Heilung durch A Amts als Testamentsvollstrecker kommt jedenfalls wegen der zwischenzeitlichen strafrechtlich Verurteilung des Beteiligten zu 2. nicht in Betracht (bb).
- 38 aa) Der Beteiligte zu 2. ist bezüglich des begehrten Erbscheins nicht antragsberechtigt, denn der dahingehenden Auslegung des Testaments vom 21. November 2017 (siehe oben, Ziffer : Testamentsvollstrecker geworden.
- 39 Die Testamentsvollstreckung als solche beginnt mit dem Erbfall, sofern der Erblasser keinen Zeitpunkt bestimmt hat. Hiervon zu trennen ist aber das Amt des konkreten Testamentsvollst Dieses beginnt nicht bereits auf Grund Ernennung und Eintritt des Erbfalls, sondern erst mit (in welchem der Ernannte das Amt annimmt, § 2202 Abs. 1 BGB. Die Annahme oder Ablehnu muss durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht erfolgen, so dass eine „stillschweiger jedenfalls keine Wirkung hat. Zwar mag es genügen, den Willen zur Annahme – unabhängig Ausdrucksweise – deutlich zum Ausdruck zu bringen, zum Beispiel durch einen Antrag auf E Testamentsvollstreckerzeugnisses oder auch die Teilnahme an Verhandlungen des Nachlass Eigenschaft als Testamentsvollstrecker (Weidlich, in: Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 220; Zimmermann, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 2202, Rn. 6; jeweils m.w.N.).
- 40 Eine so zu interpretierende Erklärung oder ein so zu interpretierendes Verhalten gegenüber (Nachlassgericht liegen hier aber nicht vor; eine solche Erklärung ist insbesondere nicht in de Erbscheinsantrag vom 31. Mai 2018 zu sehen, denn darin ist der Beteiligte auf Basis der trar Vollmacht und als „testamentarisch bestimmter (zukünftiger) Vorsitzender der in Gründung b Stiftung“ aufgetreten, also ausdrücklich als Vertreter. Darin kann gerade nicht die Erklärung g dem Nachlassgericht gesehen werden, Testamentsvollstrecker sein – und damit im eigenen l handeln – zu wollen.
- 41 bb) Eine Heilung durch Annahme des Amts als Testamentsvollstrecker im Beschwerdeverfah hier jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil der Beteiligte zu 2. zwischenzeitlich wegen Unt Fällen zum Nachteil des Nachlasses zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist.
- 42 Nach § 2227 BGB kann das Nachlassgericht den Testamentsvollstrecker zwar nicht von Amt (Zimmermann, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 2207, Rn. 2), wohl aber auf Antrag eines B entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund für die Entlassung besteht BGB insbesondere im Fall einer groben Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers; eine s in Form der 74 Untreuestraftaten zum Nachteil des Nachlasses ohne weiteres gegeben (vgl. BeckOK BGB, 54. Ed., Stand 1. Mai 2020). Der Nachlasspfleger wäre hier auch befugt – unc gewissenhafter Amtsausübung sogar verpflichtet – den Antrag auf Entlassung des Beteiligten dem Testamentsvollstreckeramt zu stellen, zumal er zur „Sicherung und Verwaltung des Na insbesondere Prüfung des Widerrufs der von der Erblasserin erteilten Vorsorgevollmacht vor bestellt ist, mithin insbesondere, um zu kontrollieren, wie der Beteiligte zu 2. mit dem Nachla: Den Antrag auf Entlassung hätte der Nachlasspfleger vor diesem Hintergrund auch schon vo des Testamentsvollstreckeramtes zu stellen; die Entlassung wäre hier auch vor Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom Nachlassgericht auszusprechen, damit es bei Vorlieg offensichtlichen Entlassungsgrundes erst gar nicht zum Amtsbeginn – und damit zur Möglic pflichtwidriger Verfügungen – kommt (vgl. OLG Saarbrücken, Beschluss vom 6. August 2018 ZEV 2019, S. 29 [33 Rn. 45 f.]; Zimmermann, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2020, § 2227, Rn. 3).
- 43 4. Für den Fall, dass in der hiesigen Nachlasssache in Zukunft erneut über einen Erbscheins entscheiden sein sollte, weist der Senat auf das Folgende hin:
- 44 Das Testament vom 21. November 2017 dürfte zwar formwirksam errichtet worden sein (a), € materiell nicht wirksam sein, da die Schlusserbeneinsetzung im Testament vom 8. Juli 1994 l

Sinne des § 2271 Abs. 2 BGB sein dürfte (b).

- 45 a) Das Testament vom 21. November 2017 dürfte im Hinblick auf das darin enthaltene Stifturn (noch) formwirksam errichtet worden sein.
- 46 Ein Testament kann ein Stiftungsgeschäft von Todes wegen im Sinne des § 83 BGB enthalte Stiftungserrichtung von Todes wegen gelten dann die formellen Voraussetzungen des Erbrec Stiftungsgeschäft muss – wenn es nicht durch eigenhändig geschriebene und unterschrieberr errichtet wird – zur Niederschrift eines Notars errichtet werden, § 2231 BGB. Die Formbedürf sich dabei nicht nur auf die Vermögenszuwendung an die Stiftung, sondern auf das gesamte Stiftungsgeschäft einschließlich der nach § 81 Abs. 1 Satz 3 BGB erforderlichen organisator Regelungen, namentlich Namen, Sitz, Zweck und Vermögen der Stiftung sowie die Bildung il (Hüttemann/Rawert, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2017, § 83, Rn. 2; Lange, in: ZStv [86]; Langenfeld, in: ZEV 2002, 481 [482]; Weitemeyer, in: MüKo BGB, 8. Auflage 2018, § 83 jeweils m.w.N.). Diese Elemente sind im Testament vom 21. November 2017 entweder (noch deutlich enthalten oder ihr Fehlen kann geheilt werden:
- 47 aa) Den Namen der Stiftung hat die Erblasserin im Testament genau festgelegt. Über ihren S Testament zwar keine Aussage; diese Lücke kann aber der Testamentsvollstrecker schließerr für die Stiftung keine identitäts- bzw. wesensprägende Bedeutung hat (Schewe, in: Kroiß/Anr Erbrecht, 5. Auflage 2018, Anhang zu § 1923, Rn. 98). Auch das Vermögen der Stiftung ist ir eindeutig festgelegt: Die Erblasserin hat ihr ihren „gesamten Nachlass“ vermacht.
- 48 bb) Weniger eindeutig geregelt sind Zweck und Vorstand der Stiftung. Die Erblasserin hat zw
- 49 *Zweck der Stiftung ist die Förderung begabter Studierender auf dem Gebiet des Ma industriellen Hochbaus der Technischen Universität Braunschweig.*
- 50 *Ich bestimme hiermit, dass [der Beteiligte zu 2] ... in verantwortlicher Stellung die St soll vorerst auch Vorsitzender des Stiftungs-Vorstandes werden ...*
- 51 Eine ausformulierte Stiftungssatzung ist in dem Testament aber nicht enthalten und ihm auch beigefügt. Diese soll laut Testament vom Beteiligten zu 2. „im Sinne der Erblasserin“ ausgest
- 52 Es ist streitig, ob eine Stiftung von Todes wegen wirksam errichtet werden kann, wenn die Au der Satzung dem Testamentsvollstrecker überlassen wird. Dabei ist für die hier zu beantwort der formwirksamen Errichtung des Testaments allerdings ohne Belang, ob ein Testamentsvol § 5 Abs. 2 RDG eine solche Satzung selbst entwerfen darf (dagegen *Hirtz*, in: BeckOK RDG, Stand 1. April 2020, § 5, Rn. 212 m.w.N.; a.A. *Grunewald*, in: ZEV 2010, S. 69 [70, Fn. 6]), d sich dabei ohne weiteres anwaltlicher Hilfe bedienen.
- 53 Ausgangspunkt bezüglich der Formwirksamkeit ist, dass der Erblasser jedenfalls den Stiftung selbst bestimmen muss. Dieser muss im Testament genannt werden (OLG Celle, Beschluss 2017 – 6 W 36/17 –, juris, Rn. 3; *Hüttemann/Rawert*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 21 2). Eine vollständige Abfassung oder auch nur eine Ergänzung des Stiftungszweckes steht d Testamentsvollstrecker nicht zu (*Schewe*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB, Erbrecht, 5. Auflage 20 § 1923, Rn. 98). Die Formulierung der Satzung kann der Erblasser demnach nicht vollständi Testamentsvollstrecker überlassen (*Langenfeld*, in: ZEV 2002, 481 [482]), also nicht ohne zu Stiftungszweck bestimmt zu haben. In diesem Sinne ist wohl auch der Bundesgerichtshof zu der es unbeanstandet gelassen hat, dass ein Testamentsvollstrecker die erste Satzung der z Stiftung aufstellen sollte, wobei ein Entwurf des Erblassers vorlag, so dass es sich letztlich ni Änderungsbefugnis handelte (BGH, Urteil vom 22. Januar 1964 – V ZR 37/62 –, NJW 1964, lit. b] = juris, Rn. 30), denn der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker ermächtigen, etw des Stiftungsgeschäfts und der Stiftungssatzung durch Änderungen oder Ergänzungen zu be (*Langenfeld*, in: ZEV 2002, 481 [482]) oder – sofern der Stiftungszweck und die sonstigen es hinreichend bestimmt sind – die Detailausarbeitung der Stiftungssatzung zu übernehmen (OL Beschluss vom 28. Mai 2014 – 31 Wx 144/13 –, ZEV 2014, S. 605 [607, Ziff. (3)]; *Dietz*, in: B

Notar-Handbuch, 7. Auflage 2019, § 17, Rn. 301; *Lehmann/Hahn*, in: Feick, Stiftung als Nachfolgeinstrument, 1. Auflage 2015, § 17, Rn. 2.; *Mecking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Auflage 2016, § 85, Rn. 56; *Schewe*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB 97. Auflage 2018, Anhang zu § 1923, Rn. 97).

- 54 Da die Identität einer Stiftung nicht durch die Besetzung des Vorstands geprägt wird, kann der Testamentsvollstrecker auch Regeln über dessen Bildung ergänzen oder gar erstmals fassen. Dies gilt für die Bestellung des ersten Vorstands (*Schewe*, in: Kroiß/Ann/Mayer, BGB, Erbrecht, 5. Auflage 2018, Anhang zu § 1923, Rn. 98). Diesbezüglich hat die Erblasserin sogar Teilregelungen getroffen.
- 55 Vor diesem Hintergrund dürften hier Stiftungszweck und -vorstand – auch ohne ausformuliert im Testament (noch) bestimmt genug geregelt sein, um den Formerfordernissen des § 2231 BGB zu genügen.
- 56 b) Das Testament vom 21. November 2017 dürfte aber materiell nicht wirksam sein, da die Schlusserbeneinsetzung im Testament vom 8. Juli 1994 bindend im Sinne des § 2271 Abs. 2 BGB vorliege.
- 57 aa) Das Nachlassgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die im Testament vom 8. Juli 1994 vorgenommene Schlusserbeneinsetzung wechselbezüglich im Sinne der §§ 2270, 2271 BGB grundsätzlich bindend ist. In Ziffer VI des Testaments ist ausdrücklich geregelt, dass alle in dem Testament enthaltenen Verfügungen wechselbezüglich sind. Dafür, dass auch die Schlusserbeneinsetzung wechselbezüglich sein soll, spricht im Übrigen auch die Hervorhebung der lebzeitigen Verfügungen des Längstlebenden in Ziffer II des Testaments (siehe unten, Abschnitt bb; vgl. OLG Düsseldorf vom 11. September 2014 – I-3 Wx 128/13 –, ZEV 2015, S. 222 8224 f.).
- 58 bb) Die Erblasserin dürfte auch nicht abweichend von § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Bindung freigestellt gewesen sein. Ehegatten können sich zwar im Testament gegenseitig das Recht zu wechselbezüglichen Verfügungen nach dem Tode des Erstversterbenden zu ändern (vgl. z.B. OLG Braunschweig, Beschluss vom 30. August 2017 – 5 W 27/16 –, FGPrax 2017, 264 [265]; OLG Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2014 – 3 Wx 75/13 –, NJW-RR 2014, S. 965 [966]; jeweils m.w.N.); das Testament vom 8. Juli 1994 dürfte aber keinen generellen Änderungsvorbehalt enthalten (1) und die Voraussetzung für die Bindung des Testaments enthaltenen bedingten Änderungsvorbehalts dürften hier nicht vorliegen (2).
- 59 (1) Ziffer II des gemeinschaftlichen Testaments vom 8. Juli 1994 dürfte keine Öffnungsklausel enthalten, die es dem länger lebenden Ehegatten umfassend ermöglichte, abweichend zu testieren; Ziffer II und III des Testaments dürften sich ausschließlich auf lebzeitige (Vermögens-)Verfügungen betreffen und gerade nicht auf Verfügungen von Todes wegen.
- 60 Enthält ein gemeinschaftliches Testament eine Ermächtigung zur freien Verfügung über das Vermögen oder über den beiderseitigen Nachlass, so rechtfertigt diese es ohne weitere Anhaltspunkte nicht, einen Vorbehalt der Änderbarkeit durch den länger lebenden Ehegatten anzunehmen; eine solche Bestimmung stellt im Zweifel – wenn keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen – keinen Änderungsvorbehalt dar, sondern lediglich einen Verweis auf die lebzeitige Verfügungsbefugnis. OLG Braunschweig, Beschluss vom 30. August 1984 – 1 Z 71/84 –, BeckRS 2009, 29033; OLG Hamm, Beschluss vom 11. September 2001 – 15 W 88/01 –, juris, Rn. 33; OLG Schleswig, Beschluss vom 27. Januar 2014 – 3 Wx 75/13 –, NJW-RR 2014, S. 965 [966]; Braun, in: Burandt/Rojahn, 3. Auflage 2019, § 2271, Rn. 26; Litzener, in: BeckOK BGB, 54. Ed., Stand 1. Mai 2020, § 2271, Rn. 26). Ein Verweis auf die Verfügungsbefugnis ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich aus der Systematik des Testaments ergibt, dass eine nur lebzeitige Verfügungsfreiheit gemeint ist; dafür spricht beispielsweise die Nähe der Klausel zur gegenseitigen Erbeinsetzung sowie deren Trennung von der Schlusserbeneinsetzung, etwa durch einen Absatz (vgl. OLG Schleswig, a.a.O.; OLG Hamm, a.a.O.). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben: Die Ermächtigung zur freien Verfügung befindet sich im selben Absatz wie die gegenseitige Erbeinsetzung; die Schlusserbeneinsetzung befindet sich in einem separaten Absatz davon in der separaten Ziffer III. Ferner befindet sich unter Ziffer VI ein ausdrücklicher – allerdings bedingter – Änderungsvorbehalt. Aus dieser Systematik dürfte sich eindeutig ergeben, dass die Sätze 2 und 3 des Testaments vom 8. Juli 1994 ausschließlich auf lebzeitige Verfügungen betreffen.

- 61 (2) Die Voraussetzungen, unter denen Ziffer VI Abs. 2 des gemeinschaftlichen Testaments vom 8. Juli 1994 eine Abänderung ermöglicht, dürften hier nicht vorliegen. Die Erblasserin ist nach Ziffer VI Abs. 2 des gemeinschaftlichen Testaments vom 8. Juli 1994 nur dann berechtigt, dieses Testament einzeln zu ändern,
- 62 *sofern nach [ihrer] Auffassung in der Person der Schlusserben hierfür berechnigte Gründe vorliegen.*
- 63 Schlusserben sollten nach dem Willen der Eheleute die Kinder des Erblassers aus erster Ehe sein, die die Beteiligten zu 3. und der Ehemann der Beteiligten zu 4. Dabei kann hier dahinstehen, wie die Bedingung des Ehemanns der Beteiligten zu 4. auswirkt, da jedenfalls die Beteiligten zu 3. als von den Erben vorgesehene Schlusserbin zur Verfügung steht, unabhängig davon, ob sie allein erbt (§ 2094 BGB) oder neben einem Ersatzerben.
- 64 Es dürfte auch gerichtlich überprüfbar sein, ob die Voraussetzungen dieser Klausel vorliegen. Die Testierenden entscheiden, ob sie eine bedingte Freistellung gerichtlich nachprüfbar machen oder nicht (BGH, Urteil vom 26. April 1951 – IV ZR 4/50 –, NJW 1951, S. 959 [560]; *Kanzleiter/Staudinger*, BGB, Neubearbeitung 2019, § 2271, Rn. 57; *Kössinger/Zintl*, in: *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 11, Rn. 87; *Musielak*, in: *MüKo BGB*, 8. Auflage 2020, § 2271, F. 10. Die Wendung „nach [ihrer] Auffassung“ erscheint aber nicht eindeutig genug, um darin einen Ausschluss der gerichtlichen Nachprüfbarkeit zu sehen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 4. März 1997 – 3 W 86/97 –, juris, Rn. 18 zu „nach freiem pflichtgemäßem Ermessen“). Eine solche tiefgreifende Freistellung müsste wohl eher ausdrücklich getroffen werden, denn letztlich ließe sich die in der Klausel genutzte Bedingung ohne eine Nachprüfbarkeit leer; die bedingte Freistellungsklausel erwüchse faktisch zu einer bedingungslosen Freistellung. Sollten die Eheleute dies bei Abfassung des Testaments gewollt haben, hätten sie es entweder ausdrücklich zum Ausdruck bringen können oder die Bedingung von vornherein entfallen lassen können.
- 65 Soweit als Bedingung das Vorliegen „berechtigter Gründe“ „in der Person der Schlusserben“ verlangt wird, bestehen Zweifel, ob solche – die Richtigkeit des Vortrags der Beschwerdeführer unterstreichen – Gründe dargetan sind. Solche Gründe müssen jedenfalls sachlich, vernünftig und gerecht sein (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 4. März 1997 – 3 W 86/97 –, juris, Rn. 18 zu „triftige Gründe“; *Kanzleiter*, in: *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 11, Rn. 87; *Kössinger/Zintl*, in: *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 11, Rn. 87; *Musielak*, in: *MüKo BGB*, 8. Auflage 2020, § 2271, F. 10). Sie müssen auch erheblich sein, zumal auf Basis der dargelegten Gründe hier die Kinder des Ehemannes der Erblasserin gänzlich enterbt werden sollen, obwohl zu seinerzeit der Wille der Eheleute war, dass diese ihn und die Erblasserin vollständig beerben, und die Bedingung durch den Tod des Erblassers grundsätzlich nicht mehr abänderbar ist. Es besteht jedenfalls der Erfahrungssatz, dass in den Fällen, in denen Kinder zu Schlusserben bestimmt sind, die Familie der überlebenden Ehegatten ohne weiteres zu einer Änderung des Testaments berechnigt wird (*Kanzleiter*, in: *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 11, Rn. 87; *Musielak*, in: *MüKo BGB*, 8. Auflage 2020, § 2271, F. 10). Insoweit dürfte die schwerwiegende Verfehlung gewesen sein, falls die Beteiligten zu 3. und 4. und der Ehepartner die Erblasserin während eines Krankenhausaufenthalts tatsächlich wissentlich nicht besucht haben sollten – wobei die Beteiligten zu 3. diesen Vorgang deutlich anders schildert. Zudem steht im Vortrag der Beschwerdeführer, die Beteiligten zu 3. und 4. seien – augenscheinlich nach dem Krankenhausaufenthalt – auf der Feier der Erblasserin anlässlich ihres 70. Geburtstags zu Gatten gegen ein so fundamentales Zerwürfnis, das es rechtfertigte, die leiblichen Kinder letztlich an der Erbschaft des Vaters nicht teilhaben zu lassen.
- 66 dd) Vor diesem Hintergrund dürfte dahinstehen können, ob die Erblasserin beim Errichten des Testaments vom 21. November 2017 testierfähig gewesen ist und ob die Erbinsetzung der Stiftung ihrer Willen entsprochen hat.
- 67 Für eine Testierfähigkeit spricht allerdings die Aussage der im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vernommenen Chefärztin, Frau C., die die Erblasserin bei ihrem Krankenhausaufenthalt ab dem 21. November 2017 behandelt hat (Sonderband Ablichtungen StA Braunschweig – 703 Js 44238/17, Bl. 136 f.). Diese hat ausgesagt, sie habe die Erblasserin in den Tagen vom 20. bis zum 22. November 2017 „als orientiert in Erinnerung“ und würde sie – soweit sie das beurteilen könne – „als gesund beschreiben“. Die Schwere ihrer Erkrankung und die Lebensgefahr seien der Erblasserin bewusst gewesen.

68 Für den Willen der Erblasserin, ihr Vermögen einer Stiftung zugunsten Studierender der Tech Universität Braunschweig zuzuführen, spricht zumindest ihr vorangegangenes Verhalten: Aus zugänglichen und zuverlässigen Quellen (<https://www.tu-braunschweig.de/stipendien/deutschlandstipendien/foerderer>, zuletzt abgerufen am 19. Juni 2020) ergibt sich, dass die Erblasserin schon zu Lebzeiten Studierende dieser Universität durch sogenannte „Deutschlandstipendien“ gefördert hat. Die augenscheinlich plötzlich aufgetretene lebensbedrohliche Erkrankung mag auch erklären, dass ein solcher Wunsch – den die Erblasserin nach dem Vortrag der Beschwerde seit langem geäußert hat – erst auf dem Sterbebett durch ein handschriftliches Testament (ungenügend) umgesetzt worden ist.

III.

69 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 81, 84 FamFG

70 Die Festsetzung des Gegenstandswertes des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 61 Abs. 1 GNotKG. Danach ist für den Wert eines Beschwerdeverfahrens der Antrag des Beschwerdeführers maßgeblich. Die Beschwerdeführer begehren einen Erbscheinsantrag, der die Beteiligten zu Alleinerbin der Erblasserin ausweist. Da damit der gesamte Nachlass zugeordnet werden soll, ist der gesamte Nachlasswert zu berücksichtigen. Dieser beträgt laut Angabe im Erbscheinsantrag 1.234.567 €.

71 Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG besteht kein Anknüpfungspunkt.

 Diesen Link können Sie kopieren und verwenden, wenn Sie **genau dieses Dokument** verlinken möchten: <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/?quelle=jlink&docid=KORE222422020&psml=bsndprod.psml&max=true>