

weiswürdigung des Ergebnisses der Vernehmung des Notars und der Schreibzeugin vorgenommen, ohne zu beachten, dass ihnen dies durch die gesetzliche Beweisregel des § 415 Abs. 1 ZPO verwehrt war (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 717; Stein/Jonas/Leipold § 415 Rdnr. 11).

In der Testamentsurkunde heißt es:

„Sie (die Erblasserin) erklärte ihren letzten Willen mündlich zur Niederschrift wie folgt: ...“

Die notarielle Niederschrift enthält damit eine Feststellung des Inhalts, dass die Erblasserin ihren letzten Willen gegenüber dem Notar mündlich erklärte – was nach obigen Ausführungen auch dadurch geschehen sein konnte, dass sie nach dem Verlesen des Testamentsentwurfs die Frage, ob er ihren Willen richtig wiedergebe, mit „ja“ beantwortete. Die Testamentsurkunde erbringt damit nach § 415 Abs. 1 ZPO vollen Beweis dafür, dass jedenfalls dieses Mindestanforderung eines dem Notar und der Schreibzeugin noch verständlichen „ja“ nach Verlesen des Testamentsentwurfs und der Frage nach seiner Richtigkeit gegeben war (vgl. OLG Frankfurt a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.); jede andere – insbesondere die freie – Beweiswürdigung schließt § 415 Abs. 1 ZPO aus (OLG Frankfurt a.a.O.). Die Vorinstanzen hätten sich daher nur die Frage stellen dürfen, ob die Beweisaufnahme jede Möglichkeit der Richtigkeit der Urkunde ausgeräumt habe. Die freie Beweiswürdigung, die die Vorinstanzen vorgenommen haben, war dagegen rechtsfehlerhaft.

e) Die Entscheidungen der Vorinstanzen erweisen sich auch nicht als im Ergebnis richtig; denn die Frage, ob die Beweisaufnahme jede Möglichkeit der Richtigkeit der Testamentsurkunde ausgeräumt habe, ist klar zu verneinen. Die Aussage des Notars ist mit der beurkundeten Feststellung, dass die Erblasserin ihren letzten Willen mündlich erklärt habe, ohne weiteres zu vereinbaren, wenn die Anforderungen an das Vorliegen einer mündlichen Erklärung nicht zu hoch angesetzt werden. Die Aussage der Schreibzeugin widerlegt jedenfalls die beurkundete Feststellung nicht, da die Zeugin zwar keine eigene Erinnerung an eine derartige Äußerung der Erblasserin hatte, aber die Möglichkeit, dass sie sich so geäußert habe, offen ließ. Dass sie darauf nicht besonders achtete, ist erklärlich, weil ihr die juristische Bedeutung gerade dieser Äußerung nicht bekannt war und weil sie aus anderen Gründen – insbesondere, weil sie von der Erblasserin selbst gebeten worden war, für sie zu unterschreiben – von vornherein davon ausging, dass der vorgelegene Testamentsentwurf dem Willen der Erblasserin entsprach.

13. WEG § 16 Abs. 2, § 28; BGB §§ 1967, 1978, 1990, 1991; ZPO § 780 (*Wohngeldschulden als Nachlassverbindlichkeiten*)

1. **Erhebt der Erbe eines Wohnungseigentümers die begründete Einrede der Unzulänglichkeit des Nachlasses, sind auch die Wohngeldschulden, die aus Eigentümerbeschlüssen nach dem Erbfall herrühren, Nachlassverbindlichkeiten, für die der Erbe nur beschränkt haftet.**
2. **Für die Haftungsbeschränkung kommt es nicht entscheidend darauf an, wieviel Zeit seit dem Erbfall verflossen ist, ob sich der Erbe inzwischen als Eigentümer in das Grundbuch eintragen ließ und ob er die Wohnung behalten will.**

BayObLG, Beschluss vom 7.10.1999 – 2Z BR 73/99 –, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

14. GBO §§ 29, 35; FGG § 12; BGB §§ 2102 Abs. 1 (*Testamentsauslegung durch das Grundbuchamt*)

1. **Ein gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zum Nachweis der Erbfolge vorgelegtes notarielles Testament hat das Grundbuchamt unter Beachtung der gesetzlichen Auslegungsregeln auch dann auszulegen, wenn hierbei rechtlich schwierige Fragen beurteilt werden. Einen Erbschein darf es in einem solchen Fall nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch – allein dem Nachlassgericht, wegen der Beschränkung des § 29 Abs. 1 GBO jedoch nicht dem Grundbuchamt mögliche – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können.**
2. **Die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB ist auch auf den Fall anzuwenden, dass sich Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Vorerben und einen oder mehrere Dritte, etwa ihre Abkömmlinge, als Nacherben einsetzen, ohne ausdrücklich zu bestimmen, wer Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten sein soll.**

OLG Köln, Beschluss vom 5.11.1999 – 2 Wx 41/99 – mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vors. Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Die Antragsteller sind die gemeinsamen Kinder der verstorbenen Eheleute J.-J. W. und M. E. W., geborene S.

Die Eheleute J.-J. und E. W. waren zu je $\frac{1}{2}$ -Anteil Eigentümer des im Grundbuch von L., Blatt... eingetragenen Grundstücks Am Sch. 36. Herr J.-J. W. war ferner Eigentümer des im Grundbuch von L., Blatt... verzeichneten Grundstücks Wer Straße 10.

Die Eheleute W. haben am 9.7.1955 ein gemeinschaftliches notarielles Testament – UR-Nr. 104/1955 des Notars N. aus W. – errichtet, durch das sie sich gegenseitig als unbeschränkte Vorerben und ihre beiden Kinder, die Antragsteller, zu Nacherben eingesetzt und bestimmt haben, dass die Nacherbfolge beim Tode des überlebenden Ehegatten oder, falls dieser wieder heiraten sollte, mit dieser Heirat eintreten solle. Nachdem Frau E. W. am 21.4.1994 verstorben war, ist Herr J.-J. W. als Alleineigentümer des im Grundbuch von L., Blatt... verzeichneten Grundstücks – mit einem Nacherbenvermerk zu Gunsten der Antragsteller – eingetragen worden. Herr J.-J. W. ist am 21.12.1997 verstorben. Unter Bezugnahme auf das nach seinem Tode am 3.2.1998 eröffnete notarielle Testament vom 9.7.1955 und die Niederschrift über die Eröffnung dieses Testaments haben die Antragsteller mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 31.5.1999 beantragt, sie anstelle des Verstorbenen in Erbengemeinschaft als Eigentümer der beiden Grundstücke im Grundbuch einzutragen.

Mit Zwischenverfügung vom 28.6.1999 hat die Rechtspflegerin diesen Antrag beanstandet und ausgeführt, eine Berichtigung des Grundbuchs komme derzeit nur hinsichtlich des (früheren) $\frac{1}{2}$ -Anteils von Frau E. W. an dem auf Blatt... verzeichneten Grundstück in Betracht, weil das Testament vom 9.7.1955 nur den Eintritt des Nacherbfalls regelte, nicht jedoch eine Erbeinsetzung nach dem zuletzt verstorbenen Ehepartner enthalte. Zugleich hat das Grundbuchamt den Antragstellern eine Frist zur Vorlage eines Erbscheins nach ihrem Vater gesetzt.

Die gegen diese Zwischenverfügung gerichtete Beschwerde der Antragsteller vom 6.7.1999 hat das Landgericht Köln zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wenden sich die Antragsteller mit der weiteren Beschwerde. Diese hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berichtigung des Grundbuchs dahin, dass die Antragsteller Eigentümer der beiden in Rede stehenden Grundstücke

sind, kann nicht von der Vorlage eines Erbscheins nach ihrem Vater abhängig gemacht werden. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge zwar grundsätzlich durch Vorlage eines Erbscheins zu führen. Beruht die Erbfolge indes auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde – wie hier einem notariellen Testament – enthalten ist, so genügt gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift. Die Auslegung der Verfügung von Todes wegen obliegt (auch) dem Grundbuchamt, und zwar auch dann, wenn rechtlich schwierige Fragen beurteilt werden müssen (vgl. BayObLGZ 1982, 449 [452]; BayObLGZ 1989, 8 [9 ff.]; BayObLG Rpfleger 1995, 249; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 1999, § 35, Rdnr. 125; *Demharter*, GBO, 22. Aufl. 1997, § 35, Rdnr. 42; *Herrmann in Kuntze/Eickmann/Herrmann u.a.*, GBO, 5. Aufl. 1999, § 35, Rdnr. 73; *Meikel/Roth*, GBO, 8. Aufl. 1998, § 35, Rdnr. 111). Dabei hat das Grundbuchamt auch die gesetzlichen Auslegungsregeln zu beachten (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154). Einen Erbschein darf es nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art ergeben, die nur durch weitere – nur dem Nachlassgericht (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB), wegen der Beschränkung des § 29 Abs. 1 GBO aber nicht dem Grundbuchamt mögliche – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (vgl. BayObLGZ 1974, 1 [6]; BayObLG Rpfleger 1995, 249; Senat, MittRhNotK 1988, 44; OLG Hamm, NJW 1969, 798; f; OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154; *Bauer/von Oefele/Schaub*, a.a.O., § 35, Rdnr. 126; *Demharter*, a.a.O., § 35, Rdnr. 39; *Herrmann*, a.a.O., § 35, Rdnr. 74; *Meikel/Roth*, a.a.O.).

Derartige weitere Ermittlungen sind im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Ergänzende, über den Inhalt der Testamentsurkunde hinausgehende tatsächliche Feststellungen über den Willen der Erblasser, die das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren bei der dort gebotenen Ermittlung von Amts wegen (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB) treffen könnte, die dem Grundbuchamt indes im Hinblick auf die Regelung des § 29 Abs. 1 GBO verwehrt sind, kommen vorliegend ersichtlich nicht in Betracht. Die Testierenden können darüber, was sie gewollt haben, nicht mehr gehört werden, und es ist auch nicht anzunehmen, dass der beurkundende Notar, falls er noch vernommen werden könnte, konkrete Angaben zu einer vor mehr als 40 Jahren vorgenommenen Beurkundung machen könnte (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154). Anzuwenden ist daher hier die Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB, nach der die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthält. Da dies nur „im Zweifel“ gilt, findet die Bestimmung zwar dann keine Anwendung, wenn sich der Wille des oder der Testierenden durch Auslegung ermitteln lässt (vgl. BayObLG FamRZ 1992, 476 [477]; KG NJW-RR 1987, 451). Dies ist hier indes nicht der Fall.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist § 2102 Abs. 1 BGB auch auf den hier gegebenen Fall anzuwenden, dass sich Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als (befreite) Vorerben und einen oder mehrere Dritte, etwa ihre Abkömmlinge, als Nacherben einsetzen, ohne ausdrücklich zu bestimmen, wer Erbe des zuletzt versterbenden Ehepartners sein soll (vgl. BGH FamRZ 1987, 475 [476]; KG NJW-RR 1987, 451 [452]; LG Berlin, FamRZ 1976, 293 [294 f.]; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 8. Aufl. 1993, § 2102, Rdnr. 3; *Grunsky in Münchener Kommentar zum BGB*, 3. Aufl. 1997, § 2102, Rdnr. 3 am Ende; *Nehlsen-von Stryck*, DNotZ 1988, 147 [14-9 ff.]; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 58. Aufl. 1999, § 2102,

Rdnr. 3; *Staudinger/Behrens/Avenarius*, BGB, 13. Bearb. 1996, § 2102, Rdnr. 3). Der früher teilweise in der Rechtsprechung (vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 1970, 255 ff.; OLG München, HRR 1937, Nr. 1094) vertretenen Gegenauffassung vermag der Senat nicht beizupflichten. Sie ist damit begründet worden, dass mit dem Tode des zuerst verstorbenen Ehepartners die Bedingung, unter der die Abkömmlinge zu Nacherben des anderen Ehegatten berufen worden seien, ausgefallen sei (vgl. OLG München, a.a.O.; so auch *Staudinger/Seybold*, BGB, 11. Aufl. 1954, § 2102, Anm. 4). Diese Erwägung ist indes nicht richtig. Sie übersieht, dass die Einsetzung zum Nacherben stets an die Bedingung geknüpft ist, dass der als Vorerbe Bedachte den Erblasser überlebt (vgl. *Erman/M. Schmidt*, a.a.O.). Die Vorschrift des § 2102 Abs. 1 BGB will indes gerade in den Fällen, in denen die Einsetzung eines Nacherben wegen vorherigen Wegfalls des Vorerben nicht zum Tragen kommt, die Wirkung der Verfügung von Todes wegen dadurch erhalten, dass nach der gesetzlichen Auslegungsregel der Nacherbe für den Fall des Vorversterbens des Vorerben ersatzweise als Vollerbe berufen ist (vgl. KG NJW-RR 1987, 451 [452]; *Nehlsen-von Stryck*, DNotZ 1988, 147 [149]). Dies gilt auch und gerade bei der hier gegebenen Sachlage, so dass sich aus dem notariellen Testament in Verbindung mit der Niederschrift über seine Eröffnung und der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2102 Abs. 1 BGB ergibt, dass die Antragsteller Erben ihres Vaters geworden sind. Dies genügt den Anforderungen des § 35 Abs. 1 GBO, so dass die Vorlage eines Erbscheins hier nicht verlangt werden kann.

Dass der Senat mit der vorliegenden Entscheidung von der Rechtsauffassung abweicht, die unter anderem den oben angeführten Entscheidungen des OLG Karlsruhe (FamRZ 1970, 255 ff.) und des OLG München (HRR 1937, Nr. 1094) zugrunde liegt, gibt keinen Anlass, die Sache nach § 79 Abs. 2 GBO dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorzulegen, weil der Bundesgerichtshof über die Frage der Anwendbarkeit des § 2102 Abs. 1 BGB inzwischen – in dem oben zitierten Urteil vom 28.1.1987 (FamRZ 1987, 475 f.), wenn auch ohne nähere Begründung – entschieden hat und der Senat dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs folgt. In einem derartigen Fall kommt eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nicht in Betracht (vgl. BayObLG NJW-RR 1986, 1480 [1481]; OLG Hamm, NJW-RR 1993, 838 [840]; *Demharter*, a.a.O., § 79, Rdnr. 12; *Kahl in Keidel/Winkler*, a.a.O., § 28, Rdnr. 17 m.w.N. in Fn. 66).

15. BGB § 2353; FGG § 27 (*Rücknahme des Erbscheinsantrages*)

Ein Erbscheinsantrag kann bis zum Abschluss des Erbscheinsverfahrens jederzeit auch durch eine Erklärung gegenüber dem Beschwerdegericht zurückgenommen werden. Die Rücknahme des Erbscheinsantrages kann weder widerrufen noch wegen Willensmängel angefochten werden. Das Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins ist auch durch das Rechtsbeschwerdegericht eigenständig zu prüfen.

OLG Köln, Beschluss vom 16.12.1999 – 2 Wx 35/99 –, mitgeteilt von *Lothar Jaeger*, Vors. Richter am OLG