

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 5w185\_10  
**letzte Aktualisierung:** 14.03.2012

**Saarländisches OLG**, 24.8.2010 - 5 W 185/10

BGB § 1933

**Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten bei Nichtbetreiben des Scheidungsverfahrens (21 Jahre)**

Das Nichtschreiben eines Scheidungsantrags über die Dauer von 21 Jahren ist als Ausdruck der endgültigen Aufgabe des Scheidungswillens mit der Folge der Unanwendbarkeit des § 1933 BGB zu werten.

## Gründe

### I.

Die Beschwerdeführerin, die zum Zeitpunkt des Erbfalls mit dem Erblasser verheiratet war, wehrt sich gegen die Einziehung des ihr durch das Amtsgericht – Nachlassgericht – S. erteilten Mindestteil-Erbscheins vom 22.7.2009 – 3 VI 564/09 -, der sie als dessen Erbin kraft Gesetzes zu mindestens ½-Anteil auswies (Bl. 8 d.A.).

Dieser Erbschein war der Beschwerdeführerin auf ihren Antrag vom 21.7.2009 (Bl. 1 d.A.) erteilt worden, zu dessen Begründung sie – unter anderem – an Eides Statt versichert hatte, dass bei Eintritt des Erbfalls eine Ehesache nicht anhängig gewesen sei und der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gegolten habe. Daneben war zugunsten der Kinder des Erblassers, der weiteren Beteiligten zu 1) und 2), ein gemeinschaftlicher Teil-Erbschein vom 9.12.2009 – 3 VI 564/09 – erteilt worden, der diese als Erben kraft Gesetzes zu je ¼ ausweist.

Mit Schreiben vom 3.3.2010 hat die weitere Beteiligte zu 1) „Beschwerde“ gegen die Erteilung des Mindestteil-Erbscheins vom 22.7.2009 erhoben, dessen Unrichtigkeit sich daraus ergebe, dass der Erblasser – was unstrittig ist - am 7.3.1988 einen Scheidungsantrag gestellt habe (21 F 77/88 des Amtsgerichts S.). Auch wenn der Erblasser das Scheidungsverfahren in der Folge nicht weiter betrieben habe, habe dies gemäß § 1933 Abs. 1 BGB zum Erlöschen des Erbrechts der Beschwerdeführerin geführt. Da die Eheleute außerdem – was ebenfalls unstrittig ist - mit notarieller Vereinbarung vom 7.12.1988 (Urkundenrolle Nr. ... des Notars T. mit dem Amtssitz in S.) gegenseitig auf Zugewinnausgleichsansprüche verzichtet hätten (Bl. 17, 25 d.A.), folge ein Erbrecht der Beschwerdeführerin in Höhe eines ¼-Anteils auch nicht aus § 1371 BGB.

Der zuständige Rechtspfleger des Amtsgerichts – Nachlassgericht – S. hat den Mindestteil-Erbschein vom 22.7.2009 mit Beschluss vom 8.3.2010 (Bl. 30 d.A.) wegen des nach wie vor rechtshängigen Ehescheidungsverfahrens als unrichtig eingezogen und mit weiterem Beschluss vom 21.4.2010 (Bl. 42 d.A.) für kraftlos erklärt. Der Einziehungsbeschluss enthielt außerdem den Hinweis, die Anfechtung mit der unbefristet einzulegenden Erinnerung sei möglich.

Daraufhin hat die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16.4.2010 (Bl. 38/40 d.A.) „Erinnerung“ gegen den ihr am 10.3.2010 zugestellten (Bl. 33 d.A.) Einziehungsbeschluss vom 8.3.2010 eingelegt, mit der sie die Wiedererteilung eines Mindestteil-Erbscheins beantragt. Sie ist der Ansicht, das Nichtbetreiben des Ehescheidungsverfahrens über eine Dauer von 21 Jahren sei als Rücknahme des Scheidungsbegehrens zu behandeln, so dass von einem Fortbestehen des Ehegattenerbrechts auszugehen sei.

Die weitere Beteiligte zu 1), die ihrerseits nach Einziehung des Mindestteil-Erbscheins die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins zugunsten der Kinder des Erblassers beantragt hat (Bl. 35 d.A.), verteidigt den Einziehungsbeschluss (Bl. 52 d.A.).

### II.

Der als „Erinnerung“ bezeichnete Rechtsbehelf ist als befristete Beschwerde gemäß §§ 58 ff., 63 Abs. 1, 11 Abs. 1 RPfIG statthaft, über die gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1 b) GVG das Oberlandesgericht zu entscheiden hat, nachdem der zuständige Rechtspfleger des Amtsgerichts (§§ 3 Nr. 2 c), 16 Abs. 1 Nr. 7 RpfIG) ihr nicht gemäß § 68 Abs. 1 FamFG abgeholfen hat.

1.

Zwar ging der Einziehung eine gegen den Mindestteil-Erbschein vom 22.7.2009 gerichtete Beschwerde der weiteren Beteiligten zu 1) vom 3.3.2010 voraus, die gemäß Art. 111 Abs. 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) an sich noch den bis zum Inkrafttreten des FGG-RG am 1.9.2009 geltenden Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) unterfiel. Da diese Beschwerde nach der Erteilung des Mindestteil-Erbscheins jedoch mit dem Ziel der Rückgängigmachung der Erbscheinserteilung unzulässig war, hat das Amtsgericht den Rechtsbehelf der weiteren Beteiligten zu 1) – in Übereinstimmung mit §§ 58, 352 Abs. 3 FamFG - in einen „Antrag“ auf Einziehung des Erbscheins umgedeutet (Bl. 30 d.A.; vgl. Staudinger/Schilken, 2004., § 2353 BGB Rn. 92), welcher – im Sinne einer Anregung (vgl. § 24 Abs. 1 FamFG) – zur Einleitung eines Einziehungsverfahrens führte. Dieses von Amts wegen zu führende Verfahren (vgl. § 2361 Abs. 3 BGB) stellt gegenüber dem Erbscheinserteilungsverfahren ein neues selbständiges Verfahren i. S. d. Art. 111 Abs. 2 FGG-RG dar, dessen Verfahrensrecht sich gemäß § 111 Abs. 1 FGG-RG durch den Zeitpunkt seiner Einleitung bestimmt (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl., § 2353 Rn. 7). Das Verfahren richtet sich mithin nach neuem – ab dem 1.9.2009 geltenden - Recht.

2.

Die Beschwerde ist zulässig.

a) Zwar ist die Beschwerdefrist gemäß § 63 Abs. 1 und 3 FamFG versäumt, da die Rechtsmittelschrift vom 16.4.2010 später als einen Monat nach der Zustellung des Einziehungsbeschlusses beim Amtsgericht – Nachlassgericht - eingereicht worden ist. Da das Amtsgericht in Annahme der Anwendbarkeit alten Verfahrensrechts auf den unbefristet einzulegenden Rechtsbehelf der Erinnerung hingewiesen hat, fehlt es jedoch an einer korrekten Rechtsmittelbelehrung, wie sie in § 39 FamFG für alle die Instanz eines Verfahrens nach dem FamFG abschließenden Entscheidungen i. S. d. § 38 Abs. 1 FamFG gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, § 39 Rn. 1). Wie sich aus der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand betreffenden Regelung des § 17 Abs. 2 FamFG ergibt, hindert eine fehlerhafte oder gar unterbliebene Rechtsbehelfsbelehrung zwar nicht den Lauf der Rechtsmittelfrist, begründet aber die Vermutung, dass der Betroffene ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist gehindert war (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO, 28. Aufl., § 39 FamFG Rn. 17). An dem dieser Vermutung zugrunde liegenden Erfordernis eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Belehrungsmangel und Fristversäumnis fehlt es im Streitfall auch nicht deshalb, weil die Beschwerdeführerin aufgrund anwaltlicher Vertretung des Schutzes durch eine Rechtsmittelbelehrung nicht bedurft hätte (vgl. zu der geringeren Schutzbedürftigkeit anwaltlich vertretener Beteiligter unter dem Aspekt des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Belehrungsmangel und Fristversäumnis BT-Drucks. 16/6308, S. 183 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGH, Beschl. v. 2.5.2002 – V ZB 36/01 – BGHZ 150, 390; Zöller/Geimer, a. a. O., § 17 FamFG Rn. 3). Ungeachtet des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin bei Erteilung der unzutreffenden Rechtsbehelfsbelehrung gerade noch nicht anwaltlich vertreten war, erschließt sich wegen der oben dargestellten Besonderheiten des Erbscheinserteilungs- und –einziehungsverfahrens und der jeweiligen Rechtsmittel das geltende Verfahrensrecht nur schwer, so dass auch der anwaltlich vertretene Beteiligte jedenfalls bei einer unrichtigen – und damit irreführenden - Rechtsbehelfsbelehrung als schutzbedürftig angesehen werden muss. Da gemäß § 17 Abs. 2 FamFG zu vermuten ist, dass die Beschwerdeführerin ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Beschwerdefrist verhindert war, war ihr gemäß § 18 Abs. 3 Satz 3 FamFG auch ohne entsprechenden Antrag von Amts wegen Wiedereinsetzung in die Beschwerdefrist zu gewähren.

b) Nach Einziehung und Kraftloserklärung des streitgegenständlichen Erbscheins ist die Beschwerde gegen den Einziehungsbeschluss allerdings nur insoweit zulässig, als die Erteilung eines neuen gleichlautenden Erbscheins beantragt wird, § 353 Abs. 2 FamFG (in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung, vgl. BayObLG, FamRZ 1989, 550; OLG Köln, NJW-RR 1994, 1421). Diesem Erfordernis hat die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Wiedererteilung eines sie als Erbin zu ½ ausweisenden Mindestteil-Erbscheins Rechnung getragen.

c) Der in § 61 Abs. 1 FamFG für vermögensrechtliche Angelegenheiten vorgesehene Beschwerdewert von 600 € ist bei einem Nachlasswert von 34.601 € (vgl. Bl. 15 in 3 VI 565/09) für das auf Wiedererteilung eines gleichlautenden Erbscheins gerichtete – und damit letztlich der Geltendmachung einer Beteiligung am Nachlass dienende – Verfahren (vgl. zur Einordnung als vermögensrechtliches Verfahren Zöller/Feskorn, a. a. O., § 61 FamFG Rn. 3 ) überschritten.

3.

Die auf Erteilung eines gleichlautenden (Mindest-) Teilerbscheins gerichtete Beschwerde ist nicht begründet. Die Einziehung des Mindestteilerbscheins vom 22.7.2009 ist - im Ergebnis - zu Recht erfolgt, weil dieser unrichtig gewesen ist, § 2361 Abs. 1 BGB. Mithin steht der Beschwerdeführerin ein Anspruch auf Erteilung eines gleichlautenden Erbscheins nicht zu; ihr hierauf gerichteter Antrag ist unbegründet.

a) Allerdings ist das Amtsgericht zu Unrecht davon ausgegangen, dass das gesetzliche Erbrecht der Beschwerdeführerin aus § 1931 BGB aufgrund eines beim Amtsgericht – Familiengericht – S. nach wie vor rechtshängigen Scheidungsantrags des Erblassers gemäß § 1933 BGB ausgeschlossen sei.

aa) § 1933 Abs. 1 Satz 1 BGB schließt das gesetzliche Ehegattenerbrecht aus § 1931 BGB aus, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hatte. Die Gleichstellung mit den Rechtsfolgen einer rechtskräftigen Auflösung der Ehe beruht auf der Überlegung, dass die Beteiligung des überlebenden Ehegatten am Nachlass nach Rechtshängigkeit eines auf Beendigung der Ehe gerichteten gerichtlichen Verfahrens nicht mehr von dem Zufall abhängen soll, ob der Erblasser die Rechtskraft eines eheauflösenden Urteils noch erlebt, §§ 619 ZPO a. F., 131 FamFG (vgl. Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl., § 1933 Rn. 3). Es entspricht deshalb dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, den Ausschluss des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten schon an die auf Ehescheidung gerichteten Prozesshandlungen des Erblassers zu knüpfen (vgl. BGH, Urt. v. 6.6.1990 – IV ZR 88/89 – FamRZ 1990, 1109 zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift).

bb) Allerdings sind Feststellungen zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 1933 BGB im Streitfall entbehrlich, weil die dort angeordneten Folgen eines rechtshängigen Scheidungsantrags jedenfalls nachträglich durch Rücknahme des Scheidungsantrags wieder entfallen sind. Als solche ist nämlich das Nichtbetreiben des Scheidungsverfahrens über die Dauer von 21 Jahren – vom Scheidungsantrag im Jahr 1988 bis zum Erbfall im Jahr 2009 – zu werten, das nach den Umständen des Streitfalls Ausdruck der endgültigen Aufgabe des Scheidungswillens des Erblassers ist (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 1991, 1107; zustimmend Staudinger/Werner, 2008, § 1933 BGB Rn. 5; M. Schmidt, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 1933 Rn. 9; anders bei schlichtem Nichtbetreiben des Verfahrens für die Dauer von lediglich 7 Jahren BGH, Beschl. 24.3.1993 – XII ARZ 3/93 – NJW-RR 1993, 898: beendet die Rechtshängigkeit der Ehesache nicht; die von der weiteren Beteiligten zu 1) in Bezug genommenen Entscheidungen des OLG Stuttgart FamRZ 2007, 502 und des OLG Frankfurt FamRZ 1998, 190 betreffen den hiervon zu

unterscheidenden Fall einer nicht auf dem eigenen Willen des Erblassers beruhenden Rücknahme des Scheidungsantrags).

Die von der weiteren Beteiligten zu 1) angeführten Einwände rechtfertigen keine andere Beurteilung. Insbesondere steht der Annahme einer Rücknahme nicht entgegen, dass der Erblasser nicht die Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft anstrebte oder zumindest in Erwägung zog. Gerade hierdurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von einer Aussetzung gemäß § 614 ZPO a. F., § 136 FamFG, die für den Fall, dass Aussicht auf Fortsetzung der Ehe besteht, die Möglichkeit eines – allerdings zeitlich begrenzten - „Stillstands“ des Verfahrens mit den Wirkungen des § 249 ZPO vorsieht (vgl. auch OLG Düsseldorf, a. a. O.). Soweit die weitere Beteiligte zu 1) vorbringt, das Scheidungsverfahren sei – im Einvernehmen mit der Beschwerdeführerin – nur wegen der von den Parteien als nachteilig bewerteten Folgen für Betriebsrentenansprüche des Erblassers nicht weiterbetrieben worden, führt auch dies nicht zu einer abweichenden Bewertung, sondern belegt vielmehr die endgültige Aufgabe des Scheidungswillens. Unter Berücksichtigung der (unstreitigen) Gesamtumstände ist das Nichtbetreiben des Verfahrens deshalb als Rücknahme des Scheidungsbegehrens zu werten.

cc) Diese bewirkte nach §§ 608, 626 a. F. ZPO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO a. F., dass das Verfahren als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Damit entfallen die Voraussetzungen des § 1933 BGB.

b) Die Unrichtigkeit des Erbscheins ergab sich aber daraus, dass dieser die Größe des auf die Beschwerdeführerin entfallenden Erbteils falsch auswies. Zum Ausgleich des Zugewinns wird der dem überlebenden Ehegatten gemäß § 1931 BGB zustehende Erbteil gemäß § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel der Erbschaft erhöht, so dass dieser neben Abkömmlingen des Erblassers gesetzlicher Erbe zur Hälfte der Erbschaft wird. Dies setzt allerdings voraus, dass der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch den Tod des Ehegatten sein Ende gefunden hat und nicht bereits vorher beendet worden ist (vgl. Staudinger/Thiele, 2007, § 1371 BGB Rn. 5). Letzteres ist hier indes der Fall, so dass die Beschwerdeführerin nicht gemäß §§ 1931 Abs. 1, 3, 1371 Abs. 1 BGB zur Hälfte, sondern gemäß § 1931 Abs. 4 BGB lediglich zu einem Drittel der Erbschaft gesetzliche Erbin geworden ist.

aa) Die Ehegatten haben eine notarielle Vereinbarung vom 7.12.1988 (Urkundenrolle Nr. ... des Notars T. mit dem Amtssitz in S., Bl. 17 ff. d.A.) getroffen, die Regelungen zur Auseinandersetzung und Verteilung ihres beweglichen und unbeweglichen Vermögens (unter I. bis IV) enthält und eine Unterhaltsvereinbarung zugunsten der Beschwerdeführerin - sowohl als „Getrenntleben-Ehegattenunterhalt“ als auch als „nachehelicher Unterhalt“ – einschließlich einer Krankenversicherung über den Erblasser bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils vorsieht (unter V.). Ziffer VIII. der notariellen Vereinbarung enthält die Erklärung der Ehegatten, dass damit „alle Auseinandersetzungs- und Zugewinnausgleichsansprüche abgegolten sind“. Für den Fall, dass noch solche Ansprüche bestehen sollten, haben die Ehegatten ferner gegenseitig auf die Geltendmachung derselben verzichtet und den Verzicht gegenseitig angenommen (Bl. 25 d.A.).

Damit haben die Ehegatten in formwirksamer Weise (vgl. §§ 1408, 1410 BGB) den Ausgleich des Zugewinns ausgeschlossen, was gemäß § 1414 Satz 2, 1. Alt. BGB zum Eintritt der Gütertrennung geführt hat. Ein solcher Ausschluss des Zugewinns umfasst in der Regel den Zugewinnausgleich unter Lebenden und Toten gleichermaßen (vgl. Staudinger/Thiele, 2007, § 1371 BGB Rn. 133; MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl., § 1371 Rn. 19; Lange, Ehevertrag und Güterrechtsregister, FamRZ 1964, 546 zu den verschiedenen Konstellationen eines Ausschlusses). Vor dem Hintergrund, dass die notarielle Vereinbarung gerade mit Blick auf das anhängige Scheidungsverfahren getroffen wurde und auch explizit eine vollständige Abwicklung

der Zugewinnausgleichsansprüche enthielt, ist auch im Streitfall von einem umfassenden Ausschluss - einschließlich der Erbrechtsverstärkung in § 1371 Abs. 1 BGB – auszugehen.

bb) Zum Zeitpunkt des Erbfalls war die Zugewinnngemeinschaft mithin bereits beendet und auf der Grundlage der notariellen Vereinbarung auch bereits abgewickelt. Da die Beschwerdeführerin deshalb lediglich zu einem Drittel der Erbschaft gesetzliche Erbin geworden ist, ist ihr Antrag auf Erteilung eines gleichlautenden Erbscheins – zur Hälfte der Erbschaft – unbegründet

c) Da ein Erbschein gemäß §§ 2353, 2356 BGB nur auf Antrag erteilt wird, kann das Nachlassgericht entweder dem Antrag so wie er gestellt ist stattgeben oder ihn abweisen, ist aber nicht berechtigt, einen Erbschein mit einem anderen als dem beantragten Inhalt zu erteilen (vgl. BayObLG FamRZ 2004, 1404 m. w. N.; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 9. Aufl., Rn. 4.258). Der Beschwerdeführerin ist es allerdings unbenommen, einen neuen, der dargestellten Rechtslage entsprechenden Erbschein – zu einem Drittel der Erbschaft – zu stellen.

4.

Die Kosten beider Instanzen waren nach billigem Ermessen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen, die die Erteilung des unrichtigen Erbscheins durch unrichtige Angaben veranlasst hat, §§ 353 Abs. 1, 81 Abs. 1 FamFG.

Die Geschäftswertbestimmung beruht auf § 131 Abs. 4 i.V.m. §§ 30, 108 Satz 2, 107 Abs. 2 Satz 2 KostO n. F., wobei die Hälfte des von dem Nachlasspfleger ermittelten Nachlasswert in Ansatz gebracht wurde.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen, §§ 70, 71 FamFG.