

Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

Herausgegeben von
KARLHEINZ MUSCHELER

Hereditare

13

Mohr Siebeck

Hereditare –
Jahrbuch für Erbrecht
und Schenkungsrecht

Band 13 (2023)



Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht

herausgegeben von
Karlheinz Muscheler

Mohr Siebeck

Manuskripte bitte an:
Prof. Dr. Katharina Uffmann
Ruhr-Universität Bochum
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Unternehmensrecht und Recht
der Familienunternehmen
Universitätsstr. 150
44801 Bochum
erbrecht@rub.de

Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei eingereichten Manuskripten um unveröffentlichte Originalbeiträge handelt, die nicht an anderer Stelle zur Verfügung vorgelegt worden sind. Für Verlust oder Schädigung eingesandter Manuskripte übernehmen Herausgeber und Verlag keine Haftung.

Manuskripte können auch per E-mail eingereicht werden. Bei Postsendungen ist eine digitale Version beizulegen.

Zitiervorschlag: *Autor*, *Hereditare* 13 (2023), S. 1 ff.

ISBN 978-3-16-163628-8 / eISBN 978-3-16-163629-5

ISSN 2192-3795 / eISSN 2569-4049 (*Hereditare*)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Reemers Publishing Services GmbH in Krefeld aus der Minion gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

<i>Falk Schulz</i> Dringende Geschäfte nach dem Erbfall	1
<i>Herbert Grziwotz</i> Ausgewählte Fragen des Erbscheinsverfahrens	21
<i>Stephanie Herzog</i> Nachlassschulden und Erbenhaftung	45
<i>Christopher Keim</i> Die lenkende Erbausschlagung	71
<i>Karlheinz Muscheler</i> Verzeihung und Recht	103
<i>Karlheinz Muscheler</i> Das mystische Testament im römischen, deutschen und angelsächsischen Recht	173
<i>Karlheinz Muscheler</i> Die Reformation des Testaments im amerikanischen Recht	253
<i>Christoph Karczewski</i> Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht: Neuere Rechtsprechung des BGH und der Obergerichte in Erbsachen	387
<i>Jan Hüchtebrock</i> Diskussionszusammenfassung zu den Vorträgen des 13. Bochumer Erbrechtssymposiums	461
Autorenverzeichnis	469

Falk Schulz

Dringende Geschäfte nach dem Erbfall¹

A. Einführung

Welche Maßnahmen muss der Erbe bzw. müssen die Miterben unmittelbar nach dem Erbfall dringend angehen, um nicht Gefahr zu laufen, den Nachlass zu schmälern? In der nachfolgenden beispielhaften Betrachtung sollen acht ausgewählte Problemkreise beleuchtet werden, die für den Nachlass erhebliche wirtschaftliche Bedeutung haben können. Unterstellt wird hierbei, dass es sich um einen vermögenden Nachlass handelt. Die Frage der Erbausschlagung bzw. von erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmaßnahmen bleibt daher außer Betracht.²

B. Betrachtung ausgewählter Problemkreise

I. Maßnahmen bei unbekanntem Erben

1. Legitimationsproblem im Rechtsverkehr

Zur Veranschaulichung der Problematik soll folgendes Fallbeispiel dienen:

Die Mandantin ist eine Cousine der Erblasserin väterlicherseits. Es soll noch weitere Cousins/Cousinen geben, die ihr allerdings nicht bekannt sind. Die für den Erbnachweis erforderlichen Personenstandsunterlagen liegen nicht vor. Sie sind auch für die zukünftige Erbengemeinschaft schwer zu beschaffen, da die Familie aus Ostpreußen stammte. Die Erblasserin war Eigentümerin einer Immobilie, in die nach Aussage von Nachbarn nach dem Tod schon mehrfach versucht worden sein soll, einzubrechen. Darüber hinaus soll ein Wertpapierdepot bestehen.

Das Fallbeispiel zeigt das Legitimationsproblem der (Mit-)Erbin im Rechtsverkehr: Ein Erbschein ist kurzfristig nicht zu beschaffen, da die für den Erbnachweis

1 Überarbeitete Fassung eines Vortrags zum Leitthema „Der Erbfall als Ernstfall – Erbrecht unmittelbar nach dem Erbfall“, den der Autor auf dem 13. Bochumer Erbrechtssymposium am 05.05.2023 gehalten hat. *Dr. iur. Falk Schulz* ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Erbrecht und Berufsnachlasspfleger mit spezialisierter Kanzlei für Nachlasspflegschaft & Testamentsvollstreckung in Münster sowie Vorstand des Bund Deutscher Nachlasspfleger (BDN) e.V.

2 Diese Fragen sind Gegenstand weiterer Vorträge des 13. Bochumer Erbrechtssymposium.

notwendigen Personenstandsurkunden erst aufwendig beschafft werden müssen. Gleichzeitig bedarf die Immobilie der Fürsorge. Neben der rein tatsächlichen Verhütung von Schäden, ist es im Interesse der zukünftigen Erbengemeinschaft, dass die Immobilie über Versicherungsschutz durch eine Wohngebäudeversicherung verfügt. Aktien in Wertpapierdepots können schwankungsanfällig sein. Auch ein Totalverlust in einzelnen Positionen ist denkbar. Die (Mit-)Erbin wird sich weder gegenüber dem Versicherer noch bei dem depotführenden Kreditinstitut legitimieren können und diesbezügliche Handlungen vornehmen können.

Es handelt sich um den klassischen Fall eines Fürsorgebedürfnisses für den Nachlass. Gelangt dieser Sachverhalt zur Kenntnis des zuständigen Nachlassgerichts greift die staatliche Nachlassfürsorge und das Gericht prüft von Amts wegen, ob es Nachlasssicherungsmaßnahmen, insbesondere durch die Anordnung einer Nachlasspflegschaft und die Bestellung eines Nachlasspflegers einzuleiten hat. Voraussetzungen hierfür ist aber, dass der Erbe unbekannt im Sinne des § 1960 BGB ist.

Bei gesetzlicher Erbfolge soll nach der h.M. diesbezüglich Folgendes gelten³: Ein Erbe ist bereits dann nicht mehr unbekannt, wenn jedenfalls eine hohe Wahrscheinlichkeit für seine Erbenstellung spricht. Eine letzte Gewissheit soll nicht erforderlich sein. Insbesondere soll nicht erforderlich sein, dass bereits ein Erbschein erteilt ist. Es ist nicht einmal erforderlich, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins gegeben sind oder die Erbquoten sicher feststehen.

Dies ist bedenklich: Der Wortlaut des § 1960 BGB spricht nicht von einer „Wahrscheinlichkeit“, sondern nur davon, dass der Erbe „unbekannt“ ist. Weiterhin ist zu beachten, dass die Nachlasspflegschaft eine vorläufige Maßnahme ist. Von umfangreichen und zeitraubenden Ermittlungen darf die Anordnung fürsorglicher Maßnahmen, insbesondere der Nachlasspflegschaft, nicht abhängig gemacht werden, wenn sie ihren Zweck, den Nachlass dem Erben zu sichern, erreichen soll.⁴

Zu bedenken ist aber letztlich immer, dass sämtliche Erben in diesem Sinne bekannt sein müssen. Für die noch nicht bekannten Erben kommt die Anordnung einer Teilnachlasspflegschaft als Sicherungsmittel des Nachlassgerichts in Betracht⁵. Der Nachlasspfleger kann dann Maßnahmen der Nachlasssicherung und -verwaltung mit den voraussichtlichen (bekannten) Miterben nach §§ 2032 ff. BGB abstimmen.

3 OLG Schleswig v. 06.06.2014 – 3 Wx 27/14, BeckRS 2014, 13638 = ZErB 2014, 228 m.w.N.

4 Staudinger/*Mešina* BGB (2017), § 1960 Rn. 9 m.w.N.

5 *Hamberger*, in: Schulz, Handbuch Nachlasspflegschaft, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7; vgl. zur Teilnachlasspflegschaft auch: OLG Frankfurt a.M. v. 08.03.2019 – 21 W 123/18, NLPrax 2020, 27; OLG Celle v. 29.08.2019 – 6 W 114/19, NLPrax 2020, 59 (kein weiteres Sicherungsbedürfnis bei bereits überwiegender Teilnachlasspflegschaft; abzulehnen mangels Handlungsfähigkeit der Erbengemeinschaft); keine Teilnachlasspflegschaft lediglich zur Erbauseinandersetzung mit bekannten Miterben des Erblassers: OLG Düsseldorf v. 27.03.2019 – 3 Wx 51/19, NLPrax 2019, 132 = Rpfleger 2019, 595; OLG Braunschweig v. 23.10.2019 – 1 W 26/19, NLPrax 2020, 20 = ZEV 2020, 34 (anders für Auseinandersetzung bei unbekanntem Erbeserben einer Erbengemeinschaft); OLG Düsseldorf v. 23.12.2019 – 3 Wx 106/19, ZEV 2020, 219.

Aber auch im Falle einer vom Erblasser bestimmten Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen, kann eine gerichtliche Nachlassfürsorge angezeigt sein, wie das folgende Fallbeispiel zeigt:

Die Erblasserin hat zwei Testamente hinterlassen. Im ersten Testament wird A zum Alleinerben eingesetzt, im späteren Testament B.

A trägt vor, die Erblasserin sei bei Erstellung des späteren Testaments nicht mehr testierfähig gewesen. Auch hier existieren Immobilie und Depot im Nachlass.

Die Legitimation des wahren Erben wird erst nach Abschluss eines möglicherweise langjährigen Erbscheinsverfahrens möglich sein. Das Fürsorgebedürfnis ist wie im vorherigen Fallbeispiel offensichtlich. Sind auch hier die Erben unbekannt im Sinne des § 1960 BGB?

Die Erben sind unbekannt i.S.d. § 1960 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB, wenn das Nachlassgericht sich nicht ohne umfängliche Ermittlungen davon überzeugen kann, wer von mehreren in Betracht kommenden Personen Erbe geworden ist.⁶ Ungewissheit über die Person des Erben besteht u.a., wenn konkrete Zweifel an der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung bestehen, oder bei einem nicht offensichtlich unbegründeten Streit mehrerer Erbprätendenten über die Erbfolge⁷, ggf. sogar trotz Vorliegen eines Erbscheins bei einem wohl begründeten Antrag auf Entziehung desselben⁸.

In beiden Fallbeispielen kann aufgrund fehlender Legitimationsmöglichkeit im Rechtsverkehr eine Nachlassgefährdung nicht abgewendet werden. In dieser Situation greift die staatliche Nachlassfürsorge durch die Nachlassgerichte nach § 1960 BGB.

2. Staatliche Nachlassfürsorge

Das Nachlassgericht kann für denjenigen, welcher Erbe wird (genauer wegen des Vonselbsterwerbs nach § 1922 Abs. 1 BGB: der als anfänglicher Erbe ermittelt wird)⁹, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen, vgl. § 1960 Abs. 2 BGB. Der Nachlasspfleger ist damit *ein* Mittel der Nachlasssicherung durch das Nachlassgericht. Er wird für einen bestimmten Wirkungskreis bestellt, in der Regel zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie zur Ermittlung der Erben. Auf diese besondere Art der Pflegschaft findet neben §§ 1960–1962 BGB nach § 1888 Abs. 1 BGB Betreuungsrecht (§§ 1814 ff. BGB) entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt.

6 Vgl. auch OLG Frankfurt a.M. v. 26.09.2019 – 21 W 65/19, NLPrax 2020, 16; zur amtlichen Erbenmittlungspflicht in Bayern vgl. OLG München v. 28.05.2020 – 31 Wx 164/20, NLPrax 2020, 112.

7 BGH v. 17.07.2012 – IV ZB 23/11, FamRZ 2012, 1869 = ZEV 2013, 36; OLG Brandenburg v. 11.03.2020 – 3 W 67/19, NLPrax 2020, 105 ff. und v. 10.02.2020 – 3 W 137/19, NLPrax 2020, 61.

8 OLG München v. 18.06.2020 – 31 Wx 553/19, NLPrax 2020, 109.

9 Vgl. *Muscheler*, Erbrecht, 2010, Rn. 3096 Fn. 454.

Die Rechtsnatur des Nachlasspflegers ist seit langem streitig.¹⁰ Nach der herrschenden Vertretertheorie ist er gesetzlicher Vertreter der noch unbekanntem, endgültigen Erben, also nicht Vertreter des Nachlasses im Sinne eines selbstständigen Sondervermögens oder Partei kraft Amtes wie der Nachlassverwalter (§ 1975 ff. BGB) oder der Testamentsvollstrecker.

Dem entsprechend hat der Nachlasspfleger ausschließlich die Interessen der endgültigen Erben zu wahren. Diesen gegenüber haftet er auch für seine Handlungen und Unterlassungen (§ 1826 BGB). Er führt die Pflegschaftsgeschäfte selbstständig nach eigenem Ermessen und Zweckmäßigkeit aus.¹¹ Zwar unterliegt der Nachlasspfleger der Überwachung und Aufsicht durch das Nachlassgericht (§ 1862 BGB). Weisungen kann das Gericht aber nur bei Pflichtwidrigkeiten erteilen, in reinen Zweckmäßigkeitsfragen sind sie unzulässig.¹²

Der Nachlasspfleger befindet sich damit nach *Fröhler*¹³ in einem „Spannungsbogen zwischen staatlicher Sicherungsverantwortung für den Nachlass und privatrechtlicher Eigenverantwortung der betroffenen Erben“.

Unabhängig davon kann das Nachlassgericht auch selbst Maßnahmen der Nachlasssicherung ergreifen. § 1960 Abs. 2 BGB nennt hier insbesondere die Anlegung von Siegeln, die Hinterlegung von Geld¹⁴, Wertpapieren und Kostbarkeiten sowie die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses¹⁵. Auch die Anordnung der Kontosperrung soll hierunter fallen¹⁶. Ob das Nachlassgericht neben diesen Sicherungsmaßnahmen in dringenden Fällen auf Grundlage von §§ 1885, 1888 Abs. 1, 1867 BGB¹⁷ auch selbst alle Maßnahmen vor Bestellung eines Nachlasspflegers treffen darf (z.B. Anweisung an die Bank, vom Konto des Erblassers Berichtigungskosten oder sonstige Gläubiger zu bezahlen), die ein Nachlasspfleger treffen könnte, ist umstritten, zumindest aber bei Kleinstnachsassen i.S. einer pragmatischen Abwicklung zu bejahen.¹⁸

10 Vgl. *Muscheler*, ErbR II, 2010, Rn. 3102 ff. m.w. Nachw.

11 Vgl. OLG Hamm BeckRS 2012, 10096 = NJOZ 2012, 1481 = FamRZ 2012, 1312 (zum Vormundschaftsrecht).

12 Vgl. BayObLG FamRZ 1992, 108 (zum Vormundschaftsrecht).

13 *Fröhler*, Rechtliche Grundlagen und praktische Probleme bei der Führung von Nachlasspflegschaften, BWNotZ 2011, 2.

14 Vgl. OLG Hamm v. 10.07.2014 – I-15 W 73/14, FGPrax 2015, 47 = Rpfleger 2014, 658.

15 Vgl. hierzu *Kroiß*, ErbR, 2013, 110 ff.

16 KG v. 29.01.1982 – 1 W 2023/81, OLGZ 1982, 398 = Rpfleger 1982, 184.

17 Ab 01.01.2023 i.d.F. des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. 2021 I 882).

18 So *Bestelmeyer*, Rpfleger 2011, 211; jetzt auch: OLG Rostock v. 25.10.2012 – 3 W 155/12, FuR 2013, 602 = ZEV 2013, 629; OLG Hamburg v. 13.02.2017 – 2 W 64/15, ErbR 2018, 54 = FG-Prax 2017, 228; a.A. OLG Dresden v. 08.06.2010 – 17 W 510/10, Rpfleger 2011, 35 = ZErB 2010, 367 = ZEV 2010, 582; *Zimmermann*, Rpfleger 2014, 1, 3.

3. Anregung der Anordnung einer Nachlasspflegschaft als dringende Maßnahmen

Bei unbekanntem Erben und einem Fürsorgebedürfnis ist es daher als dringende Maßnahmen nach dem Erbfall zu empfehlen, gegenüber dem Nachlassgericht die Bestellung eines Nachlasspflegers (oder sonstiger gezielter Sicherungsmaßnahmen) anzuregen.

Dies hat den Vorteil, dass bei einer Verletzung dieser staatlichen Fürsorgepflicht auch Amtshaftungsansprüche aus Art. 34 GG, § 839 BGB gegen den betreffenden Landesfiskus gegeben sein können wegen verzögerter Maßnahmen der Nachlasssicherung¹⁹, z.B. wenn der Erblasser und Hauseigentümer im Winter verstirbt und das Nachlassgericht trotz Kenntnis des Fürsorgebedürfnisses und der Unbekanntheit der Erben mehrere Wochen braucht, einen Nachlasspfleger zu bestellen, der dann feststellt, dass vor seiner Bestellung die Heizung im Haus ausgefallen ist und strenger Frost die Leitungen im Haus zerstört hat.

Die späteren Erben erhalten die Tätigkeit des Nachlasspflegers nicht auf Staatskosten, wenn kein mittelloser Nachlass vorliegt (vgl. § 1888 Abs. 2 S. 2 BGB). Die Vergütung des Nachlasspflegers ist Nachlassverbindlichkeit und geht zu Lasten der Erben. Gleiches gilt für die Gerichtskosten. Diesem Kostennachteil stehe aber der Vorteil gegenüber, dass sich jemand professionell um die Nachlasssicherung kümmert, der bei Pflichtverletzungen ebenfalls den Erben haftet (§ 1826 BGB).

II. Maßnahmen bezüglich des Bankvermögens

Aus Sicht der Erben ist es dringend geboten, Konten und Depots des Erblassers zu ermitteln und sperren zu lassen. Denn diese bleiben unverändert bestehen und auf den/die Erben gehen das Giroverhältnis und eine eventuelle Einlageforderung bzw. der Wertpapierbestand im Wege der Universalsukzession über.

In der Praxis führt das Kreditinstitut das Konto/Depot dann mit dem Zusatz „Nachlasskonto bzw. Nachlassdepot“, wenn es Gewissheit über den Tod des Kontoinhabers hat. Dazu ist nicht die Vorlage einer Sterbeurkunde erforderlich; vielmehr reicht es aus, wenn die Bank aus anderen Quellen, beispielsweise durch Mitteilung naher Angehöriger oder durch eine Todesanzeige, Kenntnis vom Tod ihres Kunden erlangt.²⁰

Die so vorgenommene Bezeichnung hat aber nur bankinterne Gründe und soll sicherstellen, dass das Kreditinstitut Verfügungen nur von legitimierten Erben akzeptiert, weil die Leistungen ansonsten nicht mit schuldbefreiender Wirkung vorgenommen werden können.²¹

19 Vgl. BeckOK BGB/Reinert BGB § 839 Rn. 152; umfassend auch: Reinert, Das Erbrecht im Lichte des Staatshaftungsrechts, NJOZ 2023, 672 ff.

20 Joerges/Menges, in: Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 14 Rn. 31.

21 Vgl. Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 16.

Eine Sperrung des Kontos tritt aber dadurch nicht automatisch ein; vielmehr kann das Nachlasskonto durch Schecks²² und Überweisungsaufträge²³, die noch vom verstorbenen Kontoinhaber ausgestellt bzw. unterzeichnet worden sind, belastet werden.

Vom Erblasser erteilte Daueraufträge müssen bis zum Widerruf durch die legitimierten Erben ausgeführt werden, da Aufträge gemäß § 672 BGB beim Tode des Auftraggebers im Zweifel nicht erlöschen. Gleiches gilt für die Einlösung von Lastschriften.²⁴

Auch ein Bevollmächtigter kann kontobezogene Handlungen vornehmen, es sei denn, er hat in ersichtlich verdächtiger Weise von der Vollmacht Gebrauch gemacht oder ein schriftlicher Widerruf wurde von einem Erben erklärt, der sich auf Verlangen der Bank als solcher legitimieren muss.²⁵ Der Vertretene hat nämlich das Risiko eines Vollmachtsmissbrauchs zu tragen. Das Kreditinstitut hat keine Prüfungspflicht, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden ist, von einer nach außen unbeschränkten Vertretungsmacht nur begrenzten Gebrauch zu machen. Der Vertretene ist gegen einen erkennbaren Missbrauch der Vertretungsmacht im Verhältnis zum Vertragspartner nur dann geschützt, wenn der Vertreter von seiner Vertretungsmacht in ersichtlich verdächtiger Weise Gebrauch gemacht hat, so dass beim Vertragspartner begründete Zweifel entstehen mussten, ob nicht ein Treueverstoß des Vertreters gegenüber dem Vertretenen vorliege.²⁶ Notwendig ist dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende objektive Evidenz des Missbrauchs.²⁷ Eine solche Evidenz folgt nach der Rechtsprechung noch nicht einmal daraus, dass ein Bevollmächtigter Vermögenswerte des Vollmachtgebers auf eigene Konten übertragen lässt.²⁸ Denn eine postmortale Vollmacht kann gerade den Sinn haben, es dem Bevollmächtigten im Todesfall des Vollmachtgebers zu ermöglichen, über Konten und Depot wirksam in Vollziehung einer Schenkung unter Lebenden zu verfügen.²⁹

Vor diesem Hintergrund sind dringende Maßnahmen des/der Erben, sich unverzüglich bei den konto- und depotführenden Kreditinstituten durch Vorlage einer Testamentsabschrift mit Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts oder einer Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Erbscheins erbrechtlich zu legitimieren, die Konten zu sperren und eventuelle Vollmachten zu widerrufen. Der Widerruf von bankmäßig erteilten Vollmachten kann dabei durch

22 Vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta*, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 25.

23 Vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta*, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 20.

24 Vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta*, Erbrecht und Banken, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 22 ff.

25 BGH v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250.

26 BGH v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250.

27 Vgl. BGH v. 28.04.1992 – XI ZR 164/91, NJW-RR 1992, 1135; BGH v. 19.09.1994 – XI ZR 18/93, NJW 1994, 2082 m.w. Nachw.

28 BGH v. 15.02.1984 – III ZR 188/81, BeckRS 1982, 31070342.

29 Vgl. BGH v. 25.10.1994 – XI ZR 239/93, NJW 1995, 250 m.w. Nachw.

jeden einzelnen Miterben für sich erfolgen.³⁰ Ab dem Widerruf kann der Bevollmächtigte seine Vollmacht nur noch im Zusammenwirken mit dem Bevollmächtigten ausüben.³¹

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Kontobevollmächtigte bis zum Vollmachtswiderruf Abhebungen tätigen und später behaupten, der Erblasser habe ihnen das Geld geschenkt oder sie hätten dem Erblasser „Geld geliehen“ und durch die Abhebung selbst für eine Rückführung des Darlehens gesorgt. Zunächst ist festzuhalten, dass allein durch die Kontovollmacht keine Berechtigung des Bevollmächtigten besteht, abgehobenes Geld zu behalten. Der Bevollmächtigte muss vielmehr einen Rechtsgrund haben, das Geld behalten zu dürfen. Dies kann entweder eine Schenkung des Erblassers sein oder aber ein Darlehen. Wer gestützt auf eine Bankvollmacht Beträge vom Konto des Vollmachtgebers abgehoben hat, trägt im Rückforderungsprozess die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der angeblichen Schenkungsvereinbarung.³²

Ist insbesondere bei gesetzlicher Erbfolge eine erbrechtliche Legitimation des/der Erben bei dem kontoführenden Kreditinstitut nicht unverzüglich möglich, muss erwogen werden, beim Nachlassgericht die Sperrung der Konten/Depots³³ oder die Bestellung eines Nachlasspflegers zu beantragen (§ 1960 Abs. 2 BGB). Allerdings wird man dort ggf. auf Probleme stoßen, wenn das Nachlassgericht die Erben nicht für unbekannt hält, und so die Voraussetzungen der Anordnung einer Nachlasspflegschaft verneint.

Eine weitere dringende Maßnahme ist der Widerruf von Übermittlungsaufträgen bei Bezugsberechtigungen an Kontovermögen zugunsten Dritter³⁴. Problematisch ist allerdings, dass die üblichen Bankformulare vorsehen, dass auch der Begünstigte den Vertrag zugunsten Dritter schon zu Lebzeiten unterschreibt.³⁵ Dann ist der Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Anspruchs auf Guthabenauszahlung schon zu Lebzeiten entstanden und ein Widerruf geht ins Leere.³⁶

Einen besonderen Blick sollten die Erben auch auf ein vorhandenes Wertpapierdepot haben; darin enthaltene Wertpapiere (Einzelaktien, Fonds etc.) können sehr schwankungsanfällig sein. Da die Versteuerung nach dem Depotwert am Todestag erfolgt (Stichtagsprinzip, §§ 11, 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG)³⁷ sollten

30 BGH v. 26.02.1988 – V ZR 231/86, NJW 1988, 2603.

31 *Ott-Eulberg*, in: *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 52.

32 BGH v. 11.03.2014 – X ZR 150/11, NJW 2014, 2275 = ZEV 2014, 555; BGH v. 14.11.2006 – X ZR 34/05, NJW-RR 2007, 488 = MDR 2007, 704 = ZERB 2007, 301 = ZEV 2007, 182; vgl. auch zu typischen Prozesssituationen: *Pamp*, ErbR 2009, 108 ff.

33 *Muster bei Eulberg*, in: *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 22 Rn. 92.

34 Zur abweichenden Rechtskonstruktion im Depotbereich vgl. *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 74 ff.

35 Vgl. ausführlich: *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 24.

36 *Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Banken*, 3. Aufl. 2018, § 5 Rn. 34.

37 *Gottschalk*, in: *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG*, 65. EL Februar 2023, § 11 Rn. 210 m.w. Nachw.

eventuelle zukünftige Kursverlust im Auge behalten werden. Notwendig ist eine Risikoanalyse des Depotbestandes und die Vermeidung sogenannter Klumpenrisiken.

III. Maßnahmen bezüglich Mietverhältnissen

Soweit kein gesetzliches Eintrittsrecht nach dem Tod des Mieters besteht (§ 563 BGB) oder ein überlebender Mitmieter vorhanden ist (§ 563a BGB), geht das Wohnraummietverhältnis im Wege der Universalsukzession auf den/die Erben über und wird mit diesen fortgesetzt (§ 564 S. 1 BGB).

Mieter und Vermieter haben dann nach §§ 564 S. 2, 573d BGB die Möglichkeit, das Mietverhältnis außerordentliche innerhalb eines Monats mit gesetzlicher Frist nach Kenntnis vom Tod zu kündigen, ohne dass der Vermieter ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 573 BGB an der Beendigung des Mietverhältnisses nachweisen muss.

Wird im Mietvertrag ohnehin auf die gesetzliche Kündigungsfrist abgestellt, ist die Versäumung der vorgenannten außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für die Mieterseite zwar ärgerlich und kostet die Erben eine weitere Monatsmiete. Sie können dann aber mit der gesetzlichen Kündigungsfrist (§ 574d BGB) kündigen.

Zu beachten ist aber, dass auch solche Mietverhältnisse nach § 564 S. 2 BGB gekündigt werden können, bei denen die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist (befristete Mietverhältnisse nach § 575 Abs. 1 Satz 1 BGB, Mietverhältnisse mit vereinbartem Kündigungsausschluss). Hierin liegt die praktische Bedeutung der Vorschrift. Wird die Monatsfrist versäumt, läuft das Mietverhältnis dann möglicherweise über die gesamte Restlaufzeit weiter. Bei Mietverhältnissen mit vereinbartem Kündigungsausschluss ist allerdings zu fragen, ob lediglich das Recht zur ordentlichen Kündigung oder auch die außerordentlichen Kündigungsrechte ausgeschlossen sind. Die Vermutung spricht für die erste Annahme. Für einen weiteren Kündigungsausschluss der Erben müssen stets konkrete Anhaltspunkte vorliegen.³⁸

Besteht nun die Notwendigkeit für den/die Erben, ein Mietverhältnis zu kündigen, um weitere Nachlassverbindlichkeiten³⁹ in Form von Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu vermeiden, stellt sich noch die Frage nach den formellen Anforderungen an die Kündigungserklärung.

Hat der verstorbene Mieter mehrere Erben, können diese die Kündigung grundsätzlich nur gemeinschaftlich (§ 2040 Abs. 1 BGB) gegenüber dem Ver-

³⁸ Blank/Börstinghaus, in: Blank/Börstinghaus, 6. Aufl. 2020, BGB § 564 Rn. 32.

³⁹ Nachlasserbenschulden oder Eigenverbindlichkeiten der Erben können entstehen, wenn sie nach wirksamer Beendigung des Mietverhältnisses ihrer (fälligen) Pflicht aus §§ 546 Abs. 1, 985 BGB zur Herausgabe der Mietsache nicht nachkommen, vgl. BGH v. 25.09.2019 – VIII ZR 122/18, NJW-RR 2020, 6 ff. sowie BGH v. 25.09.2019 – VIII ZR 138/18, NZFam 2019, 955 mit Anm. Papenmeier = ZEV 2020, 29 mit. Anm. Joachim.

mieter erklären,⁴⁰ der seine Kündigung wegen des Grundsatzes der Unteilbarkeit des Mietverhältnisses⁴¹ seinerseits ebenfalls gegenüber allen Erben auszusprechen hat.⁴² Bei mehreren Erben ist die Kenntniserlangung im Sinne des § 564 BGB und die damit verbundene Ausschlussfrist des letzten Erben maßgeblich.⁴³

Der Erbe muss sich gegenüber dem Vermieter nicht durch Vorlage eines Erbscheins oder auf ähnliche Weise legitimieren, wenn er die Kündigung ausspricht.⁴⁴ Maßgeblich ist allein, dass der Kündigende tatsächlich Erbe geworden ist.

IV. Maßnahmen bezüglich Lebensversicherungen

Häufig war der Erblasser Versicherungsnehmer einer Lebensversicherung, bei der er eine Bezugsberechtigung zugunsten Dritter verfügt hatte.⁴⁵ Kannte der Bezugsberechtigte die Bezugsberechtigung nicht, kann und sollte/n der Erbe/die Erben versuchen, diesbezügliche Ansprüche zu sichern. Denn der Begünstigte benötigt im Verhältnis zu den Erben einen Rechtsgrund, die Leistung aus der Versicherung behalten zu dürfen.⁴⁶

Rechtsgrund in dieser Konstellation ist im Regelfall eine Schenkung.⁴⁷ Ein wirksamer Schenkungsvertrag kommt aber erst postmortal zustande: die Versicherung muss den Begünstigten von der Bezugsberechtigung benachrichtigen⁴⁸ und übermittelt hierdurch nach Ansicht der Rechtsprechung ein Schenkungsangebot an den Begünstigten, das dieser stillschweigend annimmt (§§ 130 Abs. 2, 153, 151 BGB).

Der Erbe sollte als dringende Maßnahme dafür sorgen, dass dieser Rechtsgrund nicht entsteht.

Er kann hierzu gegenüber der Versicherung den Übermittlungsauftrag nach § 671 BGB widerrufen, den Begünstigten über die Bezugsberechtigung zu in-

40 Vgl. *Streyl*, in: Schmidt-Futterer, MietR, 15. Aufl. 2022, § 564 Rn. 8 m.w. Nachw.

41 Vgl. BGH v. 16.03.2005 – VIII ZR 14/04, NJW 2005, 1715; *Streyl*, NZM 2011, 377, 382.

42 BGH v. 10.12.2014 – VIII ZR 25/14, BeckRS 2015, 00557 = NJW 2015, 473, 474.

43 MüKoBGB/Häublein, BGB § 564 Rn. 11.

44 *Streyl*, in: Schmidt-Futterer, MietR, 15. Aufl. 2022, § 564 Rn. 9 m.w. Nachw.

45 Gleiches gilt für Bezugsberechtigungen bei Bankkonten, s. o. Ziff II. 2 sowie auch OLG Schleswig v. 20.03.2013 – 3 U 62/12 BeckRS 2013, 17424.

46 Vgl. ausführlich: *Schulz*, in: *Schulz*, Handbuch Nachlasspflegschaft, 2013, § 2 Rn. 271 ff. sowie *Muscheler*, Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall und Erbenwiderruf, WM 1994, 921 ff.

47 Bei Ehegatten und in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommt auch eine unbenannte Zuwendung in Betracht. Hier sind nach Trennung die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage anwendbar, vgl. BGH v. 14.11.2012 – IV ZR 219/12, FamRZ 2013, 376 = FPR 2013, 333 = FuR 2013, 330 = NJW-RR 2013, 404 = VersR 2013, 302 sowie OLG Köln v. 15.06.2012 – 20 U 160/11, BeckRS 2012, 18439 = FamFR 2012, 456 mit Anm. *Grziwotz*.

48 Zu den Anforderungen an die Pflicht des Versicherers, den Bezugsberechtigten zu ermitteln vgl. BGH v. 10.04.2013 – IV ZR 38/12, FamRZ 2013, 1220 = NJW 2013, 2588 = VersR 2013, 1029 = ZEV 2013, 519.

formieren; dann kann die Versicherung kein den Erben zurechenbares Schenkungsangebot mehr übermitteln; sie ist lediglich noch „Pseudobotin“.⁴⁹

Gleichzeitig empfiehlt es sich, gegenüber dem Bezugsberechtigten den Widerruf des Schenkungsangebots zu erklären.

Dies ist entscheidend für den Fall, dass die Mitteilung der Versicherung an den Bezugsberechtigten bereits unterwegs ist und gleichzeitig der Widerruf des Schenkungsangebots eingeht. Denn dann greift § 130 Abs. 1 S. 2 BGB und das Schenkungsangebot wird unwirksam.

Aus den Ausführungen wird deutlich, dass die Maßnahmen eilbedürftig sind; es findet ein in der Literatur kritisiertes „Wettlauf zwischen dem Bezugsberechtigten und den Erben statt“.⁵⁰

Kaum erörtert wird die Frage, wer genau bei einer aus mehreren Miterben bestehenden Erbengemeinschaft den Widerruf erklären muss:⁵¹ Regelmäßig wird es im Interesse aller Erben liegen, die Todesfalleistung noch zum Nachlass zu ziehen, so dass alle Erben den Widerruf erklären werden. Anders mag dies aber dann sein, wenn die Erben untereinander zerstritten sind oder der Bezugsberechtigte sogar selbst Mitglied der Erbengemeinschaft ist. Nach §§ 2040, 2038 Abs. 2 S. 1, 745 Abs. 1 BGB ist der Widerruf von der Mehrheit der Erbteile zu erklären⁵²; ein Einstimmigkeitserfordernis besteht nicht. Ist der Bezugsberechtigte sogar Mitglied der Erbengemeinschaft, muss nach den Grundsätzen der BGH-Rechtsprechung zur Geltendmachung eines Anspruchs der Erbengemeinschaft gegenüber einem Miterben dessen Stimmenanteil konsequenterweise außer Acht bleiben. Es wäre nämlich treuwidrig, wenn der Schuldner die Geltendmachung des gegen ihn gerichteten Anspruchs im Rahmen der §§ 2038, 2040 BGB vereiteln könnte.⁵³

V. Maßnahmen bezüglich Vollmachten

1. Widerruf der Vollmacht

Hat der Erblasser einem Dritten eine trans- oder postmortale Vollmacht⁵⁴ erteilt, werden seine Erben im Regelfall wegen der mit ihr verbundenen Gefahren, daraus verpflichtet zu werden, ein Interesse daran haben, die Vollmacht zu widerrufen und das Grundverhältnis zwischen Bevollmächtigten und Erblasser (meist ein Auftrag) zu beenden. Ansonsten vertritt der Bevollmächtig-

49 BGH v. 21.05.2008 – IV ZR 238/06, FamRZ 2008, 1516 = NJW 2008, 2702 = VersR 2008, 1054 = ZErB 2008, 355 = ZEV 2008, 392 mit Anm. *Leipold*.

50 Vgl. eingehend *Muscheler*, WM 1994, 921, 930 ff.; *Dallwig*, r+s 2021, 1 ff.

51 *Dallwig*, r+s 2021, 1, 4.

52 *Muscheler*, WM 1994, 921, 927; a.A. *Leitzen*, RNotZ 2009, 129, 136; *Winkens*, VersR 2018, 133, 134.

53 BGH v. 29.03.1971 – III ZR 255/68, NJW 1971, 1265, 1267; *Lohmann*, in: *Bamberger/Roth*, § 2038 Rn. 6.

54 Zur begrifflichen Unschärfe: *Kurze*, ZErB 2008, 399.

te bezogen auf den Nachlass die Erben des Erblassers.⁵⁵ Ihnen steht daher ein Widerrufsrecht zu,⁵⁶ es sei denn die Vollmacht wurde zulässigerweise, z.B. zur Erfüllung einer Verbindlichkeit oder zum Erhalt der Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft, an der der Erblasser beteiligt war, unwiderruflich erteilt.⁵⁷

Die Widerrufserklärung erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten, §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB.⁵⁸ Bei einer Erbengemeinschaft kann der Widerruf durch jeden einzelnen Miterben für sich erklärt werden.⁵⁹ Ab dem Widerruf kann der Bevollmächtigte dann seine Vollmacht nur noch im Zusammenwirken mit dem Widerrufenden ausüben.⁶⁰

Eine vom Bevollmächtigten erteilte Untervollmacht erlischt nicht notwendig mit dem Widerruf der Hauptvollmacht.⁶¹ Insofern kann es für die Erben angezeigt sein, vom Hauptbevollmächtigten Auskunft zu verlangen, wem er ggf. Untervollmacht erteilt hat und auch die Untervollmachten vorsorglich separat zu widerrufen.

2. Einziehung der Vollmachtsurkunden

Folge des Widerrufs der Vollmacht ist das Erlöschen der Vertretungsmacht für die Zukunft. Da nach §§ 170–173 BGB das Fortbestehen der Vollmacht zugunsten redlicher Dritter allerdings fingiert wird, sollte der Erbe darauf zu achten, dass mit dem Widerruf zugleich die Original-Vollmachtsurkunde und alle Ausfertigungen⁶² nach § 175 BGB zurückgefordert wird und Dritte nach den Vorschriften der §§ 170 BGB bzw. 171 Abs. 2 BGB über das Erlöschen der Vollmacht in Kenntnis gesetzt werden.⁶³ Bei einer notariell beurkundeten Vollmacht sollte zudem beim Notar erfragt werden, wie viele Ausfertigungen erteilt wurden; er angewiesen werden, keine neuen Ausfertigungen mehr zu erteilen.⁶⁴

55 BGH v. 23.02.1983 – IVa ZR 186/81, NJW 1983, 1487, 1488.

56 BGH v. 30.10.1974 – IV ZR 172/73, NJW 1975, 382.

57 Zu den Grenzen vgl. MüKoBGB/Schubert, § 168 Rn. 56.

58 Staudinger/Schilken (2019) BGB § 168 Rn. 5

59 BGH v. 26.02.1988 – V ZR 231/86, NJW 1988, 2603.

60 MüKoBGB/Schubert, § 168 Rn. 55; Ott-Eulberg, in: Ott-Eulberg/Schebesta, Erbrecht und Bank, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 52; a.A. Staudinger/Schilken (2019) BGB § 168 Rn. 34; Kurze, Zerb 2008, 399, 407.

61 Staudinger/Schilken (2019) BGB § 167 Rn. 68; a.A. für Untervollmachten auf Grundlage einer General- oder Vorsorgevollmacht: Ackermann, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, BGB, § 167 Rn. 69; ausführlich auch: Bous, RNotZ 2004, 483 ff.; Durchführungs- oder Vollzugsvollmachten, die eine (haupt-)bevollmächtigte Partei bei Abschluss eines Grundstücksgeschäfts den Mitarbeitern des beurkundenden Notars als Untervollmachten erteilt, können fortbestehen, wenn die Hauptvollmacht (etwa wegen Fristablaufs) erlischt, vgl. OLG Köln 16.03.2018 – 2 Wx 123/18, BeckRS 2018, 4198.

62 Streitig ist, ob auch ein Anspruch auf Herausgabe von Kopien besteht, vgl. BeckOGK/Huber, § 175 Rn. 23 ff. m.w. Nachw.

63 BeckOGK/Huber, § 168 Rn. 46.1.

64 Kurze/Kurze, VorsorgeR, BGB § 168 Rn. 12; zu eventuellen Pflichtverletzungen des Notars: LG Wuppertal v. 19.10.2020 – 9 T 132/20, BeckRS 2020, 27081 = ErbR 2021, 171.

Widerrufen nicht alle Mitglieder Erbgemeinschaft die Vollmacht, so können sie nicht die vom Erblasser ausgestellte einheitliche Vollmachtsurkunde herausverlangen. Sie können aber verlangen, dass die Urkunden vorgelegt und ein einschränkender Vermerk über den sie betreffenden Widerruf in der Urkunde eingetragen wird.⁶⁵

Verweigert der Bevollmächtigte die Rückgabe der Vollmachtsurkunde, bleibt nur die Herausgabeklage. Ob dies auch im Wege einstweiliger Verfügung möglich ist,⁶⁶ ist im Hinblick auf das Verfahren zur Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde nach § 176 BGB zweifelhaft.⁶⁷ Das Verfahren der Kraftloserklärung hat darüber hinaus den Vorteil, dass der Bevollmächtigte nicht angehört wird und dem Gericht keine materiell-rechtliche Prüfungskompetenz zusteht.⁶⁸ Die Kraftloserklärung erlangt nach § 176 Abs. 1 S. 2 BGB allerdings erst „mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter“ Wirksamkeit.

VI. Maßnahmen bezüglich Verkehrssicherungspflichten

Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.⁶⁹

Die Erben haben daher insbesondere die im Nachlass vorhandenen Immobilien darauf zu prüfen, ob von ihnen die Gefahr von Schäden für Dritte ausgeht.

Die schuldhaftige Verletzung von Verkehrssicherungspflichten durch die Erben kann zu Schadensersatzansprüchen von Mietern oder Dritten aus unerlaubter Handlung gemäß §§ 823 Abs. 1 und 2, 831, 836, 838 BGB gegen den Nachlass führen, wobei die Besonderheit besteht, dass die Schadensersatzpflicht im deliktischen Bereich auch ein Schmerzensgeld umfasst. Mieter können sich zusätzlich auf eine Verletzung der Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis berufen, ggf. auch mit Schutzwirkung zugunsten dritter Besucher.

Da es möglich ist, Verkehrssicherungspflichten auf einen anderen zu übertragen, sollte der Erbe zu seiner eigenen Arbeits- und Haftungsentlastung hiervon bei ausreichendem Nachlass Gebrauch machen. Es bedarf allerdings einer klaren Absprache, die die Sicherung der Gefahrenstelle zuverlässig garantiert.⁷⁰

Nach der Übertragung trifft ihn dann lediglich die Pflicht zur Überwachung des Beauftragten. Der Verkehrssicherungspflichtige darf im Allgemeinen darauf vertrauen, dass der Dritte den ihm übertragenen Verpflichtungen

65 Vgl. BGH v. 29.09.1989 – V ZR 198/87, NJW 1990, 507.

66 Bejahend: OLG Brandenburg v. 14.09.2006 – 13 W 37/06, BeckRS 2011, 16784.

67 vgl. BeckOGK/Huber, § 175 Rn. 21 ff.

68 Vgl. BeckOGK/Huber, § 175 Rn. 10 ff.

69 Vgl. Geigel/Wellner, Haftpflichtprozess, Kap. 14 Rn. 28 m.w.N.

70 BGH v. 04.06.1996 – VI ZR 75/95, NJW 1996, 2646 = MDR 1996, 910.

auch nachkommt, so lange nicht konkrete Anhaltspunkte bestehen, die dieses Vertrauen erschüttern.⁷¹

Insofern sind bestehende Mietverträge daraufhin zu prüfen, ob den Mietern die bestehenden Räum- und Streupflichten übertragen wurden und diese auch erfüllt werden.⁷² Dann erübrigt sich die Beauftragung eines externen Unternehmens.

Der Erbe ist gut beraten, auf die nachfolgenden Gefahrenquellen⁷³ zu achten. Es bietet sich zur Dokumentation an, eine entsprechende Checkliste in einem Begehungsprotokoll zu integrieren, wobei der bauliche Zustand eines Bauwerks fortlaufend überprüft werden muss:

1. Verkehrssicherung bei Gebäuden

An die Verkehrssicherungspflicht eines Miethauseigentümers sind aufgrund des erhöhten Publikumsverkehrs und der dauernden Benutzung strenge Anforderungen zu stellen.⁷⁴ Die Gefahren, die von einer leerstehenden Immobilie des Erblassers ausgehen, sind regelmäßig überschaubarer.

Zu beachten sind insbesondere folgende Punkte:

- Beleuchtung des Hauseingangs sowie der äußeren Hauszugänge und Treppen während verkehrsüblicher Zeit⁷⁵ (ab 7.00 Uhr morgens);⁷⁶
- ausreichende Lichtschabtabdeckungen;⁷⁷
- Treppenhaus und Treppen ohne Stolperfallen (z.B. lose Leisten⁷⁸) und Gefahrenquellen (z.B. fehlende Elektroabdeckungen) mit ausreichend langen und festen und griffsicheren Handläufen;⁷⁹
- Balkon- und Brüstungsgitter in ausreichender Höhe und Befestigung gemäß den Anforderungen der entsprechenden Landesbauordnungen;

71 BayObLG v. 08.09.2004 – 2Z BR 144/04, NJW-RR 2005, 100 = NZM 2005, 24; OLG Oldenburg v. 13.02.2014 – 1 U 77/13, NZM 2014, 591.

72 Vgl. OLG Oldenburg v. 13.02.2014 – 1 U 77/13, NZM 2014, 591.

73 Vgl. auch: *Mergner/Matz*, NJW 2015, 197 ff.

74 BGH v. 01.03.1966 – VI ZR 72/64, VersR 1966, 684; OLG Saarbrücken v. 10.11.2010 – 5 U 501/08–80, BeckRS 2011, 18058.

75 AG Gummersbach v. 10.08.2009 – 10 C 4/09, BeckRS 2009, 23339.

76 OLG Celle v. 22.12.2003 – 9 U 192/03, NJW-RR 2004, 675 = MDR 2004, 688; zur Notbeleuchtung: OLG Saarbrücken v. 10.11.2010 – 5 U 501/08–80, BeckRS 2011, 18058.

77 Abdeckroste von Kellerschächten müssen gegen ein Abnehmen oder Verrücken nur unter besonderen Umständen geschützt werden, es sei denn, sie liegen an öffentlichen Verkehrsflächen: BGH v. 19.12.1989 – VI ZR 182/89, NJW 1990, 1236; zur Verkehrssicherungspflicht für Lichtschachtanten vgl. OLG Hamm v. 30.10.2012 – I-24 U 38/12, NJW-RR 2013, 802.

78 BGH v. 04.06.1996 – VI ZR 75/95, NJW 1996, 2646 = MDR 1996, 910.

79 Zur Verkehrssicherheit einer Treppe bei zu kurzem Handlauf: OLG Frankfurt/M. v. 25.06.1985 – 22 U 303/84, VersR 1987, 204 = BeckRS 2008, 16017; zu Nachrüstpflicht bei zu kurzem Handlauf bei Altbau: OLG Karlsruhe v. 17.09.2007 – 19 U 29/07, NJW-RR 2008, 341; Treppen mit fünf oder weniger Stufen, die ihrer Anlage und Breite nach ohne Gefährdung begangen werden können, müssen dagegen nicht mit einem Geländer ausgestattet sein: OLG Hamm v. 18.04.2007 – 13 U 152/06, BeckRS 2007, 12619.

- Dachteile und sonstige Gebäudeteile (z.B. Balkone, Brüstungsgitter, Regenrinne/-rohr, Fenster, Fensterladen, Fenstergitter, Schornstein) müssen ausreichend am Gebäude befestigt sein (sonst Haftung aus vermutetem Verschulden nach § 836 BGB). Es ist daher eine regelmäßige Prüfung nötig, deren Intensität sich nach dem Einzelfall richtet und davon abhängt, inwieweit Gefahren für die Allgemeinheit zu befürchten sind, ob es sich um ein alleinstehendes Haus ohne Publikumsverkehr handelt, ob es sich um ein älteres Dach handelt, ob bereits Schäden vorgekommen sind oder ob das Dach aufgrund seiner Konstruktion zu einer Schadensanfälligkeit neigt;⁸⁰
- Vorkehrungen gegen Dachlawinen durch Anbringung von Schneefanggittern o.Ä. nur, wenn dies nach den örtlichen Gepflogenheiten, der allgemeinen Schneelage des Ortes, der Beschaffenheit und Lage des Gebäudes und der Art und des Umfangs des gefährdeten Verkehrs erforderlich ist;⁸¹
- Schneeüberhänge und Eiszapfen, die zu einer Gefährdung werden können, sind – wenn zumutbar – zu entfernen.⁸²

2. Streupflicht

Die Streupflicht⁸³ auf öffentlichen Bürgersteigen wird regelmäßig per Landesrecht und Ortsstatut⁸⁴ auf die entsprechenden Anlieger übertragen. Demgemäß sind die Bürgersteige und die Zuwegung zur Immobilie im Winter zu räumen und zu streuen.⁸⁵

Voraussetzungen und Umfang der Streupflicht richten sich nach dem Einzelfall, Zeiten oftmals nach dem entsprechenden Ortsstatut.⁸⁶

⁸⁰ Vgl. OLG Köln v. 05.02.2004 – 12 U 112/03, VersR 2005, 512; weitergehend: AG Leverkusen v. 15.12.2008 – 20 C 111/09, r + s 2010, 282; jährliche Überprüfung.

⁸¹ OLG Naumburg v. 11.08.2011 – 2 U 34/11, NJW-RR 2011, 1535; OLG Jena v. 20.12.2006 – 4 U 865/05, NJOZ 2007, 1245 = GE 2007, 365; OLG Düsseldorf v. 28.02.2014 – I-22 U 152/13, BeckRS 2015, 04608; aber: Beobachtungs- und Handlungspflicht bei Tauwetter: OLG Jena v. 18.06.2008 – 2 U 202/08, NJW-RR 2009, 168 = MDR 2008, 1100; für speziell eingerichtete Mietparkplätze: LG Detmold v. 15.12.2010 – 10 S 121/10, BeckRS 2011, 00228; OLG Düsseldorf v. 06.06.2013 – 10 U 18/13, NJW-RR 2013, 1491 = NZV 2014, 273 = NZM 2013, 701; weiterer Überblick bei: *Hugger/Stallwanger*, DAR 2005, 665 ff.

⁸² AG Wuppertal v. 13.01.2009 – 33 C 420/08, BeckRS 2010, 05223; OLG Celle v. 28.10.1987 – 9 U 227/86, NJW-RR 1988, 663 (abgelehnt bei 4-stöckigem Haus).

⁸³ Vgl. eingehend: *Möller*, VersR 2009, 1461 ff.; *Hitpaß*, ZMR 2008, 935 ff.

⁸⁴ Übersicht über die landesgesetzlichen Grundlagen bei: *Geigel/Wellner*, Haftpflichtprozess, Kap. 14 Rn. 132 ff.

⁸⁵ *Geigel/Wellner*, Haftpflichtprozess, Kap. 14 Rn. 165 ff.; *Horst*, NZM 2012, 513 ff.; *Hitpaß/Kappus*, NJW 2013, 565 ff.

⁸⁶ Vgl. *Geigel/Wellner*, Haftpflichtprozess, Kap. 14 Rn. 147 ff., 162 ff.

3. Verkehrssicherung bei Grundstücken

Der Grundstückseigentümer kann verpflichtet sein, das Grundstück vor unbefugtem Betreten durch *Kinder* wirksam zu sichern, wenn diesen dort Gefahren drohen.

Auf dem Grundstück liegende, gefährliche Gegenstände sind dann zu entfernen oder das Grundstück ist abzusperren.⁸⁷ Eine als Grünanlage ausgewiesene, aber verwilderte Parzelle, die im unmittelbaren Bereich einer Wohnanlage gelegen ist und mit deren Betreten durch spielende Kinder gerechnet werden muss, ist ebenfalls abzusperren.⁸⁸ Ein vorhandener Swimmingpool⁸⁹ oder Gartenteich sollte dann vorsorglich gesichert und entleert werden, da Wasser bekanntlich eine besondere Anziehungskraft auf Kinder ausübt.⁹⁰

Gefahren, die der Straße von einem Ruinen- oder Trümmergrundstück drohen, müssen nicht von demjenigen, der für die Straße verkehrssicherungspflichtig ist, beseitigt werden, sondern von dem Besitzer der Ruine.⁹¹

4. Verkehrssicherung bei Bäumen und Wald

Der Eigentümer eines Grundstücks hat im Rahmen des Möglichen dafür zu sorgen, dass von dort stehenden Bäumen keine Gefahr für andere ausgeht,⁹² der Baumbestand vielmehr so angelegt ist, dass er im Rahmen des nach forstwissenschaftlichen Erkenntnissen Möglichen gegen Windbruch und Windwurf, insbesondere aber auch gegen *Umstürzen* aufgrund fehlender Standfestigkeit gesichert ist.⁹³ Wie oft und in welcher Intensität solche Baumkontrollen durchzuführen sind, lässt sich nicht generell beantworten. Ihre Häufigkeit und ihr Umfang sind von dem Alter und Zustand des Baums sowie seinem Standort abhängig. Werden dabei Anzeichen erkannt, die nach der Erfahrung auf eine besondere Gefahr durch den Baum hinweisen, ist eine eingehende Untersuchung vorzunehmen; solche Anzeichen können trockenes Laub, dürre Äste oder verdorrte Teile, Pilzbefall, äußere Verletzungen oder Beschädigungen, hohes Alter des Baums, sein Erhaltungszustand, die Eigenart seiner Stellung und sein statischer Aufbau sein.⁹⁴

Dem Waldeigentümer obliegt gegenüber dem Waldbenutzer grundsätzlich keine Verkehrssicherungspflicht für walddtypische Gefahren. Ausgangspunkt

87 BGH v. 22.10.1974 – VI ZR 149/73, NJW 1975, 108.

88 OLG Köln v. 28.1.01982 – 14 U 38/81, VersR 1983, 190.

89 OLG Köln v. 02.06.1993 – 13 U 18/93, OLGZ 1994, 297 = MDR 1993, 1064.

90 Vgl. BGH v. 20.09.1994 – VI ZR 162/93, NJW 1994, 3348 = MDR 1995, 157.

91 BGH v. 15.10.1953 – III ZR 1/52, NJW 1953, 1865 = VersR 1953, 479.

92 Zu den Verkehrssicherungspflichten des Waldeigentümers umfassend: *Bittner*, VersR 2009, 896 ff.; NuR 2013, 537 ff. und *Gebhard*, NuR 2008, 754 ff.; NuR 2015, 361 ff.; *Duhme*, NJW 2013, 17 ff.

93 BGH v. 02.07.2004 – V ZR 33/04, BGHZ 160, 18 = NJW 2004, 3328 = MDR 2004, 1349.

94 BGH v. 02.07.2004 – V ZR 33/04, BGHZ 160, 18 = NJW 2004, 3328/3329 = MDR 2004, 1349; eingehend auch: *Hötzel*, NJW 1997, 1757 ff.

für diese Rechtsauffassung ist § 14 Abs. 1 BWaldG und inhaltsgleiche Landeswald- bzw. -forstgesetze, wonach das Betreten des Waldes zum Zwecke der Erholung auf eigene Gefahr gestattet ist. Damit ergebe sich das Betretungsrecht des Waldbenutzers originär aus dem Gesetz und folge nicht aus einer Widmung oder Verkehrseröffnung seitens des Waldeigentümers, die besondere Maßnahmen zum Schutz der Waldbenutzer nach sich zögen.⁹⁵

Die Verkehrssicherungspflicht beschränkt sich auf die Abwehr sogenannter atypischer Waldgefahren. Die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht kommt im Bereich des Waldes daher nur dann in Betracht, wenn der Waldbesitzer besondere Gefahren schafft oder duldet, die ein Waldbesucher nicht oder nicht rechtzeitig erkennen kann und auf die er sich nicht einzurichten vermag, weil er mit ihnen nicht rechnen muss.⁹⁶

Der Erbe müsste den Wald demnach auf das Vorhandensein atypischer Gefahren kontrollieren und diese abstellen. Dazu zählen alle nicht durch die Natur oder die Bewirtschaftungsart vorgegebenen Zustände, aber auch vom Waldbesitzer geschaffene Gefahrenquellen wie Schranken und Absperrungen,⁹⁷ z.B. durch Drähte⁹⁸ sowie nicht gesicherte Holzstapel.⁹⁹ Sie müssen deutlich kenntlich gemacht werden, etwa durch Warnschilder, Anstrich mit Leuchtfarben oder Rückstrahler; dagegen genügt ein 70 cm breiter weißer Anstrich nicht.¹⁰⁰

Bei Waldbäumen, in deren Fallbereich ein Wirtschaftsweg verläuft, auf dem Anlieger- und Fahrradverkehr stattfindet, bestimmt die Sicherheit des Verkehrs den Umfang der erforderlichen Gefahrenabwehr- und Schutzmaßnahmen. Es gelten dann die für die Sicherheit von Straßenbäumen entwickelten Maßstäbe, so dass grundsätzlich 2-mal jährlich eine auf Gesundheit sowie Stand- und Bruchsicherheit des angrenzenden Baumbestandes bezogene Sichtprüfung durchzuführen ist, und zwar im belaubten und unbelaubten Zustand, i.d.R. im Frühjahr und Herbst.¹⁰¹

VII. Maßnahmen bezüglich Versicherungsschutz

Die Erben sollten davor sogar, dass notwendige Risikoversicherungen für den Nachlass bestehen, fortgeführt und diesbezügliche versicherungsrechtliche obligationserfüllt werden.

⁹⁵ BGH v. 02.10.2012 – VI ZR 311/11, BGHZ 195, 30 = NJW 2013, 48 = r + s 2013, 97; OLG Hamm v. 21.10.1983 – 9 U 106/83, VersR 1985, 597; OLG Celle v. 20.12.2005 – 14 U 147/05, MDR 2006, 931 = VersR 2006, 1423.

⁹⁶ BGH v. 02.10.2012 – VI ZR 311/11, BGHZ 195, 30 = NJW 2013, 48 = r + s 2013, 97.

⁹⁷ Vgl. Staudinger/Hager (2021), BGB § 823 Rn. E171.

⁹⁸ OLG Köln v. 23.01.1998 – 19 U 109/97, NZV 1999, 294 = r + s 1999, 410 = VersR 1998, 860.

⁹⁹ BGH v. 02.10.2012 – VI ZR 311/11, BGHZ 195, 30 = NJW 2013, 48 = r + s 2013, 97.

¹⁰⁰ OLG Köln v. 26.03.1987 – 7 U 227/86, NuR 1988, 103.

¹⁰¹ OLG Hamm v. 30.03.2007 – 13 U 62/06, NZV 2009, 31 = r + s 2009, 33; OLG Hamm v. 24.10.2012 – I-11 U 100/12, BeckRS 2013, 05316; OLG Hamm v. 04.11.2013 – 11 U 38/13, BeckRS 2014, 02147.

Hierzu gehören folgende Versicherungen:

- Kfz-Haftpflichtversicherung,¹⁰²
- Hausratversicherung,¹⁰³
- Haus und Grundbesitzerhaftpflichtversicherung,¹⁰⁴
- Gewässerschadenhaftpflicht bei Öltank,
- Wohngebäudeversicherung.

Der schadensträchtigste Bereich ist die Wohngebäudeversicherung. Insofern sollen hier cursorisch einige Problempunkte aufgezeigt werden:

Eine etwaig bestehende Wohngebäudeversicherung endet nicht mit dem Tod des Erblassers. Der Erbe sollte auf jeden Fall versuchen, eine Gebäudeversicherung fortzuführen, da im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung das versicherte Interesse fortbesteht. Wie bei der Hausratversicherung ist auch hier der Versicherer wegen der damit verbundenen eventuellen Gefahrerhöhung darauf hinzuweisen, dass die Immobilie nicht ständig bewohnt wird, ansonsten kann der Versicherer im Versicherungsfall nach § 26 VVG leistungsfrei sein. Bei einer hierauf möglichen Kündigung durch den Versicherer wird der Erbe nach den Erfahrungen in der Praxis Schwierigkeiten haben, einen neuen Gebäudeversicherer für alle Risikoarten (Feuer, Leitungswasser, Sturm) zu finden. Zusätzlich können weitere Elementarschäden mitversichert werden.

Ein Dilemma ergibt sich für den Erben bei der Beheizung der Immobilie. Auf der einen Seite ist diese für die Gebäudeerhaltung erforderlich. Auf der anderen Seite ist der Erbe nach § 11 Nr. 1 lit. c VGB 88, § 24 Nr. 1 lit. c VGB 2000 und Abschnitt A § 16 Nr. 1 lit. b VGB 2008¹⁰⁵ verpflichtet, bei einer nicht genutzten (weitergehend noch § 9 Nr. 2 lit. b VGB 62: „nicht benutzen“) Immobilie sämtliche Wasserleitungen abzusperrn, zu entleeren und entleert zu halten. Der Erbe kann sich also dafür entscheiden, die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten zu erfüllen und dafür Feuchtigkeitsschäden am Gebäude in Kauf zu nehmen. Oder er beheizt die Immobilie und riskiert bei einem Leitungswasserschaden, dass sich der Versicherer wegen der Obliegenheitsverletzung nach § 28 VVG ganz oder teilweise auf seine Leistungsfreiheit beruft. Einen Ausweg aus diesem Dilemma bieten ggf. die Obliegenheitsvorschriften selbst: Schon die Einlagerung von Sachen mit zumindest geringem Wert beinhaltet eine Form der Nutzung, selbst wenn das Gebäude nur selten betreten

102 Ausführlich: *Schulz* in: *Schulz*, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 3 Rn. 392 ff.

103 Diese endet im nach den üblichen Versicherungsbedingungen zwei Monate nach dem Tod des Erblassers, wenn nicht bis zu diesem Zeitpunkt ein Erbe die Wohnung in derselben Weise nutzt wie der Erblasser, vgl. *Schulz* in: *Schulz*, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 3 Rn. 287 ff.

104 *Schulz* in: *Schulz*, Handbuch Nachlasspflegschaft, § 3 Rn. 280.

105 Anders VGB 2016, wonach die Entleerungspflicht alternativ neben der Beheizungspflicht steht.

und „benutzt“ wird.¹⁰⁶ Insofern sollte der Erbe die Immobilie nicht (vollständig) räumen, sondern Nachlassgegenstände dort lagern.¹⁰⁷ Die Frage ist allerdings in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Insofern besteht für den Erben ein Haftungsrisiko.

Mit der Novelle des VVG zum 1.1.2008 ist das Gesetz vom früher geltenden „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ abgekehrt. Bloß fahrlässige Obliegenheitsverletzungen lösen demnach keine Leistungsfreiheit der Versicherung mehr aus. Notwendig ist Vorsatz, bei einer groben Fahrlässigkeit sieht § 28 VVG eine Quotelung vor.

Die Beheizung des – im Sinne des Versicherungsrechts – genutzten Gebäudes¹⁰⁸ hat der Erbe dann genügend häufig zu kontrollieren. Maßstab für eine genügend häufige Kontrolle der Beheizung ist dabei nicht der nach einem unterstellten Heizungsausfall im ungünstigsten Falle zu erwartende Zeitablauf bis zum Schadeneintritt, sondern allein die Frage, in welchen Intervallen die jeweils eingesetzte Heizungsanlage nach der Verkehrsanschauung und Lebenserfahrung mit Blick auf ihre Bauart, ihr Alter, ihre Funktionsweise, regelmäßige Wartung, Zuverlässigkeit, Störanfälligkeit und ähnliches kontrolliert werden muss, um ein reibungsloses Funktionieren nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu gewährleisten.¹⁰⁹ Nach sachverständiger Meinung soll ein regelmäßiger Kontrollzyklus für zeitweise leerstehende Gebäude bzw. Wohnungen von ca. alle 32 Tage (4 Wochen) bis ca. alle 40 Tage (5 Wochen) ausreichen.¹¹⁰

VIII. Maßnahmen bezüglich der Verjährung von Nachlassansprüchen

Der Erbe muss keine Sorge haben, dass unmittelbar vor der Verjährung stehende Nachlassansprüche kurz nach Eintritt des Erbfalls verjähren. Ihm hilft die Ablaufhemmung nach § 211 BGB, wodurch diese nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt eintritt, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen wurde. Der Erbe hat so Zeit, den Nachlass zu sichten, um dann rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen zu veranlassen.

Ob bei einer Mehrheit von Erben die Frist des § 211 BGB für die Geltendmachung von Nachlassansprüchen in dem Zeitpunkt beginnt, in dem der erste Miterbe die Erbschaft angenommen hat, oder ob auf die Annahme durch

¹⁰⁶ Vgl. ausführlich: *Schimikowski*, in: Martin/Reusch/Schimikowski/Wandt, Sachversicherung, 4. Aufl. 2022, § 14 Rn. 84.

¹⁰⁷ Vgl. auch LG Frankfurt/Main v. 27.02.2012 – 2–8 O 273/11, BeckRS 2012, 15150, wonach ein Gebäude nicht genutzt werde, wenn darin weder Wohnungen noch Geschäfte, Betriebe oder Lager unterhalten werden, also wenn ein Gebäude nicht zu seinem bestimmungsgemäßen Zweck verwendet werde.

¹⁰⁸ Oder eine nach VBG 2016 zulässige Beheizung trotz Leerstand.

¹⁰⁹ Vgl. BGH v. 25.06.2008 – IV ZR 233/06, NJW-RR 2008, 1353 = MDR 2008, 1157 und ausführlich: *Rixecker*, r+s 2009, 397 ff.; *Schimikowski*, in: Martin/Reusch/Schimikowski/Wandt, Sachversicherung, 4. Aufl. 2022, § 14 Rn. 80 ff.

¹¹⁰ *Schlott*, DS 2014, 112, 117.

den letzten Miterben abzustellen ist, ist umstritten. Der BGH hält für den Verjährungsbeginn die Kenntnis sämtlicher Miterben für maßgeblich.¹¹¹ Entsprechend sollte für den Hemmungstatbestand des § 211 BGB auf die Annahme durch alle Miterben abgestellt werden.¹¹² Nach anderer Ansicht soll die Annahme des ersten Miterben ausreichen, um den Hemmungszeitraum nicht zu weit ausufern zu lassen.¹¹³ Letzterem sollte der Rechtsberater in einem solchen Fall als sichersten Weg folgen.

C. Fazit

Erbrecht unmittelbar nach dem Erbfall ist für den Erben oder die Erbengemeinschaft nach der Erbbannahme eines vermögenden Nachlasses tatsächlicher Ernstfall. Zahlreiche Maßnahmen sind erforderlich, damit der Nachlass nicht geschmälert wird. Die hier exemplarisch aufgezeigten Maßnahmen stellen hierbei sicherlich nur die Spitze des Eisbergs dar.

111 Vgl. BGH v. 24.11.2006 – BLw 12/06, ZEV 2007, 273; vgl. auch OLG Celle v. 10.01.1964 – 9 W 62/63, NJW 1964, 869. Für den Fall der Inanspruchnahme eines Miterben durch einen Nachlassgläubiger hat der BGH für § 211 BGB entschieden, dass es auf den Zeitpunkt ankommen soll, in dem der jeweils in Anspruch genommene Erbe die Erbschaft angenommen habe, vgl. BGH v. 04.06.2014 – IV ZR 348/13, NJW 2014, 2574.

112 Ebenso: Staudinger/Löhnig (2020) BGB § 2039 Rn. 40.

113 Staudinger/Peters/Jacoby (2019) BGB § 211 Rn. 4; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB § 211 Rn. 4; vgl. auch Holtmeyer, in: Wetzel/Odersky/Götz, Handbuch Erbengemeinschaft, § 42 Rn. 20.

Herbert Grziwotz

Ausgewählte Fragen des Erbscheinsverfahrens¹

A. Das Nachlassverfahren

I. Die Tätigkeit des Nachlassgerichts

Das Erbscheinsverfahren ist Kern des Nachlassverfahrens.² Es ist nach dem Tod eines Menschen allerdings nicht obligatorisch. So heißt es in den Motiven zum BGB in der Vorbemerkung zum Abschnitt über den Erbschein: „Die Auffassung, welche den Vorschriften der §§ 2051, 2058 ff. zu entnehmen ist, lässt für die Regel die Einmischung des Gerichts in die Nachlassangelegenheiten nicht notwendig und nicht zweckmäßig erscheinen.“³ Grundprinzip des Nachlassverfahrens ist nicht die gerichtliche Fürsorge für den Nachlass bei jedem Todesfall. Weder das BGB noch das FamFG sehen eine Nachlassbehandlung von Amts wegen vor.⁴ Auch § 82a S. 2 GBO, der im Rahmen eines undurchführbaren oder aussichtslosen Grundbuchberichtigungszwangsverfahrens in einem Nachlassfall (§ 82 GBO) die Möglichkeit des Ersuchens des Grundbuchamtes an das Nachlassgericht um Ermittlung der Erben vorsieht, enthält hiervon keine Ausnahme, da das Nachlassgericht auch in diesem Fall die Ermittlung der Erben des verstorbenen Eigentümers nur auf Ersuchen des Grundbuchamtes durchführt. Das Ermittlungsergebnis ist – anders als ein Erbschein – auch kei-

1 Der Beitrag basiert im Wesentlichen auf einem Vortrag, den der Autor auf dem 13. Bochumer Erbrechtssymposium der Hereditare – Wissenschaftliche Gesellschaft für Erbrecht e.V. am 05.05.2023 hielt.

2 Marx, ErbR 2022, 456.

3 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V. Erbrecht, 2. Aufl. 1896, S. 557. Vgl. auch Horn, MatK ErbR, 2020, vor § 2353 Rn. 1.

4 KrätzscheI, in: KrätzscheI/Falkner/Döbereiner, NachlassR, 12. Aufl. 2022, § 27 Rn. 5. Zum Ersuchen des Grundbuchamtes s. § 82 a S. 2 GBO. Zur Sondersituation in Bayern, wo das Nachlassgericht tätig zu werden hat, sobald es von einem Erbfall Kenntnis erlangt, s. Art. 37 Abs. 1 BayAGGVG; dies ist aber nur bei Vorhandensein von Grundbesitz bzw. grundstücksgleichen Rechten und einem die Beerdigungskosten übersteigendem Nachlass der Fall. S. dazu nur Sprau/Vill, Justizgesetze in Bayern, 1980, Art. 37 AGGVG Rn. 3 u. OLG Nürnberg v. 01.12.2021 – 1 W 3870/21, ErbR 2022, 259, 260.

ne Sachentscheidung im Sinne eines Erbfolgenachweises,⁵ sondern hat lediglich die Bedeutung einer gutachterlichen Entscheidungshilfe. Die Nachlassbehandlung ist somit grundsätzlich Sache der Beteiligten; nur an gewissen Stellen greift die öffentliche Gewalt sichernd und klärend ein.⁶

II. Die Eröffnung einer Verfügung

Liegt eine Verfügung von Todes wegen vor, hat sie das Nachlassgericht zu eröffnen (§§ 342 Abs. 1 Nr. 3, 348 Abs. 1 FamFG). Das Nachlassgericht erfährt von einem Sterbefall in der Regel durch das Standesamt, das hiervon auch das Zentrale Testamentsregister (ZTR) unterrichten muss (sog. Sterbefallmitteilung, § 78e S. 1 BNotO). Dort sind erbfolgerrelevante Urkunden (§ 78d Abs. 2 BNotO), die öffentlich beurkundet oder in die amtliche Verwahrung genommen wurden, zu registrieren (§ 78d Abs. 3 und 4 BNotO). Die Bundesnotarkammer als Registerbehörde unterrichtet unter anderem das zuständige Nachlassgericht über die registrierten Daten.⁷ Bei privatschriftlichen Testamenten, die sich nicht in der amtlichen Verwahrung befinden, besteht eine Ablieferungspflicht (§ 2259 BGB). Weder in der letztwilligen Verfügung noch durch Vereinbarung der Erben kann das Amtsverfahren des Nachlassgerichts ausgeschlossen werden. Gleiches gilt für die Eröffnung der Verfügung. Eine diesbezügliche Anordnung ist nichtig (§ 2263 BGB) und für das Nachlassgericht unbeachtlich.⁸

Ein Erbschein kann vor der Eröffnung der Verfügung nicht erteilt werden.⁹ Gerichtsentscheidungen zeigen, dass die Originale privatschriftliche Testamente mitunter nicht vorgelegt werden können, weil sie verloren gegangen oder unauffindbar sind.¹⁰ Wenn eine Testamentskopie existiert, stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob der Erblasser das Original in Widerrufsabsicht vernichtet hat (§ 2255 BGB) oder das (im Original nicht vorliegende) Testament für die

-
- 5 Ebenso OLG Düsseldorf v. 20.08.2012 – I-3 Wx 320/11, FGPrax 2012, 242, 243 = ErbR 2012, 341; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl. 2021, § 82a Rn. 11; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 83 Rn. 24. A.A. Lemke/Schmidt-Räntsch, GBO, 3. Aufl. 2022, § 82a GBO Rn. 15 f., nach der das Nachlassgericht das Ersuchen des Grundbuchamtes zum Anlass nehmen kann, einen Erbschein zu erteilen.
- 6 So Weifler, Das Nachlassverfahren, Bd. 1, 1920, S. 9. Zur häufig genannten Feststellung des Fiskalerbrechts s. Prütting/Helms/Zorn, FamFG, 6. Aufl. 2023, § 342 Rn. 16 u. OLG Braunschweig v. 18.12.2020 – 3 W 28, 29, 33 u. 96/20, ErbR 2021, 268 (Ls) = ZErB 2021, 75.
- 7 Nicht über das Vorliegen letztwilliger Verfügungen beim ZTR, das keine Hinterlegungsstelle ist (missverständlich Marx, ErbR 2022, 456).
- 8 Zum Streit, ob dies auch kurzzeitige Eröffnungsverbote betrifft, s. einerseits Soergel/Runge-Rannow, BGB, 14. Aufl. 2020, § 2263 Rn. 3 und andererseits Burandt/Rojahn/Lauck, ErbR, 4. Aufl. 2022, § 2263 BGB Rn. 2.
- 9 Allg. Ansicht, s. nur Krätzschel, in: Krätzschel/Falkner/Döbereiner, NachlassR, 12. Aufl. 2022, § 37 Rn. 2; vgl. auch Staudinger/Herzog, BGB, Neubearb. 2023, § 2353 Rn. 2.
- 10 S. nur KG v. 09.01.2007 – 1 W 188/06, DNotZ 2007, 393 = FamRZ 2007, 1197; OLG Düsseldorf v. 16.11.2016 – 3 Wx 250/15, ErbR 2017, 147 = FamRZ 2017, 1162; OLG Hamburg v. 25.01.2019 – 2 W 45/18, ZEV 2019, 175 (Ls); OLG Düsseldorf v. 22.02.2019 – 25 Wx 65/18, ErbR 2020, 59 = FamRZ 2019, 1100; OLG Brandenburg v. 05.09.2020 – 3 W 79/18, ErbR 2020, 113; OLG Düsseldorf v. 12.03.2021 – 3 Wx 151/20, ErbR 2021, 600 = NJW-RR 2021, 734.

Erbfolge weiterhin maßgeblich ist. Unstrittig ist, dass nicht zwingend die gesetzliche Erbfolge eintritt, wenn ein Testament nur noch in Kopie vorliegt.¹¹ Es ist zudem anerkannt, dass der Erteilung eines Erbscheins nicht das Fehlen der Originaltestamentsurkunde entgegensteht.¹² Hat der Erblasser seinen letzten Willen formgerecht erklärt, ist ihm unter Beachtung der Notwendigkeit entsprechender Nachweise zur Geltung zu verhelfen. Es müssen dazu der Inhalt des Testaments und die Einhaltung der Form unter Heranziehung von anderen Erkenntnisquellen so nachgewiesen werden, als hätte das Originaltestament dem Nachlassgericht vorgelegen.¹³ An den Nachweis sind nach der Rechtsprechung besonders strenge Anforderungen zu stellen.¹⁴ Das betrifft auch die Frage, ob der Erblasser bei der Errichtung seiner Verfügung einen ernstlichen Testierwillen hatte.¹⁵

Liegt lediglich die Kopie des Testaments vor, stellt sich die Frage, ob diese zu eröffnen ist. Dieses Problem kann sich auch ergeben, wenn ein kurz vor dem Tod errichtetes notarielles Testament oder ein Nottestament bei Übersendung an das Nachlassgericht verloren geht, aber eine Kopie existiert.¹⁶ Gleiches kann bei einem vom Notar verwahrten Erbvertrag (§ 34 Abs. 2 BeurkG) eintreten, der nicht auffindbar ist. Nach bisher h. M. ist eine Abschrift eines verloren gegangenen Testaments nicht zu eröffnen.¹⁷ Auch eine „Ersatzeröffnung“ wurde mehrheitlich abgelehnt.¹⁸ Unstrittig ist, dass bei Vorliegen des Originaltestaments dieses zu eröffnen ist, und zwar unabhängig davon, ob es wirksam ist oder nicht.¹⁹ Auch ein Schriftstück, bei dem nur die entfernte Möglichkeit besteht, dass es sich um eine letztwillige Verfügung des Erblassers handeln könnte, wie z.B. ein maschinenschriftliches oder digitales Testament,²⁰ ist vom Nachlassgericht zu eröffnen. Eine inhaltliche Prüfung findet im Eröffnungsverfahren nicht statt. Eröffnung bedeutet ursprünglich das tatsächliche Öffnen eines verschlossenen Umschlags²¹ oder sonstigen Behältnisses, in dem sich eine letzt-

11 OLG Düsseldorf v. 12.03.2021 – 3 Wx 151/20, ErbR 2021, 600 = NJW-RR 2021, 734.

12 KG v. 09.01.2007 – 1 W 188/06, DNotZ 2007, 393 = FamRZ 2007, 1197.

13 OLG Naumburg v. 29.03.2012 – 2 Wx 60/11, FamRZ 2013, 246 = MDR 2012, 856; OLG Frankfurt/M. v. 12.05.2020 – 20 W 392/15, BeckRS 2020, 20195 Rn. 33; OLG Düsseldorf v. 12.03.2021 – 3 Wx 151/20, ErbR 2021, 600 = NJW-RR 2021, 734; vgl. OLG Brandenburg v. 05.09.2020 – 3 W 79/18, ErbR 2020, 113 zur Anhörung der Beteiligten als Erkenntnisquelle.

14 S. nur BayObLG v. 15.05.1990 – BReg 1a Z 15/90, FamRZ 1990, 1162; OLG Köln v. 30.04.1993 – 2 Wx 56-57/92, NJW-RR 1993, 970 („Strengbeweis“); OLG Braunschweig v. 16.03.2018 – 1 W 155/17, ErbR 2019, 235; OLG Hamburg v. 25.01.2019 – 2 W 45/18, ZEV 2019, 175 (Ls).

15 Vgl. OLG Karlsruhe v. 03.11.2022 – 11 W 104/20, ErbR 2023, 43.

16 Zur Ablehnung der Übersendung des Original-Testaments zwecks Einsichtnahme wegen der Möglichkeit des Verlustes s. OLG Düsseldorf v. 06.12.2015 – 3 Wx 224/19, ErbR 2020, 254 = NJW-RR 2020, 519.

17 So bereits KG v. 06.03.1919 – IX 44 19/9, JW 1019, 586, mit teilw. abl. Anm. *Herzfelder*.

18 Dafür *Herzfelder*, JW 1919, 586.

19 Sternal/*Zimmermann*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 348 Rn. 11 f.

20 Im Hinblick auf die Einhaltung der Ortsform gem. Art. 1 Abs. 1 lit.a HTestformÜ; vgl. Art. 26 Abs. 1 EGBGB u. Art. 27 Abs. 1 lit.a EuErbVO.

21 Vgl. § 34 BeurkG.

willige Verfügung zur Sicherung und Geheimhaltung in vielen Fällen befindet. Aber auch „unverschlossene“ Verfügungen sind rechtlich zu eröffnen, d. h. vom Nachlassgericht in amtlicher Funktion zur Kenntnis zu nehmen. Damit tritt die nicht empfangsbedürftige Erklärung in den Rechtsverkehr und erzeugt gegebenenfalls die in ihr geregelten Wirkungen.²² Aus diesem Grund sind das OLG München²³ und ihm folgend das OLG Düsseldorf²⁴ in letzter Zeit davon ausgegangen, dass auch Testaments- und Erbvertragskopien bei Nichtauffindbarkeit des Originals zu eröffnen sind. Diese Meinung hat bereits früher das KG vertreten.²⁵ Hiergegen hat sich vor allem *Baumann* unter anderem wegen des eindeutigen Wortlauts des § 348 Abs. 1 S. 1 FamFG gewandt.²⁶ Die Eröffnung dient jedoch der Kenntnissgabe an die Beteiligten. Die frühere Ablehnung der Eröffnung einer Abschrift wurde vor allem mit dem Argument der Möglichkeit der Fälschung begründet. Dagegen wurde die Eröffnung einer Ausfertigung, die das Original ersetzt (§ 47 BeurkG), für zulässig angesehen, z.B. wenn sich das Original im Ausland befindet.²⁷ Wegen der Funktion der Bekanntgabe und Einsichtnahme ist der neuen Ansicht entgegen den kritischen Stellungnahmen zu folgen.

III. Die Einsicht in die Nachlassakte

Folge der Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen ist die Bekanntgabe ihres Inhalts an die im Eröffnungstermin nicht anwesenden Beteiligten in Schriftform (§ 348 Abs. 3, § 7 FamFG). In der Nachlassakte befinden sich – ebenso wie in den Grundakten des Grundbuchamtes – neben den Testamenten und Erbverträgen noch eine Reihe von weiteren Dokumenten, die für die Auseinandersetzung zwischen (potentiellen) Erb- und Vermächtnisnehmern sowie pflichtteils- oder zugewinnausgleichspflichtigen Personen von Bedeutung sein können. Dies betrifft wohl auch ehemalige Lebensgefährten im Hinblick auf Ausgleichsansprüche bei Beendigung einer Lebensgemeinschaft.²⁸ Die Nach-

22 S. nur *Sternal/Zimmermann*, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 348 Rn. 11 f

23 OLG München v. 07.04.2021 – 31 Wx 108/21, FamRZ 2021, 1767 = NJW-RR 2021, 586.

24 OLG Düsseldorf v. 19.08.2022 – 3 Wx 119/22, ErbR 2023, 127 = FamRZ 2022, 1966.

25 KG v. 09.01.2007 – 1 W 188/06, DNotZ 2007, 393 = FamRZ 2007, 1197 zu einer beglaubigten Abschrift eines Testaments.

26 *Baumann*, ErbR 2023, 103 ff.; kurz auch *Muscheler*, ZEV 2022, 726 f.

27 KG v. 06.03.1919 – IX 44 19/9, JW 1919, 586.

28 Vgl. zum ähnlichen Problem der Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten gem. § 12 GBO nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft OLG München v. 26.07.2018 – 34 Wx 239/18, NZFam 2018, 1007, im Hinblick auf eine zu erwartende Pflegebedürftigkeit OLG Karlsruhe v. 14.08.2008 – 11 Wx 46/08, FamRZ 2009, 1173 = ZEV 2009, 42 und des Pflichtteilsberechtigten in die Grundakten OLG Düsseldorf v. 07.04.2015 – I-3 Wx 61/15, ErbR 2015, 384 = FGPrax 2015, 199 u. OLG Frankfurt/M, v. 21.07.2020 – 20 W 80/20, ErbR 2021, 138 = FamRZ 2021, 1667. Zu Ausgleichsansprüchen bei Beendigung einer nELG beim Tod s. BGH v. 25.11.2009 – XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 = FamRZ 2020, 277 u. BGH v. 10.03.2021 – XII ZR 54/20, FamRZ 2021, 964 = ZEV 2021, 773 sowie *Schwackenberg*, ErbR 2011, 357 ff. u. v. *Proff* zu *Irnich*, RNotZ 2008, 462 ff.

lassakte enthält zumindest neben den Verfügungen von Todes wegen auch sonstige erbfolgerrelevante notarielle Urkunden (§ 78d Abs. 2 BNotO). Es handelt sich insbesondere um Erb- und Zuwendungsverzichtsverträge sowie Eheverträge, nicht jedoch um Pflichtteilsverzichte und Pflichtteilsanrechnungsbestimmungen.²⁹ Hinzu kommen die einer Verfügung beigefügten Schriftstücke, wie z.B. ärztliche Atteste, sowie Geburts-, Sterbe- und Heiratsurkunden und ferner das Nachlassverzeichnis.³⁰ Insofern nehmen mit den erbrechtlichen Streitfällen auch die Anträge auf Einsicht in die Nachlassakte über die übersandten Abschriften von Verfügungen von Todes wegen hinaus zu.

Einsicht in eine eröffnete Verfügung von Todes wegen kann auch ein Nichtbeteiligter erhalten, wenn er ein rechtliches Interesse hieran hat. Enger als bei § 12 GBO, wo ein berechtigtes Interesse ausreicht,³¹ verlangt § 357 Abs. 1 FamFG, dass sich die betreffende letztwillige Verfügung auf „die rechtlichen Beziehungen des Einsichtnehmenden auswirken kann“.³² Das Einsichtsrecht der Beteiligten gemäß § 13 Abs. 1 FamFG ist weiter, weil danach die gesamte Nachlassakte einschließlich aller Unterlagen, die zur Grundlage in Nachlassverfahren gemacht werden, eingesehen werden können. Es bedarf hierzu nicht der Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses. Anders ist dies bei der im Ermessen des Gerichts stehenden Akteneinsicht eines Nichtbeteiligten (§ 13 Abs. 2 FamFG). Hier dürfen insbesondere der Einsichtsgewährung in die gesamte Nachlassakte oder einen Teil davon keine schutzwürdigen Interessen eines Beteiligten oder eines Dritten entgegenstehen; betroffen sind vor allem höchstpersönliche Daten, hinsichtlich derer die Betroffenen ein Geheimhaltungsinteresse haben. Die verfahrensrechtliche Einordnung der Akteneinsichtsgesuche der nicht am Verfahren beteiligten Dritten ist umstritten. Das BayObLG³³ unterscheidet danach, ob das Einsichtersuchen von einer Behörde gestellt wird oder von einer Privatperson. Im ersten Fall soll ein Justizverwaltungsakt mit der Rechtsschutzmöglichkeit nach den §§ 23 ff. EGGVG vorliegen, im zweiten eine Rechtsprechungsangelegenheit mit der Möglichkeit der Beschwerde nach den §§ 58 ff. FamFG, was sich aus der gesetzlichen Zuweisung gemäß § 13 Abs. 8 FamFG ergibt. Demgegenüber gehen mehrere OLG³⁴ beim Akteneinsichtsgesuch eines privaten Dritten von einer Entscheidung durch Justizverwaltungsakt und somit von der Zuständigkeit der Gerichtsverwaltung aus.

29 S. dazu nur Diehn/Diehn, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 78d Rn. 20 ff. Vgl. auch § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG.

30 Vgl. § 35 AktO, Stand: 01.01.2023.

31 Vgl. dazu nur OLG Saarbrücken v. 03.11.2021 – 5 W 58/21, ErbR 2022, 245 = FamRZ 2022, 1147; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 12 Rn. 7 ff.

32 Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 357 Rn. 2.

33 BayObLG v. 24.10.2019 – 1 VA 107/19, NZFam 2020, 311; BayObLG v. 02.06.2022 – 102 VA 7/22, NZFam 2022, 859; BayObLG v. 10.01.2023 – 102 VA 127/22, NZFam 2023, 334; ebenso OLG Karlsruhe v. 04.07.2022 – 20 WF 68/22, NZFam 2022, 998.

34 OLG Brandenburg v. 10.01.2023 – 13 WF 190/22, BeckRS 2023, 624 Rn. 11; OLG Frankfurt/M v. 09.01.2020 – 20 VA 18/18, FamRZ 2020, 1581 (zur Einsichtnahme in eine Akte eines Adoptionsverfahrens durch mögliche gesetzliche Erben im Hinblick auf § 1758 BGB).

B. Das Erbscheinsverfahren

I. Bedeutung und Rechtsnatur des Erbscheins

Der Vermögensübergang durch Erbfolge vollzieht sich kraft Gesetzes (§ 1922 Abs. 1 BGB). Aufgrund dieses Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge erfolgt beim Erbgang die Rechtsveränderung „meist unbemerkbar“.³⁵ Das Fehlen eines zwingenden Nachlassgerichtsverfahrens zum Erbantritt ist Grund für das Erfordernis eines Erbnachweises. Es handelt sich um keine nachlassgerichtliche Entscheidung mit konstitutiver Wirkung hinsichtlich des Erbfalls, sondern um ein Zeugnis. Es liegt lediglich eine gutachtliche Bescheinigung vor³⁶. Die klarstellende Natur des Nachlassverfahrens tritt nach der Formulierung von *Weißler* „nirgends deutlicher hervor, als in seinem Kern- und Mittelstück, dem Erbschein“.³⁷ Das Erbscheinsverfahren wird generell als Kern des Nachlassverfahrens angesehen.³⁸ Die praktische Bedeutung des Erbscheins wird dadurch belegt, dass es sich bei seiner Erteilung um die bei weitem häufigste Aufgabenerledigung des Nachlassgerichts handelt.³⁹ In der förmlichen Ausgestaltung des Erbscheins „spiegelt sich das materielle Erbrecht wieder, das sich in ihm bewähren muss“.⁴⁰ Das Nachlassgericht zieht aufgrund der ihm zur Kenntnis gebrachten oder von ihm selbst ermittelten Tatsachen rechtliche Schlussfolgerungen und erstellt eine entsprechende amtliche Feststellung über die ermittelnde Erbfolge samt den mit ihr verbundenen Beschränkungen der Erbenstellung zur Verwendung im Rechtsverkehr.⁴¹ Beim Erbschein handelt es sich auch um eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 ZPO.⁴² Allerdings lässt sich aus dieser Qualifikation nichts hinsichtlich seiner inhaltlichen Richtigkeit und Wirksamkeit herleiten. Seine Publizitäts- und Gutgläubenswirkungen ergeben sich vielmehr aus den §§ 2365 bis 2367 BGB.⁴³ Die Erteilung eines Erbscheins kann nach zutreffender Ansicht auch nicht auf ein Schiedsgericht übertragen werden, und zwar weder durch Anordnung im Testament noch durch Vereinbarung der Erben.⁴⁴

35 So *Bartholomeyczik*, Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein, 1942, 249 u. 262; ähnlich *K.W. Lange*, ErbR, 3. Aufl. 2022, Kap. 19 Rn. 1. Vgl. auch OLG Frankfurt/M v. 12.05.2020 – 20 W 392/15, BeckRS 2020, 20195 Rn. 19.

36 So *Zimmermann*, Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, 4. Aufl. 2020, Rn. 1. Ähnlich bereits *Weißler*, Das Nachlassverfahren, 1. Bd., 1920, 250.

37 *Weißler*, Das Nachlassverfahren, 1. Bd., 1920, 250.

38 *Marx*, ErbR 2022, 456.

39 *Klüsener/Rausch/Walter*, Rpfleger 2001, 215, 218 f. Krit. aber *Muscheler*, Jura 2009, 329, 333 ff.

40 *Bartholomeyczik*, Erbeinsetzung, andere Zuwendungen und Erbschein, 1942, 248.

41 Vgl. *Lange/Kuchinke*, ErbR, 5. Aufl. 2001, § 39 I 1 u. *E. Müller*, ZErB 2023, 9.

42 S. nur OLG München v. 17.10.2017 – 31 Wx 333/17, MittBayNot 2019, 372, 373 Rn. 1.

43 Vgl. *Zimmermann*, Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, 4. Aufl. 2020, Rn. 7; *K.W. Lange*, ErbR, 3. Aufl. 2022, Kap. 19 Rn. 2 ff.

44 So die h. M., s. nur BayObLG v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279, 284 = FamRZ 2001, 873; KG v. 29.01.2016 – 6 W 107/15, ErbR 2016, 337, 339; *Wegmann*, ZEV 2003, 20. *Zimmermann*, ErbR 2021, 181, 182.

II. Antragsverfahren

1. Verfahrensgrundsätze

Der Erbschein wird vom Nachlassgericht auf Antrag erteilt (§ 2353 BGB, § 352 FamFG). Dem Erben ist „im Interesse des Verkehrs [...] die Befugniß einzuräumen, in gewissen Fällen die Ausstellung einer Urkunde zu begehren, durch welche festgestellt wird, daß er sich als Erbe ausgewiesen habe“.⁴⁵ Das Gericht kann somit nicht von Amts wegen „einschreiten“.⁴⁶ Das nachlassgerichtliche Antragsverfahren wird von der Dispositionsmaxime beherrscht. Diese hat nicht unmittelbar etwas mit der Stoffsammlung zu tun, sondern betrifft einen Teil der Privatautonomie im Verfahren. Der Antragsberechtigte entscheidet über den Gang (Einleitung und Beendigung) sowie den Inhalt des Verfahrens (Verfahrensgegenstand). Der Antrag als Zulässigkeitsvoraussetzung muss einen bestimmten Inhalt („Vorschlag“) enthalten.⁴⁷ Als „Leitlinie“ wird meist angegeben, dass das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag bei Stattgabe wörtlich übernehmen können muss.⁴⁸ Der Antragsteller darf deshalb keinen Erbschein nach Maßgabe des Testamentsinhalts,⁴⁹ nach dem Ermessen des Nachlassgerichts⁵⁰ oder nach dessen noch nicht endgültig feststehender Rechtsmeinung⁵¹ beantragen. Das Nachlassgericht ist an diesen Antrag gebunden und darf deshalb keinen Erbschein mit einem anderen als dem beantragten Inhalt erteilen (sog. Konkurrenzgebot).⁵² Dies gilt aufgrund des vorgenannten Grundsatzes auch für minimale Abweichungen.⁵³ Ändert ein Antragsteller trotz eines Hinweises seinen Erbscheinsantrag nicht auf die vom Nachlassgericht für zutreffend angesehene Erbfolge, ist der Antrag zurückzuweisen.⁵⁴

45 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V. Erb-recht, 2. Aufl. 1896, S. 557 (Hervorhebung vom Verf.). Vgl. auch *Horn*, MatK ErbR, 2020, vor § 2353 Rn. 1.

46 *Weißler*, Das Nachlassverfahren, 1. Bd., 1920, 251.

47 *Staudinger/Herzog*, BGB, Neubearb. 2023, § 2353 Rn. 83; *Zimmermann*, Erbschein, Erbscheins-verfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, 4. Aufl. 2020, Rn. 64 ff.

48 So z.B. *Zimmermann*, Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, 4. Aufl. 2020, Rn. 64.

49 BayObLG v. 03.01.1967 – BReg. 1b Z 77/66, BayObLGZ 1967, 1, 9 = MDR 1967, 495.

50 OLG Hamm v. 02.11.2012 – 15 W 404/11, FamRZ 2013, 1250 = FGPrax 2013, 123 = NotBZ 2013, 191.

51 OLG Düsseldorf v. 04.12.2013 – 3 Wx 201/13, FamRZ 2014, 879 = MDR 2013, 546 = NJW-RR 2014, 395.

52 Ebenso *Staudinger/Herzog*, BGB, Neubearb. 2023, § 2353 Rn. 84; NK-BGB/*Kroiß*, 6. Aufl. 2022, § 2353 Rn. 26.

53 A.A. LG München I v. 08.07.1998 – 16 T 9691/97, FamRZ 1999, 959 zu einem Zehntausendstel bei einem Gesamtnachlass von rund 140.000 DM und ihm folgend NK-BGB/*Kroiß*, 6. Aufl. 2022, § 2353 Rn. 27 („keine inhaltliche Abweichung“). Richtig wäre es gewesen, eine konkludente Genehmigung anzunehmen (vgl. dazu BayObLG v. 03.01.1967 – BReg. 1b Z 77/66, BayObLGZ 1967, 1, 9 = MDR 1967, 495).

54 Vgl. OLG Brandenburg v. 20.08.2022 – 3 W 83/22, ZEV 2023, 30, auch zur Zulässigkeit der An-tragsänderung im Beschwerdeverfahren.

2. Vertretung

Beim Erbscheinsantrag handelt es sich – anders als z.B. beim Adoptionsantrag und den dazu erforderlichen Einwilligungen (§§ 1752 Abs. 2, 1750 Abs. 3 S. 1 BGB) – um kein höchstpersönliches Geschäft. Eine Stellvertretung ist deshalb zulässig und bei Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers auch erforderlich. Für einen geschäftsunfähigen Erwachsenen handelt sein gerichtlich bestellter Betreuer mit dem entsprechenden Aufgabenbereich (§§ 1823, 1815 Abs. 1 BGB); er bedarf hierzu ebenso wie zur Annahme der Erbschaft keiner Genehmigung des Betreuungsgerichts.⁵⁵ Gemäß § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG hat der Antragsteller die dort näher bezeichneten Angaben (z.B. das Nichtvorhandensein weiterer Verfügungen, den gesetzlichen Güterstand) eidesstattlich zu versichern. Es handelt sich hierbei um eine Wissenserklärung des Antragstellers. Nach h. M. hat bei Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers der Betreuer als gesetzlicher Vertreter die eidesstattliche Versicherung abzugeben, wobei es um das eigene Wissen des Betreuers geht, der insoweit im eigenen Namen handelt.⁵⁶ Gleiches soll für den Vorsorgebevollmächtigten gelten, dem eine entsprechende Vollmacht erteilt wurde; er steht insoweit einem gesetzlichen Vertreter gleich (§ 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB).⁵⁷ Alternativ dazu wäre nur der Erlass der eidesstattlichen Versicherung gemäß § 352 Abs. 3 S. 4 FamFG mit der entsprechenden Kostenfolge denkbar.⁵⁸

Sind minderjährige Kinder Beteiligte im Erbscheinsverfahren (§ 345 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 FamFG), was bei dem beliebten Berliner Testament (§ 2269 Abs. 1 BGB) der Fall ist, ist der überlebende Elternteil gesetzlicher Vertreter seiner Kinder (§ 1629 Abs. 1 ein S. 3 BGB). Bisher wurde überwiegend davon ausgegangen, dass minderjährige Kinder in einem Erbscheinsverfahren von den sorgeberechtigten Eltern bzw. dem allein sorgeberechtigten Elternteil vertreten werden können, wenn diese nicht nach § 1638 BGB von der Vermögensverwaltung durch Verfügung von Todes wegen oder bei einer Zuwendung ausgeschlossen wurden.⁵⁹ Lediglich in einem Fall, in dem Eltern bestimmten, ihr Sohn und dessen Kinder sollten beim Schlusserbfall das Wohnhaus und alle Grundstücke erhalten, und der Sohn einen Erbschein beantragte, der ihn als Alleinerben auswies, wurde ein Interessengengensatz angenommen.⁶⁰ Nunmehr

55 Vgl. Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1851 Rn. 2. ein Minderjähriger kann ab dem 16. Lebensjahr die eidesstattliche Versicherung selbst abgeben (§ 455 Abs. 2 ZPO); vgl. Burandt/Rojahn/Gierl, ErbR, 4. Aufl. 2022, § 352 FamFG Rn. 34.

56 Burandt/Rojahn/Gierl, ErbR, 4. Aufl. 2022, § 352 FamFG Rn. 34. Vgl. BGH v. 23.10.2019 – 1 ZB 60/18, NJW 2020, 1143, 1144 Rn. 7 = FamRZ 2020, 441 zur Vermögensauskunft gemäß §§ 802c ff. ZPO. Krit. Zimmermann, ZEV 2020, 765, 766 wegen der Verwischung der Grenze zwischen dem Antrag und dem Beweisverfahren.

57 OLG Düsseldorf v. 17.04.2018 – 25 Wx 68/17, ZEV 2019, 422; OLG Celle v. 20.06.2018 – 6 W 78/18, ErbR 2019, 113 = NJW-RR 2018, 1031; OLG Bremen v. 14.09.2021 – 5 W 27/21, FamRZ 2022, 322 = ZEV 2021, 765; vgl. auch Litzenburger, ZEV 2004, 450 ff.

58 Dafür Zimmermann, ZEV 2021, 766, 767. Vgl. auch DNotI-Report 2021, 36, 37.

59 Zimmermann, Erbschein, Erbscheinsverfahren, Europäisches Nachlasszeugnis, 4. Aufl. 2020, Rn. 3.

60 OLG Köln v. 28.02.2000 – 27 UF 24/00, NJWE-FER 2000, 231.

geht das OLG Brandenburg⁶¹ davon aus, dass bei Beantragung eines Erbscheins durch einen allein sorgeberechtigten Elternteil, in dem dieser aufgrund eines Berliner Testaments als Alleinerbe ausgewiesen wird, dieser von der Vertretung seiner Kinder ausgeschlossen wäre. Zwar handelt es sich bei der Beantragung eines Erbscheins um kein Rechtsgeschäft im Sinne des § 1824 Abs. 1 BGB, bei dem die Vertretungsmacht bereits nach dieser Vorschrift nicht bestünde. Es liegt auch kein Insichgeschäft (§§ 181, 1824 Abs. 2 BGB) vor. Dem überlebenden Elternteil kann jedoch die Vertretungsmacht für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten gemäß § 1789 Abs. 3 S. 3 und 4 i.V.m. § 1629 Abs. 2 S. 3 BGB entzogen werden, wenn das Interesse des Kindes zu dem Interesse des Sorgeberechtigten in erheblichem Gegensatz steht. Ein Interessengegensatz, der die Bestellung eines Pflegers erfordert, liegt vor, wenn die unterschiedlichen Belange, Nutzen oder Vorteile beider Interessenträger ein rechtsgeschäftliches Verhalten im gegensätzlichen Sinn beeinflussen können, wenn also die Förderung des eigenen Interesses des Elternteils nur auf Kosten der Kinder möglich ist, wobei eine objektive Beurteilung zu erfolgen hat. Erheblich ist der Interessengegensatz, wenn er eine genügende Berücksichtigung der Interessen des Kindes durch den vertretenden Elternteil nicht erwarten lässt. Der Interessengegensatz muss im Verfahren konkret feststehen; die bloße Möglichkeit eines Interessengegensatzes genügt nicht. Im entschiedenen Fall hatten die Eltern für die beiden Kinder ein Vermächtnis im Wert von 800.000 €, d. h. in Höhe der erbschaftsteuerlichen Freibeträge, angeordnet. Diese Regelung hielt das Gericht für auslegungsbedürftig. Auch wenn mit der Begründung eines Interessengegensatzes kein Vorwurf an den sorgeberechtigten Elternteil verbunden ist, tritt durch die Einschaltung eines (familienfremden) Pflegers, bei mehreren minderjährigen Kindern sogar eines Pflegers für jedes Kind, eine sachlich überflüssige Erschwerung und Verteuerung des Erbscheinsverfahrens ein. Bei Eingriffen in das Elternrecht ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, sodass von einer Entziehung der Vertretungsmacht abzusehen ist, wenn trotz eines konkret festgestellten Interessengegensatzes zu erwarten ist, dass der sorgeberechtigte Elternteil dennoch im Interesse seines Kindes handeln wird.

3. Falschbeurkundung

Der Erbe muss in seinem Antrag auch den Berufungsgrund angeben, d. h. worauf sein Erbrecht beruht (§ 352 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 1 FamFG).⁶² Weiß der Antragsteller, dass ein Testament, aus dem er seine Stellung als Erbe herleitet, nicht wirksam ist, und beantragt er dennoch einen Erbschein, macht er

61 OLG Brandenburg v. 19.10.2022 – 13 WF 53/22, ErbR 2023, 154 = FamRZ 2023, 199 = NZFam 2023, 47.

62 Unstr., s. nur Staudinger/*Herzog*, BGB, Neubearb. 2023, § 2353 Rn. 89 m.w.N.

sich möglicherweise der zumindest versuchten mittelbaren Falschbeurkundung (§ 271 Abs. 1 StGB) strafbar.⁶³ Es geht bei dieser Strafvorschrift um das Bewirken einer inhaltlich unrichtigen Beurkundung in einer öffentlichen Urkunde. Ob der Nachlassrichter dabei fahrlässig handelt, ist ohne Bedeutung.⁶⁴ Der Versuch (§ 271 Abs. 4 StGB) beginnt mit dem Anfang des Bewirkens, also mit dem Zugang des Erbscheinsantrags beim Nachlassgericht. Betroffen ist nicht nur der Fall, dass der Erbe erkennt, dass ein privatschriftliches Testament nicht vom Erblasser eigenhändig geschrieben wurde; tatbestandsmäßig könnte bereits auch die Erklärung des Begünstigten vor dem ein Testament beurkundenden Notar sein, der Erblasser sei geschäftsfähig, oder die Übergabe eines diesbezüglichen ärztlichen (unrichtigen) Attests an den Notar.⁶⁵ Anders ist dies unstrittig hinsichtlich der Sprachkunde des Erblassers, die nur die Überzeugung des Notars als subjektiven Eindruck betrifft, und des Identitätsnachweises, auf die sich der öffentliche Glaube eines beurkundeten Testaments nicht bezieht.⁶⁶ Folge einer diesbezüglichen (versuchten) Straftat ist der Eintritt der Erbnachfolge mit der Folge, dass der Betroffene nicht Erbe wird (§§ 2339 Abs. 1 Nr. 4, 2344 Abs. 1 BGB).

4. Berufungsgrund und Antragsbeschränkung

Der Berufungsgrund ist im Erbschein nicht anzugeben.⁶⁷ Eine Angabe des Berufungsgrundes sieht das Gesetz (§ 2353 BGB) nicht vor. Der Erbe hat bei Beantragung des Erbscheins jedoch anzugeben, dass keine Verfügung von Todes wegen vorhanden ist⁶⁸ bzw. auf welcher Verfügung sein Erbrecht beruht.⁶⁹ Handelt es sich um mehrere Testamente, in denen eine Person zum Erben bestimmt wurde, muss angegeben werden, auf welches sie sich beruft. Im Erbschein selbst unterbleibt die entsprechende Angabe. Er enthält somit keine Begründung des Inhalts „aufgrund gesetzlicher Erbfolge“, „aufgrund Verfügung von Todes wegen“ (bzw. Testaments oder Erbvertrags) oder „aufgrund Testaments vom [...]“. Begründungselemente gehören grundsätzlich nicht in den Erbnachweis; sie nehmen an seinem öffentlichen Glauben nicht teil. Eine überflüssige oder sogar falsche Angabe macht deshalb den Erbschein nicht unrichtig; sie ist unschädlich.⁷⁰

63 So LG Kassel v. 14.09.2022 – 6 O 542/22, BeckRS 2022, 41911 = ZEV 2023, 263 (Ls), abw. wohl OLG Hamm v. 12.07.2016 – 10 U 83/15, FamRZ 2017, 251 = ZEV 2016, 644.

64 Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 271 Rn. 16.

65 Str., vgl. BGH v. 13.03.1964 – 4 StR 489/63, GA 1964, 309, 310 u. Fischer, StGB, 71. Aufl. 2024, § 271 Rn. 12 einerseits und BayObLG v. 14.08.1974 – ZZ 35/74, BayObLGZ 1974, 336, 339 = DNotZ 1975, 555 andererseits.

66 Vgl. BGH v. 25.05.2001 – 2 StR 88/01, DNotZ 2002, 536 u. BGH v. 06.08.2004 – 2 StR 241/04, NStZ 2005, 42.

67 BGH v. 08.09.2021 – IV ZB 17/20, JR 2022, 461 = ErbR 2022, 131 = ZEV 2022, 39.

68 Unzureichend trotz § 352 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 FamFG nach Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 352 Rn. 44, „weil Laien nicht wissen, was das ist“. Vgl. auch Zimmermann, JuS 2009, 817, 818.

69 § 352 Abs. 2 Nr. 1 FamFG.

70 Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2553 Rn. 3.

Eine Ausnahme von der Nichtangabe des Berufungsgrundes im Erbschein wird jedoch dann gemacht, wenn ein Erbe aus verschiedenen Gründen berufen ist. Dies ist bei der Berufung auf einen Bruchteil aufgrund Verfügung von Todes wegen und hinsichtlich des Restes als gesetzlicher Erbe sowie bei der Berufung aufgrund unterschiedlicher Verfügungen von Todes wegen zu einzelnen Bruchteilen der Fall. Es geht somit um die Berufung zu mehreren Erbteilen, die auf verschiedenen Gründen beruht (§ 1951 Abs. 1 BGB), sowie um die Einsetzung auf einen Bruchteil, sodass in Ansehung des übrigen Teils die gesetzliche Erbfolge eintritt (§ 2088 Abs. 1 BGB).⁷¹ Allerdings ist auch in diesem Fall die Angabe der unterschiedlichen Berufungsgründe hinsichtlich der Erbteile nur erforderlich, wenn auch für die Bruchteile unterschiedliche Verfügungsbeschränkungen gelten, also beispielsweise ein Erbe zur Hälfte unbeschränkter Erbe aufgrund Gesetzes wurde und zur anderen Hälfte lediglich Vorerbe aufgrund eines Testaments. Die unterschiedlichen Berufungsgründe ergeben sich nämlich bereits aus dem Feststellungsbeschluss über die Erteilung des Erbscheins, der in der Nachlassakte verbleibt (§ 352e Abs. 1 S. 4 FamFG). Für die Angabe der Berufungsgründe wegen einer Unklarheit im Hinblick auf die Möglichkeit einer auf einen Berufsgrund beschränkten Anfechtung der Annahme oder einer späteren Einziehung besteht deshalb, wenn keine Verfügungsbeschränkungen vorliegen, keine Notwendigkeit.

Die wohl h.M. geht aufgrund der Nichtangabe des Berufungsgrundes im Erbschein davon aus, dass eine Bindung des Nachlassgerichts an den Erbscheinsantrag hinsichtlich des Berufungsgrundes nicht besteht. Ist der Antragsteller in zwei Testamenten des Erblassers zum Erben berufen, die im Übrigen einen unterschiedlichen Inhalt haben, der sich aber auf die Vermutungswirkung des Erbscheins nicht auswirkt (z.B. Vermächtnisse, Auflagen, Teilungsanordnungen), kann nach dieser Ansicht der Erbschein durch das Nachlassgericht auch aufgrund des anderen Testaments erteilt werden.⁷² Allerdings ist das Nachlassgericht bei Erteilung des Erbscheins streng an den Antrag gebunden. Es darf deshalb keinen „Plus-oder-Minus“-Erbschein bezüglich der Quote erteilen, und zwar auch nicht mit einer geringeren als der beantragten Quote. Insofern geht die Bindung über die zivilprozessuale nach § 308 ZPO hinaus, die nur den Rahmen der Entscheidung absteckt.⁷³ Ferner darf ein Nacherben- oder Testamentsvollstreckervermerk vom Nachlassgericht nicht ergänzt werden, wenn die diesbezügliche Beschränkung der Rechte des Erben im Antrag nicht enthalten ist. Weicht der erteilte Erbschein vom Antrag ab, ist er einzuziehen oder

71 BayObLG v. 25.01.1973 – BReg 1Z 83/72, BayObLGZ 1973, 28, 29 = DNotZ 1973, 633; Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2553 Rn. 3.

72 OLG Hamburg v. 07.04.2020 – 2 W 83/19, ErbR 2020, 571 = ZEV 2020, 489; OLG Bamberg v. 23.12.2021 – 2 W 5/21, ErbR 2022, 256 = ZEV 2022, 282; Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 352 Rn. 50.

73 Vgl. zum Minus gegenüber dem Klageantrag nur BAG v. 11.12.2001 – 9 AZR 435/00, NJOZ 2002, 939 und BGH v. 11.04.2006 – X ZR 139/03, BGHZ 167, 166 = MDR 2006, 1421.

für kraftlos zu erklären (§ 2361 BGB, § 353 FamFG).⁷⁴ Dies ist auch dann der Fall, wenn er die Erbfolge zutreffend wiedergibt. Der verfahrensrechtliche Fehler, nämlich das Fehlen eines entsprechenden Antrags, führt zur Unrichtigkeit des Erbscheins, wenn der Antragsberechtigte die Erteilung nicht nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend noch genehmigt.⁷⁵ Insofern kann der Erbe die Erteilung eines zutreffenden, aber von ihm nicht gewollten Erbscheins aufgrund einer eingeschränkten Antragstellung verhindern. Das Nachlassgericht darf bei einem eingeschränkten, auf einen bestimmten Berufungsgrund beschränkten Antrag keinen Erbschein erteilen, selbst wenn das Ergebnis für den Erben das Gleiche ist (z.B. Antragstellung aufgrund letztwilliger Verfügung und Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge mit identischer Erbquote).⁷⁶ Damit stimmt das Verfahrensrecht mit dem materiellen Erbrecht überein. Gemäß § 1947 BGB kann die Annahme der Erbschaft zwar nicht unter einer (echten) Bedingung erfolgen. Zulässig ist aber die Annahme (ebenso wie die Ausschlagung) für den Fall der Berufung aus einem bestimmten Grund.⁷⁷ Unbedenklich ist deshalb die Annahme durch den Erben für den Fall, dass er „durch Testament vom [...] wirksam zum Erben eingesetzt“ wurde.⁷⁸ Die Zulässigkeit ergibt sich auch aus § 1949 Abs. 1 BGB, wonach die Annahme als nicht erfolgt gilt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtum war. Dem Erben muss es danach möglich sein, seine Annahmeerklärung auf einen bestimmten Berufungsgrund zu beschränken. Nimmt er die Erbschaft jedoch vorbehaltlos an, kann er nicht verhindern, dass trotz seines auf einen bestimmten Berufungsgrund beschränkten Erbscheinsantrags eine andere antragsberechtigte Person den von ihm nicht gewollten Erbschein beantragt. Will der Erbe das verhindern, muss er die Erbschaft aus einem Berufungsgrund annehmen und aus einem anderen rechtzeitig ausschlagen (§ 1948 BGB).

5. Quotenloser Erbschein (§ 325a Abs. 2 S. 2 FamFG)

Haben die Erben einen durch Gesetz vom 29.6.2015 mit Wirkung zum 17.8.2015 geregelten quotenlosen gemeinschaftlichen Erbschein⁷⁹ beantragt, ist die Erteilung eines Erbscheins mit (Mindest-)Erbquoten unzulässig. Die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins setzt voraus, dass alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. Hintergrund für diese

74 OLG München v. 10.07.2019 – 31 Wx 242/19, ErbR 2019, 766.

75 Dutta/Jacoby/Schwab/Rellermeyer, FamFG, 4. Aufl. 2022, § 353 Rn. 1 u. Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 353 Rn. 2.

76 Zutreffend OLG Schleswig v. 15.05.2017 – 3 Wx 45/16, ErbR 2018, 39.

77 Unstr., Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1947 Rn. 1; Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2017, § 1947 Rn. 2; MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1947 Rn. 5 („Gegenwartsbedingung“, „Unterstellung“).

78 OLG Brandenburg v. 07.04.2004 – 13 U 25/03, BeckRS 2004, 30336787.

79 Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung der Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften, BGBl. I 2015, 1042.

Regelung sind die Fälle meist privatschriftlicher Testamente mit gegenständlicher Erbeinsetzung, in denen die Miterben feststehen, aber die Erbquoten aufwendig (z.B. durch Wertgutachten) geklärt werden müssen.⁸⁰ Allerdings ergeben sich aufgrund der gesetzlichen Lösung neue Schwierigkeiten. Die gesetzliche Formulierung lässt nämlich offen, ob der Verzicht auf die Aufnahme der Erbquoten in den Erbschein lediglich durch die Antragsteller oder durch alle Miterben erklärt werden muss. Nach wohl noch überwiegender Ansicht genügt der Verzicht der Antragsteller nicht; erforderlich ist der Verzicht aller Miterben, die im Erbschein angegeben werden.⁸¹ Nach abweichender Ansicht müssen die Miterben, die an der Antragstellung nicht mitwirken, auch keine Verzichtserklärung abgeben; die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins sei für sie letztlich ohne Tragweite. Sie würden am Erteilungsverfahren beteiligt (§§ 7, 345 FamFG) und könnten zudem einen abweichenden Antrag mit Angabe der Erbquoten stellen.⁸²

Eine weitere Streitfrage ist über dieser Auslegungsproblematik in den Hintergrund getreten, obwohl sie mit dem vorstehenden Problem zusammenhängt. Ein gemeinschaftlicher Teilerbschein wird für mehrere, aber nicht alle Miterben erteilt, wenn z.B. die Ehefrau ausgewandert und nicht bekannt ist, ob sie noch lebt, aber die Kinder jedenfalls zu einem bestimmten Teil gemeinsam Erben werden.⁸³ Ein Teil der Literatur geht davon aus, dass für die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins der Kreis der Erben feststehen muss.⁸⁴ Hatte der verstorbene Ehemann und Vater seine Frau zur Hälfte und zur anderen Hälfte seiner Kinder, untereinander allerdings gegenständlich eingesetzt, wäre nach der vorgenannten Ansicht die Erteilung eines gemeinschaftlichen quotenlosen Teilerbscheins für die Kinder nicht möglich.⁸⁵

Der Verzicht muss unabhängig von den vorstehenden Streitfragen schriftlich oder zu Protokoll gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben werden. Es genügt nicht, wenn die Erklärung nur gegenüber den Miterben erfolgt. Es handelt sich um eine bedingungsfeindliche verfahrensrechtliche Erklärung. Sie kann nur bis zur Erteilung des Erbscheins widerrufen werden.⁸⁶ Die Miterben

80 S. nur *Rohr*, DNotZ 2022, 179 f. u. *Kollmeyer*, NJW 2021, 1136 Rn. 3.,

81 OLG München v. 10.04.2020 – 31 Wx 354/17, ErbR 2021, 63 = MittBayNot 2021, 136; OLG Bremen v. 28.10.2020 – 5 W 15/20, ErbR 2021, 152 = NJW 2021, 1171; OLG Frankfurt/M v. 10.03.2022 – 21 W 175/21, ErbR 2022, 632 = NJW-RR 2022, 800; Burandt/Rojahn/Gierl, ErbR, 4. Aufl. 2022, § 352a FamFG Rn. 26; Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 352a Rn. 14 (der stets einen Verzicht sämtlicher Miterben fordert).

82 OLG Düsseldorf v. 17.12.2019 – I-25 Wx 55/19, ZEV 2020, 167 = DNotZ 2021, 225 u. OLG Hamm v. 27.07.2022 – 10 W 12/22, ZEV 2023, 158 (Verzicht des Antragstellers genügt); *Kollmeyer*, NJW 2021, 1136, 1137 Rn. 11 ff.; *Rohr*, DNotZ 2023, 179, 187.

83 Zu einem eingeleiteten Erbenwürdigkeitsverfahren OLG Karlsruhe v. 16.01.2023 – 14 W 112/22, ZEV 2023, 310.

84 So *Egidy/Volmer*, Rpfleger 2015, 433, 435 u. ihnen folgend *Grüneberg/Weidlich*, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2553 Rn. 61.

85 A.A. bereits *MüKoFamFG/Grziwotz*, 3. Aufl. 2019, § 352a Rn. 18.

86 OLG München v. 10.04.2020 – 31 Wx 354/17, ErbR 2020, 574 = FamRZ 2021, 63.

können sich untereinander, z.B. in einem Vergleich, zur Abgabe der Verzichtserklärung verpflichten, um z.B. einen quotenlosen Erbschein für eine möglichst rasche Grundbuchberichtigung im Hinblick auf einen anstehenden Verkauf zu erlangen. Weigert sich später ein Miterbe, muss er auf Abgabe der Erklärung verklagt werden. Die gerichtliche Entscheidung ersetzt dann die Verzichtserklärung (§ 894 ZPO).

III. Amtsermittlung

Das Nachlassgericht erteilt einen beantragten Erbschein, wenn es die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (§ 352e Abs. 1 S. 1 FamFG). Ziel des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) ist in diesem Zusammenhang die Prüfung, ob dem Antrag entsprochen und der Erbschein erteilt werden kann.⁸⁷ Das Erbscheinserteilungsverfahren ist nicht als Streitentscheidungsinstrument konzipiert.⁸⁸ Es handelt sich auch bei dem kontradiktorischen Erteilungsverfahren nicht um ein „Vorermittlungsverfahren“ der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Nachlassgericht klärt zwar wie das Prozessgericht, wer Erbe geworden ist. Der Erbschein wirkt jedoch anders als ein Urteil des Prozessgerichts *inter omnes*; deshalb muss das Nachlassgericht nicht nur die Interessen des Antragstellers, sondern auch weiterer Beteiligten einschließlich der Kann-Beteiligten berücksichtigen.⁸⁹ Er hat jedoch keine präjudizielle Wirkung für ein Streitiges Verfahren; das Prozessgericht kann das Verfahren nicht bis zum Abschluss des Erbscheinsverfahrens aussetzen (§ 148 ZPO)⁹⁰. Das Nachlassgericht ist umgekehrt nicht befugt, die Beteiligten auf die Klärung der Erbfolge im Rahmen einer gerichtlichen Erbfeststellungsklage zu verweisen.⁹¹ Ein Rechtsanwalt muss dagegen seinen Mandanten auf die Möglichkeit der Erbfeststellungsklage und auf das Risiko der Erfolglosigkeit eines zweiten inhaltsgleichen Erbscheinsantrags, wenn bereits eine Ablehnung erfolgte, hinweisen.⁹²

Im Antragsverfahren, um das es sich beim Erbscheinsverfahren handelt, hat der Antragsteller seinen verfahrenseinleitenden Antrag zu begründen und die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben. Die diesbezüglichen Anforderungen hinsichtlich der Mitwirkungspflicht des Antragstellers konkretisiert § 352 FamFG. Der verfahrensleitende Antrag begrenzt auch den Amtsermittlungsgrundsatz. Im Rahmen des gestellten Antrags und der vorgetragenen Tatsachen hat das Nachlassgericht nach pflichtgemäßem

87 Krätzschel, in: Krätzschel/Falkner/Döbereiner, NachlassR, 12. Aufl. 2022, § 38 Rn. 41.

88 Zutreffend K.W. Lange, ErbR, 3. Aufl. 2022, Kap. 19 Rn. 54.

89 Vgl. E. Müller, ZErB 2023, 9, 10.

90 LG Braunschweig v. 21.10.2021 – 8 T 500/21, ZEV 2022, 602.

91 S. nur BayObLG v. 19.10.2000 – 1Z BR 116/99, BayObLGZ 2000, 279, 284 = FamRZ 2001, 873; Sternal/Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 26 Rn. 64.

92 LG Freiburg v. 23.07.2020 – 4 O 11/20, BeckRS 2020, 38820.

Ermessen Ermittlungen anzustellen und den Sachverhalt aufzuklären.⁹³ § 26 FamFG bildet auch unter Heranziehung der Mitwirkungspflicht der Beteiligten (§ 27 FamFG) keine Eingriffsermächtigung in Freiheitsrechte der Beteiligten oder anderer Personen.⁹⁴ Zu den §§ 2356 und 2358 BGB a.F. hat der BGH⁹⁵ zum Verhältnis zwischen Nachweispflicht des Antragstellers und Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts entschieden; danach soll die Amtsermittlungspflicht des Nachlassgerichts einsetzen, wenn den Antragsteller kein Verschulden hinsichtlich der Unvollständigkeit der vom Gesetz geforderten Angaben und Beweismittel trifft.⁹⁶

Aber auch dann muss das Nachlassgericht keine Ermittlung über Tatsachen „ins Blaue hinein“ entfalten. Es muss nicht auf Verdacht jede mehr oder weniger nur theoretische Möglichkeit berücksichtigen. Eine Pflicht zur Sachverhaltsermittlung soll nur dann bestehen, wenn sich Anhaltspunkte für (weitere) sachdienliche und erfolgversprechende Ermittlungen ergeben.⁹⁷ In nicht wenigen Fällen erfolgen Angaben der Beteiligten, um bestimmte „Tatsachen“ zum Gegenstand des Verfahrens zu machen, damit das Nachlassgericht für sie Streitpunkte im Erbenkonflikt ermittelt. Dies betrifft die Fälle, in denen der Erblasser den Erben in seiner Verfügung von Todes wegen unter einer allgemeinen Beschreibung eingesetzt hat, z.B. durch Angabe des Verwandtschaftsverhältnisses als Neffen oder mittels eines Kosenamens. Eine generelle Verpflichtung des Nachlassgerichts zur Einschaltung eines professionellen Erbenermittlers oder durch Anfrage bei allen Standesämtern, in deren Einzugsbereich sich der Erblasser während seines Lebens für einige Zeit aufgehalten hat, besteht jedenfalls nicht.⁹⁸ Sind in einem Testament die leiblichen Abkömmlinge eines Kindes als Erben eingesetzt, müsste wegen der Unabhängigkeit des Vaterschaftsanerkennnisses von der biologischen Vaterschaft,⁹⁹ der Möglichkeit einer heterologen Insemination¹⁰⁰ und der zwar in Deutschland verbotenen, aber im Ausland vielfach zulässigen Eizellenspende¹⁰¹ zur Gewinnung der Überzeugung des

93 BayObLG v. 28.06.1990 – 1a Z 27/90, FamRZ 1990, 1284; OLG Karlsruhe v. 21.05.2015 – 11 Wx 82/14, ErbR 2015, 456 = RNotZ 2015, 521; Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann, FamFG, 7. Aufl. 2023, § 26 Rn. 18; Krätzschel, in: Krätzschel/Falkner/Döbereiner, NachlassR, 12. Aufl. 2022, § 38 Rn. 57.

94 Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann, FamFG, 7. Aufl. 2023, § 26 Rn. 18.

95 BGH v. 08.02.2023 – IV ZB 16/22, FamRB 2023, 200 = FamRZ 2023, 730 = NZFam 2023, 477. Prütting/Helms/Prütting, FamFG, 6. Aufl. 2023, § 26 Rn. 35 d geht nach Einfügung der §§ 2354 ff. BGB a.F. in die §§ 352a ff. FamFG von einer gewissen Einschränkung der Amtsermittlungspflicht aus.

96 A.A. noch die Vorinstanz OLG Frankfurt/M v. 02.06.2022 – 20 W 264/20, BeckRS 2020, 43978.

97 AG Hameln v. 14.11.2022 – 18 VI 190/21, ZEV 2023, 262 (Ls).

98 Vgl. OLG Köln v. 14.08.2022 – 2 Wx 190/22, ErbR 2022, 1117 = RNotZ 2022, 552; OLG Braunschweig v. 28.08.2020 – 11 U 65/19, ErbR 2021, 250 = MDR 2021, 104.

99 Zur Wirksamkeit einer bewusst unrichtigen Anerkennung s. OLG München v. 16.03.2022 – 33 WF 448/11, FamRZ 2011, 1309 = FamFR 2011, 216; MüKoBGB/Wellenhofer, 9. Aufl. 2024, § 1594 Rn. 5.

100 S. dazu nur Grziwotz, NJW 2022, 3255, 3257.

101 Zum Verbot s. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 6 ESchG; vgl. auch Schumann, MedR 2014, 736 zur Embryospende.

Nachlassgerichts eigentlich stets ein DNA-Gutachten eingeholt werden.¹⁰² Was hat das Nachlassgericht zu veranlassen, wenn sich ihm aufgrund phänotypischer Merkmale im Rahmen der Nachlassverhandlung aufdrängt, dass es sich bei dem zum Erben eingesetzten Enkel entgegen der Verfügung nicht um einen leiblichen Abkömmling handelt?

Eine weitere häufig klärungsbedürftige Frage betrifft die Wirksamkeit des für die Erfolge möglicherweise maßgeblichen Testaments. Unproblematisch ist es, wenn der Formverstoß offensichtlich ist, wie z.B. bei einem im Inland errichteten maschinenschriftlichen Testament eines deutschen Staatsangehörigen.¹⁰³ Gleiches gilt bei einer Bezugnahme hinsichtlich der Erben auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage.¹⁰⁴ Schwieriger wird es, wenn der Erblasser anders als üblich unterschrieben hat und deshalb von Beteiligten der Verdacht geäußert wird, die Unterschrift stamme nicht von ihm.¹⁰⁵ Das Nachlassgericht kann nicht bei jedem Bestreiten der Echtheit eines Testaments oder zumindest der Unterschrift aufgrund seiner Amtsermittlungspflicht gezwungen sein, stets ein Schriftgutachten einzuholen. Dies soll nur beim Vorliegen besonderer Umstände der Fall sein.¹⁰⁶ Da eine absolute Gewissheit der Echtheit eines Testaments im naturwissenschaftlichen Sinne eigentlich nie zu erreichen ist, genügt für die richterliche Überzeugung ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der vernünftige Zweifel ausschließt.¹⁰⁷ Nach § 30 Abs. 3 FamFG ist allerdings eine förmliche Beweisaufnahme erforderlich, wenn das Nachlassgericht im Wege des Freibeweises (z.B. durch Vergleich mit mehreren Schriftproben) seine Überzeugung von der Echtheit des Testaments gewonnen hat und seine Entscheidung über die Erbscheinserteilung maßgeblich hierauf stützen will, aber die Richtigkeit von einem Beteiligten ausdrücklich bestritten wird. Das Unterlassen einer förmlichen Beweisaufnahme bzw. einer weiteren Sachaufklärung von Amts wegen kann in diesem Fall einen Verfahrensmangel darstellen.¹⁰⁸ Das Bestreiten ist auch bei einem „Unterliegen“ risikolos, da den betreffenden Beteiligten nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen die Kosten des Schriftgutachtens auferlegt werden können.¹⁰⁹

Weitere (beliebte) Angriffe der Beteiligten gegen eine Verfügung sind Bedenken hinsichtlich des Testierwillens und der Testierfähigkeit. Zweifel an dem Willen des Erblassers, ernstlich eine rechtsverbindliche Anordnung für seinen

102 Vgl. aber OLG Düsseldorf v. 22.01.2020 – 3 Wx 162/16, ErbR 2020, 576 = FamRZ 2020, 1686.

103 AG Nettetal v. 14.07.2020 – 8 VI 93/20, BeckRS 2020, 46937, wo das gemeinschaftliche Testament von dem selbst nicht verfügenden Ehegatten geschrieben wurde.

104 BGH v. 10.11.2021 – IV ZB 30/20, BGHZ 231, 377 = ErbR 2022, 309 = JR 2022, 580 = ZEV 2022, 143.

105 Vgl. OLG Köln v. 20.01.2020 – 2 Wx 13/20, BeckRS 2020, 56932.

106 OLG Hamburg v. 18.09.2020 – 2 W 46/20, ErbR 2021, 889, 895.

107 Zur Testamentsechtheit zuletzt OLG Rostock v. 31.08.2020 – 3 W 84/19, ErbR 2021, 433 = FamRZ 2021, 640.

108 Sternal/Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 30 Rn. 5.

109 OLG Bamberg v. 10.01.2022 – 2 W 30/21, NJW-RR 2022, 1232 = ZEV 2022, 153 m. zust. Anm. Zimmermann.

Todesfall treffen zu wollen, werden häufig mit ungewöhnlichen Schreibmaterialien, Errichtungsformen, inhaltlichen Gestaltungen und Aufbewahrungsorten begründet.¹¹⁰ *Muscheler*¹¹¹ hat am Beispiel der Brieftestamente zuletzt zutreffend ausgeführt, dass ohne das Hinzutreten besonderer Umstände bei einer formgerecht errichteten Verfügung von Todes wegen keine Veranlassung besteht, den Testierwillen des Erblassers anzuzweifeln.¹¹² Die Feststellungslast für das Vorliegen des Testierwillens trägt nach seiner Ansicht nicht derjenige, der Rechte aus der formgerechten Verfügung herleiten will; vielmehr spricht für sein Vorliegen eine Vermutung. Dies gilt grundsätzlich auch hinsichtlich der Testierfähigkeit.¹¹³ Allerdings nehmen aufgrund der demographischen Entwicklung und statistischen Angaben, wonach jeder dritte hochbetagte Mensch an Demenz erkrankt,¹¹⁴ die diesbezüglichen Bedenken der (noch) jüngeren Generationen zu. Die Geltendmachung der Testierunfähigkeit soll nicht den Vortrag tatsächlicher Umstände erfordern, die bereits einen sicheren Schluss auf das Vorliegen der Testierunfähigkeit zulassen. Andererseits sollen pauschale Behauptungen ohne Darlegung bestimmter auffälliger Verhaltensweisen oder psychischer Eigenheiten des Erblassers keine Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts auslösen.¹¹⁵ Für die Beurteilung der Testierfähigkeit kommt es in erster Linie nicht auf die Bezeichnung der psychischen Erkrankung (z.B. Demenz, Wahn) an, sondern auf das Ausmaß der konkreten kognitiven Beeinträchtigung des Erblassers bei der Testamentserrichtung.¹¹⁶ Aus diesem Grund steht auch die Anordnung einer Betreuung der Annahme der Testierfähigkeit nicht von vornherein entgegen.¹¹⁷ Die Klärung der Frage, ob Testierunfähigkeit bei Errichtung eines Testaments gegeben war, ist vom Nachlassgericht regelmäßig in einem dreistufigen Beurteilungssystem zu ermitteln: Zunächst ist in Erfahrung

110 Vgl. OLG Hamm v. 15.06.2021 – 10 W 18/21, ErbR 2021, 1051 = NJW-RR 2021, 1377; OLG München v. 28.01.2020 – 31 Wx 229/19, 230/19, 231/19, ErbR 2020, 252 = FamRZ 2020, 1221 (eingerissener Notizzettel).

111 *Muscheler*, ErbR 2023, 259, 267.

112 Ebenso OLG München v. 05.05.2020 – 31 Wx 246/19, 248/19, 249/19, 269/19, ErbR 2020, 570 = ZEV 2020, 694; abw. AG Herne v. 18.11.2020 – 7 VI 424/20, BeckRS 2020, 50563, wonach auch bei einer formgerechten Verfügung der Testierwille festgestellt werden muss.

113 S. nur OLG Hamm v. 07.12.2016 – 11 U 41/07, BeckRS 2016, 115426; KG v. 08.02.2021 – 19 W 10/20, ErbR 2021, 854; vgl. auch OLG Hamburg v. 24.02.2020 – 2 W 60/19, ErbR 2020, 475.

114 Vgl. die statistischen Angaben zur Anzahl der Demenzkranken nach dem Alter von <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/246029/umfrage/anzahl-der-demenzkranken-in-deutschland-nach-bundeslaendern-und-alter/> (letzter Abruf 12.01.2024).

115 OLG Hamm v. 12.11.1996 – 15 W 233/96, MittBayNot 1997, 180, 181 (zu schwerer Krebskrankheit mit starken Schmerzen).

116 AG Bamberg v. 02.08.2022 – RV 56 VI 1518/21, ErbR 2022, 1145. Vgl. zu einem Erblasser, der aus psychiatrischer Sicht als höchst pathologisch eingestuft wurde, da er nach eigenen Angaben „Durchgaben“ von Gott Vater, Gott Sohn, der Mutter Gottes und von vielen anderen Meistern empfangen und mindestens 70 Bücher mit Hilfe aus dem Jenseits geschrieben hatte, OLG München v. 09.06.2021 – 7 U 4638/15, ErbR 2021, 870, 871.

117 Vgl. OLG Hamm v. 06.05.2021 – 10 W 9/21, ErbR 2021, 1048 = FGPrax 2021, 226; s. auch *Reinert*, ErbR 2021, 487, 490.

zu bringen, ob Verhaltensauffälligkeiten beim Erblasser vorlagen. Sodann ist die medizinische Diagnose anzustellen. Und schließlich ist zu prüfen, ob die festgestellte geistige Störung Einfluss auf die Testierfähigkeit hatte.¹¹⁸ Auf dieser dritten (psychopathologischen) Ebene bedarf es regelmäßig der Einholung eines Sachverständigengutachtens,¹¹⁹ und zwar eines Facharztes für Psychiatrie. Dieser muss feststellen, ob der Erblasser zum maßgeblichen Zeitpunkt sich über die Tragweite seiner Verfügungen und ihre Folgen für die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen im Klaren und in der Lage war, frei von Einflüssen Dritter zu handeln.¹²⁰ Testierunfähig ist auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen seine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach dieser Einsicht frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln.¹²¹ Es soll somit nicht genügen, dass der Erblasser eine allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dem Inhalt seiner letztwilligen Verfügung hatte.¹²² Trägt das aufgrund eines notariellen Erbvertrages seiner Eltern beim Schlusserbfall ausgeschlossene Kind vor, der bereits hochbetagte Vater habe ohnehin ein Leben lang das gemacht, was die Mutter wollte, und sich erst recht im Alter nicht mehr durchsetzen können, jedenfalls habe er sich definitiv keinerlei Gedanken darüber gemacht, welche Auswirkungen die Verfügung auf ihn habe, handelt es sich aufgrund der vorgenannten Anforderungen der Rechtsprechung nicht mehr nur um eine Amtsermittlung des Nachlassgerichts „ins Blaue“ hinein. Auch bei der letztlich doch erfolglos behaupteten Testierunfähigkeit gilt im Erbscheinsverfahren der im Zivilprozess geltende Grundsatz „wer verliert, zahlt“ – trotz der Ähnlichkeit mit einem zivilgerichtlichen Streitverfahren¹²³ – grundsätzlich nicht.¹²⁴ Teilweise bittet das Nachlassgericht zur Ermittlung von Auffälligkeiten auf der ersten Stufe bei beurkundeten Verfügungen den Notar um Auskunft über den Beurkundungsvorgang. Dieser darf aber erst nach Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit, die auch noch nach dem Tod eines Mandanten weiterhin besteht, aussagen (§ 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO). Die Befreiung wird von

118 OLG Düsseldorf v. 04.11.2013 – 3 Wx 98/13, ErbR 2014, 140; KG v. 29.05.2020 – 19 W 4/20, ErbR 2021, 430 = FamRZ 2021, 1754; KG v. 08.02.2021 – 19 W 10/20, ErbR 2021, 854, 858; OLG Brandenburg v. 10.01.2022 – 3 W 101/21, ErbR 2022, 400, 403.

119 KG v. 29.05.2020 – 19 W 4/20, ErbR 2021, 430 = FamRZ 2021, 1754.

120 BayObLG v. 20.07.1994 – 5 UF 45/94, FamRZ 1995, 742, 743; OLG München v. 14.01.2020 – 31 Wx 466/19, ErbR 2020, 256; zur Abweichung des Beschwerdegerichts von einem erstinstanzlich eingeholten Gutachten s. OLG Schleswig v. 29.01.2020 – 3 Wx 33/19, ErbR 2022, 406.

121 OLG München v. 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164, 166 = ZEV 2008, 37; OLG München v. 17.07.2013 – 3 U 4789/09, BeckRS 2023, 16015; OLG München v. 01.07.2013 – 31 Wx 266/12, FamRZ 2014, 246 = ZEV 2013, 504; OLG Düsseldorf v. 15.06.2015 – I-3 Wx 103/14, ErbR 2014, 451; zustimmend *Frieser/Pothast*, ErbR 2017, 114, 119.

122 OLG Hamm v. 26.10.2020 – 15 W 26/19, BeckRS 2020, 31379 Rn. 13.

123 Hierauf weist *W. Roth*, NJW-Spezial 2021, 583 zutreffend hin.

124 Zu einer Ausnahme OLG Köln v. 08.03.2021 – 2 Wx 93/21, BeckRS 2021, 14629 unter Hinweis auf § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG.

der Aufsichtsbehörde erteilt, die feststellen muss, wem gegenüber und hinsichtlich welcher Tatsachen das Geheimhaltungsinteresse des Erblassers entfallen ist.¹²⁵ Teilweise können die Feststellungen gemäß § 28 BeurkG in der Verfügung einen Anhaltspunkt geben.¹²⁶ Außer der Frage der Testierunfähigkeit scheint nunmehr auch die Erbuwürdigkeit wegen einer versuchten Tötung eines seit Jahren schwerstpflegebedürftigen Erblassers (§ 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB) ein Thema im Rahmen der Verbesserung der Position von Miterben zu sein.¹²⁷ Muss in diesem Fall das Nachlassgericht ermitteln, ob eine schriftliche Patientenverfügung (§ 1827 Abs. 1 S. 1 BGB), ein Tötungsverlangen (§ 216 StGB) oder ein entsprechender mutmaßlicher Wille (§ 1827 Abs. 2 S. 1 BGB) vorlag sowie das Verfahren gemäß § 1828 BGB eingehalten wurde?

Die Amtsermittlungspflicht des Nachlassgerichts ist mit zwei Gefahren verbunden:

Zum einen besteht bei der Auslegung von Testamenten die Gefahr, dass die Grenze zwischen der Ermittlung des Willens des Erblassers und der Ersetzung der tatsächlich getroffenen Verfügung durch eine vom zuständigen Gericht für gerecht erachtete letztwillige Verfügung verwischt wird. Letztlich entscheidet dann ein vom Richter angenommener Wille über auch nicht unerhebliches Nachlassvermögen. Dies betrifft, nachdem keine Ausschlussfrist für die Einziehung eines Erbscheins existiert, auch Fälle, in denen keine neuen Tatsachen aufgetreten sind und die der Erbscheinserteilung zugrunde liegende Testamentsauslegung gesetzlich möglich ist.¹²⁸ Es geht aber auch um die Frage eines Motivirrtums¹²⁹ sowie die Anwendung der Regeln der §§ 2077, 2279 BGB bei Testamentserrichtung während bestehender nichtehelicher Lebensgemeinschaft, darauf folgender Eheschließung und späterer Scheidung.¹³⁰

Das zweite Risiko betrifft die unterschiedlichen Verfahrensprinzipien der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit.¹³¹ Bei „unklaren Erbrechtssituationen“ wird die Amtsermittlung gerne als (nahezu kostenlose) Möglichkeit der

125 Vgl. BGH v. 10.03.2003 – NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781; BGH v. 20.07.2020 – NotZ (Brfg) 1/19, NJW 2021, 316, 317 Rn. 18; BGH v. 19.11.2021 – NotZ (Brfg) 3/21, DNotZ 2022, 635, 637 Rn. 14 (auch zur Antragsberechtigung); s. auch OLG Frankfurt/M v. 18.03.2021 – 20 W 275/19, ErbR 2021, 689 = ZEV 2021, 525, wonach die mutmaßliche Einwilligung eines verstorbenen Erblassers zur Aussage des Notars über die Willensbildung bei Abfassung eines Testaments nicht ausreicht.

126 S. aber BayObLG v. 17.08.2004 – 1 Z BR 53/04, BayObLGZ 2004, 237 zu Wahnvorstellungen des Erblassers, seine Ehefrau und die gemeinsamen Söhne wollten ihn töten. Vgl. BeckOGK/Grziwotz, 01.01.2024, BeurkG § 28 Rn. 12 ff.

127 BGH v. 11.03.2015 – IV ZR 400/14, BGHZ 204, 258 = ZEV 2015, 282.

128 Vgl. hierzu den besonders eklatanten Fall der Auslegung eines jüdischen Testaments aus der Zeit des Nationalsozialismus OLG Karlsruhe v. 30.09.2019 – 11 W 114/17, NZFam 2019, 1000.

129 OLG Oldenburg v. 26.09.2022 – 3 W 55/22, ErbR 2023, 129 = NZFam 2023, 142, wonach eine Ehe neben einer Lebensgemeinschaft die Erbeinsetzung unberührt lassen soll.

130 S. dazu nur OLG Rostock v. 13.07.2021 – 3 W 80/20, NJW 2021, 3665 u. OLG Schleswig v. 30.01.2023 – 3 Wx 37/22, ErbR 2023, 527 = ZEV 2023, 741 m. Anm. Muschelers.

131 S. dazu E. Müller, ZErB 2023, 9, 10 ff.

Verbesserung der Prozesschancen genutzt. Im streitigen Verfahren dürfen die Parteien zwar auch lediglich vermutete Tatsachen behaupten,¹³² dagegen sind Beweisantritte, die darauf abzielen, erst aufgrund der Beweisaufnahme die zur Konkretisierung des Parteivorbringens benötigten eigentlichen beweiserheblichen Tatsachen in Erfahrung zu bringen, die sodann behauptet, unter Beweis gestellt und damit zur Grundlage neuen Vorbringens gemacht werden sollen, als Ausforschungs- bzw. Beweisermittlungsanträge unzulässig.¹³³ Das Erbscheinsverfahren kann – wie auch das Verfahren beim notariellen Nachlassverzeichnis – hier flankierend „helfen“. Die Ermittlungspflicht¹³⁴ erfolgt in diesen Fällen im Rahmen eines letztlich zivilprozessualen Streits über Erb- bzw. Pflichtteilsrechte, in dem keine Beweiserhebung von Amts wegen durchgeführt wird. Damit treten verstärkte Anforderungen an die Amtsermittlungspflicht im Rahmen des Erbscheinsverfahrens in Widerspruch zu zivilprozessualen Grundsätzen.¹³⁵ Das Erbscheinsverfahren ist jedoch nicht als Streitentscheidungsinstrument konzipiert.¹³⁶ Sein Verhältnis zur Erbfeststellungsklage bedarf dringend der Abgrenzung.¹³⁷

C. Vorsorgevollmacht und Blockchain statt Erbschein

I. Transmortale Vorsorgevollmacht contra Erbschein

Ein Grund für die Übernahme des Erbscheins in das BGB war die Notwendigkeit der Berichtigung der öffentlichen Register, insbesondere des Grundbuchs, bei einem Erbfall.¹³⁸ § 35 Abs. 1 S. 2 GBO sieht als gleichwertige Alternative bei Existenz eines öffentlichen Testaments über die Erfolge dieses und die Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts als ausreichend an.¹³⁹ Dies zeigt, dass ein gerichtlicher Erbnachweis im Rechtsverkehr nicht immer erforderlich ist und deshalb auch von Dritten nicht gefordert werden darf.¹⁴⁰ Dies hat der BGH zur Klärung der Berechtigung des Erben bei Banken und Sparkassen zunächst bei

132 BGH v. 09.11.2010 – VIII ZR 209/08, BeckRS 2010, 29314 Rn. 14.

133 S. nur BGH v. 01.12.1971 – VIII ZR 88/70, NJW 1972, 249, 250; BGH v. 23.10.1986 – I ZR 97/84, NJW-RR 1987, 415; BGH v. 04.03.1991 – II ZR 90/90, NJW-RR 1991, 888, 891; BVerwG v. 19.10.2022 – 7 B 19/21, NVwZ-RR 2023, 95 Rn. 19.

134 Zum notariellen Nachlassverzeichnis s. zuletzt LG Darmstadt v. 20.09.2021 – 17 O 191/18, ErbR 2023, 320, 321.

135 Vgl. zum Nachlassverzeichnis *Grziwotz*, ZRP 2023, 42, 43.

136 S. dazu nochmals *K.W. Lange*, ErbR, 3. Aufl. 2022, Kap. 19 Rn. 54.

137 Vgl. bereits *Adam*, ZEV 2016, 233, 237 ff., der streitige Fälle auf die Feststellungsklage verweisen möchte.

138 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. V. Erbrecht, 2. Aufl. 1896, S. 557.

139 Zu Teilerbscheinen in Kombination mit einem öffentlichen Testament KG v. 23.06.2020 – 1 W 1276/20, DNotZ 2021, 195 = ErbR 2020, 882.

140 Vgl. *Marx*, ErbR 2022, 456, 457 u. kurz *MüKoBGB/Grziwotz*, 9. Aufl. 2022, § 2353 Rn. 4.

Vorliegen eines eröffneten öffentlichen Testaments¹⁴¹ und später auch zu einem eröffneten eigenhändigen Testament¹⁴² entschieden. Der „Vorbildcharakter“ des Erbnachweises mittels notarieller Verfügung von Todes wegen und Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts gilt auch im Zivilprozess¹⁴³ und im Handelsregister,¹⁴⁴ nicht dagegen im Hinterlegungsverfahren.¹⁴⁵ Dagegen scheidet ein eingezogener Erbschein, unabhängig vom Grund der Einziehung, als Erbnachweis im Grundbuchverfahren und damit wohl auch sonst im Rechtsverkehr aus.¹⁴⁶

Bei der Niederschrift des Nachlassgerichts über die Eröffnung einer letztwilligen Verfügung handelt es sich um eine öffentliche Urkunde.¹⁴⁷ Ihre Beweiskraft umfasst aber nicht die Angaben darüber, welche Personen als gesetzliche oder gewillkürte Erben des Erblassers in Betracht kommen. Bei Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen mit einer Erbeinsetzung in einer öffentlichen Urkunde ergeben sich die Erben aus dieser. Bei einer bedingten Erbeinsetzung, wie z.B. bei Pflichtteilsstrafklauseln oder sonstigen Verwirkungsklauseln, ist dies nicht mehr der Fall. Dagegen gilt das nicht bei einer Wiederholung der gesetzlichen Scheidungsklausel (§ 2077 Abs. 1 BGB) in der Verfügung und auch nicht bei abweichenden Scheidungsklauseln.¹⁴⁸ Da im Einzelnen trotz der Entscheidung des BGH noch unklar ist, wann das Grundbuchamt auch bei Vorliegen einer notariellen Verfügung samt Eröffnungsniederschrift einen Erbschein verlangen darf und wie weit seine Prüfungsbefugnis bzw. -pflicht reicht,¹⁴⁹ wird zwischenzeitlich in der Literatur die notariell beglaubigte oder beurkundete transmortale Vorsorgevollmacht¹⁵⁰ als „Joker“, insbesondere auch im Grundbuchverfahren,

141 BGH v. 07.06.2005 – XI ZR 311/04, NJW 2005, 2779 = ZEV 2005, 388; BGH v. 08.10.2013 – XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 = DNotZ 2014, 53 = ZEV 2014, 41 zu den entgegenstehenden AGB.

142 BGH v. 05.04.2016 – XI ZR 440/15, BGHZ 209, 329 = DNotZ 2016, 708 = ZEV 2016, 320. Vgl. auch AG Oldenburg v. 06.05.2020 – C 7159/19, BeckRS 2020, 53428 Rn. 19

143 OLG Düsseldorf v. 22.10.2021 – 7 U 139/21, ErbR 2022, 256 = MDR 2022, 175.

144 OLG Brandenburg v. 16.03.2020 – 3 W 27/20, FGPrax 2020, 220.

145 BayObLG v. 25.06.2020 – 1 VA 43/20, ErbR 2020, 727, 728 = FamRZ 2022, 1962.

146 BGH v. 17.09.2020 – V ZB 8/20, ErbR 2021, 136 = ZEV 2020, 773; ebenso bereits OLG Düsseldorf v. 17.01.2020 – 3 Wx 239/19, ErbR 2020, 280 = ZEV 2020, 429.

147 KG v. 09.01.2007 – 1 W 188/06, RNotZ 2007, 221, 222 = DNotZ 2007, 393 = FamRZ 2007, 1197; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 112.

148 BGH v. 17.02.2022 – V ZB 14/21, ErbR 2022, 586 = ZEV 2022, 471.

149 S. dazu nur OLG Schleswig v. 30.12.2022 – 2 Wx 29/22, ZEV 2023, 226 = FGPrax 2023, 15 zur in einem späteren privatschriftlichen Testament hinzugefügten Verwirkungsklausel; KG v. 26.08.2022 – 1 W 262/22, ErbR 2022, 1131 = ZEV 2022, 729 zur sog. „Dieterle-Klausel“ in einem öffentlichen Testament; OLG Zweibrücken v. 30.08.2022 – 3 W 61/22, ErbR 2022, 1118 = FamRZ 2023, 322 zur Prüfung der Wirksamkeit einer Erbausschlagung im Grundbuchverfahren; OLG Frankfurt/M v. 11.03.2021 – 20 W 96/20, DNotZ 2021, 977 = ErbR 2021, 628 zur eidesstattlichen Versicherung zum Nachweis der Erbenstellung („einziges Kind“) und OLG Frankfurt/M v. 7.1.2021 – 20 W 135/20, DNotZ 2022, 131 = ErbR 2022, 79 zur Beziehungspflicht der Nachlassakte durch das Grundbuchamt. Vgl. auch *Wendt*, ErbR 2020, 845 ff.

150 Vgl. § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG, wonach die Beglaubigungswirkung einer von der Betreuungsbehörde beglaubigten transmortalen Vorsorgevollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers endet. Anders noch zu § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG a.F. BGH v. 12.11.2020 – V ZB 148/19, DNotZ 2021, 710 = ErbR 2021, 522.