



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 5 W 13/14 = 50 VI 27/13 Amtsgericht Bremen-Blumenthal

## B e s c h l u s s

In der Nachlasssache

W. [...],

Erblasser,

Beteiligte:

1. [...],

Vermächtnisnehmerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwältin [...]

2. Rechtsanwalt und Notar X, [...]

Testamentsvollstrecker

hat der 5. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Bölling, den Richter am Oberlandesge-

richt Hoffmann und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Haberland am **15.07.2014** beschlossen:

Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1.) wird das Amtsgericht Bremen-Blumenthal angewiesen, das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 13.02.2013, in dem Rechtsanwalt und Notar X. zum Testamentsvollstrecker in der Nachlassangelegenheit [...] ernannt worden ist, einzuziehen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Beteiligte zu 2.).

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird festgesetzt auf € 30.000,00.

I.

Die Beteiligte zu 1.) begehrt als Vermächtnisnehmerin die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses wegen behaupteter Unrichtigkeit.

Der Erblasser ließ von dem Notar X., dem Beteiligten zu 2.), am 06.08.2012 zu dessen UR-Nr. 465/2012 ein notarielles Testament beurkunden. In diesem Testament setzte der Erblasser seine beiden Kinder, A. und B., zu je ½-Anteil als Erben ein. Zudem ordnete er Dauertestamentsvollstreckung für den ganzen Nachlass bis zum 31.12.2017 an. Unter Ziff. 6., S. 2 heißt es sodann: „Ich habe dem beurkundenden Notar einen verschlossenen Umschlag mit einer eigenhändigen, privatschriftlichen Verfügung übergeben, die die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthält...“ Ziff. 7 lautet wie folgt: „Ich beauftrage den Notar, dieses Testament sowie den in Ziff. 6 genannten verschlossenen Umschlag in die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht Bremen-Blumenthal zu geben.“ Ergänzend zu diesem Testament ließ der Erblasser ebenfalls am 06.08.2012 zur UR-Nr. 467/12 des Beteiligten zu 2.) ein Vermächtnis beurkunden, in dem er seiner Lebensgefährtin, der Beteiligten zu 1.), ein bis zum 31.12.2017 befristetes unentgeltliches Wohnungsrecht an einer näher bezeichneten, bis dahin gemeinsam genutzten Wohnung einräumte. Zudem verfasste der Erblasser am 06.08.2012 eigenhändig und privatschriftlich eine „Anlage zum Testament W. vom 6.8.2012“. Darin heißt es: „Ich ernenne RA X.... zu meinem Testamentsvollstrecker.“ Diese, vom Erblasser unterschriebene Erklärung übergab der Erblasser dem Beteiligten zu 2.) am 06.08.2012 in einem verschlossenen weißen Briefumschlag, der mit „Anlage zum Testament W. vom 6.8.2012“ beschriftet war.

Die beiden notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 06.08.2012 sind in verschlossenen und versiegelten braunen Umschlägen vom Büro des Beteiligten zu 2.) dem Amtsgericht Bremen-Blumenthal in amtliche Verwahrung gegeben worden. Gleichzeitig ist dort vom Büro des Beteiligten zu 2.) der weiße Umschlag mit der privatschriftlichen „Anlage zum Testament W. vom 6.8.2012“ abgegeben worden. Als „Anlage zum Testament“ bezeichnete der Beteiligte zu 2.) diese Urkunde auch selbst in seinem Antrag auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 11.12.2012 (UR- Nr. 1007/2012 des Notars K., Bremen, Bl. 3 d.A.); die Aufschrift „Anlage zum Testament“ trägt auch der Umschlag. Ob dieser Umschlag separat abgegeben wurde oder sich in einem der versiegelten braunen Umschläge befand, ist zwischen den Beteiligten streitig. In der entsprechenden Nachlassakte des Amtsgerichts Bremen-Blumenthal (Gesch.-Nr. 50 IV 508/12) befinden sich bezüglich der hier in Rede stehenden Dokumente lediglich zwei Verfügungen vom 16.08.2012 über die besondere amtliche Inverwahrungnahme (Bl. 8 und 12 der vorgenannten Akte). Mit den dort vergebenen Verwahrungsbuch-Nummern 31122 und 31123 sind die beiden braunen Umschläge versehen worden, die die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu den UR-Nrn. 465/12 und 467/12 des Beteiligten zu 2.) enthielten. Eine weitere Verwahrungsbuch-Nummer ist nicht vergeben worden. Insbesondere ist der weiße Briefumschlag nicht mit einer Verwahrungsbuch-Nummer versehen. Er trägt auch keinen Eingangsstempel oder sonstigen Hinweis, wie er an das Gericht oder zur Gerichtsakte gelangt ist.

Der Erblasser verstarb am 06.11.2012. In dem Protokoll über die Eröffnung der letztwilligen Verfügungen vom 16.11.2012 (Gesch.-Nr. 50 IV 508/12, dort Bl. 18) heißt es:

„Die Umschläge wurden geöffnet. Die Verfügungen wurden eröffnet. Sie sind wie folgt datiert:

- a) 14.06.1993;
- b) 24.09.2007;
- c) 06.08.2012 -nebst handschriftlicher Anlage vom 06.08.2012-
- d) 06.08.2012“.

Unter dem 13.02.2013 wurde auf seinen Antrag der Beteiligte zu 2.) zum Testamentsvollstrecker in der Nachlassangelegenheit W. ernannt (Bl. 18 d.A.).

Die Beteiligte zu 1.) nimmt den Beteiligten zu 2.) u.a. wegen „Vereitelung des Wohnrechts“, das sich aus dem Vermächtnis vom 06.08.2012 ergibt, vor dem Landgericht Bremen auf Schadensersatz in Anspruch (Gesch.-Nr. 3 O 675/13).

Mit Schriftsatz vom 07.01.2014 wandte sich die Beteiligte zu 1.) an das Amtsgericht Bremen-Blumenthal und berief sich auf die Unwirksamkeit der Bestellung des Beteiligten zu 2.) zum Testamentsvollstrecker. Grundlage der Bestellung sei die in dem verschlossenen weißen Briefumschlag überreichte eigenhändige privatschriftliche Verfügung des Erblassers vom 06.08.2012. Auf diese Verfügung sei in der UR-Nr. 465/12 des Beteiligten zu 2.) ausdrücklich Bezug genommen worden mit der Folge, dass diese Verfügung gemäß § 2232 S. 1, 2. Alt. BGB i.V.m. § 2232 S. 2 BGB den Charakter eines öffentlichen Testamentes erhalte. In einem öffentlichen Testament dürfe jedoch weder bestimmt werden, dass der beurkundende Notar den Testamentsvollstrecker auswählt noch dürfe der Notar unmittelbar als Testamentsvollstrecker benannt werden. Eine solche Regelung führe zu einem Verstoß gegen §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG mit der Folge, dass die letztwillige Verfügung insoweit gemäß § 125 BGB nichtig sei.

Die Beteiligte zu 1.) hat Beschwerde, hilfsweise Erinnerung gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses eingelegt und beantragt, den Beteiligten zu 2.) als Testamentsvollstrecker zu entlassen

Der Beteiligte zu 2.) ist der Auffassung, dass seine Bestellung zum Testamentsvollstrecker wirksam erfolgt sei.

Durch richterlichen Beschluss vom 17.04.2014 (Bl. 77a d.A.) hat das Amtsgericht Bremen-Blumenthal die Erinnerung der Beteiligten zu 1.) auf deren Kosten als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung hat das Gericht ausgeführt, dass der Beteiligten zu 1.) zu der von ihr eingelegten Rechtspflegererinnerung die für die Zulässigkeit erforderliche Beschwer fehle. Ihr (unzulässiges) Rechtsmittel sei nach Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses als Anregung auszulegen, von Amts wegen das Vorliegen etwaiger Einziehungsgründe zu prüfen.

Gegen diesen, ihrer Prozessbevollmächtigten am 28.04.2014 zugestellten Beschluss des Amtsgerichts Bremen-Blumenthal hat die Beteiligten zu 1.) am 07.05.2014 (Bl. 84 d.A.) Beschwerde unter Aufrechterhaltung ihrer Anträge eingelegt. Das Amtsgericht hat diese Beschwerde zunächst erneut durch Beschluss vom 12.05.2014 als unzulässig verworfen (Bl. 90 d.A.). Hiergegen hat sich die Beschwerdeführerin durch Beschwerde

vom 20.05.2014 ein weiteres Mal gewandt (Bl. 129 d.A.). Dieser wiederum als unzulässig angesehenen Beschwerde hat das Amtsgericht nicht abgeholfen und sie durch Beschluss vom 23.05.2014 dem Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 137 d.A.). Zwischenzeitlich hatte der Rechtspfleger durch Verfügung vom 06.05.2014 dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mangels ausreichender Gründe hierfür nicht entsprochen.

## II.

1. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1.) ist statthaft und zulässig (§§ 58, 59 Abs. 1, 63 FamFG; § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG).

Durch Beschluss vom 17.04.2014 hat das Amtsgericht Bremen-Blumenthal den Antrag der Beteiligten zu 1.), der als Anregung auszulegen ist, die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses von Amts wegen zu überprüfen und dieses ggf. einzuziehen, mangels Beschwer als unzulässig verworfen. Den Antrag, die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses zu überprüfen und dieses ggf. einzuziehen, hat es nicht ausdrücklich beschieden, schon gar nicht in der gebotenen Form eines Beschlusses. Vielmehr hat es die gegen die Weigerung des Amtsgerichtes, das Testamentsvollstreckerzeugnis einzuziehen, gerichteten Rechtsmittel stets als unzulässig zurückgewiesen. Hiergegen hat die Beteiligte zu 1.) durch Schriftsatz vom 07.05.2014 jedenfalls auch Beschwerde nach § 58 Abs. 1 FamFG eingelegt. Diese ist angesichts der nicht verfahrensfehlerfrei behandelten Anträge der Beteiligten zu 1.) jedenfalls nach den Grundsätzen der Meistbegünstigung zulässig, da sie auch gegen die - an sich gebotene - Entscheidung in der Sache selbst gegeben gewesen wäre. Denn entgegen der Auffassung des Amtsgerichts Bremen-Blumenthal ist die Beteiligte zu 1.) nach § 59 Abs. 1 FamFG beschwerdeberechtigt. Beschwerdeberechtigt gemäß § 59 Abs. 1 FamFG ist derjenige, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Für die Beschwerdeberechtigung ist ein unmittelbarer, nachteiliger Eingriff in ein dem Beschwerdeführer zustehendes subjektives Recht erforderlich. Die angefochtene Entscheidung muss daher ein bestehendes Recht des Beschwerdeführers aufheben, beschränken, mindern, ungünstig beeinflussen oder gefährden, die Ausübung dieses Rechts stören oder dem Beschwerdeführer die mögliche Verbesserung seiner Rechtsstellung vorenthalten oder erschweren (vgl. zum Ganzen: BGH, Beschluss vom 24.04.2013, IV ZB 42/12, m.w.N.). Auf dieser Grundlage ist ein Vermächtnisnehmer sowohl im Falle der Ablehnung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers (BGH,

a.a.O.) als auch bei dessen Bestellung (Staudinger-Reimann, BGB, 2012, § 2200 Rn. 15) beschwerdebefugt im Sinne von §§ 59 Abs. 1 FamFG. Das gilt jedenfalls dann, wenn es, wie hier, gerade zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers gehört, das Vermächtnis zu erfüllen (BGH, a.a.O.). Der Vermächtnisnehmer ist in solchen Fällen deshalb berechtigt, auf eine Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß § 2368 BGB i.V.m. § 2361 BGB hinzuwirken (zum Fall der Ablehnung eines Antrags auf Entlassung des Testamentsvollstreckers vgl. Palandt-Weidlich, BGB, 73. Aufl., § 2227, Rdn. 14).

2.

Die Beschwerde ist auch begründet, denn die Bestellung des Beteiligten zu 2.) zum Testamentsvollstrecker ist gemäß §§ 27, 7 BeurkG i.V.m. § 125 BGB unwirksam.

a) Nachvollziehbar und nicht von vornherein negativ zu bewerten ist der Wunsch des Erblassers, dass der Notar, dem er zu Lebzeiten seine Angelegenheiten anvertraut hat, auch als Testamentsvollstrecker seinen letzten Willen vollziehen oder zumindest die Durchführung der Vollziehung überwachen soll (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.08.1989, 8 W 640/88, DNotZ 1990, 430; Reimann, DNotZ 1994, 659 f.). Den sich daraus für den Notar ergebenden Interessenkonflikt spiegeln die beurkundungsrechtlichen Regelungen in § 27 und § 7 BeurkG wider. § 27 BeurkG statuiert durch die Verweisung auf § 7 BeurkG ein Mitwirkungsverbot: Nach § 7 Nr. 1 BeurkG ist eine Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Normzweck des § 7 BeurkG ist es, das Beurkundungsverfahren freizuhalten von eigenen Interessen des beurkundenden Notars, denn aus der Doppelstellung als beurkundender Notar und Träger von Rechten als Testamentsvollstrecker - mit oder ohne Honorar - könnte sich ein Interessenkonflikt des Notars mit Rückwirkungen auf die Gestaltung der Urkunde ergeben. Dies will § 7 BeurkG von vornherein verhindern (Reimann, a.a.O., S. 661). Der Notar darf deshalb nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG an der Beurkundung nicht mitwirken, wenn er in der von ihm protokollierten letztwilligen Verfügung zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll (Reimann, DNotZ 1990, 433; DNotI Report, 12/1999, S. 101 f.; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 27 Rn. 9, jeweils m.w.N.). Erkennt der Notar, dass der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernennen will, muss er die Beurkundung ablehnen (§ 14 Abs. 2 BNotO; §§ 4, 7, 27 BeurkG). Missachtet der Notar dieses Mitwirkungsverbot, ist die Beurkundung insoweit gemäß § 125 BGB nichtig (Reimann, DNotZ 1994, 659, 661; Bengel/Reimann, Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Abschn. C, Rn. 43; DNotI Report 12/1999, S. 102; Eylmann/Vaasen/Baumann, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 27

BeurkG Rn. 8; Armbrüster, in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 6. Aufl., § 27 Rn. 3, Keim, in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 4, Kapitel 1, Rn. 271 (S. 1844); Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl., § 2197 Rn. 6, jeweils m.w.N.). Dies gilt nicht nur dann, wenn der Notar von der Testamentsvollstreckerernennung wusste, sondern auch dann, wenn sie in einem öffentlichen Testament des Erblassers erfolgt ist, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde (Reimann, DNotZ 1990, 433; DNotl-Report 12/1999, S. 102; Bengel/Reimann, a.a.O.).

Zwar wird es als „Ersatzlösung“ (so Armbrüster, a.a.O., Rn. 7) überwiegend als zulässig angesehen, dass der Erblasser in einem eigenhändigen oder von einem anderen Notar beurkundeten ergänzenden Testament den Notar, der seinen letzten Willen mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung beurkundet hat, zum Testamentsvollstrecker ernennt (Reimann, DNotZ 1990, 433; ders., DNotZ 1994, 659, 663; Armbrüster, a.a.O., jeweils m.w.N.). Hier bedarf es aber einer Abgrenzung zum öffentlichen Testament gemäß § 2232 BGB, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde, denn jegliche Verknüpfung mit dem ursprünglichen notariellen Testament kann im Hinblick auf dessen Wirksamkeit schädlich sein (so Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., Rn. 95).

Für den vorliegenden Fall ist der Senat der Auffassung, dass durch die Übergabe der „Anlage zum Testament“ an den beurkundenden Notar als verschlossene Schrift und die Errichtung eines in der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung des Erblassers enthaltenen Tatsachenprotokolls über diesen Vorgang ein öffentliches Testament im Sinne von § 2232 Satz 2 i.V.m. Satz 1 BGB errichtet worden ist. Dies hat zur Folge, dass die Bestellung des Beteiligten zu 2.) als Testamentsvollstrecker Inhalt des von ihm notariell beurkundeten Testaments des Erblassers vom 06.08.2012 (UR-Nr. 465/12) geworden ist.

Sowohl aus dem notariell beurkundeten Testament zur UR-Nr. 465/12 vom 06.08.2012 als auch aus der privatschriftlichen „Anlage zum Testament“ des Erblassers vom 06.08.2012 wird die unmittelbare Verknüpfung der beiden Dokumente deutlich. Beide sind am selben Tag erstellt worden. In dem notariellen Testament ist in Ziff. 6 Satz 2 der Passus aufgenommen: „Ich habe dem beurkundenden Notar einen verschlossenen Umschlag mit einer eigenhändigen, privatschriftlichen Verfügung übergeben, die die Ernennung des Testamentsvollstreckers enthält...“ In Ziff. 7 hat der Erblasser den Notar beauftragt, das beurkundete Testament sowie den in Ziff. 6 genannten verschlossenen Umschlag in die amtliche Verwahrung beim Amtsgericht Bremen-

Blumenthal zu geben. Diese Umstände erfüllen die Voraussetzungen des § 2232 Satz 2 i.V.m Satz 1 BGB. Der Erblasser hat dem Notar eine verschlossene Schrift übergeben und der Notar hat über diese Übergabe in dem notariellen Testament eine Niederschrift erstellt, die diese Tatsache dokumentiert. Jedenfalls stellt sich die hier konkret gewählte Verfahrensweise - unabhängig von der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der privatschriftlichen Bestimmung des beurkundenden Notars als Testamentsvollstrecker – als eine klare Umgehung der §§ 27, 7 BeurkG dar. Nicht zuletzt hat der Beteiligte zu 2.) selbst, wie dargetan, in seinem Antrag vom 11.12.2012 auf Bestellung zum Testamentsvollstrecker die handschriftliche Erklärung des Erblassers als „Anlage zum Testament“ bezeichnet (Bl. 3 d.A.).

Ferner ist zu berücksichtigen, dass es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die „Anlage zum Testament“ vom 06.08.2012 selbstständig in besondere amtliche Verwahrung des Amtsgerichts Bremen-Blumenthal genommen worden ist. Mit eigenständigen Verwahrungsbuch-Nummern sind lediglich die beiden notariell beurkundeten letztwilligen Verfügungen des Erblassers vom 06.08.2012 (UR-Nrn. 465/12 und 467/12) versehen worden. Auch Kostenrechnungen wurden nur für diese beiden amtlichen Verwahrungen erstellt. Bei der Testamentseröffnung ist die „Anlage zum Testament“ ebenfalls nicht als eigenständig erwähnt. Dies alles spricht dafür, dass die „Anlage zum Testament“ auch als solche behandelt wurde und nicht unabhängig von der durch den Beteiligten zu 2.) notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung gesehen werden kann. Irgendein anders lautender Hinweis, wie ein gesondertes Begleitschreiben oder ein eigener Eingangsstempel auf dem weißen Umschlag, existiert nicht. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob der weiße Briefumschlag mit der „Anlage zum Testament“ sich bei der Übergabe an das Amtsgericht Bremen-Blumenthal in einem der beiden versiegelten braunen Umschläge befand oder nicht.

Die letztwillige Verfügung des Erblassers hinsichtlich der Ernennung des Rechtsanwalts und Notars X. ist deshalb gemäß §§ 7, 27 BeurkG i.V.m. § 125 BGB nichtig. Dies führt zur Unrichtigkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses, das gemäß §§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 1 BGB vom Nachlassgericht einzuziehen ist. Da das Beschwerdegericht das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht selbst einziehen kann, wird das Nachlassgericht zur Einziehung angewiesen (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2227, Rn. 14; § 2361 Rn. 11 m.w.N.).

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG.



4. Die Festsetzung des Wertes des Beschwerdegegenstandes ergibt sich aus § 40 Abs. 5 GNotKG, wobei wegen Fehlens anderer Anhaltspunkte ein Nachlasswert von € 150.000,00 zu Grunde gelegt wurde (vgl. Schreiben des Notars an das Nachlassgericht vom 12.08.2012, Bl. 5 der Akte 50 IV 508/12).

5. Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 70 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 FamFG nicht zuzulassen. Mit Rücksicht darauf, dass der vorliegende Beschluss eine Tatsachenentscheidung im Einzelfall betrifft, ohne von der höchst- oder obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen, kommt der Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

gez. Dr. Bölling

gez. Hoffmann

gez. Dr. Haberland

Für die Ausfertigung

Klepka  
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle des  
Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen