

Erbschein, Testamentvollstreckerzeugnis und die mögliche Geschäftsunfähigkeit des Erblassers bei Umzug

06.02.2015

vorgehend AG Siegburg, 25. November 2014, Az: 46 VI 135/08

Tenor

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 3. wird der am 25.11.2014 erlassene Beschluss des Amtsgerichts - Nachlassgerichts - Siegburg vom 24.11.2014 - 46 VI 135/08 aufgehoben. Die Anregung der Beteiligten zu 1. und 2., das am 15.09.2010 erteilte Testamentvollstreckerzeugnis einzuziehen, wird zurückgewiesen.

Die Beteiligten zu 1. und 2. haben jeweils zur Hälfte die in beiden Rechtszügen entstandenen notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beteiligten zu 3. zu erstatten. Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) für das Einziehungsverfahren einschließlich des Beschwerdeverfahrens werden nicht erhoben.

Gründe

I.

1

Am 28.11.2007 verstarb in Bonn die am 01.02.1917 geborene Frau K I N, geb. Q (im Folgenden: Erblasserin). Der Beteiligte zu 3. ist einer von zwei Söhnen der Erblasserin; die Beteiligten zu 1. und 2 sind die Ehefrau bzw. die Tochter des zwischenzeitlich ebenfalls verstorbenen weiteren Sohnes der Erblasserin, Herrn H N.

2

Die Erblasserin wohnte bis zum Mai 2007 in X-H im Bezirk des Amtsgerichts Darmstadt. Von dort zog sie - jeweils ohne melderechtliche Registrierung - nach T C C2 und im September 2007 in das Seniorenheim I2-K2-M2 in U. Am 21.11.2007 meldete der Beteiligte zu 3. die Erblasserin unter seiner Wohnanschrift nach O2-S um. Diese Ummeldung wurde vom Bürgermeister der Stadt O2 nachträglich berichtet, so dass melderechtlich wieder die Anschrift der Erblasserin in X als Hauptwohnung gilt.

3

Mit privatschriftlichem Testament vom 18.04.2007 hatte die Erblasserin ihre beiden Söhne zu je 1/2-Anteil zu ihren Erben eingesetzt und den Beteiligten zu 3. zum Testamentsvollstrecker ernannt. Zu Gunsten der Beteiligten zu 1. ist in dem Testament ein Vermächtnis in Höhe von 30.000,00 € ausgesetzt. Dem Beteiligten zu 3. ist am 15.09.2010 vom Amtsgericht Siegburg ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt worden (Bl. 8 f. d.A.). Einen auf Entlassung des Beteiligten zu 3. als Testamentsvollstrecker gerichteten Antrag der Beteiligten zu 1. und 2. hat der Senat im Beschwerdeverfahren 2 Wx 321/12 mit Beschluss vom 21.12.2012 (Bl. 282 ff. d.A.), auf den wegen der weiteren Einzelheiten Bezug genommen wird, zurückgewiesen.

Mit Schriftsatz an das Nachlassgericht vom 02.04.2014 (Bl. 353 d.A.) wiesen die Beteiligten zu 1. und 2. auf den bereits in dem o.g. Beschwerdeverfahren angesprochenen Umstand hin, dass der Beteiligte zu 3. die Erblasserin eine Woche vor ihrem Tod "illegal ... umgemeldet" habe, so dass das Testamentsvollstreckerzeugnis - ebenso wie der im Verfahren 46 VI 136/08 erteilte Erbschein - am falschen Ort beantragt und erteilt worden sei. Dies hat das Nachlassgericht veranlasst, in Ermittlungen über die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin einzutreten und sodann mit am 25.11.2014 erlassenen Beschluss vom 24.11.2014, auf den wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes Bezug genommen wird, das am 15.09.2010 erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis einzuziehen. Dieses sei unrichtig im Sinne des [§ 2361 BGB](#), weil das Amtsgericht Siegburg bei dessen Erteilung unzuständig gewesen sei. Die Erblasserin sei nämlich nach dem Ergebnis der durchgeführten Ermittlungen bei ihrem Umzug in das Seniorenheim in U sowie bei ihrer späteren Anmeldung am Wohnort des Beteiligten zu 3. in O2 nicht mehr geschäftsfähig gewesen; dementsprechend habe sie dort nicht wirksam einen Wohnsitz im Sinne des [§ 343 Abs. 1 FamFG](#) begründen können.

Gegen diesen ihm am 27.11.2014 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 3. mit Schriftsatz vom 23.12.2014, beim Amtsgericht am selben Tage eingegangen, Beschwerde eingelegt. Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 09.01.2015, erlassen am 12.01.2015, nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die gemäß [§ 58 Abs. 1 FamFG](#) statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise, insbesondere nach Maßgabe der [§§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 2 FamFG](#) form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Beteiligten zu 3. hat auch in der Sache selbst Erfolg.

1.

7

Ergibt sich, dass ein erteiltes Testamentsvollstreckerzeugnis unrichtig ist, so hat das Nachlassgericht dieses gemäß [§§ 2368 Abs. 2, 2361 Abs. 1 BGB](#) einzuziehen. Dabei können auch Verfahrensfehler die Unrichtigkeit begründen und die Einziehung gebieten; wegen der weitreichenden Folgen der Einziehung muss dies aber auf schwerwiegende Fälle beschränkt bleiben (MünchKomm/Mayer, BGB, 6. Aufl. 2013, § 2361 Rdn. 8). In diesem Zusammenhang entspricht es herrschender, auch vom Nachlassgericht zu Grunde gelegter Auffassung, dass ein derartiger schwerwiegender Fehler auch dann vorliegt, wenn das Testamentsvollstreckerzeugnis von einem örtlich unzuständigen Gericht erteilt worden ist (vgl. etwa [OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2002, 112](#); KG, [NJW-RR 2012, 459](#); Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2361 Rdn. 3; Staudinger/Herzog, BGB, Neubarb. § 2361 Rdn. m.w.Nachw.). Diese Grundsätze erlauben die Einziehung des erteilten Testamentsvollstreckerzeugnis im vorliegenden Fall allerdings nicht.

8

a) Der Senat hat schon Zweifel, ob die dargelegte Auffassung überhaupt (noch) der Rechtslage entspricht. Hiergegen spricht bereits die dem früheren [§ 7 FGG](#) entsprechende Regelung in [§ 2 Abs. 3 FamFG](#), wonach gerichtliche Handlungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht schon deswegen unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen worden sind. Auch der Bundesgerichtshof hat bereits unter Geltung des FGG in einem obiter dictum darauf hingewiesen, dass die dargestellte Auffassung jedenfalls dann

zweifelhaft erscheint, wenn die örtliche Unzuständigkeit sich nicht aus einer eindeutigen Vorschrift ergibt (BGH, Rpfleger 1976, 174; zustimmend MÜchKomm/Mayer, BGB, 6. Aufl. 2013, § 2361 Rdn. 14). Weitere Zweifel an der hergebrachten Auffassung ergeben sich nach Inkrafttreten des FamFG aber auch aus [§ 65 Abs. 4 FamFG](#), wonach eine Beschwerde in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht darauf gestützt werden kann, dass das Gericht des ersten Rechtszugs seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Wenn diese Regelung, die angesichts ihres eindeutigen Wortlautes auch für Beschwerden in Erbscheinsachen und für Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gilt, die Frage der örtlichen Zuständigkeit schon einer Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht entzieht, erschließt sich nicht, weshalb ein inhaltlich richtiger Erbschein oder ein inhaltlich richtiges Testamentsvollstreckerzeugnis nur deshalb nachträglich eingezogen werden sollte, weil es an eben dieser Zuständigkeit fehlte.

9

b) Letztlich kann diese Frage aber im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, weil das Amtsgericht Siegburg für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 15.09.2010 ohnehin zuständig war.

10

aa) Da der vom Beteiligten zu 3. gestellte Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses am 27.08.2010 und damit nach Inkrafttreten des FamFG am 01.09.2008 gestellt worden ist, richtete sich die örtliche Zuständigkeit insoweit - anders als in Bezug auf das parallele Erbscheinverfahren 46 VI 136/08 - gemäß [Art. 111 Abs. 1 FGG-RG](#) nach der Regelung des [§ 343 Abs. 1 FamFG](#). Maßgeblich war danach der Wohnsitz, den die Erblasserin zur Zeit des Erbfalls hatte. Dieser Wohnsitz befand sich, jedenfalls soweit es hierauf für die örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts ankam, im Bezirk des Amtsgerichts Siegburg.

11

bb) Der Wohnsitz ist der räumliche Mittelpunkt der gesamten Lebensverhältnisse einer Person;

eine An- oder Abmeldung bei der Meldebehörde begründet für sich allein noch keinen Wohnsitz; sie kann hierfür allenfalls ein Indiz darstellen ([BGH, NJW-RR 1990, 506](#), 507; Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 7 Rdn. 7). Hat der Erblasser seinen Lebensmittelpunkt zuletzt in ein Pflegeheim verlegt, bildet dieses den maßgeblichen letzten Wohnsitz des Erblassers, sofern keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sein Gesundheitszustand eine nur auf begrenzte Dauer angelegte medizinische und pflegerische Betreuung erfordert hat und nichts dafür spricht, dass eine Rückkehr des Erblassers in die zuletzt von ihm bewohnte, an einem anderen Ort befindliche Wohnung in Betracht zu ziehen war (vgl. etwa [OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 27](#); Keidel/Zimmermann, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 343 Rn. 41). Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für die Frage der Zuständigkeit ist damit nicht, ob die Erblasserin wenige Tage vor ihrem Tode wirksam einen Wohnsitz im Hause des Beteiligten zu 3. begründet hat; vielmehr kommt es darauf an, ob ein solcher Wohnsitzwechsel bereits durch den Umzug in das ebenfalls im Bezirk des Amtsgerichts Siegburg befindliche Seniorenheim in U erfolgt ist.

12

Bei der Aufhebung und Begründung eines Wohnsitzes handelt es sich um geschäftsähnliche Handlungen, die das Vorhandensein eines entsprechenden Willens voraussetzen ([BGHZ 7, 104, 109](#); [BGH, NJW-RR 1988, 387](#); BayObLG, Rpfleger 1990, 73 f.; m.w.Nachw.). Dem entspricht es, dass eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne den Willen ihres gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben kann ([§ 8 Abs. 1 BGB](#)). Für die Frage, ob die Erblasserin durch ihren Umzug in das Seniorenheim in U dort wirksam einen Wohnsitz begründen konnte, kommt es damit in erster Linie darauf an, ob sie zu diesem Zeitpunkt geschäftsfähig war oder nicht; hieran bestehen angesichts des aus der Akte ersichtlichen Zustandes der Erblasserin und des Ergebnisses des in erster Instanz eingeholten Sachverständigengutachtens - auch mit Rücksicht auf den Inhalt der Beschwerde - durchaus erhebliche Zweifel.

13

Entgegen der vom Nachlassgericht zu Grund gelegten Auffassung sind diese Zweifel aber für die Frage der Zuständigkeit ohne Belang. Denn Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Erblassers, die nach [§ 8 BGB](#) zur Unwirksamkeit eines Wohnsitzwechsels führen können, ist im Verfahren der Bestimmung des für ein Erbscheinverfahren zuständigen Gerichts nicht nachzugehen (BayObLG, Rpfleger 1990, 73 f.; ebenso [BGH, NJW-RR 1988, 387](#) für das frühere Entmündigungsverfahren) - nichts anderes gilt für das hier vorliegende Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Das Gerichtsstandbestimmungsverfahren dient nämlich nur dazu, die Zuständigkeit eines Gerichts zu begründen, das sodann bei der Entscheidung über die

gestellten Anträge die Wirksamkeit etwaiger letztwilliger Verfügungen des Erblassers zu prüfen und in diesem Rahmen seine Geschäftsfähigkeit sowie seine Testierfähigkeit zu untersuchen hat. Für das Verfahren der Zuständigkeitsbestimmung, das das Nachlassverfahren nur vorbereitet, ist deshalb nach allgemeinen Grundsätzen zu unterstellen, dass der Erblasser bei einem für die Zuständigkeit maßgeblichen Wohnsitzwechsel unbeschränkt geschäftsfähig war (BayObLG, Rpfleger 1990, 73 f.; Keidel/Zimmermann, a.a.O., § 343 Rdn. 41). Dem schließt sich der Senat auch für die hier vorliegende Fallgestaltung an. Die Vorschriften der [§§ 2 ff. FamFG](#) sind darauf angelegt, die Frage der Zuständigkeit möglichst eindeutig zu beantworten und gleichwohl bestehende Unklarheiten in dem dafür vorgesehenen Verfahren frühzeitig und zügig zu klären. Vor diesem Hintergrund darf die Klärung der Zuständigkeit nicht von langwierigen - und kostspieligen - Ermittlungen zur Geschäftsfähigkeit des Erblassers abhängig gemacht werden. Dementsprechend war das Amtsgericht Siegburg aufgrund der Tatsache, dass die Erblasserin ihren Lebensmittelpunkt zuletzt in das Seniorenheim I2-K2-M2 in U verlagert hatte, unabhängig von der rechtlichen Wirksamkeit dieses Wohnsitzwechsels für die Bearbeitung des Antrags des Beteiligten zu 3. auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses örtlich zuständig. Auch dann, wenn die Frage der Zuständigkeit noch vor Erteilung des beantragten Zeugnisses gestellt worden wäre, wäre nicht etwa das für den bisherigen Wohnsitz der Erblasserin zuständige Amtsgericht Darmstadt, sondern das Amtsgericht Siegburg gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG](#) als zuständiges Gericht zu bestimmen gewesen. In diesem Rahmen hätte das Amtsgericht Siegburg dann etwa erforderlich werdende Ermittlungen zur Geschäfts- oder Testierfähigkeit der Erblasserin vornehmen können, ohne dass indes dadurch die einmal begründete Zuständigkeit nachträglich hätte beseitigt werden können ([§ 2 Abs. 2 FamFG](#)).

14

Fehlt es nach all dem an der vom Nachlassgericht angenommenen Unzuständigkeit für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, kommt eine darauf gestützte Einziehung nicht in Betracht. Es bedarf deshalb auch keiner weiteren Erörterung, ob die Erblasserin bei der Begründung eines Wohnsitzes in U entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts nicht ohnehin wirksam durch den Beteiligten zu 3. vertreten werden konnte. Der Senat hat jedenfalls Zweifel, ob die in der Vorsorgevollmacht vom 21.05.2003 enthaltene Beschränkung der Wirksamkeit auf den Fall einer ärztlich bescheinigten Unfähigkeit zu eigenverantwortlichem Handeln für den hier maßgeblichen Fall der Wohnsitzbegründung tatsächlich den dort zu Tage tretenden Interessen der Erblasserin entspricht, insoweit könnte eine einschränkende Auslegung angezeigt sein.

Die Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten beruht auf [§ 81 Abs. 1 FamFG](#). Danach kann das Gericht die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen einem Beteiligten ganz oder teilweise auferlegen. Die Vorschrift geht dabei nicht von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis aus, in dem die Nichterstattung die Regel, die Kostenerstattung die Ausnahme darstellt; vielmehr knüpft die Anordnung der Kostenerstattung allgemein an das Ergebnis einer stets erforderlichen Billigkeitsabwägung an, ohne dass es darauf ankäme, die Hürde einer Regelwirkung zu überwinden (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. etwa Beschl. vom 22.03.2013 - 2 Wx 74/13; Beschl. vom 13.05.2013 - 2 Wx 147/13; Beschl. vom 04.06.2013 - 2 Wx 157/13; ebenso [BGH, NJW-RR 2014, 897](#), 899; [OLG Düsseldorf, FGPrax 2011, 207](#); [OLG München, FamRZ 2012, 1895](#); Keidel/Zimmermann, a.a.O., § 81 Rn. 44). Um einem Beteiligten die Kosten auferlegen zu können, ist es deshalb nicht erforderlich, dass Umstände vorliegen, die nach Art und Bedeutung den Regelbeispielen des [§ 81 Abs. 2 FamFG](#) gleichkommen. Vielmehr kann auch die Frage des Obsiegens bzw. Unterliegens von maßgeblicher Bedeutung sein; ihr ist umso größeres Gewicht beizumessen, je eher ein Verfahren einem Streitverfahren nach der ZPO ähnelt (BGH, a.a.O.; OLG München, a.a.O.; [OLG Saarbrücken, FGPrax 2010, 270](#) [juris-Rz. 12]; Keidel/Zimmermann, a.a.O., § 81 Rn. 46; Zöller/Feskorn, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 81 FamFG Rn. 6). Nach diesen Grundsätzen entspricht es der Billigkeit, dass die unterlegenen Beteiligten zu 1. und 2. dem obsiegenden Beteiligten zu 3. die ihm entstandenen außergerichtlichen Kosten erstatten.

Die Entscheidung über die Nichterhebung der Gerichtskosten beruht auf [§ 81 Abs. 1 S. 2 FamFG](#). Da aus den dargelegten Gründen die Einleitung eines Verfahren zur Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 15.09.2010 nicht angezeigt war, entspräche es nicht der Billigkeit, die Beteiligten mit diesen Kosten zu belasten; dies gilt insbesondere auch für die Kosten, die durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Geschäftsfähigkeit der Erblasserin verursacht worden sind.

3.

17

Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ([§ 70 Abs. 2 FamFG](#)) ist nicht veranlasst. Gegen diese Entscheidung ist damit kein weiteres Rechtsmittel gegeben.

18

Geschäftswert der Beschwerde : 55.000,00 € ([§ 40 Abs. 5 GNotKG](#))

OLG Köln, Beschluss vom 06. Februar 2015 – I-2 Wx 27/15, 2 Wx 27/15