

**letzte Aktualisierung:** 18.5.2022

OLG Hamburg, Urt. v. 9.9.2021 – 2 U 9/21

**BGB §§ 823 Abs. 2, 2259**  
**Ablieferungspflicht für Testamente**

Die Ablieferungspflicht für Testamente gemäß § 2259 BGB ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der Nachlassbeteiligten. Abzuliefern sind ältere Testamente auch dann, wenn die in ihnen festgelegte Erbfolge von derjenigen in dem zeitlich jüngsten Testament nicht abweicht. Allerdings kann es in solchen Fällen u. U. an einem Verschulden der ablieferungspflichtigen Person fehlen.

# Hanseatisches Oberlandesgericht

Az.: 2 U 9/21

325 O 318/19

LG Hamburg



Verkündet am 09.09.2021

## Urteil

### IM NAMEN DES VOLKES

In der Sache

**K... B... F...**

**- Klägerin und Berufungsbeklagte -**

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt **M... H...**

gegen

**I... F...-R...**

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte **S... & T...**

Nebenintervenientin:  
**G...**

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte **G...**

erkennt das Hanseatische Oberlandesgericht - 2. Zivilsenat - durch den  
Vizepräsidenten des Hanseatischen Oberlandesgerichts Dr. C..., den  
Richter am Oberlandesgericht T... und den  
Richter am Oberlandesgericht Dr. W...

auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 10.08.2021 für Recht:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 12.02.2021, Az. 325 O 318/19, abgeändert. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der

Nebenintervenientin zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Gründe:

### I.

Die Parteien streiten um Schadensersatzansprüche anlässlich eines Erbfalls. Klägerin ist die Tochter des Erblassers aus erster Ehe, die Beklagte seine zweite Ehefrau. Der am 3.9.2018 verstorbene Erblasser hinterließ insgesamt drei Testamente. Es handelt sich hierbei um zwei handschriftliche Testamente aus dem Jahr 2006 und 2008 sowie ein in amtliche Verwahrung gegebenes notarielles Testament aus dem Jahr 2012. Alle Testamente weisen die Beklagte letztlich als Alleinerbin aus. Die beiden handschriftlichen Testamente aus 2006 und 2008 bewahrte die Beklagte seit etwa Ende 2015/Anfang 2016 bei sich auf, nach dem sie sie anlässlich des Ausräumens der ehemaligen Wohnung des Erblassers in seinen Unterlagen aufgefunden hatte.

Nach dem Tode des Erblassers eröffnete das Nachlassgericht das notarielle Testament am 27.9.2018. Die Eröffnungsniederschrift ging der Klägerin, die in Kanada lebt, am 28.11.2018 zu. Sie machte unter Berufung auf ihre Enterbung in diesem Testament in der Folgezeit Auskunft- und Pflichtteilsansprüche gegen die Beklagte geltend, die diese im April 2019 letztlich auch teilweise erfüllte. Zwischen den Parteien ist allerdings nach wie vor streitig, ob der Klägerin weitergehende Pflichtteilsansprüche zustehen. Diesbezüglich ist ein Verfahren vor dem Landgericht Hamburg rechtshängig. Jedenfalls holte die Klägerin zeitlich parallel zu den Verhandlungen über einen etwaigen Pflichtteilsanspruch in der ersten Hälfte des Jahres 2019 ärztliche Auskünfte und Unterlagen über den Gesundheitszustand des Erblassers zum Zeitpunkt der Errichtung des letzten Testaments am 22.2.2012 ein. Hiervon erhielt die Beklagte Kenntnis. Sie befürchtete, dass die Klägerin behaupten könnte, das Testament aus 2012 sei unwirksam und übergab daher ihrem damaligen Rechtsanwalt, einem Sozius der Nebenintervenientin, mit Schreiben vom 16.6.2019, eingegangen bei der Nebenintervenientin am 17.6.2019, die beiden älteren Testamente aus 2006 und 2008. Parallel hierzu begab sich die Klägerin Ende Juni 2019 nach Deutschland und ließ am 29.6.2019 einen notariellen Erbscheinsantrag in Hamburg beurkunden, mit dem sie tatsächlich unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Testaments aus 2012 die Ausstellung eines Erbscheins als Miterbin neben der Beklagten zu ½ beantragte. Das beurkundende Notariat reichte diesen Erbscheinsantrag am 12.7.2019 beim Nachlassgericht ein. Anlässlich eines Besprechungstermins der Beklagten mit ihrem Rechtsanwalt übergab dieser der Klägerin am 7.8.2019 die Testamente mit dem Hinweis zurück, dass sie diese beim Nachlassgericht einreichen müsse. Dies tat die Klägerin am Folgetag, also dem 8.8.2019. Das

Nachlassgericht eröffnete die weiteren Testamente am 12.8.2019. Zeitgleich legitimierte sich der Prozessbevollmächtigte der Klägerin zum nachlassgerichtlichen Verfahren. Die Klägerin erhielt die beiden weiteren Testamente sodann übersandt. Sie erkannte, dass ihr Erbscheinsantrag im Ergebnis keinen Erfolg haben würde und nahm diesen am 6.9.2019 zurück.

Die **Klägerin** macht mit ihrer Klage erstinstanzlich Schadensersatz gegen die Beklagte in Höhe von insgesamt 11.773,44 € gelten. Diese Summe setzt sich aus Flugkosten in Höhe von 1.883,45 €, Rechtsanwaltskosten für die Vertretung im Erbscheinsverfahren in Höhe von 7.851,44 €, Notarkosten für die Beurkundung des Erbscheinantrages in Höhe von 1.838,55 € und Gerichtskosten für das Erbscheinverfahren in Höhe von 200 € zusammen.

Die Klägerin **behauptet**, die Beklagte habe die Testamente aus 2006 und 2008 allein deswegen nicht zeitnah beim Nachlassgericht eingereicht, weil diese Angaben zur Zusammensetzung und damit mittelbar dem Wert des Nachlasses enthielten. Da sie – die Klägerin – nach dem Tode Pflichtteilsansprüche geltend gemacht habe und nach § 2314 BGB Auskunft von der Beklagten verlangt habe, habe sich die Beklagte was den Nachlass betrifft offenbar bedeckt halten wollen. Das Testament aus 2012 sei unwirksam, weil der Erblasser zu diesem Zeitpunkt demenzbedingt testierunfähig gewesen sei.

Die Klägerin meint, die Beklagte habe gegen ihre Ablieferungspflicht nach § 2259 BGB schuldhaft verstoßen. § 2259 BGB sei ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB, weshalb die Beklagte ihr gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet sei. Sie habe ihr die Kosten zu erstatten, die deswegen entstanden seien, weil sie - die Klägerin - in Unkenntnis von der Existenz der beiden weiteren Testamente aus 2006 und 2008 einen im Ergebnis unnützen Erbscheinsantrag gestellt habe. Hätte die Beklagte die Testamente unverzüglich nach dem Tode des Erblassers eingereicht, hätte die Klägerin nie einen Erbscheinantrag gestellt. Mindestens ab dem 16.6.2019 habe die Beklagte auch positive Kenntnis von der Ablieferungspflicht gehabt, denn zu diesem Zeitpunkt habe die Klägerin die beiden Testamente ihrem damaligen Rechtsanwalt übergeben. Dieser habe die Ablieferungspflicht des § 2259 BGB - dies ist zwischen den Parteien unstreitig - gekannt. Sein diesbezügliches Wissen müsse sich die Beklagte gem. § 166 BGB wie eigenes Wissen zurechnen lassen. Jedenfalls habe der damalige Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Testamente innerhalb einer Woche nach Übergabe einreichen müssen, also spätestens bis zum 21.6.2019 und damit noch vor Einreichung des Erbscheinantrages.

Die geltend gemachten Schadenspositionen seien auch vollumfänglich entstanden, insbesondere seien die Rechtsanwaltsgebühren nach einem zutreffenden Streitwert berechnet worden.

**Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt,**

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin einen Schadensersatzbetrag in Höhe von insgesamt 11.773,44 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

**Die Beklagte hat beantragt,**

die Klage abzuweisen.

Sie habe vor der Besprechung mit ihrem damaligen Rechtsanwalt am 7.8.2019 keine Kenntnis von der Ablieferungspflicht der beiden Testamente aus 2006 und 2008 gehabt. Nachdem sie von ihrem damaligen Rechtsanwalt aufgefordert worden sei, die Testamente beim Nachlassgericht einzureichen, habe sie dies sofort getan. Ihr könne daher wegen der Nichtablieferung kein Vorwurf gemacht werden.

Unabhängig hiervon verstoße die Klägerin mit ihrem Vorgehen gegen Treu und Glauben. Sie könne nicht zunächst Pflichtteilsansprüche geltend gemacht und dann später, ohne die Beklagte hierüber vorab zu informieren, mit dem Erbscheinsantrag plötzlich ihre Erbenstellung geltend machen. Hätte sie die Beklagte hierüber vorab informiert, hätte diese die Testamente aus 2006 und 2008 sofort übergeben und die Stellung des Erbscheinantrages wäre unterblieben.

Unabhängig hiervon seien die geltend gemachten Schadenspositionen auch der Höhe nach nicht berechtigt. Der angesetzte Nachlasswert sei mit 520.000 € zu hoch bemessen. Es sei auch allenfalls eine Verfahrensgebühr aber keine Geschäftsgebühr angefallen, weil der ehemalige Prozessbevollmächtigte schon zuvor mit derselben Angelegenheit „Erbfall nach dem Todes des Erblassers“ beauftragt gewesen sei. Da die Klägerin im Ausland lebe, hätte auch keine Umsatzsteuer abgerechnet werden dürfen. Die Rechtsanwaltskosten könnten zudem schon deswegen nicht geltend gemacht werden, weil sie im Erbscheinverfahren hätten festgesetzt werden müssen. Zudem werde bestritten, dass die Klägerin die geltend gemachten Rechnungen des Gerichts, Notars und Rechtsanwalts tatsächlich gezahlt habe. Hinsichtlich der Flugkosten werde weiter bestritten, dass der Flug angetreten worden sei, die Kosten bezahlt wurden und der Flug nicht nur privaten Zwecken gedient habe, weil die Klägerin mit einer Begleitperson geflogen sei. In diesem Zusammenhang sei auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin den Erbscheinantrag auch vor einem deutschen Konsulat in Kanada hätte aufnehmen lassen können. Letztlich fehle es an der Kausalität, denn der Erbscheinantrag wäre schon deswegen erfolglos geblieben, weil das Testament aus 2012 wirksam gewesen sei. Der Erblasser sei nämlich testierfähig gewesen.

Die Sozietät ihres ehemaligen Prozessbevollmächtigten ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Nebenintervenientin beigetreten.

Das **Landgericht** hat der Klage in Höhe von 1.717,25 € stattgegeben, im übrigen hat es sie zurückgewiesen. Die Beklagte habe zwar mit der Nichtablieferung der Testamente aus 2006 und 2008 gegen § 2259 BGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB verstoßen. Bis zum 17.6.2019 treffe sie hieran aber kein Verschulden. Einem im Erbrecht nicht bewanderten Laien wie der Beklagten sei die Ablieferungspflicht des § 2259 BGB nicht bekannt. Der Beklagten sei auch kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen. Sie habe davon ausgehen dürfen, dass mit dem beim Nachlassgericht eingereichten letzten notariellen Testament aus 2012 die Erbfolge ausreichend geklärt gewesen sei, so dass es auf die Testamente 2006 und 2008 nicht mehr ankomme. Die

Beklagte müsse sich aber das Wissen ihres ehemaligen Prozessbevollmächtigten nach § 166 BGB zurechnen lassen. Mit dem Eingang der Testamente bei ihrem damaligen anwaltlichen Vertreter am 17.6.2019 sei der Beklagten dessen Wissen über die Ablieferungspflicht zuzurechnen. Der ab diesem Zeitpunkt einsetzende schuldhafte Verstoß gegen § 2259 BGB sei aber nicht ursächlich für die geltend gemachten Flugkosten und Rechtsanwaltsgebühren gewesen, denn die Flugkosten seien schon im Mai entstanden und die anwaltliche Prüfung, ob das Testament aus 2012 wirksam sei, sei ebenfalls vor dem 17.6.2019 abgeschlossen gewesen. Zu erstatten seien daher lediglich die Notar- und Gerichtsgebühren, allerdings nur nach einem Nachlasswert von 424.789,42 €, weil die Klägerin nicht dargelegt habe, dass der Nachlasswert höher liege.

Gegen dieses der Beklagten am 15.2.2021 zugestellte Urteil hat die Nebenintervenientin am 24.2.2021 für die Beklagte Berufung eingelegt, die sie nach Fristverlängerung am 22.4.2021 begründet hat.

**Die Nebenintervenientin** wiederholt und vertieft das erstinstanzliche Verteidigungsvorbringen. Die Klage sei als unzulässig abzuweisen, weil über die geltend gemachten Kosten bereits im Erbscheinsverfahren hätten entschieden werden müssen. Aber auch die vom Landgericht angenommene Prüf- und Einreichungsfrist von einer Woche sei deutlich zu gering. Auch habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass die Einreichung der Testamente beim Nachlassgericht nicht zu einer sofortigen Information der Klägerin geführt hätte, sondern auch auf Seiten des Nachlassgerichts noch eine gewisse Bearbeitungszeit für die Eröffnung der Testamente zu berücksichtigen wäre. Da die Kosten für den Notar und das Gericht Ende Juni 2019 angefallen seien, hätte auch eine zeitnahe Einreichung nach dem 16.6.2019 nicht dazu geführt, dass die vom Landgericht zuerkannten Kosten nicht entstanden wären. Zudem seien die Notargebühren als Schadensposition nicht zu berücksichtigen, weil davon auszugehen sei, dass es im Vorwege bereits einen notariellen Entwurf gegeben habe, für den eine Entwurfsgebühr angefallen sei, die dann nur später in der Beurkundungsgebühr aufgegangen sei.

**Die Nebenintervenientin beantragt,**

das Urteil des Landgerichts Hamburg zu dem Geschäftszeichen 325 O 318/19 abzuändern und die Klage abzuweisen.

**Die Klägerin beantragt,**

die Berufung zurückzuweisen.

und hat im Wege der Anschlussberufung zunächst beantragt,

das Urteil des Landgerichts Hamburg, Az. 325 O 318/19 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin Schadensersatz in Höhe von 5.040,80 € nebst Zinsen hierauf in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 5.12.2019 zu leisten.

Die Anschlussberufung hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 10.8.2021 zurückgenommen.

Die Klägerin vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen und verteidigt die angegriffene Entscheidung, soweit die Beklagte zur Zahlung verurteilt wurde.

Ergänzend wird gem. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Der Senat hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 10.8.2021 persönlich angehört. Hinsichtlich des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Protokoll Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung ist begründet und führt zur Abänderung des Urteils des Landgerichts und Abweisung der Klage.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist durch die Nebenintervenientin für die Beklagte form- und fristgerecht nach §§ 517, 519 ZPO eingelegt und fristgemäß im Sinne des § 520 Abs. 2 ZPO begründet worden.

Die Berufung ist auch begründet.

Dies folgt allerdings nicht schon daraus, dass die Klage unzulässig wäre, weil die Klägerin etwaige unnütz aufgewandte Rechtsverfolgungskosten im Rahmen des nachlassgerichtlichen Verfahrens gegen die Beklagte hätte festsetzen lassen müssen. Der hier streitgegenständliche materiellrechtliche Kostenerstattungsanspruch tritt neben einen etwaigen prozessualen Kostenerstattungsanspruch aus den §§ 91 ff. ZPO bzw. §§ 81 ff. FamFG. Nur wenn mit dem prozessualen Kostenerstattungsanspruch dem Gläubiger ein schnellerer und kostengünstigerer Weg zur Durchsetzung seiner aufgewandten Prozesskosten zur Verfügung steht, fehlt das für eine separate Leistungsklage notwendige das Rechtsschutzbedürfnis (MüKo-BGB/Oetker, § 249 Rn. 186 m.w.N.). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Angesichts der Rücknahme ihres Erbscheinantrages hätte die Klägerin zunächst überhaupt einen Antrag auf Erlass einer Kostenentscheidung nach den §§ 81 ff. FamFG beim Nachlassgericht stellen müssen und dieses dann noch davon überzeugen müssen, dass die Kosten des Erbscheinverfahren einschließlich ihrer notwendigen Auslagen trotz der Antragsrücknahme der Klägerin aufzuerlegen wären. Dies hätte erheblichen argumentativen Aufwand erfordert und wäre aus Sicht des Senats auch wenig erfolgversprechend gewesen. Hinzu kommt, dass die Flug- und Notarkosten von einer nachlassgerichtlichen Kostenentscheidung nicht erfasst wären, mithin ohnehin ein weiteres Verfahren vor dem Zivilgericht zu führen gewesen wäre.

Die Klage ist aber unbegründet. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 Abs. 2 iVm § 2259 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte zu. Zwar handelt es sich bei der in § 2259

BGB geregelten Ablieferungspflicht um ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB (1.), gegen dieses Schutzgesetz hat die Beklagte auch verstoßen (2.), sie trifft an diesem Verstoß aber kein Verschulden (3.). Hierzu im Einzelnen wie folgt:

1.

§ 2259 Abs. 1 BGB ist ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Danach ist der Besitzer eines Testamentes dazu verpflichtet, es unverzüglich (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB) nachdem er vom Tode des Erblassers Kenntnis erlangt hat, an das Nachlassgericht abzuliefern. Die Bestimmung dient der Erhaltung und Sicherstellung nicht amtlich verwahrter Verfügungen von Todes wegen und somit der Umsetzung des letzten Willens des Verstorbenen sowie der Vorbereitung deren Eröffnung. Sie liegt im öffentlichen Interesse und in dem der Nachlassbeteiligten und dient damit bestimmungsgemäß auch dem Schutz von Individualinteressen (vgl. zum Schutzzweckcharakter des § 2259 BGB: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 12. März 2008 – 13 U 123/07 –, juris Rn. 22; MüKoBGB-Sticherling, 8. Aufl. 2020, BGB § 2259 Rn. 1, 2, 39; zu der Bestimmung eines Schutzgesetz im Allgemeinen z.B. BGH, Urteil vom 18. November 2003 – VI ZR 385/02 –, juris Rn. 12; BeckOK BGB-Förster, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 823 Rn. 275-279; MüKoBGB-Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 562-564).

2.

Gegen dieses Schutzgesetz verstieß die Beklagte. Unstreitig war die Beklagte im Besitz der beiden handschriftlichen Testamente. Sie lieferte die Testamente auch nicht unverzüglich, sondern erst rund elf Monate nach dem Tode des Erblassers beim Nachlassgericht ab. Entgegen der Auffassung der Nebenintervenientin ist Voraussetzung des § 2259 Abs. 1 BGB auch nicht, ob die abzuliefernden Testamente hinsichtlich der in ihnen enthaltenen Erbfolge inhaltlich voneinander abweichen. Weder dem Wortlaut noch dem Schutzzweck der Norm lassen sich eine solche Einschränkung entnehmen. Gerade der vorliegende Fall belegt, dass auch hinsichtlich der Erbfolge identische Testamente Einfluss auf den Gang des nachlassgerichtlichen Verfahrens haben können. Sie können daher zu einer Veränderung des Verhaltens bzw. der Auffassung der an der Nachlassauseinandersetzung Beteiligten führen und letztlich auch und insbesondere für die Auslegung des letzten Willens des Erblassers von Bedeutung sein (BeckOGK-Grziwotz, 1.7.2021, BGB § 2259 Rn. 3; MüKoBGB-Sticherling, 8. Aufl. 2020, BGB § 2259 Rn. 5-12).

Im Übrigen sehen die handschriftlichen Testamente vorliegend weitergehende Vermächtnisse für die Klägerin und ihren Sohn, den Enkel des Erblassers, vor und sind somit inhaltlich gerade nicht vollständig identisch.

3.

Die Beklagte hat die aus § 2259 Abs. 1 BGB folgende Ablieferungspflicht allerdings nicht

schuldhaft verletzt. Die Beklagte trifft kein eigenes Verschulden (a.). Auch eine Wissens- oder Verschuldenszurechnung scheidet vorliegend aus (b.)

a.)

Verschulden im Sinne von § 823 Abs. 2 S. 2 BGB setzt Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus, vgl. § 276 Abs. 1 BGB; § 2259 Abs. 1 BGB selbst stellt keine Verschuldensanforderungen.

aa)

Eine vorsätzliche Verletzung der Ablieferungspflicht liegt nicht vor. Zwar behauptet die Klägerin, die Beklagte habe die Testamente deswegen nicht sofort eingereicht, weil sie sich hinsichtlich der Zusammensetzung des Nachlasses habe bedeckt halten wollen. Hierin liegt denklöglich auch die Behauptung, die Beklagte habe von ihrer grundsätzlichen Ablieferungspflicht Kenntnis gehabt, diese nur nicht erfüllen wollen. Die insoweit beweispflichtige Klägerin hat aber eine solche positive Kenntnis der Beklagten nicht zu beweisen vermocht. Der Senat hat die Beklagte gem. § 141 ZPO persönlich angehört. Die Beklagte hat im Rahmen dieser persönlichen Anhörung ausgeführt, dass sie keine Kenntnis von der Ablieferungspflicht hatte. Sie sei vielmehr davon ausgegangen, dass es auf die beiden Testamente aus 2006 und 2008 nicht ankäme, weil dem Nachlassgericht das hinsichtlich der Erbfolge gleichlautende notarielle Testament aus 2021 vorgelegen habe. Daraus folgt aber gerade, dass die Beklagte keine Kenntnis von der Ablieferungspflicht hatte. Auch sonst sind keine Umstände vorgetragen oder für den Senat ersichtlich, dass die Beklagte entgegen ihren Angaben in der persönlichen Anhörung positive Kenntnis von der Ablieferungspflicht hatte. Der Umstand, dass sie die beiden Testamente aus 2006 und 2008 später tatsächlich und von sich aus zunächst bei ihrem damaligen Anwalt und dann auf dessen Rat hin beim Nachlassgericht ablieferte, belegt eine solche Kenntnis nicht. Denn nach den insoweit glaubhaften Ausführungen der Beklagten im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung war Grund für die Ablieferung der Testamente an ihren Anwalt lediglich, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt den (zutreffenden) Verdacht hegte, die Klägerin könnte die Wirksamkeit des Testaments aus 2012 anzweifeln. In diesem Rahmen - so die Vorstellung der Beklagten - könnte den Testamenten aus 2006 und 2008 doch noch eigenständige Bedeutung zukommen, weil sie den Willen des Erblassers, wie er im Testament aus 2012 zum Ausdruck gekommen sei, bestätigen könnten.

bb)

Der Beklagten ist auch kein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen. Nach § 276 Abs. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Der Beklagten kann zunächst kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie die Ablieferungspflicht nicht kannte. Der Umstand, eine Verhaltenspflicht aus einer

privatrechtlichen Norm nicht zu kennen, würde anderenfalls stets zu einem Fahrlässigkeitsvorwurf führen und damit im Ergebnis verlangen, dass jeder Bürger alle Normen mit Schutznormcharakter stets kennen müsste, was die obj. zu bestimmenden Sorgfaltsanforderungen bei Weitem überspannen würde.

Die Beklagte hat ihre Sorgfaltspflicht auch nicht dadurch verletzt, dass sie sich nach dem Tode ihres Ehemannes nicht zeitnah Rechtsrat eingeholt hat, wie mit den handschriftlichen Testamenten aus 2006 und 2009 umzugehen sei. Denn das Bestehen einer solchen Erkundigungspflicht setzt voraus, dass überhaupt eine Erkennbarkeit des Gefahren Eintritts im tatsächlichen Sinne vorliegt, also die Erkennbarkeit, dass die Nichteinreichung der Testamente aus 2006 und 2008 beim Nachlassgericht einen letztlich unnützen Kostenaufwand der Klägerin zur Folge haben könnte. Erst wenn diese rein tatsächlich zu beurteilende Erkennbarkeit gegeben ist, kommt es weiter darauf an, ob auch eine Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit des maßgeblichen Verhaltens, hier also das Bestehen einer Ablieferungspflicht, gegeben ist und inwieweit hierzu ggfs. Rechtsrat einzuholen ist (vgl. zum Ganzen MüKo-BGB/Grundmann, § 276 Rn. 73 ff. m.w.N.). Ob eine Erkennbarkeit im Tatsächlichen vorliegt, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles (BGH, Urteil vom 09. Juli 1990 – II ZR 10/90 –, juris Rn. 14; MüKo-BGB/Grundmann, § 276 Rn. 68 ff. m.w.N.).

Vorliegend fehlt es an einer Erkennbarkeit des Gefahren Eintritts. Eine Erkennbarkeit läge zwar möglicherweise dann vor, wenn in obj. Hinsicht Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments aus 2012 bestanden hätten. Dann hätte es sich der Beklagten aufdrängen müssen, dass sich die Erbfolge möglicherweise nicht nach Maßgabe des Testaments aus 2012 würde ermitteln lassen. Darauf aufbauend hätte sie sich weiter die Frage stellen müssen, ob sie möglicherweise verpflichtet ist, die Testamente beim Nachlassgericht abzuliefern. Derartige Zweifel liegen hier aber nicht vor. Aus der Krankenakte des Neurologen (Anlage K 12) geht zwar hervor, dass schon im Zeitraum vor der Errichtung des Testaments am 22.2.2012 Auffälligkeiten bestanden, die auf den Beginn einer psychischen Erkrankung bzw. möglichen Demenz hindeuten könnten. Aus der persönlichen Anhörung der Beklagten durch den Senat folgt auch, dass die Beklagte Kenntnis von diesen Auffälligkeiten des Erblassers hatte. So wird in der Krankenakte am 18.2.2011 vermerkt, der Erblasser sei im April 2010 im Krankenhaus Eilbek wegen einer Hüftgelenksentzündung mit Antibiotikum behandelt worden und habe in der Folge opt. Halluzinationen entwickelt. Nach Absetzen des Antibiotikums habe sich der Zustand aber verbessert. Im Dezember 2010 habe der Erblasser beim Aufwachen die Ehefrau für zwei Stunden nicht erkannt und er sei seit Frühjahr 2010 vermehrt vergesslich. Die Kognition funktioniere aber sehr gut. Am 22.3.2011 ist in der Krankenakte weiter vermerkt, dass die Gedächtnisleistung des Erblassers deutlich beeinträchtigt sei und der sprachliche Ausdruck gemindert sei. Auch sei die Handschrift verändert und Buchstaben würden fehlen, die Orientierung sei aber nicht beeinträchtigt. Demgegenüber ist am 19.4.2012 in der Krankenakte des Neurologen vermerkt, dass der Erblasser seit einigen Monaten keine

Halluzinationen mehr habe. Angesichts des Umstandes, dass die Verschlechterung des psychischen Befindens des Erblassers initial mit der Gabe von Antibiotika im April 2010 anlässlich einer Entzündung der Hüfte im Zusammenhang stand, sich der Zustand nach dem Absetzen verbesserte und sich die Halluzinationen im April 2012 seit einigen Monaten bereits gelegt hatten, konnte und durfte die Beklagte davon ausgehen, dass das am 22.2.2012 errichtete Testament wirksam ist und keine Zweifel an der Wirksamkeit bestehen. Dies umso mehr, als der Erblasser dieses Testament vor einem Notar errichtete und damit jedenfalls aus Sicht eines Rechtsunkundigen davon ausgegangen werden konnte, dass ein Notar nur wirksame Testamente errichten würde.

Unabhängig von den vorstehenden Überlegungen fehlt es an einer Erkennbarkeit des Gefahrenintritts für die Beklagte auch deshalb, weil für sie nach dem Tod des Erblassers zunächst nicht vorhersehbar war, dass Dritten - insbesondere der Klägerin - ein Schaden in Form vergeblicher Aufwendungen für die Geltendmachung einer Erbenstellung im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens erwachsen könnten. Die Klägerin hatte sich nach Kenntniserlangung von dem Testament vom 22.2.2012 auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen beschränkt, schien sich also mit ihrer Enterbung abgefunden zu haben. Dass dies augenscheinlich nicht der Fall war, erfuhr die Beklagte nach ihren insoweit nicht streitigen Angaben in ihrer Anhörung durch den Senat erst wenige Tage vor dem 17.6.2019 durch Anrufe zweier Ärzte, die sie über die Anforderung von Patientenunterlagen des Erblassers seitens der Klägerin informierten. Bis zu diesem Zeitpunkt handelte die Beklagte deshalb mangels Erkennbarkeit eines möglichen Schadenseintritts durch die Nichtablieferung der älteren Testamente nicht fahrlässig. Gleiches gilt für den nachfolgenden Zeitraum, da sich die Klägerin sodann unverzüglich um Klärung der rechtlichen Lage durch Einholung von Rechtsrat bei der Nebenintervenientin bemühte.

b)

Der Beklagten kann auch nicht das Wissen der Nebenintervenientin über die Ablieferungspflicht gemäß § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden und damit ab Beginn der Wissenszurechnung ein Verschulden festgestellt werden.

Eine direkte Anwendung von § 166 Abs. 1 BGB, nach dem nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht kommt, wenn die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst werden, scheidet aus.

Vorliegend steht die Frage einer schuldhaften Nichtablieferung im Raume, nicht die Wissenszurechnung bei Willenserklärungen.

Auch eine analoge Anwendung der Norm kommt nicht in Betracht. Nach ständiger Rechtsprechung setzt die analoge Anwendung einer Norm eine planwidrige Regelungslücke

bei vergleichbarer Interessenslage voraus (siehe nur bspw. BGH, Urteil vom 04. Dezember 2014 – III ZR 61/14 –, juris Rn. 9).

Schon eine planwidrige Regelungslücke liegt nicht vor. Das Deliktsrecht sieht für die Zurechnung fremden Verhaltens die Spezialnorm des § 831 BGB vor. Diese Vorschrift stellt das Pendant zu § 278 BGB (und zu § 31 BGB) dar, der Zurechnung von Verschulden in rechtsgeschäftlichen Haftungsfragen. Auch im Schuldrecht wird also zwischen der Wissenszurechnung und Verschuldenszurechnung differenziert und § 166 BGB gilt gerade nicht für Verschuldensfragen. Die Frage der Zurechnung fremden Wissens im hier relevanten deliktischen Bereich wird vielmehr über die Rechtsfigur der Erkundigungspflicht gelöst. In diesem Rahmen kommt es aber nicht darauf an, welches (Rechts-)Wissen der eingeschalteten Dritten tatsächlich hat, sondern welche Bemühungen der Erkundigungspflichtige unternommen hat, sich das notwendige Wissen zu beschaffen.

Aber auch eine vergleichbare Interessenslage besteht nicht. § 166 BGB dient dem Schutz des Rechtsverkehrs beim Einsatz von Repräsentanten und des jeweiligen Vertragspartners bei der Anbahnung und dem Abschluss von Rechtsgeschäften. Die Nebenintervenientin tritt im Hinblick auf die Ablieferungspflicht des § 2259 BGB aber nicht als Repräsentantin der Beklagten nach außen im Rechtsverkehr auf, um Aufgaben in eigener Verantwortung für sie zu erledigen und dabei anfallende Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggfs. an sie weiterzuleiten (vgl. Hierzu BGH, Urteil vom 25. März 1982 – VII ZR 60/81 –, juris Rn. 12; OLG Frankfurt, Urteil vom 08. März 2019 – 25 U 24/18 –, juris R. 66-68). Die Nebenintervenientin beriet die Beklagte lediglich im Innenverhältnis.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Vergleich zu anderen anerkannten analogen Anwendungen der Vorschrift, beispielsweise für die für den Verjährungsbeginn maßgebliche Kenntnis (BGH, Urteil vom 23. Januar 2014 – III ZR 436/12 –, juris Rn. 16, 17) oder für bestimmte Haftungsausschlüsse, die auf einer Kenntnis oder Kennenmüssen des Mangels abstellen (so z.B. für § 442 Abs. 1 S. 1 BGB, BGH, Urteil vom 28. Januar 2000 – V ZR 402/98 –, juris Rn. 13-15; auch schon RG, Urteil vom 19. Februar 1931 – VI 389/30 –, RGZ 131, 343, 355-357; MüKoBGB-Schubert, 8. Aufl. 2018, BGB § 166 Rn. 43, 44; BeckOGK-Stöber, 1.6.2021, BGB § 442 Rn. 16). Anknüpfungspunkt bei diesen Haftungskonstellationen ist wiederum jeweils nicht das Verschulden an sich, sondern konkret ausgleichende Mechanismen zur Wissensverteilung bei Rechtsgeschäften und deren Einreden. So wendet der BGH die Vorschrift auch analog für Rechtsanwälte als Wissensvertreter an, wenn diese zur Ermittlung von tatsächlichen Umständen beauftragt sind (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2018 – IX ZR 168/17 –, juris Rn. 13; BeckOK BGB-Schäfer, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 166 Rn. 19), es geht also jeweils um das Wissen tatsächlicher Verhältnisse, die bestimmte Rechtswirkungen (bspw. Verjährungsbeginn) entfalten.

c.)

Der Klägerin steht auch kein Anspruch auf Schadensersatz aus § 831 Abs. 1 S. 1 BGB zu, weil die Beklagte für einen von der Nebenintervenientin als Verrichtungsgehilfen verursachten Schaden haften müsste. Zwar können Rechtsanwälte grundsätzlich Verrichtungsgehilfen sein (BGH, Urteil vom 15.02.1957 – VI ZR 335/55, BB 1957, 306, a.A. MüKoBGB-Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 831 Rn. 16; NK-BGB-Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB § 831 Rn. 23). Verrichtungsgehilfe ist aber nur, wem von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall steht und von dem er in gewisser Weise abhängig ist, eine weisungsgebundene Tätigkeit übertragen worden ist (z.B. BGH, Urteil vom 25.04.2012 - I ZR 105/10 Rn. 44). Vorliegend fehlt es aber an einer solchen Tätigkeitsübertragung. Die Nebenintervenientin ist gerade nicht mit der Einreichung der Testamente beim Nachlassgericht bzw. allgemeiner damit beauftragt worden, mit den weiteren Testamenten in gesetzmäßiger Weise zu verfahren und damit eine an sich der Beklagten obliegende Handlung zu übernehmen. Vielmehr hat die Beklagte der Nebenintervenientin die Testamente lediglich übersandt und um eine Besprechung gebeten. Hierin könnte man allenfalls einen Prüfauftrag an die Nebenintervenientin sehen, wie in rechtlicher Hinsicht mit den Testamenten umzugehen sei.

Unabhängig hiervon wäre die Beklage aber exkulpiert, denn die Beklagte trifft weder ein Auswahl- noch Überwachungsverschulden. Wie sie im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung nach § 141 ZPO überzeugend ausgeführt hat, hat sie mehrfach erfolglos versucht, im Nachgang zu ihrem Schreiben vom 16.6.2019 den für die Nebenintervenientin tätigen Rechtsanwalt zu einer Reaktion auf die von ihr eingereichten Testamente zu bewegen. Erst am 7.8.2021, also rund 7 Wochen nach Übergabe der Testamente, fand sodann eine Besprechung bei Herrn RA G... statt, in dessen Rahmen sie über die Rechtslage aufgeklärt wurde. Auch wenn es sich hierbei um einen aus Sicht des Senats recht langen Zeitraum handelt, ist jedenfalls der Beklagten hieraus kein Schuldvorwurf zu machen. Mehr als sich nach dem Stand der Dinge zu erkundigen war nicht erforderlich.

Fehlt es an einem Verschulden, steht der Klägerin schon dem Grunde nach kein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu, so dass sich weitere Ausführungen zur Schadenshöhe erübrigen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, Abs. 2 S. 3, 101 ZPO, die Entscheidung auf vorläufige Vollstreckbarkeit ergeht nach §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO

Anlass zur Zulassung der Revision im Sinne von § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO besteht nicht.

Dr. C...	T...	Dr. W...
Vizepräsident	Richter	Richter
des Hanseatischen Oberlandesgerichts	am Oberlandesgericht	am Oberlandesgericht

