

Zur Unauffindbarkeit eines Testaments und der Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten

Leitsatz

1. Die Unauffindbarkeit eines Testaments statuiert zunächst keine Vermutung dahingehend, dass es von dem Erblasser vernichtet worden und deshalb gem. § 2255 BGB als widerrufen anzusehen ist. Die Formgültigkeit sowie der Inhalt des Testaments können vielmehr mit allen zulässigen Beweismitteln festgestellt werden, wobei an den entsprechenden Nachweis strenge Anforderungen zu stellen sind. Die Feststellungslast trägt hierbei derjenige, der sich auf die formgültige Errichtung des Testaments beruft.

2. Wechselbezüglich sind diejenigen Verfügungen, die ein Ehegatte nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen hätte, bei denen also aus dem Zusammenhang des Motivs heraus eine innere Abhängigkeit zwischen den einzelnen Verfügungen derart besteht, dass die Verfügung des einen Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Ehegatte eine bestimmte andere Verfügung getroffen hat, wenn also nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll. Es ist hierbei auch möglich, dass die Verfügungen in mehreren gemeinschaftlichen Testamenten wechselbezüglich sind.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.2.2021 – 21 W 165/20

Tatbestand

I.

Die am 18.2.2018 verstorbene Erblasserin war mit dem am 16.11.2007 vorverstorbenen H. verheiratet. Aus der Ehe gingen keine Kinder hervor. Bei den Beteiligten zu 3) und 4) handelt es sich um die Nichte und den Neffen des vorverstorbenen Ehemannes der Erblasserin. Die Beteiligte zu 1) war als Haushaltshilfe bei der Erblasserin beschäftigt, ihr Ehemann, der Beteiligte zu 2), erledigte häufiger unter anderem Gartenarbeiten für die Erblasserin. Beide Beteiligte lebten in den letzten Jahren gemeinsam mit der Erblasserin in einem von dieser auf die vorgenannten Beteiligten im Jahr 2010 im Wege der Schenkung übertragenen Haus.

Im Jahr 1967 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann ein gemeinschaftliches, notarielles Testament. Hierin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben.

Vorstehendes Testament ergänzten die Eheleute am 12.4.1997 handschriftlich. Hierin heißt es unter anderem wörtlich:

Der letzte Alleinerbe Frau ... oder Herr H. soll zu Hause gepflegt werden. Entweder durch eine Pflegekraft, die aus dem verfügbaren Geld bezahlt wird, oder dass die Pflege von den als Erben von uns jetzt eingesetzten Personen

1) ...

2) ...

Übernommen wird.

Ferner hat das Nachlassgericht ein lediglich in Kopie vorliegendes, handschriftliches Schriftstück der Erblasserin vom 30.12.2010 eröffnet. Darin heißt es, dass die Erblasserin die Beteiligten zu 1) und 2) als ihre Erben einsetze.

Nach dem Tod der Erblasserin haben zunächst die Beteiligten zu 1) und 2) einen gemeinschaftlichen Erbschein zu ihren Gunsten beantragt und sich dabei auf die letztwillige Verfügung vom 30.12.2010 berufen. Sodann haben die Beteiligten zu 3) und 4) einen gemeinschaftlichen Erbschein zu ihren

Gunsten beantragt und sich ihrerseits auf die letztwillige Verfügung der Erblasserin und ihres Ehemannes vom 12.4.1997 gestützt.

Das Nachlassgericht hat die Zeugin L. vernommen. Sodann hat das Gericht mit dem angefochtenen Beschluss, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3) und 4) zurückgewiesen sowie den Erlass des von den Beteiligten zu 1) und 2) beantragten Erbscheins in Aussicht gestellt. Zur Begründung hat das Amtsgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Erbfolge richte sich nach dem zuletzt von der Erblasserin errichteten Testament. Dieses sei wirksam. Von der Errichtung der letztwilligen Verfügung seitens der Erblasserin sei das Gericht aufgrund der vorliegenden Kopie sowie der glaubwürdigen Aussage der Zeugin L. überzeugt. Demgegenüber könne nicht festgestellt werden, dass die Erblasserin im späteren Verlauf das Originaltestament vernichtet habe, auch wenn dieses nicht nach dem Tod der Erblasserin habe aufgefunden werden können. Ferner stehe der Wirksamkeit nicht die gemeinschaftliche Verfügung der Eheleute aus dem Jahr 1997 entgegen. Eine Wechselbezüglichkeit der dort enthaltenen Schlusserbeneinsetzung habe nicht festgestellt werden können.

Gegen die ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 18.5.2020 zugestellte Entscheidung haben die Beteiligten zu 3) und 4) mit am 15.6.2020 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Sie sind der Auffassung, der Entscheidung stehe bereits entgegen, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 30.12.2010 nur in Kopie vorgelegt werden konnte. Zu Unrecht sei das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass die Erblasserin das Testament nicht nachträglich vernichtet habe. Die Erblasserin sei sehr ordnungsliebend und gründlich gewesen. Zudem habe sie gegenüber der Zeugin L. ausdrücklich gesagt, sie werde das Testament gut aufheben. Entsprechend sei es ausgeschlossen, dass es nicht gefunden worden wäre, wenn es die Erblasserin nicht vernichtet hätte, zumal die Erblasserin gegenüber der Beteiligten zu 3) und ihrem Ehemann sinngemäß geäußert habe, sie wisse, wer ihre Familie sei und beide müssten sich keine Sorgen machen. Ferner stünde der Wirksamkeit des zeitlich letzten Testaments die Wechselbezüglichkeit der vorangegangenen Schlusserbeneinsetzung entgegen. Diese ergebe sich unter anderem daraus, dass es sich bei ihnen um Nichte und Neffen des vorverstorbenen Ehemannes

der Erblasserin handele. Hinzu komme, dass die Beteiligte zu 3) mit ihrem Ehemann im Jahr 1994 auf dem Nachbargrundstück der Erblasserin und ihres Mannes gebaut hätte und die Erblasserin und ihr Ehemann in diesem Zusammenhang geäußert hätten, es bliebe ja alles in der Familie. Das Verhältnis zu den Eheleuten sei sehr freundschaftlich gewesen und man habe zahlreiche Pflegeleistungen zugunsten beider erbracht.

Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen, sondern das Verfahren dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Gründe

II.

Der zulässigen Beschwerde bleibt der Erfolg versagt. Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Amtsgericht die Erbfolge auf das handschriftliche Testament der Erblasserin vom 30.12.2010 gestützt.

1. Die gemäß § 58 FamFG statthafte Beschwerde der Beteiligten 3) und 4) ist zulässig und insbesondere fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses beim Nachlassgericht eingegangen, § 53 FamFG. Zudem sind die Beteiligten zu 3) und 4) als Antragsteller beschwerdebefugt (vgl. Keidel/Meyer/Holz, FamFG, 2020, § 59 Rn 78).

2. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg. Zu Recht und mit ebenso zutreffender wie überzeugender Begründung hat das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Beteiligten 3) und 4) zurückgewiesen und die für die Erteilung des von den Beteiligten zu 1) und 2) erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Auch der Senat ist davon überzeugt, dass sich die Erbfolge nach dem Testament der Erblasserin vom 30.12.2010 richtet, in dem die Erblasserin die Beteiligten zu 1) und 2) zu ihren Erben zu jeweils $\frac{1}{2}$ eingesetzt hat, weswegen dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) und 2) zu entsprechen und der gegenläufige Antrag der Beteiligten zu 3) und 4) zurückzuweisen war.

a) Ebenso wie das Nachlassgericht ist der Senat der Überzeugung, dass das vorgenannte Testament von der Erblasserin errichtet wurde. Dies folgt aus der zu den Akten gereichten Kopie, der glaubwürdigen Aussage der Zeugin L., die bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung vom 30.12.2010 zugegen war, sowie dem Umstand, dass das Testament dem anderweitig gegenüber der Zeugin bekundeten Willen der Erblasserin entsprach. Dementsprechend ziehen auch die Beteiligten zu 3) und 4) die Errichtung des Testaments durch die Erblasserin im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nicht weiter in Zweifel.

b) Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 3) und 4) lässt sich aber nicht mit der erforderlichen Gewissheit feststellen, dass die letztwillige Verfügung im Nachhinein von der Erblasserin vernichtet und damit widerrufen wurde, wobei etwaige verbleibende Zweifel zulasten der Beteiligten zu 3) und 4) gehen, da sie sich auf den Widerruf des Testaments berufen (vgl. OLG München, NJW-RR 2020, 390, zit. nach juris Rn 16 f.; Palandt/Weidlich, BGB, 2021, § 2255 Rn 11). Zwar spricht der Umstand, dass das Testament nach dem Tod der Erblasserin nicht aufgefunden werden konnte, ebenso wie die

außerordentliche Ordnungsliebe und Gewissenhaftigkeit der Erblasserin für eine Vernichtung der letztwilligen Verfügung. Auch vermag die von den Beteiligten zu 1) und 2) ins Feld geführte Erklärung, das Testament sei bei dem späteren Einbruch im Haus der Erblasserin zusammen mit der Kassette, in der die Erblasserin wichtige Dokumente aufbewahrt habe, abhandengekommen, nicht zu überzeugen, da sich die besagte Kassette dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beteiligten zu 3) und 4) zufolge noch im Nachlass der Erblasserin befand. Jedoch liegen zwischen der Errichtung und dem Versterben der Erblasserin acht Jahre. Dies ist ein Zeitraum, in dem es nicht ungewöhnlich ist, dass ein Dokument – auch ein wichtiges – nicht mehr aufgefunden werden kann, zumal die zwar ordnungsliebende Erblasserin damals bereits über 80 Jahre alt war und mehrere Krankenhausaufenthalte hinter sich bringen musste. Darüber hinaus ist kein überzeugender Anhaltspunkt ersichtlich, dass die Erblasserin in der Zeit nach der Errichtung des Testaments ihre Erbfolge grundlegend anders regeln wollte. Hierzu hat auch die Zeugin L. keine entsprechenden Angaben gemacht. Zudem wäre es zumindest naheliegender gewesen, statt lediglich die Verfügung vom 30.12.2010 zu vernichten, ein anderslautendes Testament zu verfassen und hierdurch einen Widerruf der Verfügung herbeizuführen. Dem steht die von den Beteiligten zu 3) und 4) behauptete Bemerkung der Erblasserin, sie müssten sich keine Sorgen machen, nicht entgegen, da es durchaus nicht ungewöhnlich ist, dass insbesondere ältere Menschen gegenüber ihnen (gegebenenfalls ehemals) nahestehenden Personen über ihre letztwilligen Verfügungen keine wahrheitsgemäße Auskunft erteilen.

Letztlich sieht der Senat keine Möglichkeit, den Sachverhalt insoweit mit der erforderlichen Gewissheit zu klären. Dies geht zulasten der Beteiligten zu 3) und 4), zumal – worauf bereits das Amtsgericht zutreffend hingewiesen hat – es keine Vermutung dafür gibt, dass ein Erblasser eine nicht auffindbare Urkunde vernichtet hat (vgl. Palandt/Weidlich, BGB; 2021, § 2021, § 2255 Rn 11 m.w.N.).

c) Ferner steht der Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) und 2) auch nicht die vorangegangene Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 3) und 4) in dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute vom 12.4.1997 entgegen. Zutreffend weisen die Beteiligten zu 3) und 4) zwar daraufhin, dass gemäß § 2270 BGB im Fall wechselseitiger Verfügungen der Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament der überlebende Ehegatte diese Verfügung nach dem Tod des Erstversterbenden nicht mehr abändern kann, sofern der Längstlebende – wie die Erblasserin – das ihr Zugewendete angenommen hat. Ebenso wie das Amtsgericht ist der Senat aber überzeugt, dass die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 3) und 4) nicht wechselbezüglich in dem vorgenannten Sinne war.

Wechselbezüglich sind diejenigen Verfügungen, die ein Ehegatte nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen hätte, bei denen also aus dem Zusammenhang des Motivs heraus eine innere Abhängigkeit zwischen den einzelnen Verfügungen derart besteht, dass die Verfügung des einen Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Ehegatte eine bestimmte andere Verfügung getroffen hat, wenn also nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll (vgl. BayObLG,

FGPrax 2005, 164, zit. nach juris Rn 24; OLG Düsseldorf, FamRZ 2008, 307, zit. nach juris Rn 32; Palandt/*Weidlich*, BGB; 2021; § 2270 Rn 1).

An den vorstehenden Grundsätzen gemessen ist nicht erkennbar, dass der Ehemann der Erblasserin deren Schlusserbeneinsetzung von den Beteiligten zu 3) und 4) mit einer eigenen Verfügung in dem vorgenannten Sinne verknüpft hätte.

Dass etwa die Schlusserbeneinsetzung von den Beteiligten zu 3) und 4) seitens des Ehemanns mit deren Schlusserbeneinsetzung seitens der Erblasserin stehen und fallen sollte, ist nicht im Entferntesten erkennbar und wird von den Beschwerdeführern auch nicht behauptet. Die Beteiligten zu 3) und 4) hatten ihrem, von der Zeugin L. im Kern bestätigten Vortrag zufolge zwar jedenfalls bis zu dem Tod des Ehemanns der Erblasserin ein durchaus herzliches Verhältnis zu den Eheleuten. Dass aber der Ehemann die Beteiligten zu 3) und 4) nicht als Schlusserben eingesetzt hätte, sofern es die Erblasserin nicht bei ihrer ursprünglichen Schlusserbeneinsetzung belassen hätte, ist nicht erkennbar. Im Gegenteil spricht das Verwandtschaftsverhältnis zu dem vorverstorbenen Ehemann eher dagegen, dass der Ehemann auch bei einer geänderten Schlusserbeneinsetzung der Erblasserin es bei der von ihm verfügten Schlusserbeneinsetzung belassen hätte.

Entsprechend kommt ernsthaft nur eine Wechselbezüglichkeit zu der Alleinerbeneinsetzung der Erblasserin durch deren Ehemann in Betracht. In diesem Zusammenhang weisen die Beteiligten zu 3) und 4) zwar zu Recht darauf hin, dass im Zweifelsfall die Rechtsprechung auf der Grundlage der gesetzlichen Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB eine Wechselbezüglichkeit mit Blick auf die dem Ehepartner eingeräumte Alleinerbenstellung annimmt, sofern es sich – wie vorliegend – bei den eingesetzten Schlusserben um Verwandte des erstverstorbenen Ehegatten handelt (vgl: KG, OLGZ 1993, 398, zit. nach juris Rn 9; Palandt/*Weidlich*, BGB, 2021, § 2270 Rn 7).

Allerdings handelt es sich nur um eine Vermutungsregel, die aufgrund der besonderen Situation der hier gegebenen Testamentserrichtung den vorliegenden Fall nicht erfasst (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 9.1.2018 – 3 U 17/17, juris). Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Eheleute sich bereits im Jahr 1967 in einem eigenständigen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben. Die damalige Alleinerbeneinsetzung haben sie in keiner Weise von einer Schlusserbeneinsetzung abhängig gemacht. Vielmehr erfolgte die Alleinerbeneinsetzung des jeweils anderen Ehepartners völlig unabhängig davon, wer in der Erbfolge nach dem Längstlebenden zum Zuge käme.

Der Senat kann keinen Anhalt dafür erkennen, dass die damalige gegenseitige Erbeinsetzung 30 Jahre später nachträglich von einer Schlusserbeneinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3) und 4) abhängig gemacht worden ist. Der Wortlaut der Verfügung vom 12.4.1997 bietet dafür keinen Anhaltspunkt. Vielmehr haben die Eheleute vom Wortlaut her das damalige Testament nur „ergänzt“ um die Schlusserbeneinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3) und 4), ohne eine Qualifizierung der damaligen Alleinerbeneinsetzung wenigstens anzudeuten oder die Erbeinsetzung auch nur erneut ausdrücklich zu benennen oder wenigstens eine rechtliche Verknüpfung beider Testamente herbeizuführen (vgl. dazu OLG Schleswig, Urt. v. 9.1.2018 – 3 U 17/17, juris Rn 82 f.).

Im Gegenteil spricht der Wortlaut gegen eine nachträgliche Verknüpfung der Alleinerbeneinsetzung mit der nunmehr vorgenommenen Schlusserbeneinsetzung. Denn der Wortlaut legt die Sicherstellung der Pflege beider Eheleute zu Hause als Motivation der Benennung der beiden Schlusserben nahe. Zwar ist den Beteiligten zu 3) und 4) zuzugeben, dass ihre Schlusserbeneinsetzung nicht an die Bedingung der Pflege geknüpft war. Dies steht einer Motivation der häuslichen Pflege für die Berufung zum Schlusserben aber ebenso wenig entgegen wie der von den Beteiligten zu 3) und 4) behauptete Umstand, dass eine Pflegebedürftigkeit der damals bereits über 70-jährigen Eheleute trotz des frühen Schlaganfalls des Ehemanns der Erblasserin noch nicht akut war. Letztlich bestätigt auch die Beteiligte zu 3) selbst im Rahmen ihrer mit Schriftsatz vom 30.4.2019 eingereichten Erklärung den bestehenden Zusammenhang zwischen der Pflege der Eheleute und der Schlusserbeneinsetzung. Ist aber die häusliche Pflege der Eheleute und Versorgung beider Eheleute wesentliches Motiv für die Schlusserbeneinsetzung, ist eine unmittelbare Verknüpfung der Schlusserbeneinsetzung gerade der Beteiligten zu 3) und 4) als Verwandte des Ehemanns mit der 30 Jahre zuvor eingeräumten Alleinerbenstellung der Erblasserin unplausibel.

Gegen eine (nachträglich) vereinbarte, einseitige Wechselbezüglichkeit spricht ebenfalls die familiäre Situation der Eheleute. So ist es bei kinderlosen Ehepartnern häufig der Fall, dass diese sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und es ihnen gerade hierauf ankommt. Diesem üblichen Verhalten entsprechend haben sich die Eheleute im Jahr 1967 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Hieran hat sich im Lauf der Jahre nichts grundlegend geändert. Zwar war der Beteiligte zu 4) im Jahr 1967 noch nicht geboren und die Beteiligte zu 3) noch sehr jung. Nähere Verwandte des Ehegatten der Erblasserin lebten aber bereits damals, so dass eine grundlegende Änderung der familiären Situation nicht zu verzeichnen ist.

Entsprechend wenig überzeugen ist die Behauptung der Beteiligten zu 3), der Ehemann der Erblasserin habe nicht gewollt, dass das Haus in die Hände von Nicht-Familienmitgliedern komme, zumal – wie der spätere Verlauf tatsächlich gezeigt hat – diese Entwicklung ohnehin nicht durch eine Schlusserbeneinsetzung seiner Verwandten hätte verhindert werden können, vielmehr die Erblasserin das Haus noch zu Lebzeiten auf die Beteiligten zu 3) und 4) übertragen hatte.

Letztlich lässt sich im Wege der Auslegung nach den §§ 133, 2084 BGB nicht feststellen, dass die zunächst ohne Rücksicht auf die spätere Verfügung getroffene gegenseitige Erbeinsetzung durch das spätere Testament in der Weise modifiziert wurde, dass sie nunmehr nur noch mit Rücksicht auf die Schlusserbeneinsetzung der Erblasserin im späteren Testament gelten sollte, der früheren gegenseitigen Erbeinsetzung also nachträglich eine zusätzliche, den überlebenden Ehepartner einschränkende Bedingung im Sinne von Wechselbezüglichkeit beigelegt worden ist (vgl. OLG Schleswig, Urt. v. 9.1.2018 – 3 U 17/17, juris). Dann aber verbleibt es bei der ursprünglich unbedingten Einsetzung der Erblasserin als Alleinerbin ihres Mannes und damit auch bei fortbestehenden Möglichkeiten der Erblasserin, nach dem Tod ihres Ehemannes eine (geänderte) Erbeinsetzung vorzunehmen.

3. (...)

Amtsgericht Frankfurt am Main, Beschl. v. 11.5.2020 – 51 VI 4443/18 F

Tatbestand

I.

Die Beteiligten zu 1) und zu 2) begehren einen gemeinschaftlichen Erbschein nach der Erblasserin ... , verstorben am 18.2.2018, der sie als Erben zu je ½ ausweist.

Die Beteiligten zu 3) und zu 4) begehren ebenfalls die Erteilung eines Erbscheins nach der Erblasserin, der sie als Erben zu je ½ ausweist.

Die Erblasserin, deren Ehemann bereits 2007 verstarb, hinterlässt drei letztwillige Verfügungen.

Mit gemeinschaftlichem Ehegattentestament aus dem Jahr 1967 zur Urkundennummer 720 der Urkundenrolle des Jahres 1967, Notar M. E., eröffnet durch das Amtsgericht – Nachlassgericht – Frankfurt am Main nach dem Tod des Ehemannes im Jahr 2007 sowie nach dem Tod der Erblasserin 2018 verfügten die Eheleute unter anderem wie folgt:

„Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein, so dass also der Längstlebende von uns der alleinige Erbe des Zuerstversterbenden sein soll. (...)“

Mit gemeinschaftlichem Ehegattentestament von 1997, eröffnet durch das Amtsgericht – Nachlassgericht – Frankfurt am Main nach dem Tod des Ehemannes 2007 sowie nach dem Tod der Erblasserin 2018 verfügten die Eheleute unter anderem wie folgt:

„Der letzte Alleinerbe Frau ... oder Herr ... soll zu Hause gepflegt werden. Entweder durch eine Pflegekraft die aus dem verfügbaren Geld gezahlt wird, oder dass die Pflege von den als Erben von uns jetzt eingesetzten Personen

1) ...

2) ...

Übernommen wird. (...)“

Mit letztwilliger und hier lediglich als Kopie vorliegender Verfügung der Erblasserin aus dem Jahre 2010, eröffnet durch das Amtsgericht – Nachlassgericht – Frankfurt am Main 2018 verfügte die Erblasserin schließlich wie folgt:

„Ich ... enterbe ... Setze als Erben die Eheleute ... und ... ein.“

Die Beteiligten zu 1) und zu 2) sind der Ansicht, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin von 2010 nicht mangels Auffindbarkeit des Originals ungültig sei. Es bestehe auch keine Vermutung dafür, dass diese von der Erblasserin vernichtet worden und daher als widerrufen anzusehen sei.

Die Beteiligten zu 1) und zu 2) beantragen, die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der die Beteiligten zu 1) und zu 2) als Erben der Erblasserin zu je ½ ausweist.

Die Beteiligten zu 3) und zu 4) beantragen, die Erteilung eines Erbscheins, nach dem sie Erben zu je ½ geworden sind.

Die Beteiligten zu 1) und zu 2) beantragen, den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3) und zu 4) zurückzuweisen.

Die Beteiligten zu 3) und zu 4) sind der Ansicht, dass die Verfügungen der Eheleute ... im Testament von 1967 sowie im Testament von 1997 sowohl hinsichtlich der gegenseitigen Erbeinsetzung als auch hinsichtlich der Einsetzung der Beteiligten zu 3) und zu 4) wechselbezüglich gewesen sei und in Folge dessen von der Erblasserin nicht mehr haben einseitig abgeändert werden können.

Die Erblasserin habe gegenüber dem Ehemann der Beteiligten zu 3) und gegenüber der Beteiligten zu 4) zudem mehrfach erklärt, dass diese und der Beteiligte zu 4) noch genug von ihr und ihrem vorverstorbenen Ehemann erben.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin L.

Gründe

II.

Der Antrag der Beteiligten zu 1) und zu 2) vom xx.xx.2018 ist zulässig und begründet. Die Beteiligte zu 1) und zu 2) sind aufgrund der letztwilligen Verfügung der Erblasserin aus dem Jahr 2010 Erben zu je ½ geworden.

Dem steht zunächst nicht entgegen, dass die letztwillige Verfügung der Erblasserin von 2010 hier lediglich als Kopie vorliegt.

So statuiert die Unauffindbarkeit eines Testaments zunächst keine Vermutung dahingehend, dass es von dem Erblasser vernichtet worden und deshalb gem. § 2255 BGB als widerrufen anzusehen ist (Weidlich/Palandt: 77. Aufl. 2018, § 2255 Rn 9). Die Formgültigkeit sowie der Inhalt des Testaments können vielmehr mit allen zulässigen Beweismitteln festgestellt werden, wobei an den entsprechenden Nachweis strenge Anforderungen zu stellen sind (OLG Köln, Beschluss v. 2.12.2016 – 2 Wx 550/16). Die Feststellungslast trägt hierbei derjenige, der sich auf die formgültige Errichtung des Testaments beruft (OLG Schleswig, Beschluss v. 12.8.2013 – 3 Wx 27/13).

Die Beteiligten zu 1) und zu 2) haben insoweit eine Kopie des Testaments von 2010 zur Akte gereicht, nach der die Anforderungen nach § 2247 BGB erfüllt sind. Darüber hinaus ist das Gericht aufgrund der glaubhaften Angaben der glaubwürdigen Zeugin L. im Rahmen der Beweisaufnahme am 3.5.2019 mit dem nötigen Grad an Gewissheit entsprechend § 286 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 30 FamFG davon überzeugt, dass die Erblasserin das streitgegenständliche Testament eigenhändig geschrieben und unterschrieben hat. Die Zeugin L. hat in diesem Zusammenhang angegeben, dass die Erblasserin das streitgegenständliche Testament bei ihr zu Hause auf Kohlepapier geschrieben habe. Das Gericht ist von den Angaben der Zeugin L. über-

zeugt. Diese schilderte nachvollziehbar und konsistent ihrer Erinnerungen, wobei sie auch vereinzelte Erinnerungslücken einräumte. Die Zeugin verfügte auch über die nötige Wahrnehmungsfähigkeit, da sie bei der Errichtung des streitgegenständlichen Testaments körperlich zugegen war.

Soweit die Beteiligten zu 3) und zu 4) in diesem Zusammenhang erklären, dass die Zeugin L. entgegen ihrer Angaben im Rahmen ihrer Vernehmung gegenüber der Beteiligten zu 3) und deren Ehemann fortwährend versichert habe, dass diese sich im Hinblick auf das Erbe der Erblasserin keine Sorgen machen müssten, vermag dies nicht zur Unglaubwürdigkeit der Zeugin oder zur Unglaubwürdigkeit der Beteiligten zu 3) und zu 4) zu führen. Die Zeugin hat insofern im Rahmen ihrer Vernehmung angegeben, Angst vor Anfeindungen durch die Familie H. zu haben. Auch die Erblasserin habe Angst vor Herrn H. gehabt und diesem in Folge dessen auch die Schlüssel zu ihrer Wohnung abgenommen, weshalb entsprechende Angaben der Zeugin gegenüber der Beteiligten zu 3) und deren Ehemann interessengeleitet gewesen sein können.

Die Angaben der Zeugin im Rahmen ihrer Vernehmung waren für das Gericht hingegen durchweg überzeugend.

Soweit die Beteiligten zu 3) und zu 4) in diesem Zusammenhang schließlich angeben, dass die Erblasserin außerordentlich ordnungsliebend und gründlich gewesen sei und sämtliche Unterlagen in Ordner abgeheftet sowie besonders wichtige Dokumente in einer Kassette aufbewahrt habe, spricht dies für sich genommen nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit für eine mit Aufhebungsabsicht erfolgte Vernichtung der letztwilligen Verfügung von 2010 durch die Erblasserin. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Zeugin L. im Rahmen ihrer Vernehmung angegeben hat, dass die Erblasserin immer gesagt habe, dass die Familie V. alles bekommen solle. Schließlich korrespondiert der in der letztwilligen Verfügung der Erblasserin von 2010 zum Ausdruck kommende Wille mit der 2010 erfolgten Übertragung des Grundeigentums der Erblasserin an die Beteiligten zu 1) und zu 2).

Die Erblasserin war auch nicht in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt, §§ 2270, 2271 BGB, da die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 3) und zu 4) gemäß des Testaments von 1997 nicht wechselbezüglich ist. Die Feststellungslast trifft hierbei denjenigen, der sein Erbrecht auf die Wechselbezüglichkeit stützt, vorliegend mithin die Beteiligten zu 3) und zu 4). Verbleibende Zweifel gehen somit zu Lasten der Beteiligten zu 3) und zu 4).

Gemäß § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen und fallen sollte.

Es ist hierbei auch möglich, dass die Verfügungen in mehreren gemeinschaftlichen Testamenten wechselbezüglich sind. Es ist vorliegend mithin zu fragen, ob die Einsetzung der Beteiligten zu 3) und zu 4) als Erben nach dem Letztversterbenden durch

den Ehemann der Erblasserin wechselbezüglich zu deren Einsetzung als Erbin ihres vorverstorbenen Ehemannes sein sollte und, ob der vorverstorbene Ehemann die Beteiligten zu 3) und zu 4) nur deshalb als Erben nach der Erblasserin bestimmt hat, weil dies die Erblasserin auch getan hat.

Beides steht vorliegend nicht zweifelsfrei fest. Als Indiz gegen eine Wechselbezüglichkeit im oben dargelegten Sinn ist vorliegend bereits der sich aus dem Testament selbst ergebende Umstand zu werten, dass die Eheleute bereits rund 30 Jahre zuvor durch Verfügung von 1967 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten und zwar unabhängig davon, wer Schlusserbe sein sollte. Das bestimmende Motiv der Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 3) und zu 4) ist ausweislich des Wortlauts des Testaments von 1997 in Verbindung mit der Präambel der Urkunde Nr. ... in der Pflege der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemannes durch die Beteiligten zu 3) und zu 4) zu sehen, nicht jedoch in der Erbeinsetzung der Erblasserin durch ihren verstorbenen Ehemann.

Die von den Beteiligten zu 3) und zu 4) angeführte Vermutungsregelung, wonach die Lebenserfahrung dahin geht, dass die Erbeinsetzung von Verwandten des vorverstorbenen Ehemannes (bei der Bedenkung des Überlebenden durch den Vorverstorbenen) regelmäßig wechselbezüglich getroffen worden ist, die der Verwandten des Überlebenden aber nicht, greift mithin vorliegend gerade nicht.

Die Auslegung der Verfügung von 1997 ergibt nach den obigen Ausführungen ebenfalls nicht, dass der vorverstorbene Ehemann die Beteiligten zu 3) und zu 4) gerade deshalb als Erben bestimmt hat, weil dies seine Ehefrau auch getan hat.

Der zulässige Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 3) und zu 4) von 2018 war nach alledem zurückzuweisen.

(...)

Anmerkung

Die immer wiederkehrende Problematik der Unauffindbarkeit eines Testaments und der Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten

a)

Leitete ein Erbe sein Erbrecht nach dem Erblasser aus einem handschriftlichen Testament ab, das allerdings unauffindbar ist, so trifft ihn im Rahmen des Erbscheinsverfahrens die Feststellungslast für die Wirksamkeit dieses Testaments. An die Nachweiserbringung sind wegen der besonderen Entscheidungserheblichkeit in dem Verfahren strenge Anforderungen zu stellen.

Ein nicht mehr vorhandenes Testament ist nicht alleine wegen seiner Unauffindbarkeit ungültig. Die formwirksame Errichtung sowie der Inhalt des unauffindbaren Testaments, auf das der Erbe sein Erbrecht stützt, können mit allen zulässigen Beweismitteln festgestellt werden.

Vorliegend hatte sich das OLG Frankfurt am Main im Rahmen des Beschwerdeverfahrens, ebenso wie das erstinstanzlich mit der Sache befasste Amtsgericht Frankfurt am Main, mit der

Frage der Wirksamkeit eines nicht mehr im Original auffindbaren handschriftlichen Testaments zu befassen, auf das die Beteiligten zu 1 und 2 als Antragsteller im Rahmen des Erbscheinsverfahrens ihr Erbrecht stützen.

Zum Nachweis der Existenz des Testaments, der formwirksamen Errichtung durch die Erblasserin sowie zum Nachweis des Inhalts des Testaments, auf dass die Beteiligten zu 1 und 2 ihr Erbrecht stützten, fügten sie dem Erbscheinsantrag eine Kopie des maßgebenden Testaments bei. Darüber hinaus boten sie zum Beweis für die Errichtung des Testaments durch die Erblasserin eine langjährige Freundin der Erblasserin als Zeugin an, die bei der Errichtung des Testaments durch die Erblasserin zugegen gewesen ist.

Aus der in Kopie vorliegenden, auf den 30.12.2010 datierten, handschriftlich verfassten und unterzeichneten Verfügung der Erblasserin, die unbestritten von der Erblasserin stammte, geht die Enterbung der Beteiligten zu 3 und 4 hervor sowie die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2.

In seiner Entscheidung vom 16.2.2021 hat das OLG Frankfurt am Main – 21 W 165/20, ebenso wie das Amtsgericht Frankfurt am Main, Beschl. v. 11.5.2020 – 51 VI 4443/18 F, das Erbrecht der Beteiligten zu 1 und 2 auf das – im Original nicht mehr auffindbare handschriftliche Testament der Erblasserin vom 30.12.2010 gestützt.

Der Senat stützte seine Überzeugung von der Wirksamkeit des nicht mehr auffindbaren Testaments, nachdem sich die Erbfolge im vorliegenden Fall vorliegend richtete, auf die von den Beteiligten zu 1 und 2 vorgelegte Testamentskopie sowie die überzeugende Zeugenaussage der erstinstanzlich vernommenen Zeugin.

Die Zeugin gab an, bei Errichtung des Testaments zugegen gewesen zu sein. Die Erblasserin habe das Testament im Haus der Zeugin auf Kohlepapier geschrieben. Darüber hinaus führte die Zeugin aus, dass die Erblasserin ihr gegenüber – zusätzlich – nach Abfassung des Testaments den aus der Testamentskopie hervorgehenden Willen immer wieder bekundet hat. Die Erblasserin wollte, dass die Beteiligten zu 1 und 2 ihr Vermögen erhalten.

Die Existenz des Testaments, die formgerechte Errichtung des Testaments durch die Erblasserin gem. § 2247 BGB sowie den Inhalt des Testaments haben die Beteiligten somit zur Überzeugung der Instanzgerichte durch Vorlage einer Testamentskopie und die Errichtung und den Inhalt des Testaments bestätigende Zeugenaussage erbracht.

In seiner Entscheidung stellte der entscheidende Senat des OLG Frankfurt am Main, ebenso wie das erstinstanzlich mit der Sache befasste Amtsgericht Frankfurt am Main, zudem klar, dass die Unauffindbarkeit eines Testaments keine Vermutung dahingehend statuiert, dass der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet und daher gem. § 2255 BGB widerrufen hat (Weidlich/*Palandt*, 80 Auflage 2021, § 2255 Rn 11, OLG Köln v. 2.12.2016 – 2 Wx 550/16). Hierfür müssen weitere überzeugende Anhaltspunkte vorliegen, die mit der erforderlichen Gewissheit die Feststellung zulassen, dass der Erblasser das Testament vernichtet und damit widerrufen hat.

Die Feststellungslast für den Widerruf trifft im Erbscheinsverfahren denjenigen, der sich zu seinen Gunsten zur Begründung seines Erbrechts auf die Vernichtung und Unwirksamkeit des Testaments beruft.

Der Einwand der Beteiligten zu 3 und 4, die dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 mit einem eigenen Erbscheinsantrag entgegengetreten sind, die Erblasserin sei äußerst ordnungsliebend gewesen und habe alle wichtigen Unterlagen abgeheftet, weswegen das Testament im Original in jedem Fall hätte aufgefunden werden müssen, wenn sie es nicht vernichtet hätte, sowie der weitere Einwand, dass die Erblasserin ihnen gegenüber stets geäußert habe, sie wisse wer ihre Familie sei und sie müssten sich keine Sorgen machen, erbringt nach Auffassung der Instanzgerichte nicht den erforderlichen Nachweis der Vernichtung und des Widerrufs des Testaments durch die Erblasserin.

Dies vorliegend deshalb nicht, da zwischen der Errichtung des Testaments und dem Erbfall acht Jahre lagen, so dass es nicht ungewöhnlich ist, dass ein wichtiges Dokument nicht mehr auffindbar ist.

Gegen die Vernichtung und den Widerruf des Testaments sprachen vorliegend zudem die Zeugenaussagen sowie der Umstand, dass die Erblasserin wesentliche Teile ihres Vermögens bereits lebzeitig auf die Beteiligten zu 1 und 2 übertragen hat, was die testamentarische Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 nochmals bestätigte.

b)

Die weitere Rechtsproblematik die sich im vom OLG Frankfurt am Main zu entscheidenden Sachverhalt stellte, war die zu klärende Frage, ob der Wirksamkeit des nicht mehr auffindbaren Testaments, mit welchem die Erblasserin vorliegend die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben eingesetzt hat, eine Beschränkung der Erblasserin in ihrer Verfügungsbefugnis aufgrund der in einem zeitlich früher abgefassten gemeinschaftlichen Testament erfolgten Schlusserbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 3 und 4 gem. § 2270, § 2271 BGB entgegengestanden hat.

Die Erblasserin, die am 18.2.2018 verstarb, hat mit ihrem am 16.11.2007 vorverstorbenen Ehemann im Jahre 1967 ein gemeinschaftliches notarielles Testament errichtet, in welchem sie sich wechselseitig zu Alleinerben einsetzen. Weitere Verfügungen – insbesondere für den zweiten Erbfall – sind nicht getroffen worden.

Dreißig Jahre später, im Jahre 1997, errichtete die Erblasserin und ihr Ehemann in Ergänzung ihres Testaments aus dem Jahre 1967 ein weiteres handschriftliches Testament, in welchem sie verfügten, dass der überlebende Alleinerbe zu Hause gepflegt werden sollte, entweder von einer Pflegekraft oder von den Beteiligten zu 3 und 4, die die Eheleute jeweils in dem Testament zu ihren Erben einsetzen.

Die Beteiligten zu 3 und 4, die Nichte und Neffe des vorverstorbenen Ehemannes der Erblasserin waren, vertraten die Auffassung, dass die im Testament des Jahres 1997 erfolgte Schlusserbeinsetzung wechselbezüglich zu der im Testament von 1967 erfolgten Alleinerbeinsetzung der Erblasserin durch ihren Ehe-

mann ist (§ 2270 Abs. 2 BGB) und infolge des Vorversterbens des Ehemannes bindend geworden ist (§ 2271 Abs. 2 BGB) infolge dessen die Erblasserin zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 nicht mehr am 30.12.2010 verfügen konnte.

Die Feststellungslast für das Bestehen einer Wechselbezüglichen Verfügung trifft hierbei denjenigen, der sich zu seinen Gunsten auf eine in wechselbezüglicher Weise getroffene und nach dem Ableben des ersten Ehegatten bindend gewordene Verfügung beruft.

Sowohl das erstinstanzliche Gericht als auch das OLG Frankfurt am Main haben in ihren Entscheidungen die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung zu recht verneint.

Gem. § 2270 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament diejenigen Verfügungen wechselbezüglich, die ein Ehegatte nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen hätte, bei denen also aus dem Zusammenhang des Motivs heraus eine innere Abhängigkeit zwischen den einzelnen Verfügungen derart besteht, dass die Verfügung des einen Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Partner eine bestimmte Verfügung getroffen hat, wenn also nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll (vgl. Palandt/*Weidlich*, 80 Auflage 2021, § 2270 Rn 1).

Die mit der Entscheidung befassten Gerichte stellten hierbei zunächst fest, dass die gegenseitige Erbeinsetzung und die Schlusserbeinsetzung nicht in derselben Verfügung getroffen werden müssen; frühere Verfügungen können auch mit späteren wechselbezüglich werden.

Dies ist jedoch nur bei Vorliegen qualifizierter Voraussetzungen zu bejahen. Neben dem ggf. durch Auslegung zu ermittelnden Willen zur Zusammenfassung beider Verfügungen müssen die Ehegatten deutlich machen, dass inhaltlich von einem Abhängigkeitsverhältnis auszugehen ist und die frühere Verfügung mit der neuen Verfügung entsprechend verknüpft wird.

Im vorliegenden Fall war mithin zu klären, ob die Alleinerbeinsetzung der Erblasserin durch ihren Ehemann wechselbezüglich zu der Einsetzung der Beteiligten zu 3 und 4 als Erben nach dem Letztversterbenden, hier der Erblasserin, gewesen ist.

Der entscheidende Senat des OLG Frankfurt am Main gelangte, ebenso wie schon das Amtsgericht zu der Überzeugung, dass eine Wechselbezüglichkeit der im Testament von 1997 erfolgten Schlusserbeinsetzung mit der im Jahre 1967 erfolgten Alleinerbeinsetzung der Erblasserin durch ihren Ehemann nicht gegeben ist.

Die Gerichte führen in ihren Entscheidungsgründen aus, dass gegen die Wechselbezüglichkeit spricht, dass sich die Eheleute

in einem eigenständigen Testament im Jahr 1967 unabhängig von einer Schlusserbeinsetzung – wechselseitig – zu Alleinerben eingesetzt haben.

Der Wortlaut des dreißig Jahre später errichtete Testament weißt zudem keinerlei Anhaltspunkte dahingehend auf, dass nunmehr die dreißig Jahre zuvor erfolgte gegenseitige Erbeinsetzung nachträglich von einer Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 3 und 4 abhängig gemacht werden sollte und der früheren gegenseitigen Erbeinsetzung nachträglich eine den überlebenden Ehegatten in der Testierfähigkeit beschränkende Bedingung im Sinne einer Wechselbezüglichkeit beigelegt worden ist.

Vielmehr haben die Eheleute im Jahr 1997 ihr Testament aus dem Jahr 1967 schlicht ergänzt, wobei das leitende Motiv der Eheleute, wie sich aus dem Wortlaut des Testaments ergibt, die Sicherstellung der Versorgung und Pflege des überlebenden Ehegatten im häuslichen Umfeld durch eine Pflegekraft oder die als Schlusserben eingesetzten Beteiligten zu 3 und 4 erfolgen sollte. Eine Verknüpfung der Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 3 und 4 als Verwandte des Ehemannes mit der dreißig Jahre zuvor erfolgten Alleinerbeinsetzung der Ehefrau kann in diesem Fall nicht angenommen werden.

Die von den Beteiligten zu 3 und 4 angeführte Vermutungsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB, wonach eine Wechselbezüglichkeit zu bejahen ist, wenn derjenige Ehegatte, dem von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung – hier Alleinerbeinsetzung – gemacht worden ist, für den Fall seines Überlebens eine Verfügung zugunsten mit dem anderen Ehegatten verwandten oder diesem nahestehenden Personen getroffen hat, findet vorliegend aufgrund des im Testament zum Ausdruck kommenden Motiv der nachträglichen Testamentserrichtung gerade keine Anwendung.

Die Erblasserin konnte daher die im Testament im Jahr 1997 vorgenommene Erbeinsetzung der Beteiligten zu 3 und 4 wirksam durch ihre Verfügung vom 30.12.2010 abändern.

Der Besprechungsfall zeigt einerseits, dass bei einem im Original nicht mehr auffindbaren Testament nicht vorschnell von einer Unwirksamkeit des Testaments ausgegangen werden kann.

Zum anderen setzen sich die mit der Entscheidung befassten Gerichte lehrbuchartig mit den Anforderungen der Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten auseinander – wie u.a. mit den Anforderungen an die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen wenn diese räumlich voneinander getrennt in zwei verschiedenen, zeitlich weit auseinander liegenden, Testamenten abgefasst sind.

Alexa Schmitt, Rechtsanwältin, Fachanwältin für Erbrecht, Fachanwältin für Familienrecht, Rüsselsheim und Frankfurt