

---

**Datum:** 10.03.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** I-3 Wx 186/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2017:0310.I3WX186.16.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Neuss, 133 VI 45/08

---

**Tenor:**

Das Rechtsmittel wird auf Kosten der Beteiligten zu 1. zurückgewiesen.

Geschäftswert: bis 50.000 €

---

**Gründe:** 1

**I.** 2

Die Beteiligte zu 2. war mit dem Erblasser verheiratet. Ihre erste Ehe wurde 1968 geschlossen. Unter dem 21. Mai 1978 errichteten die Eheleute ein eigenhändiges, – soweit ersichtlich – von der Beteiligten zu 2. geschriebenes und von beiden Ehegatten unterschriebenes Testament, in dem es hieß: 3

„Wir, ....., erklären, dass beim Tode eines Ehegatten der Andere ihn beerbt. (Berliner Testament). Unsere beiden ehelichen Kinder A. und S., sowie die Tochter aus der ersten Ehe der Frau: E. K., sollen bei unserem gemeinsamen Tod jeder zu gleichen Teilen erben.“ 4

Die besagte Ehe wurde 1990 geschieden. Im Anschluss an mehrere gemeinsame Urlaube lebten die ehemaligen Eheleute ab 1998 wieder zusammen. 2002 heirateten sie erneut; diese zweite Ehe hatte bis zum Tode des Erblassers Bestand. 2003 adoptierte der Erblasser die im Testament erwähnte E. im Wege der Erwachsenenadoption. 5

Auf Antrag der Beteiligten zu 2. ist am 4. April 2008 ein sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweisender Erbschein erteilt worden. 6

Mit Schrift vom 8. September 2015 hat die Beteiligte zu 1. dessen Einziehung beantragt und zur Begründung im Kern angeführt, durch die Scheidung sei das Testament von 1978 unwirksam sowie durch die spätere zweite Eheschließung auch nicht wieder wirksam geworden; es sei die gesetzliche Erbfolge eingetreten. Dem ist die Beteiligte zu 2. entgegengetreten.

Durch die angefochtene Entscheidung hat das Nachlassgericht den Einziehungsantrag zurückgewiesen. Gegen den ihr am 3. Februar 2016 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 1. mit ihrem am 10. Februar 2016 bei Gericht eingegangenen Rechtsmittel, das die Beteiligte zu 2. zurückgewiesen sehen möchte. 8

Das Nachlassgericht hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt. 9

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Nachlassakte sowie der Testamentsakte 133 IV 356/05 AG Neuss Bezug genommen. 10

**II.** 11

Auf das vorliegende Verfahren sind entsprechend Art. 229 § 36 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch und das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der vor dem 17. August 2015 geltenden Fassung anzuwenden, da der Erblasser vor diesem Stichtag verstorben ist; auf die Einleitung des hiesigen Einziehungsverfahrens kommt es nicht an. 12

1. 13

Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1. ist infolge der vom Nachlassgericht mit Beschluss vom 30. Juni 2016 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. FamFG. 14

2. 15

Es ist gemäß §§ 58 Abs. 1 i.V.m. 353, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG als befristete Beschwerde statthaft und auch im Übrigen zulässig. 16

3. 17

In der Sache jedoch bleibt es ohne Erfolg. Zu Recht hat das Amtsgericht die Einziehung des Erbscheins vom 4. April 2008 abgelehnt. Allerdings hat es versäumt, eine nach § 353 Abs. 1 Satz 1 FamFG zwingend erforderliche Kostenentscheidung für das erstinstanzliche Verfahren zu treffen; diese kann jedoch, wie sich der Fassung des § 353 Abs. 1 Satz 2 FamFG entnehmen lässt, – auch jetzt noch (vgl. Keidel-Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 353 Rdnr. 14 m.w.Nachw.) – nachgeholt werden. 18

a) Der erteilte Erbschein unterliegt nach § 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB dann nicht der Einziehung, wenn er richtig ist. Dies ist der Fall, wenn die Beteiligte zu 2. den Erblasser tatsächlich allein beerbt hätte. Das wiederum ist gegeben, wenn das Testament vom 19

21. Mai 1978 die Erbfolge regelt. Denn ungeachtet dessen, dass die Eheleute den Rechtsbegriff des Berliner Testaments dem Anschein nach nicht vollständig zutreffend verstanden hatten, besteht kein ernsthafter Zweifel, dass sie entsprechend § 2269 Abs. 1 BGB anordnen wollten, Erbe des Erstversterbenden von ihnen sei der jeweils andere als 20

alleiniger Vollerbe und Miterben nach dem Längstlebenden sollten die drei benannten Kinder als Schlusserben zu je ein Drittel sein; dass mithin die Eheleute keine Vor- und Nacherbschaft bestimmen wollten.

Des weiteren sind Bedenken dagegen, dass das Testament seinerzeit als gemeinschaftliches Testament wirksam – namentlich formwirksam und durch Testierfähige – errichtet wurde, nicht veranlasst. Angesichts dessen kommt alles darauf an, ob die Verfügung von Todes wegen nachträglich unwirksam geworden ist. Als Grund hierfür kommen einzig §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Die Voraussetzungen für diesen Unwirksamkeitsgrund liegen jedoch zur Überzeugung des Senats nicht vor. 21

Die genannten Vorschriften bestimmen, dass ein gemeinschaftliches Testament, durch das sich die Eheleute gegenseitig bedacht haben, seinem ganzen Inhalt nach unwirksam ist, wenn die Ehe vor dem Tode des Erstversterbenden aufgelöst worden ist. Allerdings bleiben nach § 2268 Abs. 2 BGB die letztwilligen Verfügungen insoweit wirksam, wie anzunehmen ist, dass sie auch für diesen Fall getroffen sein sollten. 22

b)Ob danach das gemeinschaftliche Testament von 1978 unwirksam ist, kann im vorliegenden Fall nicht dahingestellt bleiben. Denn eine grundsätzlich mögliche Umdeutung in ein einseitiges Testament hier des Erblassers scheidet bereits deshalb aus, weil ein solches formunwirksam wäre. Es würde an der gemäß § 2247 Abs. 1 BGB erforderlichen Errichtung durch eigenhändige Niederschrift des Erblassers fehlen, weil der Text der Verfügung von 1978 erkennbar von der Beteiligten zu 2. geschrieben und vom Erblasser lediglich unterschrieben worden ist. 23

c)Nach einer teilweise vertretenen Ansicht unterfallen Sachverhalte der Wiederheirat zuvor schon einmal verheirateter und geschiedener Personen vor dem Tode des Erstversterbenden von vornherein nicht § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB. 24

Denn der gesetzlichen Regelung liege der Gedanke zugrunde, dass Ehegatten bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments im Regelfall vom Bestehen ihrer Ehe bis zum Tod ausgingen. Eine Wiederheirat empfänden Eheleute indes regelmäßig als Behebung der Scheidung, so dass sich die der Zuwendung an den jeweils anderen in der Regel zugrunde liegende Erwartung einer familienrechtlichen Bindung bis zum Erbfall durch Eingehen der zweiten Ehe letztlich erfülle (vgl. die Nachweise bei MK-Leipold, BGB, 7. Aufl. 2017, § 2077 Rdnr. 28). 25

Nach dieser Meinung ist eine Unwirksamkeit hier ohne weiteres zu verneinen. 26

Gleiches ergäbe sich im übrigen auf der Grundlage der hier nicht näher behandelten Auffassung, die Wiederheirat führe zu einem „Wiederaufleben“ des gemeinschaftlichen Testaments im Sinne eines Wiedereintritts seiner Wirksamkeit. 27

d)Die überwiegende Auffassung beurteilt die oben benannten Fälle der Wiederheirat differenzierter. An dem Ergebnis ändert sich im gegebenen Fall indes nichts. 28

(1)Sei ein gemeinschaftliches Testament nach §§ 2268 Abs. 1, 2077 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam geworden, werde es bei einer Wiederheirat der geschiedenen Ehegatten nicht wieder wirksam. Daher könne der Wille der Ehegatten, ein unwirksam gewordenes Testament erneut in Kraft zu setzen, keine Beachtung finden, falls er nicht in der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form zum Ausdruck gekommen sei. Jedoch müsse wegen § 2268 Abs. 2 BGB durch Auslegung nach §§ 133, 2084 BGB ermittelt werden, 29

ob die Weitergeltung der Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments für den Fall der Ehescheidung dem wirklichen oder, falls ein solcher nicht festgestellt werden könne, dem mutmaßlichen, d.h. hypothetischen, Willen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung entsprochen habe. Dabei sei zu prüfen, ob ein für die Person eines Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teils entsprochen habe. Da es ferner auf denjenigen Zeitpunkt ankomme, zu dem die letztwillige Verfügung errichtet worden sei, könnten spätere Umstände nur als Anzeichen für einen bereits in jenem Zeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen berücksichtigt werden (BGHZ 160, 33 ff; BayObLG a.a.O.; OLG Hamm FGPrax 2011, 83; Erman-Kappler, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2268 Rdnr. 3 und 5; BeckOK BGB – Litzenburger, Stand: 01.11.2016, § 2268 Rdnr. 10 und § 2077 Rdnr. 12; MK-Leipold a.a.O., Rdnr. 25 ff; Staudinger-Kanzleiter, BGB, Neubearb. 2014, § 2268 Rdnr. 7 und 10).

Im Einzelnen sei bei der Ermittlung eines hypothetischen Weitergeltungswillens zu prüfen, ob die Eheleute ihre letztwilligen Verfügungen auch dann getroffen hätten, wenn sie die Scheidung und ihre anschließende Wiederverheiratung als möglich vorausgesehen hätten. Zwar seien Umstände, die zeitlich nach der Eheschließung lägen, bei der ergänzenden Auslegung gemäß §§ 2268 Abs. 2, 2077 Abs. 3 BGB in der Regel ohne Bedeutung. Die Wiederheirat geschiedener Ehegatten jedoch sei ein den Status der Testierenden in gleicher Weise wie die Scheidung betreffender Umstand, der deshalb bei der ergänzenden Auslegung Berücksichtigung zu finden habe. Denn mit der erneuten Eheschließung würden die familienrechtlichen Beziehungen neu begründet, die die Grundlage für die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments gebildet hätten. Die Ehegatten könnten gemäß § 2265 BGB erneut gemeinschaftlich testieren, wenn sie dies wollten und dazu Veranlassung sehen. Als Indizien für einen Weitergeltungswillen werden angesehen eine Wiederheirat verhältnismäßig kurze Zeit nach der Scheidung und das Unterlassen anderweitiger letztwilliger Verfügungen durch die Ehegatten während der Zwischenzeit; demgegenüber sprächen gegen einen Weitergeltungswillen die Qualifizierung der Verfügungen als wechselbezüglich und das Unterlassen der Begründung eines gemeinsamen Hausstandes nach der Versöhnung (grundlegend: BayObLG a.a.O.; vgl. auch OLG Hamm a.a.O.; Staudinger-Kanzleiter a.a.O., Rdnr. 10; eingehend zur Würdigung des Einzelfalles MK-Leipold a.a.O., Rdnr. 28 f; a.A. Erman-Kappler a.a.O., Rdnr. 5). Ferner wird teilweise vertreten, ein auf den Todeszeitpunkt des Erblassers festgestellter tatsächlicher Wille jedenfalls beider Ehegatten des Inhalts einer Beerbung nach dem gemeinschaftlichen Testament erlaube einen tragfähigen Schluss auf einen hypothetischen Willen zur Weitergeltung des Testaments zum Zeitpunkt seiner Errichtung (Kuchinke DNotZ 1996, 306/307, 309 f und 312; Staudinger-Kanzleiter a.a.O., Rdnr. 7; bezüglich eines abweichenden Zeitpunktes wohl auch BayObLG a.a.O.).

(2)(a) Im vorliegenden Fall bietet der Sachverhalt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ehegatten schon im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vom 21. Mai 1978 mit der Scheidung ihrer damaligen Ehe gerechnet haben. Dementsprechend ist ein auf dessen Weitergeltung gerichteter wirklicher Wille nicht feststellbar.

(b) Bei der danach erforderlichen Ermittlung des hypothetischen Willens ist nach dem oben unter (1) am Ende dargestellten Standpunkt nicht zweifelhaft, dass auf einen Willen zur Weitergeltung des Testaments von 1978 geschlossen werden kann. Denn alle Beteiligten, die sich zum hiesigen Verfahren geäußert haben, stimmen darin überein, dass die beiden Eheleute zur Zeit des Todes des Erblassers tatsächlich und auch nach außen kundgetan der Auffassung waren, der Erbgang unterliege den Anordnungen ihres damaligen gemeinschaftlichen Testaments – das ursprüngliche Testament „gelte“ also –, und diesen Erbgang auch wollten (Schriftsatz der Beteiligten zu 2. vom 2. November 2015 und

Beschwerdeerwiderung; Schreiben der Tochter E. vom 11. September 2015). Die Beteiligte zu 1. selbst spricht in der Beschwerdebeurteilung davon, dass diese Meinung zwar auf einer Verkennung der Rechtslage beruht habe, aber Unwissenheit nicht vor Schaden schütze.

(c)Aber auch dann, wenn man auf der Grundlage des im Übrigen vertretenen Standpunktes die im Sachverhalt zutage tretenden Indizien insgesamt würdigt, ist das Ergebnis kein anderes. 33

Zwar dürfte die gegenseitige Erbeinsetzung im Testament von 1978 wechselbezüglich gewesen sein, und der Zeitraum von ungefähr acht Jahren zwischen der Rechtskraft der Scheidung und der Wiederaufnahme des Zusammenlebens der Ehegatten 1998 (die Zeitangabe der Beteiligten zu 2. hierzu in der Beschwerdeerwiderung ist unwidersprochen geblieben) kann nicht als nur geringfügig angesehen werden. Hingegen erschließt sich dem Gericht nicht, weshalb der Umstand, dass der Beteiligten zu 2. nach der Scheidung „das gemeinsame Haus zugesprochen“ wurde, gegen einen Weitergeltungswillen sprechen sollte; durch § 2268 BGB soll der auf den Bestand des ehelichen Bandes gerichteten Erwartung Rechnung getragen werden, nicht derjenigen auf Fortdauer bestimmter Vermögensverhältnisse. 34

Auf der anderen Seite lebten die Ehepartner vor ihrer zweiten Heirat rund vier Jahre zusammen, erfolgte die Heirat ohne erkennbaren „drängenden Anlass“ – wie etwa eine gravierende Krankheit eines Partners – und lagen zwischen dieser Heirat und dem Tod des Erblassers nochmals circa drei Jahre. Auch hat keiner der beiden Eheleute in der Zeit zwischen Scheidung und Wiederheirat anderweitig verfügt. Hinzu treten die Bekundungen ihres Fortgeltungswillens im Familienkreis. Schließlich kann auch die Adoption des Kindes E. durch den Erblasser nicht außer Betracht bleiben. Denn diese Umstände lassen in ihrer Gesamtheit erkennen, dass das neue familienrechtliche Rechtsverhältnis nicht von geringerer Substanz erfüllt war als das alte. Die Tochter E. hat dies in ihrer Äußerung vom 11. September 2015 plastisch dahin beschrieben, für ihre Eltern sei die zweite Heirat die Korrektur des Fehlers ihrer Scheidung gewesen. Dass auch in der zweiten Ehe Spannungen aufgetreten sein mögen – auf die die Beteiligte zu 1. insbesondere im Schriftsatz vom 21. November 2015 hinweist –, ist keine Besonderheit des gegebenen Falles. 35

(d)Dem so gewonnenen Ergebnis lassen sich auch keine juristisch-dogmatischen Bedenken entgegensetzen. 36

Das im Schrifttum vorgebrachte Argument, solle das gemeinschaftliche Testament bei späterer Wiederheirat seine Geltung behalten, müsse es bereits nach der Scheidung weitergegolten haben, so dass ein hypothetischer Wille bei Testamentserrichtung dahingehend erforderlich wäre, dass das Testament bei einer späteren Scheidung Bestand haben solle (so Erman-Kappler a.a.O. Rdnr. 5), erscheint nicht zwingend. Bereits in konstruktiver Hinsicht wird dem entgegengehalten, angenommen werden könne auch ein hypothetischer Wille der Eheleute dahingehend, die Verfügungen träten bei einer Scheidung nur auflösend bedingt durch eine etwaige Wiederheirat außer Kraft (so Staudinger-Kanzleiter a.a.O., Rdnr. 7). Es lässt sich nach Auffassung des Senats auch nicht ohne weiteres sagen, die besagte Konstruktion unterstelle eine tatsächlich nicht vorhandene Willensrichtung der Testierenden (so aber a.a.O.). Denn letztlich bildet sie lediglich die juristische Umsetzung einer faktisch durchaus als naheliegend vorstellbaren Haltung der seinerzeit Verfügenden, wonach es nur einen formalen Unterschied darstelle, ob im Zeitpunkt des Erbfalles dieselbe Ehe bis dahin bestanden habe oder an die Stelle der ersten Ehe eine neue, aber sozusagen gleichwertige getreten sei. Ob sich alsdann der Unterschied aus Sicht der Eheleute im konkreten Fall tatsächlich als nur formal darstellt, hängt von der Intensität der zweiten 37

Beziehung im Einzelfall ab (anschaulich MK-Leipold a.a.O., Rdnr. 28). Schließlich dürften auch in der „Zwischenzeit“ von einem der geschiedenen Eheleute getroffene anderweitige, wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinsamen Testament widersprechende letztwillige Verfügungen keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereiten; denn allein dieser Umstand dürfte (bei Abwesenheit sonstiger Besonderheiten) ohnehin ein schlagendes Indiz gegen einen Fortgeltungswillen darstellen (so auch MK-Leipold a.a.O., Rdnr. 29).

<b>III.</b>	38
Die Kostenentscheidung für das vorliegende Beschwerdeverfahren beruht auf § 84FamFG. Nach dieser Vorschrift soll das Gericht die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels demjenigen Beteiligten auferlegen, der es eingelegt hat. Für einen Ausnahmefall ist hier nichts ersichtlich.	39
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG liegen nicht vor. Zwar wird – wie zuvor unter II. gezeigt – die verfahrensentscheidende Rechtsfrage nicht einheitlich beantwortet, jedoch kommen im vorliegenden Fall alle vertretenen Standpunkte zu demselben Ergebnis.	40
Die Wertfestsetzung findet ihre Grundlage in §§ 61 Abs. 1 Satz 1, 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Satz 2 GNotKG. Bei der Bestimmung des Nachlassreinwertes ist der Senat von	41
den Angaben der Beteiligten zu 2. im Wertermittlungsbogen vom 26. Februar 2008 in Verbindung mit ihren Erläuterungen im Schreiben vom 16. April 2008 ausgegangen.	42