
Datum: 08.11.2019
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 3. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 3 Wx 142/18
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2019:1108.3WX142.18.00

Vorinstanz: Amtsgericht Moers, 300 VI 187/18

Tenor:

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 gegen den Feststellungsbeschluss des Amtsgerichts – Nachlassgericht – Moers vom 12. Juni 2018 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt der Beteiligte zu 2.

Geschäftswert: bis 30.000 € (1/4 des hälftigen Miteigentumsanteils der Erblasserin)

Gründe

- I. 1
- Die Beteiligten sind die Söhne der Erblasserin. 2
- Die Erblasserin war zusammen mit ihrem Ehemann zu je ½ Miteigentümerin des Familienheims. Sie hatte mit ihrem vorverstorbenen Ehemann, dem Vater der Beteiligten, am 29. Okt. 1981 wie folgt gemeinsam testiert: 3
- „Wir, die Eheleute ..., setzen uns gegenseitig zu alleinigen Vorerben ein. Nacherben sollen unsere beiden Söhne ... zu gleichen Teilen sein. 4
- Das zum Nachlass gehörige Grundvermögen darf vom Vorerben weder verkauft, verschenkt noch mit Hypotheken oder Grundschulden belastet werden. 5
- 6
- 7

Sollte einer unserer beiden Söhne seinen Pflichtteil nach dem Erstversterbenden verlangen, dann soll er auch nach dem Letztversterbenden nur seinen Pflichtteil erhalten.“

Am 23. Juni 2016 ließ die Erblasserin das folgende notarielle Testament beurkunden: 8

„Vorbemerkungen 9

1. Ich will ein Testament errichten und bin weder durch ein früheres gemeinschaftliches Testament noch durch einen Erbvertrag in der Verfügung über meinen Nachlass, soweit er nicht der Vor- und Nacherbfolge unterliegt, beschränkt oder gehindert. 10

Insoweit hat der Notar mich auf mein gemeinsam mit meinem verstorbenen Ehemann errichtetes privatschriftliche Testament vom 29. Okt. 1981 hingewiesen, ... 11

Danach bin ich alleinige Vorerbin meines Ehemannes geworden. Nacherben sind meine Söhne Eine Schlusserbeneinsetzung enthält das gemeinschaftliche Testament ... nicht, so dass ich über dasjenige Vermögen, welches ich nicht von meinem Ehemann geerbt habe, frei verfügen kann. Der Notar hat die Erschienene darauf hingewiesen, dass dies nicht für das der Vor- und Nacherbfolge unterliegende Vermögen gilt, insbesondere nicht für den früheren ½ Miteigentumsanteil des verstorbenen Ehemannes an dem ... Grundbesitz. Dieses Vermögen erben im Todesfall der Erschienenen also die beiden vorgenannten Söhne je zur Hälfte gemäß der Vor- und Nacherbenbestimmung im privatschriftlichen Testament vom Die nachfolgende Erbeinsetzung im heutigen Testament gilt also nur für dasjenige Vermögen, welches nicht der Vor- und Nacherbfolge unterliegt, also insbesondere für den weiteren ½ Anteil an dem vorgenannten Grundbesitz.“ 12

Sodann setzte die Erblasserin zu ihren Erben den Beteiligten zu 2 zu ¾ und den Beteiligten zu 1 zu ¼ ein. 13

Der Beteiligte zu 1 hat am 7. März 2018 gestützt auf das gemeinschaftliche Testament vom 29. Okt. 1981 einen Erbschein beantragt, wonach die Erblasserin von den Beteiligten zu 1 und zu 2 zu je ½ beerbt worden ist. Der Nacherbeneinsetzung des gemeinschaftlichen Testaments sei durch Auslegung auch eine wechselseitige Schlusserbeneinsetzung zu entnehmen, wonach die Beteiligten zu je ½ Anteil Erben des Längerlebenden der testierenden Eheleute werden sollten. 14

Der Beteiligte zu 2 hat gemeint, das gemeinschaftliche Testament enthalte nach seinem eindeutigen Wortlaut nur eine Regelung für den Tod des Erstversterbenden. An keiner Stelle finde sich eine Anordnung oder auch nur eine Andeutung für den Tod des Längstlebenden. 15

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 12. Juni 2018 die Tatsachen für festgestellt erachtet, die zur Begründung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 1 erforderlich sind. 16

Der Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments gebe nichts dafür her, ob die Eheleute nicht auch über den Nachlass des Letztversterbenden hätten testieren wollen. Dafür spreche die Auslegung des § 2102 Abs. 1 BGB, wonach die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe enthalte. Daher seien die Kinder, die nach dem Tod des Erstversterbenden Erben werden sollten, ersatzweise auch als Erben des Letztversterbenden eingesetzt worden. § 2102 Abs. 1 BGB wolle gerade in den Fällen, in denen die Einsetzung eines Nacherben wegen Wegfalls des Vorerben nicht zum Tragen komme, der Verfügung im Zweifel Wirksamkeit verleihen, in dem der Nacherbe ersatzweise als Vollerbe berufen sei. 17

Der Beteiligte zu 2 beschwert sich hiergegen unter Wiederholung seines bisherigen Vortrages.	
Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht gemäß weiterem Beschluss vom 13. Juli 2018 zur Entscheidung vorgelegt.	19
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte verwiesen.	20
II.	21
Das infolge der mit weiterem Beschluss des Nachlassgerichts vom 09. Juli 2019 erklärten Nichtabhilfe dem Senat gemäß § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG zur Entscheidung angefallene Rechtsmittel des Beteiligten zu 3 ist als befristete Beschwerde gemäß § 58 ff. FamFG statthaft und auch im übrigen zulässig.	22
In der Sache bleibt es ohne Erfolg, denn das Nachlassgericht hat zurecht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 für gerechtfertigt erachtet.	23
Die Erbfolge nach der Erblasserin richtet sich nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern der Beteiligten vom 29. Okt. 1981. Nach diesem Testament sind die Beteiligten zum einen zu je ½ Schlusserben nach der – längstlebenden – Erblasserin; zum anderen ist diese Erbeinsetzung als wechselbezügliche Verfügung mit dem Tod des Vaters der Beteiligten bindend geworden. Daher ist die notarielle Verfügung der Erblasserin vom 23. Juni 2016 insoweit unwirksam, als sie die Rechte des wechselbezüglich bedachten Beteiligten zu 1 beeinträchtigen würde.	24
Das gemeinschaftliche Testament der Eltern enthält nach seinem Wortlaut – nur – eine Regelung für die Erbfolge nach dem Tod des Erstversterbenden. Für den Fall des Todes des überlebenden Ehegatten gibt sein Wortlaut nichts her. Es ist also offen und durch Auslegung nach den anerkannten Grundsätzen gem. §§ 133, 2084 BGB zu bestimmen, ob die Eheleute mit der Formulierung der Einsetzung der Nacherben nur über den Nachlass des Erstversterbenden und nicht auch über den des Letztversterbenden testieren wollten. Der vorliegende Fall entspricht insoweit dem, der der Entscheidung des Kammergerichts (NW-RR 1987, 451) zugrunde lag. Das Kammergericht hat dazu folgendes ausgeführt:	25
„Die testierenden Eheleute haben sich dem Wortlaut nach gegenseitig zu befreiten Vorerben ihrer Nachlässe eingesetzt. Bei der Anordnung der Nacherbschaft, eine logische Folge der Vorerbschaft, haben sie bei der Formulierung nicht zwischen dem Nachlass des Erstversterbenden und dem des Zweitversterbenden unterschieden, sondern nach der gegenseitigen Einsetzung zu Vorerben schlechthin „Nacherbschaft“ angeordnet, ohne dass dem Testamentswortlaut zu entnehmen wäre, wie nach dem Tode des Letztversterbenden in Bezug auf dessen Nachlass die angeordnete Vorerbfolge des anderen Ehegatten und damit die Nacherbfolge der Beteiligten zu 1 zu aktualisieren wäre; denn nach dem Tode des Letztversterbenden kann der erstverstorbene Ehegatte nicht mehr Vorerbe des anderen werden (§ 1923 Absatz 1 BGB) und damit kann der im Testament zum Nacherben Eingesetzte in Bezug auf den Nachlass des letztversterbenden Ehegatten auch nicht mehr Nacherbe werden. Diese aus dem Begriff der Vor- und Nacherbschaft hergeleitete Überlegung schließt indessen nicht eine Willenserforschung in der Richtung aus, ob die Testierenden nicht auch für den Nachlass des überlebenden Ehegatten den als „Nacherben“ Bezeichneten zum Erben einsetzen wollten (§§ 133, 2084 BGB; vgl. auch RG, Recht 1922 Nr. 438; OLG München, JFG 15, JFG Band 15 Seite 246 = HRR 1937, Nr. 1094; LG Berlin,	26

...	27
Soweit das OLG Karlsruhe (FamRZ 1970, 255) eine Auslegungsfähigkeit eines gemeinschaftlichen Testaments in der erwähnten Richtung für ausgeschlossen halten sollte, kann dem nicht gefolgt werden. Richtig ist zwar, dass nach juristisch richtigem Verständnis der Wortwahl die gegenseitige Einsetzung der Ehegatten zu Vorerben und die Einsetzung eines Nacherben für jeden der testierenden Ehegatten "unter der Bedingung" seines Vorversterbens stand mit der Folge, dass für den Nachlass des Letztversterbenden weder eine Vor - noch eine Nacherbschaft in Betracht kam (OLG Karlsruhe, a.a.O.). Diese Erwägung schließt indessen nicht eine Erforschung des Willens der Testierenden in der Richtung aus, ob sie nicht mit der Wortwahl etwas anderes als das juristisch Richtige und Präzise gewollt haben mit der Folge, dass das wirklich Gewollte maßgebend ist."	28
Diesen Ausführungen hat der Senat nichts hinzuzufügen.	29
Hier ergibt bereits die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments, dass die Eheleute nicht nur die Erbfolge nach dem Tod des Erstversterbenden, sondern auch die nach dem Tod des Überlebenden haben regeln wollen.	30
Der Beteiligte zu 2 weist daraufhin, es sei seinen Eltern darauf angekommen, dass das vererbte Grundvermögen (des Erstversterbenden) den Nacherben erhalten blieb und beim Tode des Längstlebenden auf diese überging. Ersichtlich ging es den Eheleuten als Eltern der Beteiligten darum, ihren Kindern das im Wesentlichen aus dem Familienheim bestehende gemeinsame Vermögen zu erhalten. Dieses Ziel wäre jedoch nicht zu erreichen, wenn der Überlebende hinsichtlich seines hälftigen Miteigentumsanteils beliebig anderweit hätte von Todes wegen verfügen können. Zwar wäre mit diesem Ziel ggf. eine Verschiebung der Erbquoten unter den Beteiligten noch zu vereinbaren, keinesfalls aber die Einsetzung dritter Personen als (Schluss-)Erben des Längstlebenden.	31
Dies spricht dafür, das gemeinschaftliche Testament dahin auszulegen, dass für den Tod des Längstlebenden die als Nacherben benannten Beteiligten dessen Schlusserben werden sollten.	32
Weiter spricht dafür auch die im letzten Satz des gemeinschaftlichen Testaments enthaltene Regelung, wonach derjenige, der nach dem Erstversterbenden seinen Pflichtteil fordern würde, auch nach dem Letztversterbenden nur seinen Pflichtteil erhalten sollte. Diese Pflichtteilsstrafklausel soll – regelmäßig und so auch hier – verhindern, dass der überlebende Ehegatte durch Forderungen eines der Kinder in finanzielle Schwierigkeiten gebracht wird. Einen Anreiz dazu hat das pflichtteilsberechtigten Kind jedoch nur, wenn es damit rechnen kann, beim Tode des Längstlebenden dementsprechend als (Schluss-)Erbe zum Zuge zu kommen.	33
Selbst wenn man das Testament nicht wie dargestellt auslegen wollte, käme man zu keinem anderen Ergebnis. Denn wenn die Willenserforschung weder positiv zur Bejahung einer Ersatzberufung noch negativ zu einer Verneinung dieser Ersatzberufung führt, ist Raum für die vom Nachlassgericht praktizierte Anwendung der "Zweifelsregelung" des § 2102 Absatz 1 BGB (KG, a.a.O.).	34
Hierzu hat schon das Kammergericht ausgeführt:	35
	36

„Diese Vorschrift ist nach Auffassung des Senats auch dann anwendbar, wenn in einem gemeinschaftlichen Testament sich Ehegatten gegenseitig zu Vorerben und Dritte zu Nacherben einsetzen. Ergibt also eine Willenserforschung der testierenden Eheleute hinsichtlich des Nachlasses des überlebenden Ehegatten weder eine gewollte noch eine nicht gewollte ersatzweise (Voll) erbenberufung der als Nacherbe eingesetzten Person, besteht insoweit also ein non liquet, ist von einer solchen Ersatzberufung auszugehen. In diesem Fall bedeutet die Verwendung des Wortes „Nacherbe“ in Anwendung der Auslegungsregel des § 2102 Absatz 1 BGB die ersatzweise Einsetzung als (Voll) erbe des überlebenden Ehegatten, nämlich für den Fall, dass der erstverstorbene Ehegatte nicht Vorerbe des Überlebenden und damit insoweit auch die als Nacherbe bezeichnete Person nicht Nacherbe werden kann. Einer Anwendung des § 2102 Absatz 1 BGB für den Nachlass des überlebenden Ehegatten steht auch nicht der Umstand entgegen, dass mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten die Bedingung, unter der der andere Ehegatte den Dritten als Nacherben des Überlebenden eingesetzt hat, ausgefallen ist (so aber OLG München, JFG 15, JFG Band 15 Seite 246; OLG Karlsruhe, FamRZ 1970, Seite 255), dass also für diesen Fall die Einsetzung des Dritten als Erbe des Überlebenden nicht gewollt wäre. Diese Ansicht verkennt, dass jede Nacherbeinsetzung unter der „Bedingung“ steht, der als Vorerbe Eingesetzte werde den Erblasser überleben. Gleichwohl statuiert § 2102 Absatz 1 BGB für den Fall des Vorversterbens des Vorerben und generell für den Fall des Wegfalls der als Vorerben eingesetzten Person die Auslegungsregel, dass die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel die Einsetzung als Ersatzerbe (§ 2096 BGB) enthält. Die Vorschrift des § 2102 Absatz 1 BGB will gerade in Fällen, in denen die Einsetzung eines Nacherben wegen Wegfalls des Vorerben nicht zum Tragen kommt, der Verfügung im Zweifel Wirksamkeit verleihen, indem nach gesetzlicher Auslegungsregel der Nacherbe ersatzweise als (Voll) erbe berufen ist. Die Regel beruht auf der Erwägung, dass der Erblasser im allgemeinen den Rechtserwerb des Nacherben nur mit Rücksicht auf den Vorerben hinausschieben will, so dass, wenn der Vorerbe wegfällt, meist kein Grund besteht, dem als Nacherben Eingesetzten nicht sofort die Erbschaft zukommen zu lassen. Dieser Gesichtspunkt gilt in gleicher Weise für den Fall, dass die Ehegatten sich nicht in getrennten, sondern in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Vorerben und Dritte zu Nacherben einsetzen. In beiden Fällen erfüllt die Vorschrift des § 2102 Absatz 1 BGB den Zweck, dem Willen des Erblassers im Zweifel einen der Lebenserfahrung entsprechenden Ausdruck zu verleihen.

Darüber hinaus entspricht die hier vertretene Auffassung der Trennungslösung bei einem Berliner Testament. Wenn nämlich bei gegenseitiger Erbeinsetzung von Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament und Schlusserbeinsetzung eines Dritten die Auslegungsregel des § 2269 Absatz 1 BGB nicht zum Zuge kommt, wonach der beiderseitige Nachlass als Einheit behandelt wird und der Dritte hinsichtlich des Gesamtnachlasses Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten wird, gilt die sogenannte Trennungslösung, wonach jeder Ehegatte den anderen zu seinem Vorerben, aber zugleich den Dritten für seinen Überlebensfall zu seinem Ersatzerben und für seinen Vorversterbensfall zum Nacherben berufen will. Das bedeutet, dass bei dieser Lösung der Dritte beim Tode des Längstlebenden dessen Nachlass als ersatzweiser (Voll) erbe und den Nachlass des Erstverstorbenen als Nacherbe erhält. Auch dieser Umstand spricht dafür, dass eine Anwendung des § 2102 Absatz 1 BGB bei einer gegenseitigen Vorerbeinsetzung von Ehegatten und der Einsetzung eines Dritten als Nacherben nicht systemfremd ist.“

37

Diese Auffassung des Kammergerichts entspricht inzwischen (vgl. dazu Stryk, DNotZ 1988, 147) gefestigter Rechtsprechung (vgl. zuletzt z.B. OLG Karlsruhe, 11 W 32/17, Beschluss vom 27. Juni 2017, BeckRS 2017, 132089 m.N.) und der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur (vgl. nur Müller-Christmann, in: Gsell/Krüger/Lorens/Reymann, Beck-online,

38

Der Senat schließt sich dem aufgrund eigener Prüfung an.	39
Die somit vorliegende Einsetzung der Beteiligten zu Schlusserben nach dem Tode der Erblasserin als Längstlebende hat auch wechselbezügliche Bindungswirkung, so dass die Erblasserin gehindert war, durch letztwillige Verfügung die Rechte des wechselbezüglich bedachten Beteiligten zu 1 zu beeinträchtigen. Insoweit ist die notarielle Verfügung vom 23. Juni 2016 daher unwirksam.	40
Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit 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 oder fallen soll. Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung. Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden.	41
Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gem. § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. (OLG München, NJW-RR 2011, 227 m.N.).	42
Nach der allgemeinen Lebenserfahrung liegt die Annahme nahe, dass der Ehepartner, der den anderen Elternteil zum Alleinerben einsetzt und damit die gemeinsamen Kinder übergeht, dies in einer Wechselwirkung dazu sieht, dass nicht nur er selbst, sondern auch der andere Elternteil im Gegenzug dafür als Schlusserben des beiderseitigen Vermögens die Kinder einsetzt.	43
Jedenfalls ist nach der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, die hier durch eine Auslegung nicht widerlegt ist, von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen (vgl. OLG München, a.a.O.).	44
III.	45
Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 84 FamFG.	46
Die Wertfestsetzung findet ihre Grundlage in §§ 61 Abs. 1, 36 Abs. 1, 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GNotKG. Der Senat stellt dabei in ständiger Rechtsprechung auf das vom Rechtsmittelführer mit der Einlegung der Beschwerde verfolgte vermögenswerte, wirtschaftliche Interesse ab. Das ist hier das vom Beteiligten zu 2 verfolgte Interesse, an dem hälftigen Miteigentumsanteil der Erblasserin zu $\frac{3}{4}$ beteiligt zu sein. .	47
Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde sind nicht erfüllt, § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG, da die entscheidungstragenden Erwägungen auf in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen beruhen und sodann allein auf den hiesigen Einzelfall bezogen	48

sind.

