

---

**Datum:** 25.11.2020  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 3. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 3 Wx 198/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2020:1125.3WX198.20.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Wesel, 16 VI 77/20

---

**Tenor:**

Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 wird kostenpflichtig zurückgewiesen.

Geschäftswert: 73.733,- €

---

**Gründe:**

**I.**

Die Erblasserin und ihr im Jahr 2013 vorverstorbenen Ehemann errichteten am 10. August 2009 handschriftlich ein gemeinsames Testament, mit welchem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Weiter verfügten sie: „Erst nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Elternteil sollen die Kinder uns zu ungefähr gleichen Teilen beerben.“

Die Erblasserin hatte aus erster Ehe zwei Kinder, die Beteiligte zu 1 und den im Jahr 2018 vorverstorbenen Vater der Beteiligten zu 3 und 4; der Ehemann der Erblasserin hatte eine Tochter aus erster Ehe, die Beteiligte zu 2. Die Beteiligte zu 1 und ihr Bruder lebten im Haushalt der Eheleute, ein persönliches Verhältnis zur Beteiligten zu 2 bestand nicht.

Nach dem Tod ihres Ehemannes errichtete die Erblasserin am 5. September 2014 ein handschriftliches Einzeltestament, mit welchem sie verfügte, dass sie ihr Vermögen, das Haus und finanziellen Betrag an ihre beiden Kinder zu gleichen Teilen vererbe.

Mit notarieller Urkunde vom 30. Januar 2020 beantragte die Beteiligte zu 1 den Erlass eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der als Erben der Erblasserin die Beteiligte zu 1 zu ½-Anteil und die Beteiligten zu 3 und 4 zu je ¼-Anteil ausweist. Die Beteiligte zu 2 hat gegenüber dem

1

2

3

4

5

6

Nachlassgericht mit am 7. Februar 2020 ausgefülltem Vordruck erklärt, keine Einwendungen gegen die Erteilung des beantragten Erbscheins zu haben. Unter dem 9. März 2020 erteilte das Nachlassgericht den Erbschein antragsgemäß.

Sodann hat die Beteiligte zu 2 mit anwaltlicher Schrift vom 19. Mai 2020 die Einziehung des Erbscheins vom 9. März 2020 beantragt. Die Erbfolge richte sich nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 10. August 2009, mit welchem „die Kinder“ der Eheleute, mithin auch sie, als Erben zu je 1/3-Anteil eingesetzt worden seien. Es sei nicht erkennbar, dass der vorverstorbene Ehemann sie als seine einzige Tochter von der Schlusserbenfolge habe ausschließen wollen. Auch nachdem sie, die Beteiligte zu 2, im März 2013 versucht habe, Kontakt mit ihrem Vater herzustellen, sei es nicht zu einer Änderung des Testaments gekommen. 7

Die Beteiligte zu 1 ist dem Einziehungsantrag entgegen getreten. Die Beteiligte zu 2 sei mit der Wendung „die Kinder“ im gemeinschaftlichen Testament nicht gemeint. Dazu hat sie vorgetragen, die Erblasserin sei noch im Jahr 2014 ohne nähere Kenntnis von der Beteiligten zu 2 gewesen. Die Erblasserin und ihr vorverstorbenener Ehemann hätten auch nach Errichtung des Testaments immer wieder ausdrücklich erklärt, dass die Beteiligte zu 1 und ihr Bruder alles zur Hälfte erben sollten. 8

Das Nachlassgericht hat den Antrag auf Einziehung des Erbscheins mit Beschluss vom 21. August 2020 zurückgewiesen. Die Erbfolge richte sich nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 10. August 2009. Mit der Erklärung, nach der „die Kinder“ die Eheleute beerben sollen, seien die Beteiligte zu 1 und ihr vorverstorbenener Bruder begünstigt worden. Die Erblasserin habe zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung keine Kenntnis von der Beteiligten zu 2 gehabt. Deshalb habe sie die testamentarische Verfügung ihres Ehemannes, nach der „die Kinder“ erben sollten, nur dahin verstehen können, dass damit ihre beiden Kinder, die im Haushalt der Eheleute gelebt hätten, gemeint seien. Aus der Tatsache, dass die Eheleute im Anschluss an den Versuch einer Kontaktaufnahme im Jahr 2013 das Testament nicht geändert hätten, ergebe sich keine andere Auslegung. Die Änderung könne auch deshalb unterblieben sein, da die Eheleute davon ausgegangen seien, dass die Beteiligte zu 2 vom Wortlaut des Testaments nicht erfasst sei. Eine abweichende Erbeinsetzung habe die Erblasserin in ihrem Einzeltestament nicht verfügt. 9

Gegen den ihr am 28. August 2020 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2 vom 23. September 2020. Sie wendet ein, die Erblasserin habe sehr wohl Kenntnis von ihrer Existenz gehabt. So habe sie ihr, der Beteiligten zu 2, vorgeworfen, sich nie um ihren Vater gekümmert zu haben; er habe darunter gelitten. Bei dem vom Nachlassgericht gefundenen Auslegungsergebnis bleibe der Wille des vorverstorbenen Ehemannes unberücksichtigt. Die Regel des § 2073 BGB könne hier als Auslegungshilfe herangezogen werden und führe dazu, dass alle Kinder beider Eheleute im Testament vom 10. August 2009 als Erben bedacht seien. 10

Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 29. September 2020 zur Entscheidung vorgelegt. Nach dem vorliegenden Streitstand habe die Erblasserin keine Kenntnis von der Existenz der Beteiligten zu 2 gehabt und daher auch nicht dahingehend testieren können, dass auch die ihr unbekanntes Tochter ihres Ehemannes Erbin neben ihren leiblichen Kindern sein solle. Es gebe keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ehemann der Erblasserin angenommen haben könnte, die Erblasserin habe Kenntnis von der Beteiligten zu 2. Dementsprechend habe auch er davon ausgehen müssen, dass sie nicht von dem Testament erfasst werde. 11

Die Beteiligte zu 1 bittet um Zurückweisung der Beschwerde und verteidigt den angefochtenen Beschluss als zutreffend.	12
Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte sowie den der Testamentsakte (AG Wesel, 16 IV 508/19) verwiesen.	13
<b>II.</b>	14
Die gemäß §§ 58 ff. FamFG statthafte und auch im übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist dem Senat nach der vom Nachlassgericht mit weiterem Beschluss vom 29. September 2020 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG.	15
Sie bleibt in der Sache ohne Erfolg, denn das Nachlassgericht hat den Antrag der Beteiligten zu 2 auf Einziehung des am 9. März 2020 erteilten Erbscheins zu Recht zurückgewiesen.	16
Nach § 2361 Satz 1 BGB ist ein Erbschein einzuziehen, wenn er unrichtig ist. Das ist dann der Fall, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Erbscheins desselben Inhalts nie vorlagen oder nachträglich nicht mehr gegeben sind. Die Unrichtigkeit kann sich sowohl aus verfahrensrechtlichen als auch aus materiell-rechtlichen Gründen ergeben. Das Nachlassgericht hat zu prüfen, ob es den Erbschein in seiner derzeitigen Form nochmal erteilen könnte. Es muss die Einziehung anordnen, wenn die zur Begründung des Erbscheinsantrages notwendigen Tatsachen, sei es aus tatsächlichen Gründen, sei es aus rechtlichen Gründen, nicht mehr als festgestellt zu erachten sind, weil die gemäß § 2361 BGB erforderliche Überzeugung des Nachlassgerichts von dem bezeugten Erbrecht über einen bloßen Zweifel hinaus erschüttert ist (OLG Köln FamRZ 2003, 1784 mit weiteren Nachweisen; BGH NJW 1963, 1972; BeckOGK/Neukirchen, Stand: 1. Februar 2020, § 2361 BGB Rn. 8 f.; Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 29 Rn. 66).	17
Zu den die Einziehung eines Erbscheins gebietenden Gründen gehört auch seine materiell-rechtliche Unrichtigkeit aufgrund einer abweichenden Testamentsauslegung. Das Nachlassgericht hat im Einziehungsverfahren den Testamentsinhalt, soweit er für die im Erbschein ausgewiesene Erbenstellung von Bedeutung ist, entsprechend den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen festzustellen. Sofern das Nachlassgericht zu einer mit seinen früheren Feststellungen nicht mehr zu vereinbarenden anderen Testamentsauslegung gelangt, ist der Erbschein einzuziehen (BeckOGK/Neukirchen, a.a.O., § 2361 Rn. 11; BGH NJW 1967, 1126; BayObLG NJW-RR 1997, 836 f.).	18
Nach Maßgabe der vorstehenden Grundsätze, die auch für das Beschwerdeverfahren gelten, erweist sich der Einziehungsantrag der Beteiligten zu 2 als unbegründet. Das vom Nachlassgericht bereits auf der Grundlage des Inhaltes der Verfahrensakte und des Vorbringens der Beteiligten gefundene Ergebnis der Auslegung des Testaments vom 10. August 2009 hält der Überprüfung durch den Senat stand.	19
Ein – unrichtigerweise im Erbschein vom 9. März 2020 nicht bezeugtes – Erbrecht der Beteiligten zu 2 könnte sich allein aus dem von der Erblasserin und ihrem vorverstorbenen Ehemann am 10. August 2009 errichteten gemeinschaftlichen Testament ergeben und zwar nur dann, wenn die von den Eheleuten verwendete Formulierung „die Kinder“ auch die Beteiligte zu 2 einschliesse.	20
Richtig ist und diesen Ansatz teilt die Beteiligte zu 2, dass die Formulierung „die Kinder“ nicht eindeutig und somit auszulegen ist. Indes ist entgegen der von der Beteiligten zu 2	21

vertretenen Auffassung das vom Nachlassgericht gefundene Auslegungsergebnis nicht zu beanstanden.

Erweist sich der Inhalt eines Testaments als nicht eindeutig, ist es auslegungsbedürftig. Die erläuternde Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Sie soll klären, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. In diesem Zusammenhang verbietet sich gemäß § 133 BGB eine Auslegung, die allein auf den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks abstellt; vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, allein sein subjektives Verständnis ist maßgeblich. Bei wechselseitigen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, wozu auch das hier auszulegende sog. Berliner Testament der Eheleute gehört, § 2269 BGB, ist gemäß §§ 157, 242 BGB auch zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Testierenden mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen entsprochen hat. Dabei kommt es auf den übereinstimmenden Willen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung an (vgl. zur Auslegung: Palandt-Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, § 2084 Rn. 1; Einf v § 2265 Rn. 9, jeweils mit weiteren Nachweisen). 22

Für das vom Nachlassgericht gefundene Ergebnis und gegen die von der Beteiligten zu 2 gewollte Auslegung sprechen die unstrittigen familiären Verhältnisse: während die Beteiligte zu 1 und ihr Bruder im Haushalt der Erblasserin und ihres Ehemannes lebten, bestand zur Beteiligten zu 2 kein Kontakt. Erst deutlich nach Errichtung des Testaments vom 10. August 2009 hat sich die Beteiligte zu 2 im Jahr 2013 um eine Kontaktaufnahme bemüht; dieser wurde ihr nach dem Inhalt ihres eigenen Vorbringens indes verwehrt. Dem allgemein üblichen Sprachgebrauch entspricht es aber, mit den Worten „die Kinder“ die im eigenen Haushalt lebenden Kinder zu bezeichnen. Dass insbesondere auch der Ehemann der Erblasserin ein dahingehendes subjektives Verständnis vom Inhalt seiner testamentarischen Verfügungen hatte, legt auch die Verwendung des Wortes „die“ als bestimmter Artikel nahe. Da die Beteiligte zu 1 und ihr Bruder gerade nicht seine leiblichen Abkömmlinge sind, war aus seiner Sicht die Bezeichnung der Erben als „die Kinder“ präzise, um die Abkömmlinge der Erblasserin zu benennen. Possessivpronomen wie „meine“ oder „unsere“ Kinder oder das Wort „alle“ als Indefinitpronomen (unbestimmtes Fürwort) haben die Eheleute gerade nicht gewählt. 23

Soweit die Beteiligte zu 2 zur Begründung ihrer Auffassung auf die weitere Formulierung im Testament vom 10. August 2009 „zu ungefähr gleichen Teilen“ verweist, rechtfertigt sich auch danach kein abweichendes Auslegungsergebnis. Die Beteiligte zu 1 hat zur Erläuterung der Formulierung bereits in ihrem Erbscheinsantrag vorgetragen, dass sie, die Beteiligte zu 1, die zum Nachlass gehörige Immobilie, und ihr Bruder das Geld hätten erhalten sollen. Im übrigen ist dem Argument der Beteiligten zu 2, bei einer Einsetzung nur der Kinder der Erblasserin sei eine Formulierung wie „je zu 1/2“ eher zu erwarten gewesen, entgegen zu halten, dass diese Schlussfolgerung nicht die allein mögliche ist. Entsprechendes gilt nämlich auch, wenn eine Einsetzung aller leiblichen Kinder gewollt gewesen wäre; dann hätten die Eheleute ebenso gut die Formulierung „je zu 1/3“ verwenden können. 24

Das Verständnis des Testaments vom 10. August 2009 dahin, dass ausschließlich die Kinder der Erblasserin zu Erben bestimmt wurden, ist insbesondere deshalb geboten, da es, wie einleitend bereits allgemein ausgeführt, bei der Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments – wie hier – auf den übereinstimmenden Willen beider Testierenden ankommt. Selbst wenn man also zugunsten der Beteiligten zu 2 unterstellen wollte, dass ihr Vater sie nicht habe enterben wollen, ist aber nichts dafür ersichtlich, dass die Erblasserin sie mit dem Testament vom 10. August 2009 zur Erbin habe einsetzen wollen. Das gilt unabhängig 25

davon, ab welchem Zeitpunkt die Erblasserin Kenntnis von der Existenz der Beteiligten zu 2 erlangt hatte. Selbst wenn sie schon am 10. August 2009 wusste, dass ihr Ehemann eine Tochter aus erster Ehe hatte, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass auch sie den Willen gehabt haben könnte, auch die Beteiligte zu 2 – und das in demselben Umfang wie ihre eigenen Kinder – als Erbin zu begünstigen. Eine dahingehende Annahme erscheint vielmehr fernliegend, wenn das von der Beteiligten zu 2 selbst geschilderte persönliche Verhältnis berücksichtigt wird. So hat sie erstinstanzlich vorgetragen, die Eheleute hätten ihr die Tür nicht geöffnet, als sie sich um die Kontaktaufnahme mit ihrem Vater bemüht habe; im Beschwerdeverfahren hat sie ergänzend ausgeführt, die Erblasserin habe ihr nach dem Tod ihres Vaters vorgeworfen, dass ihr Vater darunter gelitten habe, dass es keinen Kontakt gegeben habe.

Führt danach aber bereits die individuelle Auslegung des Testaments vom 10. August 2009 zu einem eindeutigen Ergebnis, ist ein Rückgriff auf die gesetzlichen Auslegungsregeln, wozu auch die von der Beteiligten zu 2 genannte Vorschrift des § 2073 BGB gehört, ausgeschlossen (vgl. Palandt-Weidlich, a.a.O., § 2084 Rn. 1; § 2073 Rn. 1). 26

**III.** 27

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 84 FamFG. Danach soll das Gericht die Kosten eines erfolglos gebliebenen Rechtsmittels demjenigen Beteiligten auferlegen, der es eingelegt hat. Für einen Ausnahmefall ist hier nichts ersichtlich. 28

Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG, besteht nicht. 29

Die Festsetzung des Geschäftswertes beruht auf §§ 61 Abs. 1, 36 Abs. 1, 40 Abs. 1 Nr. 3 GNotKG. Dabei ist der Senat von dem der Beschwerde der Beteiligten zu 2 zugrunde liegende wirtschaftliche Interesse ausgegangen, nämlich ihre Beteiligung am Nachlass als Erbin zu 1/3-Anteil. 30