
Datum: 02.12.2016
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 Wx 550/16
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2016:1202.2WX550.16.00

Vorinstanz: Amtsgericht Bonn, 34 VI 623/15

Tenor:

Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 2) vom 07.10.2016 wird der am 13.09.2016 erlassene Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgerichts – Bonn vom 07.09.2016, 34 VI 623/15, aufgehoben und die Sache unter Aufhebung des Verfahrens zur erneuten Entscheidung über die Anträge des Beteiligten zu 2) vom 23.03.2016, ihm einen Alleinerbschein nach der Erblasserin zu erteilen, und vom 25.04.2016, den dem Beteiligten zu 1) erteilten Alleinerbschein vom 15.03.2016 einzuziehen, an das Amtsgericht – Nachlassgericht – Bonn zurückverwiesen.

Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erhoben. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet nicht statt.

Gründe:

I.

Am 16.04.2015 verstarb Frau N G (im Folgenden: Erblasserin). Ihr Ehemann H G ist am 25.02.2014 vorverstorben. Die Erblasserin hinterließ ein Kind, die Beteiligte zu 4). Der Beteiligte zu 2) ist ihr Enkel. Der Beteiligte zu 3) ist der Sohn ihres Ehemannes.

Die Erblasserin errichtete verschiedene Verfügungen von Todes wegen, einen Erbvertrag vom 04.07.1968, einen Erbvertrag vom 16.12.1975, einen Erbvertrag vom 09.05.1977, ein gemeinschaftliches Testament vom 15.03.1979, einen Erbvertrag vom 11.12.1985, einen Erbvertrag vom 25.04.1990 und ein gemeinschaftliches Testament vom 13.09.1993.

1

2

3

4

5

Ein weiteres gemeinschaftliches Testament vom 09.02.1995 – UR.Nr. XXX/1995 des Notars C in N2 -, das die Erblasserin gemeinsam mit ihrem Ehemann errichtete, hat u.a. folgenden Inhalt (Bl. 65 ff. d. Beiakte 34 IV 321/14):

„ ...	6
<i>Sie erklären, ein <u>gemeinschaftliches, wechselbezügliches Testament</u> (hervorgehoben im Original) errichten zu wollen.</i>	7
...	8
<i>Wir nehmen Bezug auf den Erbvertrag vom 25.04.1990 ... sowie auf die diesbezügliche Ergänzungsverhandlung vom 13.09.1993 ... Die vorbezeichneten letztwilligen Verfügungen heben wir hiermit auf. Wir nehmen gleichzeitig Bezug auf die Erbverzichtsverträge mit Abfindungsvereinbarung, die ich, der Erschienene, Dr. med. H G, mit meinem Sohn B G, ... , und ich, Frau N G ... mit meiner Tochter S B, ..., geschlossen haben.</i>	9
<i>Wir widerrufen äußerst vorsorglich auch jede eventuelle andere heute nicht erwähnte früher errichtete letztwillige Verfügung gleich welcher Art und erklären unseren letzten Willen nunmehr wie folgt:</i>	10
§ 1	11
<i>Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen Erben ein.</i>	12
§ 2	13
<i>Zu unserem Erben nach dem Tode des Längstlebenden von uns berufen wir beide die E L e.V. in C2 bzw. deren eventuelle NachfolHanisationen.</i>	14
§ 3	15
<i>Weitere Anordnungen treffen wir nicht.</i>	16
...“	17
<i>Zuvor hatten die Erblasserin mit der Beteiligten zu 4) und der Ehemann der Erblasserin mit dem Beteiligten zu 3) jeweils Erbverzichtsverträge mit Abfindungsvereinbarungen geschlossen.</i>	18
<i>Am 30.05.2014 errichtete die Erblasserin ein weiteres Testament – UR.Nr. XXXX/2014 des Notars Dr. M in C2 -, das u.a. folgenden Inhalt hat (Bl. 115 d. Beiakte 34 IV 321/14):</i>	19
„ ...	20
1.) <i>Vorbemerkung</i>	21
<i>Ich habe gemeinsam mit meinem inzwischen verstorbenen Ehemann ... ein gemeinschaftliches Testament errichtet, das in § 2 die Einsetzung der E L e.V. in C2 als unseren Erben nach dem Tod des Längstlebenden von meinem Ehemann und mir vorsieht.</i>	22
<i>Damit sollte allerdings keine Einschränkung meiner Testierfähigkeit nach dem Tode meines Ehemannes verfügt werden. Wenn mein Ehemann und ich dies gewollt hätten, hätten wir dies</i>	23

in dem notariellen Testament so ausdrücklich bestimmt. Auch verweise ich auf die Rechtsprechung, wonach bei der Einsetzung einer gemeinnützigen oder caritativen Organisation als Schlusserbe von einer Wechselbezüglichkeit dieser Erbeinsetzung nicht ausgegangen werden kann ...

2.) *Dies vorausgeschickt errichte ich heute für den Fall meines Todes folgendes* 24

Testament: 25

- *I.* 267
Widerruf

Die Verfügung in § 2 des vorgenannten Testamentes hebe ich hiermit vollständig auf. 28

- *II.* 290
Erbeinsetzung

Ich setze hiermit meinen Enkelsohn B3 B ... zu meinem Alleinerben ein. 31

...“ 32

Mit notarieller Urkunde vom 10.07.2015 – UR.Nr. XXX/2015 des Notars Dr. L2 in C2 - hat der 33
Beteiligte zu 1) die Erteilung eines Alleinerbscheins auf der Grundlage des
gemeinschaftlichen Testamentes vom 09.02.1995 beantragt (Bl. 1 ff. d. A.). Er hat die
Auffassung vertreten, die Erblasserin habe das gemeinschaftliche Testament der Ehegatten
vom 09.02.1995 nicht mehr widerrufen können, weil es sich bei der Schlusserbeneinsetzung
um eine wechselbezügliche Verfügung handele. Der Beteiligte zu 2) hat dagegen die
Auffassung vertreten, die Erblasserin habe die Einsetzung des Beteiligten zu 1) in dem
Testament vom 09.02.1995 durch das spätere Testament vom 30.05.2014 wirksam
widerrufen. Die Einsetzung des Beteiligten zu 1) sei nicht wechselbezüglich gewollt gewesen,
was sich ausdrücklich aus dem Testament vom 30.05.2014 ergebe.

Durch am 17.11.2015 erlassenen Beschluss vom 16.11.2015 hat das Nachlassgericht die 34
Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 1) erforderlich sind, für
festgestellt erachtet (Bl. 78 ff. d. A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass der Wortlaut
der Überschrift in dem gemeinschaftlichen Testament vom 09.02.1995 „gemeinschaftliches,
wechselbezügliches Testament“ dafür spreche, dass die nachfolgenden Verfügungen
bindend gewollt seien. Hinzu komme, dass die Eheleute durch den Hinweis im Testament auf
die Erbverzichtsverträge und Abfindungsvereinbarungen mit ihren Kindern deutlich gemacht
hätten, dass die Kinder nicht am Erbe beteiligt werden sollten.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 2) gegen diesen Beschluss des Nachlassgerichts hat der 35
Senat durch Beschluss vom 21.01.2016 zurückgewiesen und sich zur Begründung im
Wesentlichen der Auffassung des Nachlassgerichts angeschlossen (Bl. 103 ff. d. A.). Die
gegen diesen Beschluss gerichtete Gehörsrüge des Beteiligten zu 2) hat der Senat durch
Beschluss vom 11.02.2016 als unzulässig verworfen, weil sie im Wesentlichen nur auf neues
Vorbringen, u.a. ein bis zu diesem Zeitpunkt unbekanntes Testament, gestützt worden ist (Bl.
128 ff. d. A.).

Daraufhin hat das Nachlassgericht am 15.03.2016 einen Erbschein erteilt, der den Beteiligten zu 1) als Alleinerben ausweist (Bl. 139 d. A.).	
Mit notarieller Urkunde vom 23.03.2016 – UR.Nr. XXX/2016 des Notars Dr. S2 in I – hat der Beteiligte zu 2) die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist (Bl. 140 ff. d. A.), und die Kopie eines weiteren auf den 26.04.2011 datierten Testamentes zu den Akten gereicht, das am 04.04.2016 eröffnet worden ist und auf dessen Inhalt Bezug genommen wird (Bl. 142-144 d. Beiakte 34 IV 334-336/16).	37
Mit Schriftsatz vom 25.04.2016 hat der Beteiligte zu 2) die Einziehung des Erbscheins vom 15.03.2016 angeregt (Bl. 159 d. A.).	38
Zur Begründung seines Antrags auf Erteilung eines Alleinerbscheins und Einziehung des Erbscheins vom 15.03.2016 hat der Beteiligte zu 2) vorgetragen, dass das Testament vom 26.04.2011 seine Einsetzung als Alleinerben beinhalte und damit zugleich einen Widerruf der Einsetzung des Beteiligten zu 1) durch das gemeinschaftliche Testament der Erblasserin und ihres Ehemannes vom 09.02.1995. Das Testament sei von der Erblasserin geschrieben und unterschrieben worden; ihr Ehemann habe durch seine Unterschrift die Zustimmung zu ihren Verfügungen erteilt. Der Wirksamkeit des Testamentes stehe nicht entgegen, dass das Original nicht aufzufinden sei, weil ein Vernichtungswille der Erblasserin und ihres Ehemannes jedenfalls nicht feststellbar sei. Im Übrigen sei das Testament vom 09.02.1995 entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts und des Senates aber auch durch das Einzeltestament der Erblasserin vom 30.05.2014 wirksam widerrufen worden, weil die Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 1) nicht wechselbezüglich gewollt gewesen sei. Bezüglich der Einzelheiten seines Vorbringens wird auf den Inhalt der notariellen Urkunde vom 23.03.2016 sowie der Schriftsätze vom 08.07.2016 (Bl. 168 ff. d. A.) und 26.07.2016 (Bl. 173 f. d. A.) Bezug genommen.	39
Die Beteiligte zu 1) ist diesem Antrag entgegengetreten und hat vorgetragen, dass Gründe dafür sprechen würden, dass entweder die Unterschrift des Ehemannes der Erblasserin nachträglich von Dritten unter das Testament gesetzt oder das Testament von den Eheleuten nachträglich wieder vernichtet worden sei. Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 07.04.2016 (Bl. 156 f. d. A.) Bezug genommen.	40
Durch am 13.09.2016 erlassenen Beschluss vom 07.09.2016 hat das Nachlassgericht die Anträge des Beteiligten zu 2) auf Einziehung des Erbscheins vom 15.03.2016 und auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurückgewiesen (Bl. 179 ff. d. A.). Bezüglich der Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des am 13.09.2016 erlassenen Beschlusses Bezug genommen.	41
Gegen diesen dem Beteiligten zu 2) am 16.09.2016 zugestellten Beschluss richtet sich seine am 10.10.2016 beim Amtsgericht Bonn eingegangene Beschwerde vom 07.10.2016 (Bl. 186 f. d. A.), die er mit Schriftsatz vom 14.11.2016, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, begründet hat (Bl. 224 ff. A.).	42
Das Nachlassgericht hat der Beschwerde durch am 17.11.2016 erlassenen Beschluss vom 16.11.2016 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 235 f. d. A.).	43
II.	44
	45

Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2) hat in der Sache einen vorläufigen Erfolg und führt zur Aufhebung und zur Zurückverweisung der Sache an das Nachlassgericht zur erneuten Behandlung und Entscheidung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.

Nach § 69 Abs. 1 S. 2 FamFG kommt eine Zurückverweisung der Sache ohne Antrag von Amts wegen in Betracht, wenn das Gericht des ersten Rechtszuges in der Sache überhaupt noch keine Entscheidung oder noch nicht in der gebotenen Weise umfassend getroffen hat (Keidel/Sternal, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 69 Rn. 14; Schulte-Bunert/Unger/Roßmann, FamFG, 5. Aufl. 2016, § 69 Rn. 15, 16). Hiervon ist auch dann auszugehen, wenn sich das erstinstanzliche Gericht infolge einer zur Begründetheit des Antrags gehörenden, jedoch aus seiner Sicht vorrangigen Frage an einer näheren Befassung mit der Sache selbst gehindert gesehen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.06.2016 – 3 Wx 268/14, MDR 2016, 1094, 1095). So liegt der Fall auch hier. Das Nachlassgericht ist nicht davon überzeugt gewesen, „dass das Testament vom 26.04.2011 noch Geltung haben soll“, und ist deshalb auf die Frage, ob das Testament vom 26.04.2011 wirksam errichtet worden ist, gar nicht eingegangen. Es ist offenbar davon ausgegangen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann das Testament vom 26.04.2011 mit Aufhebungswillen vernichtet haben, weil das Original nicht auffindbar ist. Dem ist indes nicht zu folgen.

46

Ein nicht mehr vorhandenes Testament ist nicht allein wegen seiner Unauffindbarkeit ungültig (Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 2255 Rn. 9). Es besteht im Falle der Unauffindbarkeit eines Testamentes auch keine Vermutung dafür, dass es vom Erblasser vernichtet worden und deshalb gem. § 2255 BGB als widerrufen anzusehen ist (OLG Schleswig, Beschluss vom 12.08.2013 - 3 Wx 27/13, NJW-RR 2014, 73-76; MüKo-BGB/Hagen, 6. Aufl. 2013, § 2255 Rn. 16; Staudinger/Baumann, BGB, Neubearb. 2012, § 2255 Rn. 34). Die vom Nachlassgericht genannten Gründe sprechen nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit für eine mit Aufhebungsabsicht erfolgte gemeinschaftliche Vernichtung des – angeblich wirksam errichteten – Testamentes vom 26.04.2011 durch die Erblasserin und ihren Ehemann. Die vom Beteiligten zu 2) geschilderten Umstände zum Auffinden der vorliegenden Kopie eines Testamentes sind nicht derart ungewöhnlich, dass sie eine gemeinschaftliche Vernichtung des Originals durch die Eheleute nahelegen. Denn auch (Original-) Testamente werden unbeabsichtigt verlegt oder entsorgt. Es ist auch nicht lebensfremd, dass Testamente oder Kopien von Testamenten auch bei sorgfältiger Suche nach dem Tod einer Person zunächst nicht, später aber zufällig an einem Ort gefunden werden, wo mit einem Testament oder einer Kopie eines Testamentes nicht unbedingt zu rechnen war. Dass die Erblasserin in dem notariell errichteten Testament vom 30.05.2014 nur auf das notarielle Testament vom 09.02.1995 Bezug genommen hat, nicht aber auf ein Testament vom 26.04.2011, kann auf vielen Gründen beruhen. Dieser Umstand allein spricht jedenfalls nicht dafür, dass das Testament vom 26.04.2011 bereits wirksam widerrufen war, als die Erblasserin am 30.05.2014 erneut ein Testament errichtete. Soweit das Nachlassgericht noch darauf abstellt, dass die Erblasserin die Verfügungen in dem Testament vom 26.04.2011 in der Ich-Form geschrieben und ihr Ehemann nur unterschrieben hat, stünde dies – unterstellt, die Unterschriften stammen von der Erblasserin und ihrem Ehemann und sind nicht bloß unter das Schriftstück vom 26.04.2011 kopiert worden – einem gemeinsamen Testierwillen der Eheleute nicht entgegen. Dadurch, dass die Erblasserin in dem Schriftstück vom 26.04.2011 auf das gemeinschaftlich errichtete Testament vom 09.02.1995 ausdrücklich Bezug nimmt und der Ehemann das Originalschriftstück – angeblich – mit unterschrieben hat, geht der gemeinsame Testierwille der Eheleute hinreichend deutlich aus dem Testament vom 26.04.2011 hervor.

47

48

Die Vorfrage, ob das Testament vom 26.04.2011 wirksam errichtet worden ist, durfte das Nachlassgericht daher nicht offen lassen. Diese Frage konnte entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers im Übrigen auch nicht deshalb offen bleiben, weil die Erblasserin die Einsetzung des Beteiligten zu 1) im Testament vom 09.02.1995 durch das Testament vom 30.05.2014 widerrufen hat. Denn der Senat hält an seiner im Beschluss vom 21.01.2016 geäußerten Rechtsauffassung fest, wonach die Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1) durch das Testament vom 09.02.1995 wechselbezüglich gewollt und deshalb bindend war. Ein einseitiger Widerruf dieser Einsetzung durch die Erblasserin war nach dem Tod ihres Ehemannes daher nicht mehr möglich (§ 2271 Abs. 2 BGB).

Das Nachlassgericht wird daher zu ermitteln haben, ob das Testament vom 26.04.2011 formwirksam errichtet worden ist. Wer sich – wie hier der Beteiligte zu 2) - auf ein unauffindbares Testament beruft, muss die formgültige Errichtung und den Inhalt des Testaments beweisen und trägt im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins insoweit die Feststellungslast. An den Nachweis sind wegen der für die Errichtung des Testaments geltenden Formvorschriften strenge Anforderungen zu stellen (OLG Schleswig, Beschluss vom 12.08.2013 - 3 Wx 27/13, NJW-RR 2014, 73-76; BayObLG FamRZ 2005, 138 f; OLG München NJW-RR 2009, 305; OLG Saarbrücken, FamRZ 2001, 1313 ff.). Eine Kopie des Originaltestamentes kann als Nachweis aber ausreichen, wenn mit ihr die formgerechte Errichtung des Originaltestamentes nachgewiesen werden kann. Durch das Nachlassgericht wird daher zu klären sein, ob das Testament vom 26.04.2011 im Original von der Erblasserin und ihrem Ehemann unterschrieben worden ist. Hierzu ist ein graphologisches Gutachten eines Sachverständigen einzuholen. Ob der Sachverständige zu der Beweisfrage Feststellungen treffen können, wird der Sachverständige zu bewerten haben und nicht – wie im angefochtenen Beschluss geschehen - das Nachlassgericht.

III. 50

Die Kostenentscheidung beruht auf § 21 GNotKG, § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG. 51

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG). 52