

Reichweite einer testamentarischen Bestimmung der Gültigkeit auch für den Fall der Ehescheidung

28.10.2014

vorgehend AG Arnsberg, 15. November 2013, Az: 11 VI 196/13

Tenor

Der angefochtene Beschluss wird abgeändert.

Der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) vom 09.04.2013 wird zurückgewiesen.

Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten findet nicht statt.

Der Geschäftswert wird auf 150.000 € festgesetzt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

1

Die Beteiligte zu 1) ist die erste Ehefrau des Erblassers. Beide errichteten am 03.09.2003 ein handschriftliches und von beiden Ehegatten unterschriebenes Testament, in dem sie sich unter (1) gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzten und unter (2) „unseren Sohn N“ zum Erben des Zuletztversterbenden sowie zu Ersatzerben dessen Abkömmlinge bestimmten.

2

Am 20.10.2003 schlossen sie vor dem Notar T in F (UR-Nr. 99/20..) einen Ehevertrag, in dem es auszugsweise heißt:

3

„Die Erschienenen zu 1) und 2) haben am 04.06.1982 ... die Ehe geschlossen...

4

Die Ehefrau ist die Mutter des Kindes N, geb. 20.01.1967.

5

N ist von dem Ehemann rechtswirksam adoptiert worden.

6

Zur einverständlichen Regelung des Güterstandes und ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse treffen die Parteien die nachfolgende Regelung, die auch dann Bestand haben soll, wenn die Eheleute sich scheiden lassen, unbeschadet des Rechts der Eheleute, die Vereinbarung ganz oder zum Teil einverständlich aufzuheben und/oder abzuändern.

...

§ 6

7

„Erbrecht/Pflichtteilsrecht

8

Der beurkundende Notar verwies die Beteiligten darauf, dass das gesetzliche Erb- bzw. Pflichtteilsrecht der Beteiligten bezüglich des Nachlasses des anderen mit der Ehescheidung, ggf. schon mit der Einreichung des Antrages auf Ehescheidung, entfällt. Der Notar belehrte des weiteren darüber, daß testamentarische und erbvertragliche Regelungen zwischen Eheleuten ggf. auch schon mit Einreichung des Antrages auf Ehescheidung unwirksam werden.“

9

Am selben Tag, den 20.10.2003, fertigten der Erblasser und die Beteiligte zu 1) auf der Rückseite ihres am 03.09.2003 auf einem Blatt der Rechtsanwaltskanzlei „B und G“ - zu der u.a. der Notar T gehörte - errichteten Testaments einen handschriftlichen und von beiden Ehegatten unterschriebenen Nachtrag mit folgendem Wortlaut:

10

„Unsere vorstehenden umseitigen letztwilligen Verfügungen sollen auch für den Fall der Ehescheidung gelten.“

11

Die Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 1) wurde am 26.09.2011 rechtskräftig geschieden (20 F 42/11 AG U).

12

Am 09.12.2011 heiratete der Erblasser die Beteiligte zu 2). Mit dieser errichtete er am 10.01.2012 ein gemeinsames notarielles Testament (UR-Nr. 5/20.. des Notars Dr. jur. E. in B.), in dem er und die Beteiligte zu 2) unter Nr. 1. „vorsorglich alle etwa bisher getroffenen von Todes wegen“ widerriefen. Unter 2. („Erster Erbfall“) bestimmte der Erblasser seinen Neffen T zu seinem alleinigen Erben und setzte zugunsten der Beteiligten zu 2) ein Vermächtnis aus, nach dem sie ein lebenslängliches, unentgeltliches Wohnungsrecht an sämtlichen Räumen des Hauses L-Straße in B erhalten sollte; die Beteiligte zu 2) setzte den Erblasser zu ihrem Schlusserben ein; die Erbeinsetzung des Erblassers durch die Beteiligte zu 2) und die Vermächtnisaussetzung zugunsten der Beteiligten zu 2) durch den Erblasser sollten wechselbezüglich sein. Unter 3. (Schlusserbfall) setzten beide Eheleute T ein und bestimmten, dass die Schlusserbeinsetzung nicht wechselbezüglich sein solle.

13

Nach dem Tod des Erblassers am 14.02.2013 eröffnete das Nachlassgericht am 21.03.2013 die beiden oben genannten Testamente. Am 09.04.2013 beantragte die Beteiligte zu 1) zur Niederschrift des Notars X in E (UR-Nr. 460/20..) die Erteilung eines Erbscheins, nach dem sie den Erblasser allein beerbt hat. Dabei führte sie u.a. aus, ihrer Meinung nach sei der Widerruf ihrer Erbeinsetzung in dem Testament des Erblassers vom 10.01.2013 wegen der Bindungswirkung des Testaments vom 03.09./20.10.2003 unwirksam.

14

Mit Schreiben vom 24.05.2013 erklärte die Beteiligte zu 2) gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung des Testaments vom 03.09./20.10.2003 (11 VI 706/..) unter Berufung auf [§ 2079 S. 1 BGB](#), weil sie als Pflichtteilsberechtigte übergangen worden sei, sowie auf [§ 2078 Abs. 1 BGB](#), weil der Erblasser mit seinem Testament vom 03.09./20.10.2003 keine Erklärung dahin habe

abgeben wollen, dass dieses Testament auch dann gelten sollte, wenn ein Ehegatte nach Scheidung eine neue Ehe schließt. Nachdem der im Testament begünstigte T dieses Schreiben vom 24.05.2013 erhalten hatte, schlug er zunächst mit Anwaltsschreiben vom 25.06.2013 und nach einer entsprechenden Belehrung seitens des Nachlassgerichts durch unterschriftsbeglaubigte Erklärung vom 02.07.2013 (UR-Nr. 16/20.. des Notars X1 in D) die Erbschaft nach dem Erblasser aus.

15

Im August 2013 ließ die Beteiligte zu 2) in Ausübung der ihr vom Erblasser am 05.04.2011 erteilten Vollmacht der Beteiligten zu 1) zum Zwecke des Widerrufs der letztwilligen Verfügungen vom 03.09.2003/20.10.2003 das notarielle Testament vom 10.01.2012 zustellen.

16

Mit Beschluss vom 15.11.2013 stellte das Nachlassgericht die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1) am 09.04.2013 (UR-Nr. 460/2013 des Notars G.-P. W. in D.) beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen fest.

17

Gegen diese ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 19.11.2013 zugestellte Entscheidung richtet sich die am 19.12.2013 bei dem Nachlassgericht eingegangene Beschwerde der Beteiligten zu 2), die sich ihrerseits auf das gemeinschaftliche notarielle Testament vom 10.01.2012 des Erblassers mit ihr beruft. Hinsichtlich ihrer Beschwerdebefugnis macht sie u.a. geltend, aufgrund der Ausschlagungserklärung des T eine rechtliche Stellung als Miterbin zu haben.

II.

18

Die Beschwerde gegen die nach [§ 352 Abs. 1 FamFG](#) ergangene Feststellungsentscheidung ist nach [§ 58 FamFG](#) statthaft und in der rechten Form und Frist eingelegt, [§§ 63, 64 FamFG](#). Die Beteiligte zu 2) ist nach [§ 59 FamFG](#) beschwerdebefugt, weil sie geltend macht, aufgrund der Ausschlagungserklärung des im notariellen Testament vom 10.01.2012 begünstigten T zumindest Miterbin nach ihrem verstorbenen Ehemann zu sein.

19

In der Sache ist die Beschwerde begründet und führt zur Zurückweisung des Erbscheinsantrages der Beteiligten zu 1), weil das privatschriftliche Ehegattentestament, das der Erblasser am 03.09./20.10.2003 mit der Beteiligten zu 1) gefertigt hat, unwirksam ist.

20

In diesem gemeinschaftlichen Testament hatten sich die damaligen Eheleute H gegenseitig zu Vollerben eingesetzt und außerdem übereinstimmend den Sohn der Beteiligten zu 1), den der Erblasser adoptiert hat, als Schlusserben des zuletzt versterbenden Ehegatten bestimmt ([§ 2269 Abs. 1 BGB](#), sog. Berliner Testament). Die in dem Testament verfügte Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) durch den Erblasser ist im Sinne des [§ 2270 Abs. 1 BGB](#) wechselbezüglich zu der letztwilligen korrespondierenden Verfügung der Beteiligten zu 1). Wechselbezüglichkeit im Sinne von [§ 2270 Abs. 1 BGB](#) liegt vor, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen Verfügung stehen oder fallen soll. Hiervon ist vorliegend mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen, vgl. [§ 2270 Abs. 2 1. Alternative](#).

21

a) Dieses Testament ist nicht aufgrund der Scheidung der Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 1) unwirksam geworden. [§ 2077 Abs. 1 BGB](#) enthält nämlich eine dispositive Auslegungsregel entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf Hinfälligkeit des den Ehegatten begünstigenden Testaments für den Scheidungsfall gerichtet ist. Ein hypothetischer Wille ist aber nur dann von Bedeutung, wenn ein irrtumsfreier Wille fehlt. Zur Weitergeltung der letztwilligen Verfügung ist erforderlich und genügend, wenn sie der Erblasser auch für den Fall der Eheauflösung getroffen hat oder hätte (BGH FamRZ 1960, 28). Letzteres ist hier der Fall. Der Erblasser und seine damalige Ehefrau haben nämlich am 20.10.2013 ihr gemeinsames Testament entsprechend der Regelung in [§ 2077 Abs. 3 BGB](#) ausdrücklich ergänzt.

22

b) Deshalb konnte sich der Erblasser von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments nur dadurch befreien, dass er seine in dem gemeinschaftlichen Testament getroffene letztwillige Verfügung nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des [§ 2296 BGB](#) widerrief ([§ 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB](#)). Zwar hat der Erblasser in dem notariellen Testament vom 10.01.2012 vorsorglich alle bisher getroffenen Verfügungen von Todes wegen widerrufen. Gemäß [§ 2296 Abs. 2 BGB](#) war diese beurkundungsbedürftige Widerrufserklärung aber der

Beteiligten zu 1) gegenüber abzugeben. Die in Abwesenheit des Erklärungsempfängers abgegebene Erklärung bedurfte zu ihrer Wirksamkeit nach [§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB](#) des Zugangs bei der Beteiligten zu 1). Gemäß [§ 132 Abs. 1 BGB](#) gilt eine Willenserklärung auch dann als zugegangen, wenn sie durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung zugestellt worden ist. Die Wirksamkeit einer solchen Zustellung setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ([BGHZ 31, 5 = NJW 1960, 33](#); [36, 201 = NJW 1962, 736](#); [48, 374 = NJW 1968, 496](#)), der sich der Senat angeschlossen hat ([NJW-RR 1991, 1480 = FamRZ 1991, 1486 m.w.N.](#)), voraus, dass die Widerrufserklärung dem Erklärungsempfänger in (Urschrift oder) Ausfertigung übermittelt werden muss; die Übergabe einer beglaubigten Abschrift reicht hingegen nicht aus. Darüber hinaus kann jeder Ehegatte die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen grundsätzlich nur zu Lebzeiten des anderen Ehegatten frei widerrufen. Nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) ist [§ 130 Abs. 2 BGB](#) im Falle der Zustellung einer Widerrufserklärung nach dem Tode des widerrufenden einschränkend dahin auszulegen, dass [§ 130 Abs. 2 BGB](#) nur solche Fälle erfasst, bei denen sich diese Willenserklärung beim Tode des Erklärenden bereits „auf dem Weg“ zum Adressaten befindet und der Zugang alsbald nachfolgt. Dies hat seine Rechtfertigung darin, dass nach [§ 2271 Abs. 2 BGB](#) das Widerrufsrecht des Überlebenden mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt, sofern es ihm nicht ausdrücklich vorbehalten worden war oder die in [§§ 2294, 2335, 2336 BGB](#) aufgeführten Gründe ihn auch noch nach diesem Zeitpunkt zum Widerruf berechtigen; die zeitlich begrenzte Widerrufsmöglichkeit des [§ 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) erstrebt also den Schutz des testamentstreuen Partners, in dessen Interesse möglichst bis zum Tode des Vorversterbenden die Frage der Testamentsfortdauer und -bindung geklärt sein soll (Senat a.a.O.). Vorliegend kann dahinstehen, ob die Widerrufserklärung der Beteiligten zu 1) formgerecht übermittelt worden ist. Jedenfalls befand sie sich nicht beim Tod des Erblassers auf dem Weg und ist damit verspätet der Beteiligten zu 1) übermittelt worden.

23

c) Das Testament vom 03.09./20.10.2003 ist aber unwirksam, weil die nach [§ 2080 Abs. 3, § 2079 Satz 1 BGB](#) anfechtungsberechtigte Beteiligte zu 2) es wirksam angefochten hat. Die von ihr formgerecht gegenüber dem Nachlassgericht ([§ 2081 Abs. 1 BGB](#)) am 24.05.2013 schriftlich erklärte Anfechtung führt gemäß [§ 142 Abs. 1 BGB](#) dazu, dass die vom Erblasser im gemeinschaftlichen Testament vom 03.09./20.10.2003 verfügte Erbeneinsetzung der Beteiligten zu 1) als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Die Anfechtung ist auch fristgerecht. Die Jahresfrist gemäß [§ 2082 Abs. 1 BGB](#) ist eingehalten, da diese Frist erst mit dem Tod des Erblassers am 14.02.2013 in Lauf gesetzt wurde ([§ 2082 Abs. 2 S. 1 BGB](#)).

24

Die Anfechtung ist sachlich begründet, weil der Anfechtungsgrund nach [§ 2079 S. 1 BGB](#) durchgreift. Nach dieser Vorschrift kann eine letztwillige Verfügung u.a. dann angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, der erst nach der Errichtung pflichtteilsberechtigt geworden ist. Der Tatbestand dieses Anfechtungsgrundes liegt hier zweifelsfrei vor, weil die Beteiligte zu 2) erst dadurch pflichtteilsberechtigt geworden ist, dass sie am 09.12.2011 die Ehe mit dem Erblasser geschlossen hat ([§ 2303 Abs. 2 BGB](#)). Die so begründete Anfechtung ist nach [§ 2079 S. 2 BGB](#) nur dann

ausgeschlossen, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. Diese Vorschrift begründet eine gesetzliche Vermutung dafür, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage den neu hinzugetretenen Pflichtteilsberechtigten nicht übergeben hätte, seine Unkenntnis also kausal für die getroffene Verfügung war. Das Vorbringen der Beteiligten gibt keinen konkreten Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Erblasser, hätte er seine Wiederverheiratung vorausgesehen, die Beteiligte zu 2) als seine neue Ehefrau gleichwohl weiterhin von der Erbfolge hätte ausschließen wollen. Eine solche Annahme lässt sich insbesondere nicht auf den Nachtrag zum gemeinschaftlichen Testament vom 20.10.2013 stützen, der eine Fortgeltung der gemeinschaftlichen Verfügungen auch für den Fall der Ehescheidung vorsieht. Denn die Begründung einer weiteren ehelichen Lebensgemeinschaft ist eine völlig neue Lebenssituation. Mag der Erblasser für den Fall der Scheidung seiner ersten Ehe seine letztwillige Verfügung hat fortbestehen lassen wollen, so spricht nach der Lebenserfahrung nichts dafür, dass er auch im Falle einer Wiederverheiratung seine neue Ehefrau erbrechtlich übergehen wollte. Gerade diese Lebenserfahrung drückt sich auch in dem Anfechtungsgrund des [§ 2079 S. 1 BGB](#) aus. Darüber hinausgehende tatsächliche Anknüpfungspunkte für eine abweichende subjektive Bewertung seiner Lebenssituation durch den Erblasser bezogen auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung lassen sich auch dem eigenen Vorbringen der Beteiligten zu 1) nicht entnehmen. Die Kausalität seiner fehlenden Voraussicht einer künftigen Eheschließung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Erblasser die Beteiligte zu 2) in seinem Testament vom 10.01.2012 nicht als Erbin eingesetzt hat. Denn es steht fest, dass der Erblasser die Beteiligte zu 2) als seine zweite Ehefrau maßgeblich an seinem Nachlass durch die Zuwendung eines Wohnrechts an seiner Eigentumswohnung hat beteiligen wollen. Der Gesichtspunkt, dass er dafür die Form eines Vermächnisses gewählt hat, ändert nichts an seinem erkennbaren Willen, die ausschließliche, gerade nicht durch ein Vermächnis belastete Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) nicht fortbestehen lassen zu wollen. Es gibt keinen tragfähigen Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 03.09./20.10.2003 bei Voraussicht seiner künftigen Lebensentwicklung eine andere Bewertung vorgenommen hätte.

[25](#)

Die gesetzliche Vorschrift des [§ 2079 BGB](#) sieht keine Beschränkung des Anfechtungsrechts vor, die über den vorstehend beschriebenen Gesichtspunkt einer im Verfahren etwa festzustellenden Kausalität der Fehlvorstellung des Erblassers hinausgeht. Das Anfechtungsrecht der Beteiligten zu 2) ist nach [§ 2080 Abs. 1 BGB](#) lediglich davon abhängig, dass ihr die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zustatten kommt. Dies ist durch einen Vergleich mit der Rechtslage zu beurteilen, wie sie sich infolge der Anfechtung darstellen würde ([BGH NJW 1985, 2025](#)). Dafür reicht hier aus, dass die Beteiligte zu 2) bei Unwirksamkeit des Testamentes vom 03.09./20.10.2003 als gesetzliche Miterbin berufen ist. Denn für die Annahme, dass der Erblasser in seinem Testament vom 10.01.2012 anstelle seines durch Ausschlagung weggefallenen Neffen T einen Ersatzerben hat berufen wollen, fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Demgegenüber erhielte die Beteiligte zu 2) bei Wirksamkeit des Testamentes vom 03.09./20.10.2003 nichts, weil dann die Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1) zur Unwirksamkeit der Vermächniszuwendung an die Beteiligte zu 2) führen würde ([§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB](#) analog). Der Senat kann deshalb nicht der Auffassung des Amtsgerichts folgen, dass die Wirksamkeit der Anfechtung davon abhängig ist, dass diese zur Wirksamkeit einer späteren testamentarischen Erbeinsetzung des Anfechtungsberechtigten führt.

26

Eine Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten entspricht im Hinblick auf die abweichende Sachentscheidung des Senats nicht der Billigkeit ([§ 81 Abs. 1 S. 1 FamFG](#)).

27

Die Wertfestsetzung ist beruht auf den [§§ 61 Abs. 1, 40 Abs. 1 GNotKG](#).

28

Die Voraussetzungen zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach [§ 70 Abs. 2 FamFG](#) liegen nicht vor.

OLG Hamm, Beschluss vom 28. Oktober 2014 – I-15 W 14/14, 15 W 14/14