

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

**Dokumentnummer:** 31 wx 11\_10

**letzte Aktualisierung:** 15.6.2010

**OLG München, 22.4.2010 - 31 Wx 11/10**

BGB §§ 2355, 2356

## **Nachweisanforderungen bei nicht mehr auffindbarem Testament**

1. An den Nachweis der formgerechten Errichtung und des Inhalts eines nicht auffindbaren Testaments sind strenge Anforderungen zu stellen.
2. Das Beweisangebot von Zeugen, die das Testament nicht gesehen haben, reicht in der Regel nicht aus.



Aktenzeichen: 31 Wx 011/10

t

AG München 63 VI 3732/09

## BESCHLUSS

Der 31. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München hat unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters am Oberlandesgericht Rojahn, der Richterin am Oberlandesgericht Förth und des Richters am Oberlandesgericht Gierl

am 22. April 2010

in der Nachlasssache

**Siegfried Kiener**, verstorben am xxxx, zuletzt wohnhaft in xxx

Beteiligte:

1. P. K.

Verfahrensbevollmächtigter:  
Rechtsanwälte xxx

2. Ch. Sch.

Verfahrensbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte xxx

wegen Erbscheinserteilung,

b e s c h l o s s e n :

- I. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2 gegen den Beschluss des Amtsgerichts München vom 27. November 2009 wird zurückgewiesen.
- II. Die Beteiligte zu 2 trägt die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens und hat die dem Beteiligten zu 1 im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten zu erstatten.
- III. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 425.000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Der am xxx im Alter von 80 Jahren verstorbene Erblasser war deutscher Staatsangehöriger. Die ersten beiden Ehen des Erblassers wurden geschieden. Seine dritte Ehefrau ist am xxx1998 vorverstorben. Aus der dritten Ehe gingen die Beteiligten zu 1 und zu 2 hervor. Weitere Kinder hatte der Erblasser nicht.

Mit seiner dritten Ehefrau schloss der Erblasser am 18.9.1985 einen Erbvertrag, in dem sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und den Beteiligten zu 1 zum Schlusserben einsetzten. Der überlebende Ehegatte sollte zur Änderung der Schlusserbeneinsetzung befugt sein.

Mit handschriftlichem Testament vom 6.5.1998 verfügte der Erblasser, dass der Beteiligte zu 1 die Doppelhaushälfte in P. und die Beteiligte zu 2 ein Appartement auf den Kanarischen Inseln erhalten soll. Das Ferienhaus in Bardolino/Italien sollten die Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte erhalten.

Mit handschriftlichem Testament vom 2.11.2005 verfügte der Erblasser nochmals, dass die Beteiligten zu 1 und 2 das Anwesen in Bardolino je zur Hälfte erhalten sollen. Das Appartement auf den Kanarischen Inseln wurde 1998 veräußert. Den Verkaufserlös erhielt die Beteiligte zu 2. Ein Miteigentumsanteil der Doppelhaushälfte in P. von  $\frac{1}{2}$  wurde 1994 schenkweise auf den Beteiligten zu 1 übertragen. Der Wert des sich noch im Nachlass befindlichen  $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil der Immobilie in P. wird von den Beteiligten übereinstimmend mit 325.000 € und der Wert der Immobilie in Bardolino mit 850.000 € angegeben. Des Weiteren sind noch Bank- und Versicherungsguthaben in Höhe von ca. 23.000 € vorhanden, denen Beerdigungskosten von ca. 10.300 € gegenüberstehen.

Der Beteiligte zu 1 beantragte am 16.9.2009 unter Bezugnahme auf das Schreiben seines Verfahrensbevollmächtigten vom 31.8.2009, eingegangen beim Nachlassgericht am 1.9.2009, die Erteilung eines Erbscheins, welcher ihn als Alleinerben ausweist. Er war der Auffassung, dass die Beteiligte zu 2 nur Vermächtnisnehmerin sei. Das Nachlassgericht wies diesen Antrag mit Beschluss vom 19.10.2009 mit der Begründung zurück, dass auch die Beteiligte zu 2 Miterbin geworden ist. Mit Schriftsatz vom 25.10.2009 beantragte der Beteiligte zu 1 sodann einen Erbschein, der ihn als Miterben zu  $\frac{63,83}{100}$  und die Beteiligte zu 2 als Miterbin zu  $\frac{36,17}{100}$  ausweist.

Die Beteiligte zu 2 ist diesem Erbscheinsantrag mit der Begründung entgegen getreten, dass der Erblasser nach dem 2.11.2005 noch ein weiteres handschriftliches Testament errichtet habe, in dem er verfügt habe, dass der Beteiligte zu 1 das Anwesen in P. allein und die Beteiligte zu 2 das Anwesen in Bardolino allein erhalten soll. Dieses Testament könne zwar derzeit nicht aufgefunden werden, es sei aber für die Erbfolge maßgeblich.

Das Nachlassgericht hat Beweis erhoben über die Errichtung eines weiteren Testaments nach dem 2.11.2005 durch Einvernahme des Ehemanns der Beteiligten zu 2 (S.) als Zeugen. Von der Einvernahme der als Zeugin angebotenen K. sah das Gericht ab. Mit Beschluss vom 27.11.2009 bewilligte das Nachlassgericht den vom Betei-

ligten zu 1 beantragten Erbschein und setzte die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses aus. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2. Sie ist weiterhin der Auffassung, dass sich die Erbfolge nach dem bisher nicht aufgefundenen Testament bestimmt. Fehlerhaft sei das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass ein solches Testament nicht existiere. Auch habe das Nachlassgericht zu Unrecht von der Einvernahme der benannten Zeugin K. abgesehen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

Die Erbfolge nach dem Erblasser bestimmt sich nach den Testamenten des Erblassers vom 6.5.1998 und 2.11.2005. Danach sind – unter Zugrundelegung des Wertes der den Beteiligten zugewandten Immobilien - der Beteiligte zu 1 Miterbe zu 63,83/100 und die Beteiligte zu 2 Miterbin zu 36,17/100.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist das nach ihrem Vortrag errichtete, jedoch nicht auffindbare Testament des Erblassers für die Bestimmung der Erbquoten nicht heranzuziehen. Auch der erkennende Senat ist nicht mit hinreichender Sicherheit davon überzeugt, dass der Erblasser nach dem 2.11.2005 noch ein weiteres Testament errichtet hat.

1. Gemäß § 2355, § 2356 Abs. 1 Satz 1 BGB ist zum Nachweis eines testamentarischen Erbrechts grundsätzlich die Urschrift der Urkunde vorzulegen, auf die das Erbrecht gestützt wird (vgl. Palandt/Edenhofer BGB 69. Aufl. § 2356 Rn. 9). Ist diese Urkunde nicht auffindbar, kommt der allgemein anerkannte Grundsatz zum Tragen, dass es die Wirksamkeit eines Testaments nicht berührt, wenn die Urkunde ohne Willen und Zutun des Erblassers vernichtet worden, verloren gegangen oder sonst nicht auffindbar ist (BayObLG FamRZ 1986, 1043/1044; FamRZ 1990, 1162/1163; 2005, 138/139). In einem solchen Fall können Errichtung und Inhalt des Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln bewiesen werden (BayObLG aaO). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen (BayObLG FamRZ 1990, 1162/1163; FamRZ

2001, 771/772; OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 1313/1314; Palandt/Edenhofer § 2255 Rn. 9).

Grundlage dieser hohen Beweisanforderungen ist die für die Errichtung eines Testaments gemäß §§ 2231 ff. BGB geltende Formstrenge. Durch die Formvorschriften für die Testamenterrichtung verfolgt das Gesetz verschiedene Zwecke: Die einzuhaltenen Förmlichkeiten sollen den Erblasser dazu veranlassen, sich selbst klar darüber zu werden, welchen Inhalt seine Verfügung von Todes wegen haben soll, und seinen Willen möglichst deutlich zum Ausdruck zu bringen. Sie sollen außerdem dazu dienen, Vorüberlegungen und Entwürfe von der maßgebenden Verfügung exakt abzugrenzen. Die Eigenhändigkeit eines Testaments soll nach der Wertung des Gesetzes außerdem eine erhöhte Sicherheit vor Verfälschungen des Erblasserwillens bieten. Alle diese Formzwecke sollen in ihrer Gesamtheit dazu beitragen, verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten der Erbprätendenten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintan zu halten (BGHZ 80, 242/246 = FamRZ 1981, 662; BayObLG FamRZ 2001, 771/772).

2. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabes ist der Senat nicht zu der Überzeugung gelangt, dass der Erblasser tatsächlich ein neues Testament im Anschluss an seine letztwillige Verfügung vom 2.11.2005 errichtet hat.

a) Die Aussage des im Wege der förmlichen Beweisaufnahme einvernommenen Zeugen S., dass ihm der Erblasser mitgeteilt habe, dass er im September 2008 neu testiert habe und dabei der Beteiligte zu 1 „P.“ und die Beteiligte zu 2 „Italien“ jeweils als Alleinerbe erhalten sollen, ist im Hinblick auf die strengen Anforderungen für einen Nachweis der tatsächlichen Errichtung des Testaments mit dem von der Beteiligten zu 2 behaupteten Inhalt nicht ausreichend.

Der Beweiswert der Aussage des S. erschöpft sich darin, dass der Erblasser diese Aussage getätigt hat. Ob er aber auch tatsächlich ein solches Testament mit diesem Inhalt errichtet hat, dafür gibt die Aussage des Zeugen keinen verlässlichen Aufschluss. Zutreffend weist das Nachlassgericht darauf hin, dass die Angaben der Erb-

lasser über angeblich errichtete Testamente oft nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen. Zudem hat der Zeuge das Testament selbst nicht gesehen. Damit steht auch nicht hinreichend fest, dass das Testament – bei unterstellter Errichtung – auch formgerecht abgefasst worden ist. Alleine die Aussage des Zeugen, dass der Erblasser ihn darüber belehrt habe, wie ein Testament formgerecht zu errichten sei, besagt nicht, dass der Erblasser selbst die Formerfordernisse des § 2247 BGB auch tatsächlich eingehalten hat.

b) Weitere Anhaltspunkte, die jenseits vernünftiger Zweifel den berechtigten Schluss rechtfertigen, dass der Erblasser ein weiteres Testament errichtet hat, sind nicht ersichtlich. Insbesondere ergeben sich solche Anhaltspunkte nicht aus dem sonstigen Beschwerdevorbringen.

aa) Nach dem eigenen Beschwerdevorbringen hat der Erblasser sowohl gegenüber der Beschwerdeführerin selbst wie auch der benannten Zeugin K. in der Vergangenheit zum Ausdruck gebracht, dass er das Testament ändern wolle. Aus diesem Sachvortrag ist jedoch nicht zu entnehmen, dass der Erblasser tatsächlich sein Testament aus dem Jahr 2005 durch formgerechte Neutestierung abgeändert hat. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass es bei einer Absichtserklärung des Erblassers geblieben ist, zumal er auch nach dem eigenen Vortrag der Beschwerdeführerin solche Äußerungen bereits mehrfach im Zeitraum von Mai 2007 bis Frühling/Sommer 2008 tätigte. Dem gemäß war auch die Einvernahme der weiteren benannten Zeugen, insbesondere der Zeugin K., weder durch das Nachlassgericht noch durch den Senat selbst veranlasst, zumal keiner der benannten Zeugen das Testament selbst gesehen hat.

bb) Auch dass der Beteiligte zu 1 mittlerweile das Haustürschloss in dem Anwesen in P. ausgetauscht hat, führt entgegen dem Beschwerdevorbringen - auch unter Berücksichtigung der Grundsätze der Beweisvereitelung (Zöller/Greger ZPO 28. Auflage § 286 Rn. 14a) - zu keiner anderen Bewertung.

Fraglich ist bereits, ob der Austausch des Türschlosses im Hinblick darauf, dass dem Beteiligte zu 1 gemäß der Teilungsanordnung im Testament vom 6.5.1998 das Anwe-

sen am Ende sowieso zugewiesen ist, ein missbilligenswertes Verhalten des Beteiligten zu 1 darstellt (BGH NJW-RR 1996, 1534; 2008, 982/985) und daher die Grundsätze der Beweisvereitelung überhaupt zum Tragen kommen. Doch selbst wenn dies der Fall wäre, würde der Senat angesichts des Umstandes, dass keiner der benannten Personen das – behauptete - Testament je gesehen hatte, aufgrund der strengen Anforderungen an den Nachweis eines Testaments aus dem Austausch des Türschlosses - auch unter Mitberücksichtigung der Aussage des Zeugen S. – nicht zur Überzeugung gelangen, dass der Erblasser tatsächlich ein weiteres Testament mit dem von der Beteiligten zu 2 behaupteten Inhalt errichtet hat.

c) Dass der Erblasser tatsächlich wie behauptet ein weiteres formgerechtes Testament errichtet hat, bleibt daher im Hinblick darauf, dass niemand das Testament gesehen hat, mit Zweifeln behaftet. Da die Feststellungslast derjenige trägt, der sich auf die Existenz eines Testaments beruft, geht dies zu Lasten der Beteiligten zu 2.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Es liegen keine besonderen Umstände vor, die ein Abweichen vom Regelfall rechtfertigen würden. Die Festsetzung des Geschäftswerts stützt sich auf § 131 Abs. 4, § 30 KostO. Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen Interesse der Beteiligten zu 2. Dieses liegt in der Differenz aus dem Nachlasswert entsprechend ihrer Erbenstellung aufgrund des von ihr behaupteten Testaments im Nachgang zum 2.11.2005 und der aufgrund des Testaments vom 2.11.2005. Der Unterschied beträgt  $\frac{1}{2}$  des Wertes des Anwesens in B..

4. Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 70 FamFG).

Leitsatz

BGB §§ 2355, 2356

1. An den Nachweis der formgerechten Errichtung und des Inhalts eines nicht auffindbaren Testaments sind strenge Anforderungen zu stellen.
2. Das Beweisangebot von Zeugen, die das Testament nicht gesehen haben, reicht in der Regel nicht aus.

OLG München, 31. Zivilsenat  
Beschluss vom 22.4.2010  
31 Wx 011/10

rechtskräftig