

**letzte Aktualisierung:** 20.5.2019

OLG Hamm, Beschl. v. 15.2.2019 – 10 W 16/18

**BGB §§ 1924 Abs. 3, 2069, 2270 Abs. 2, 2271 Abs. 2 S. 1, 2356  
Wechselbezüglichkeit der gesetzlichen Ersatzerbfolge nach § 2069 BGB**

Ergibt sich eine Ersatzerbfolge mangels Feststellbarkeit entsprechender Verfügungsinhalte allein aus § 2069 BGB, ist die Vermutung aus § 2270 Abs. 2 BGB im Sinne einer wechselbezüglich gewollten Verfügung auf Ersatzerbenbestimmung nur dann anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf Einsetzung des oder der Ersatzerben gerichteten Willen der Erblasser feststellen lassen.

## Oberlandesgericht Hamm, 10 W 16/18

**Datum:** 15.02.2019  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 10 W 16/18  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2019:0215.10W16.18.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Halle, 8 VI 85/17  
**Normen:** BGB §§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2270 Abs.,.2, 2069 BGB  
**Leitsätze:** Ergibt sich eine Ersatzerbfolge mangels Feststellbarkeit entsprechender Verfügungsinhalte allein aus § 2069 BGB, ist die Vermutung aus § 2270 Abs. 2 BGB im Sinne einer wechselbezüglich gewollten Verfügung auf Ersatzerbenbestimmung nur dann anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf Einsetzung des oder der Ersatzerben gerichteten Willen der Erblasser feststellen lassen.

---

**Tenor:** Der angefochtene Beschluss wird - unter Aufrechterhaltung im Übrigen - teilweise abgeändert.  
  
Der Antrag der Beteiligten zu 1.und 2. auf Erteilung eines Erbscheins wird zurückgewiesen.  
  
Die weitergehende Beschwerde wird zurückgewiesen.  
  
Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden den Beteiligten zu 1. und 2. auferlegt. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.  
  
Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000 € festgesetzt.  
  
Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

---

<b>Gründe:</b>	1
I.	2
Die Beteiligten zu 1. und 2. sind die Enkelkinder des am XX.XX.2017 verstorbenen Erblassers T, geboren am XX.XX.1924. Der Erblasser war verheiratet mit T2, geboren am XX.XX.1920. Die Ehefrau ist am XX.XX.1989 vorverstorben. Aus der Ehe ist der Sohn T3, der Vater der Antragsteller, als einziges Kind hervorgegangen. Der Antragsteller zu 1. ist am XX.XX.1988 geboren, die Antragstellerin zu 2. am XX.XX.1990. T3 ist am XX.XX.1996	3

verstorben.

Die Eheleute T und T2 errichteten am 14.08.1986 ein notarielles Testament (Notar X in X2, Urkundenrolle Nummer XXX/1986). Dort heißt es in Absatz 4: 4

"Wir setzen uns gegenseitig zum alleinigen Erben ein. Erbe des Längstlebenden soll unser Sohn T3 sein. 5

Weiteres haben wir nicht zu bestimmen." 6

Nach dem Tod seiner Ehefrau verfügte der Erblasser durch privatschriftliches Testament vom 17.03.2008 wie folgt: 7

"Ich stelle klar, dass dieses Testament meinen letzten Willen enthält und widerrufe gleichzeitig etwaige zuvor errichtete Testamente, insbesondere mein Testament vom 23.2.2005. 8

Meine Ehegattin und unser Sohn T3 sind vorverstorben. 9

Ich setze meine Lebensgefährtin Frau S C-Straße XX in XXXX4 X2 und das Altenheim St. K N-Straße XX in X2 XXXX4 zu meinen alleinigen Erben je zu gleichen Teilen ein. 10

Ich ordne Testamentsvollstreckung an und bestimme zum Testamentsvollstrecker Herrn Rechtsanwalt N, geschäftsansässig L-Straße XX in XXXX9 C...." 11

Nach dem Tod des Erblassers wurde dem Beteiligten zu 5. auf seinen Antrag am 14.02.2017 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt. Die Antragsteller zu 1. und 2. beantragten mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 08.03.2017 die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Erben zu je 1/2 ausweist. Der Antrag ist am 04.10.2017 zu Protokoll der Geschäftsstelle des Nachlassgerichts Halle (Westf.) wiederholt worden. Die Antragsteller haben die Richtigkeit ihrer Angaben an Eides statt versichert. Sie haben das privatschriftliche Testament vom 17.03.2008 für unwirksam gehalten. Der Erblasser sei durch das gemeinschaftliche notarielle Testament vom 14.08.1986 gebunden gewesen. Gemäß § 2069 BGB seien sie als Abkömmlinge des in diesem Testament vorgesehenen Schlusserben als Ersatzerben anzusehen und demgemäß Erben ihres verstorbenen Großvaters geworden. 12

Der Beteiligte zu 5. hat seinerseits als Testamentsvollstrecker mit Schriftsatz vom 05.04.2017 die Erteilung eines Erbscheins für die Beteiligten zu 4. und 5. als Erben zu je 1/2 beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, dass das privatschriftliche Testament vom 17.03.2008 wirksam sei. Der Erblasser sei durch das gemeinschaftliche Testament nicht gebunden gewesen, weil die Einsetzung des gemeinsamen Sohnes als Schlusserbe nicht wechselbezüglich sei. Das Testament enthalte dazu keine Anordnung. Der vorgesehene Schlusserbe sei vor Eintritt des Schlusserfalls verstorben. Der Eintritt der Beteiligten zu 1. und 2. als Ersatzerben ergebe sich nicht aus einer Auslegung des Testaments, zumal beide Enkelkinder bei dessen Errichtung noch nicht geboren seien. Es komme lediglich die gesetzliche Vermutung gemäß § 2069 BGB in Betracht. Eine Bindungswirkung bezogen auch auf die Ersatzerben lasse sich selbst bei Annahme der Wechselbezüglichkeit hinsichtlich des Sohnes als Schlusserben nicht feststellen. 13

Das Amtsgericht - Nachlassgericht - hat mit dem am 06.12.2017 erlassenen Beschluss die Tatsachen, die zur Begründung des Antrages der Beteiligten zu 1. und 2. erforderlich sind, für festgestellt erachtet und den Antrag des Beteiligten zu 5. zurückgewiesen. Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Beteiligten zu 1. und 2. als Enkelkinder des Erblassers dessen Erben geworden sind. Der Erblasser sei durch das gemeinschaftliche notarielle 14

Testament vom 14.08.1986 gebunden gewesen. Nach der Auslegungsregel des § 2270 BGB sei die Einsetzung des gemeinsamen Sohnes als wechselbezüglich anzusehen. Der Erblasser habe deshalb nach dem Tod seiner Ehefrau nicht mehr frei testieren können. Er sei offensichtlich davon ausgegangen, dass die Bindungswirkung nach dem Tod des Sohnes entfallen sei. Dass anstelle seines Sohnes nunmehr dessen inzwischen geborene Kinder erbberechtigt sein würden, habe er offensichtlich nicht bedacht. Diese seien als Erben gemäß § 1924 Abs. 3 BGB an die Stelle ihres Vaters getreten. Aus dem Testament selbst ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Eheleute für den Fall, dass ihr Sohn vor dem überlebenden Ehegatten versterben würde, die Wechselbezüglichkeit des Testaments aufheben und dem überlebenden Ehegatten wieder vollständige Testierfreiheit einräumen wollten. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den angefochtenen Beschluss (Bl. 29 - 31 d.A.) Bezug genommen.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 5., mit dem er sein bisheriges Ziel der Zurückweisung des Antrages der Beteiligten zu 1. und 2. und Erteilung eines Erbscheins zugunsten der Beteiligten zu 3. und 4. weiter verfolgt. Er wiederholt und vertieft sein bisheriges Vorbringen und meint weiterhin, es sei schon fraglich, ob die Einsetzung des Sohnes in dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute T überhaupt wechselbezüglich sei. Jedenfalls ergebe sich nicht, dass in dem Testament Ersatzerben eingesetzt worden seien. Das könne nur aus der gesetzlichen Regelung des § 2069 BGB folgen. Insoweit sei die Einsetzung der Enkelkinder als Ersatzerben aber nicht mehr von dem Willen der Erblasser in Bezug auf eine etwaige Wechselbezüglichkeit und damit Bindung des überlebenden Ehegatten erfasst. 15

Das Nachlassgericht hat an seiner Auffassung festgehalten, der Beschwerde mit dem am 22.01.2018 erlassenen Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. 16

II. 17

Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff FamFG zulässig, sie ist insbesondere form- und fristgemäß eingelebt worden. In der Sache hat das Rechtsmittel - derzeit nur zum Teil - Erfolg und führt zur Abänderung des angefochtenen Beschlusses in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang. 18

1. 19

Die Erbfolge nach dem am XX.XX.2017 verstorbenen Erblasser folgt aus dem am 17.03.2008 errichteten privatschriftlichen Testament. Dieses Testament ist wirksam. Erben sind die Beteiligten zu 4. und 5. Der Erblasser war durch die Regelungen des am 14.08.1986 gemeinsam mit seiner Ehefrau errichteten notariellen Testaments nicht gebunden, über die Erbfolge nach seiner Person anderweitig zu verfügen und zugunsten der Beteiligten zu 3. und 4. zu testieren. 20

Allerdings bestand - entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 5. - nach dem Tod der Ehefrau zunächst gemäß §§ 2271 Abs. 2 S. 1, 2270 Abs. 2 BGB eine Bindung des Erblassers an die Einsetzung des Sohnes T3 als Schlusserben. Diese ist wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB. Verfügungen in einem von Ehegatten gemeinschaftlich errichteten Testament sind wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Dabei ist jede Verfügung gesondert zu prüfen. Im Verhältnis einer Schlusserbeneinsetzung einerseits und der Einsetzung des jeweils anderen Ehegatten als einzigen Erben andererseits unter Ausschluss des gemeinsamen Kindes beim Tod des zuerst versterbenden Ehegatten spricht für eine Wechselbezüglichkeit, dass sich die Ehegatten nur deshalb gegenseitig als Alleinerben beim Tod des zuerst Versterbenden

eingesetzt haben, weil auch der Überlebende den gemeinsamen Sohn zu seinem Alleinerben berufen hat (s. dazu auch BGH Beschluss vom 16.01.2002 - IV ZB 20/01- juris Rn. 8). Soweit sich aus dem Testament - wie hier - dazu nichts Weiteres ergibt, enthält § 2270 Abs. 2 BGB eine Zweifelsregel, die im vorliegenden Fall eingreift. Auf die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des gemeinsamen Sohnes als Schlusserben kommt es jedoch nicht an. Er hat den Erbfall, für den er berufen war, nicht mehr erlebt (§ 1923 Abs. 1 BGB). Das privatschriftliche Testament vom 17.03.2008 widerspricht deshalb insoweit dem Ehegattentestament vom 14.08.1986 nicht.

Entscheidend ist vielmehr, ob für den vorverstorbenen Sohn Ersatzerben eingesetzt sind und ob der Erblasser daran gebunden war. Aus dem gemeinschaftlichen Testament ergibt sich dazu nichts. Eine Einsetzung der Beteiligten zu 1. und 2. als Ersatzerben für den vorgesehenen Schlusserben ist auch eher fernliegend, weil beide Enkelkinder im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments noch nicht geboren waren. Es sind weder aus dem Testament selbst noch aus anderen Umständen Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Eheleute für den Fall des Vorversterbens des Sohnes an eine Erbfolge durch eventuell später hinzukommende Enkel gedacht haben. Es kommt deshalb die Regel des § 2069 BGB zum Zuge, die auch bei Einsetzung eines Schlusserben in einem gemeinschaftlichen Testament gilt (BGH a.a.O. juris Rn. 11 m.w.N.). Danach sind Ersatzerben die zur gesetzlichen Erbfolge nach dem weggefallenen Sohn berufenen Abkömmlinge geworden, das sind hier die Beteiligten zu 1. und 2..

22

Da jede Einsetzung eines Ersatzerben im Verhältnis zur Einsetzung des zunächst bedachten Erben eine selbständige, gesonderte Verfügung darstellt, ist die Frage einer Bindungswirkung nicht für die Einsetzung von Schlusserben oder Ersatzerben generell zu bestimmen; vielmehr ist sie für jede dieser Verfügungen gesondert zu klären (OLG München MDR 2011, 1361 ff - juris Rn. 21 m.w.N.). Der Umstand, dass die gemeinschaftlich testierenden Eheleute die Schlusserbeneinsetzung als wechselbezügliche und bindende Verfügung ausgestaltet haben, ist kein ausreichendes und zwingendes Indiz dafür, dass auch die Ersatzerbeneinsetzung nach § 2069 BGB bindend sein sollte. Die Bindung kann in diesem Kontext nicht durch einen Rückgriff auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB festgestellt werden. Ergibt sich nämlich die Ersatzerbfolge mangels Feststellbarkeit entsprechender Verfügungsinhalte allein aus § 2069 BGB, dann ist die Vermutung aus § 2270 Abs. 2 BGB im Sinne einer wechselbezüglich gewollten Verfügung auf Ersatzerbenbestimmung nur anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für eine auf Einsetzung des oder der Ersatzerben gerichteten Willen der Erblasser feststellen lassen (BGH a.a.O. juris Rn. 15; OLG München a.a.O. Rn. 23; BayObLG 2004, 244).

23

Hier sind solche Anhaltspunkte nicht ersichtlich dafür, dass die testierenden Eheleute den Willen hatten, über ihren zum Schlusserben eingesetzten Sohn hinaus auch dessen zukünftige Abkömmlinge zu bedenken, zumal sie deren mögliche Existenz offenbar nicht in ihre Überlegungen einbezogen haben. Es ist nicht fernliegend und auch nicht von der Hand zu weisen, dass die Eheleute T - wenn sie diesen Fall bedacht hätten - dem Überlebenden von ihnen die Möglichkeit offen lassen wollten, seine Erbfolge zukünftig anderweitig neu zu regeln. Eine zur Bindung des Erblassers erforderliche Wechselbezüglichkeit der allein aus § 2069 BGB abzuleitenden Ersatzerbenbestimmung ist nach alledem nicht erkennbar.

24

Der allein auf der vermeintlich bindenden Ersatzerbenberufung fußende Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1. und 2. war deshalb unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses zurückzuweisen.

25

Die Feststellung der Tatsachen, die zur Begründung des Antrages des Beteiligten zu 5. für 27  
die Erteilung eines Erbscheins zugunsten der Beteiligten zu 3. und 4. erforderlich sind, ist  
zur Zeit noch nicht möglich. Insoweit fehlt es an den förmlichen Voraussetzungen gemäß  
§§ 2356 BGB, 352 FamFG, die noch nachzuholen sind. Die Entscheidung darüber, ob  
dem Beteiligten zu 5. als Testamentsvollstrecker ausnahmsweise die Abgabe einer  
eidesstattlichen Versicherung erlassen werden kann, bleibt dabei dem Nachlassgericht  
vorbehalten.

III. 28

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG. 29  
Ein Regelbeispiel gemäß § 81 Abs. 2 FamFG liegt nicht vor. Es entspricht auch nicht  
billigem Ermessen, im vorliegenden Erbscheinsverfahren einzelnen Verfahrensbeteiligten  
die Erstattung außergerichtlicher Kosten der anderen Beteiligten aufzuerlegen.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 30  
FamFG sind nicht gegeben.

Die Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf den 31  
Angaben der Beteiligten zu 1. und 2. in dem Antrag vom 04.10.2017 (Bl. 24 d.A.) zum  
geschätzten Wert des Nachlasses (§§ 36 Abs. 1, 40 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG).