

**letzte Aktualisierung:** 7.1.2022

BGH, Beschl. v. 10.11.2021 – IV ZB 30/20

**BGB §§ 2247, 2267**

**Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung in eigenhändigem Testament bei Verweis auf  
maschinengeschriebene Anlage**

Zur Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung, wenn die Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage individualisierbar bestimmt werden.



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 30/20

vom

10. November 2021

in der Nachlasssache

Nachschatzwerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

---

BGB §§ 2247, 2267

Zur Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung, wenn die Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage individualisierbar bestimmt werden.

BGH, Beschluss vom 10. November 2021 - IV ZB 30/20 - OLG Frankfurt am Main  
AG Groß-Gerau

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richterinnen Harsdorf-Gebhardt, Dr. Bußmann, die Richter Dr. Bommel und Rust

am 10. November 2021

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 30. Juli 2020 wird auf Kosten der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen.

Der Geschäftswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 100.000 € festgesetzt.

Gründe:

1 I. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beteiligten zu 1 und 2 Mit Erben des am 24. April 2017 verstorbenen Erblassers geworden sind. Die Beteiligte zu 3 ist die Tochter des Erblassers aus erster Ehe. Der Erblasser und seine zweite Ehefrau (im Folgenden: Ehefrau) erstellten unter dem 10. März 2011 ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament, das von beiden unterzeichnet wurde. Darin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben ein; weiter heißt es unter anderem:

"Unser gemeinsam erarbeitetes Kapital ist in zwei Ländern angelegt in Deutschland und in Italien mit in etwa gleicher Wertigkeit. Deswegen geben wir eine genaue Anweisung für die Nach/Schlußerben.

Wir haben zwei Häuser mit Grundstück, eines in W. /D und ein Ferienhaus in P. /I. ...

Für diese beiden Erbteile verfügen wir in vollem Einverständnis miteinander über die Nacherben. Nach dem Tod beider Partner soll das Erbe wie vorgesehen weiter gegeben werden an:

Erbteil W. an ... [die Beteiligte zu 3]

Erbteil P. /I. fällt an eine Erbengemeinschaft aus 5 befreundeten Familien, da ... [die Ehefrau] außer ihrem Ehemann keine Erben hat ...

Namen und Adressen für das Erbteil Italia sind im PC-Ausdruck angehängt und persönlich unterschrieben.

..."

2

In einer maschinengeschriebenen "ANLAGE Gemeinschafts-TESTAMENT NAMENSLISTE der ERBENGEMEINSCHAFT" sind durch Querstriche getrennt fünf Paare, darunter die Beteiligten zu 1 und 2, mit ihren jeweiligen Namen, Adressen und Kontaktdaten aufgeführt, wobei in mehreren Fällen die Namen den jeweiligen Paaren zugeordneter weiterer Personen mit aufgeführt sind. Die Anlage ist handschriftlich auf den 10. März 2011 datiert und vom Erblasser und seiner Ehefrau unterschrieben.

3

Nachdem die Ehefrau verstorben war, errichtete der Erblasser ein notarielles Testament, in dem er die Beteiligte zu 3 als Alleinerbin einsetzte.

4            Nach dem Tod des Erblassers haben die Beteiligten zu 1 und 2 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Erben zu je 1/20 ausweist. Das Nachlassgericht hat die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 3 hat das Oberlandesgericht den Beschluss des Nachlassgerichts aufgehoben und den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, mit der sie ihren Erbscheinsantrag weiterverfolgen.

5            II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

6            1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ErbR 2021, 851 und ZEV 2021, 443 veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die Beteiligten zu 1 und 2 seien durch das Testament vom 10. März 2011 nicht wirksam zu Erben eingesetzt worden. Es könne zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass die Anlage echt sei und es dem Willen des Erblassers und seiner Ehefrau entsprochen habe, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Erben werden sollten. Jedoch sei die für eine Erbeinsetzung gemäß §§ 2247 Abs. 1, 2267 Satz 1 BGB erforderliche Form nicht eingehalten, denn aus dem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament sei nicht hinreichend, auch nicht im Wege der Auslegung, zu entnehmen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Erben sein sollten. Deren Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Erben lasse sich nur der Anlage entnehmen, die aber nicht der Testamentsform entspreche. In den Fällen des "testamentum mysticum" sei Maßstab für die Grenze der Auslegung, ob für einen mit den Verhältnissen vertrauten Dritten aus dem Text des Testaments erkennbar sei,

welche Personen dort gemeint sind. Dem genüge das vorliegende Testament nicht, denn der Begriff der "5 befreundeten Familien" lasse nicht erkennen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 zu diesem Kreis gehören sollten. Es handele sich nicht um einen für einen Dritten erkennbaren feststehenden, abgegrenzten Kreis von Personen.

7                   2. Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

8                   Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 nicht Miterben des Erblassers aufgrund des Testaments vom 10. März 2011 geworden sind, da sie in diesem nicht formwirksam zu Erben eingesetzt worden sind. Werden - wie hier - die konkreten Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch die Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage und nicht bereits allein durch den Wortlaut des Testaments individualisierbar bestimmt, liegt eine wirksame Erbeinsetzung insgesamt nicht vor.

9                   a) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht zunächst unterstellt, dass die Anlage zu dem Testament echt sei und es dem Willen des Erblassers und seiner Ehefrau entsprochen habe, dass unter anderem die Beteiligten zu 1 und 2 Erben nach dem Längstlebenden werden sollten. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats auch für das Erbscheinsverfahren, dass ungeachtet der grundsätzlich für richtig gehaltenen Prüfungsreihenfolge (vgl. Senatsurteile vom 27. Februar 1985 - IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 unter II 1 [juris Rn. 10]; vom 8. Dezember 1982 - IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 unter II 1 [juris Rn. 18]) der Tatrichter einen bestimmten Willen des Erblassers unterstellt, aber mangels formgerechter Erklärung dieses Willens für unbeachtlich erklärt (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 - IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rn. 19 m.w.N.).

10                    b) Weiter rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht angenommen, der Wille, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben werden sollten, sei im Testament vom 10. März 2011 nicht formgerecht im Sinne der §§ 2247 Abs. 1, 2267 Satz 1 BGB erklärt worden.

11                    aa) Nach § 2247 Abs. 1 BGB kann der Erblasser ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten. Gemäß § 2267 Satz 1 BGB genügt es zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2247 BGB, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet.

12                    bb) Sämtliche Verfügungen des Erblassers müssen, um wirksam zu sein, diese Formanforderungen erfüllen (BeckOGK/Grziwotz, BGB § 2247 Rn. 32 [Stand: 1. Oktober 2021]). Dabei ist es zulässig, dass in einem Testament auf eine andere wirksame letztwillige Verfügung, insbesondere auf ein notarielles Testament, verwiesen wird (Senatsbeschluss vom 15. Juni 2010 - IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364 Rn. 7 m.w.N.). Hingegen kann der Erblasser hinsichtlich des Inhalts der letztwilligen Verfügung grundsätzlich nicht auf Schriftstücke, die nicht der Testamentsform genügen, Bezug nehmen (sog. "testamentum mysticum"; vgl. Senatsurteil vom 29. Mai 1980 - IVa ZR 26/80, Rpfleger 1980, 337 [juris Rn. 17 f.]; RG WarnRspr 1917 Nr. 59; WarnRspr 1915 Nr. 210; OLG Köln FamRZ 2015, 1529 unter II 1 [juris Rn. 42]; OLG Zweibrücken NJW-RR 1989, 1413 [juris Rn. 5]; BayObLG BayObLGZ 1979, 215 unter II 2 a [juris Rn. 39] m.w.N.; BeckOGK/Grziwotz aaO; Burandt/Rojahn/Lauck, Erbrecht 3. Aufl. § 2247 BGB Rn. 23; jurisPK-BGB/Bauermeister, 9. Aufl. § 2247 Rn. 10; MünchKomm-BGB/Sticherling, 8. Aufl. § 2247 Rn. 23; Palandt/Weidlich, BGB 80. Aufl. § 2247 Rn. 8; Soergel/Klingseis, BGB 14. Aufl. § 2247

Rn. 41; Staudinger/Baumann, BGB (2018) § 2247 Rn. 71; Muscheler, Erbrecht (2010) Bd. I Rn. 1732; vgl. auch Motive V S. 294). Zulässig soll allerdings nach herkömmlicher Ansicht die Bezugnahme zum Zwecke der näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmungen sein, weil es sich dann nur um die Auslegung des bereits formgültig erklärten, andeutungsweise erkennbaren Willens handele (vgl. OLG Köln aaO; Palandt/Weidlich aaO); insoweit wird nach bisheriger Rechtsprechung zwischen (zulässigen) Bezugnahmen zur näheren Erläuterung einerseits und (unzulässigen) ergänzenden oder inhaltsbestimmenden Bezugnahmen andererseits unterschieden (vgl. KG Berlin ZEV 2018, 272 Rn. 11 f., 14; OLG Hamm FamRZ 2006, 1484 unter II [juris Rn. 24]; OLG Zweibrücken aaO; BayObLG aaO; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2247 Rn. 13 [Stand: 1. November 2021]; BeckOGK/Grziwotz aaO; Burandt/Rojahn/Lauck aaO; Erman/S. Kappler/T. Kappler, BGB 16. Aufl. § 2247 Rn. 10; Jauernig/Stürner, BGB 18. Aufl. § 2247 Rn. 2; jurisPK-BGB/Bauermeister aaO; MünchKomm-BGB/Sticherling aaO; Palandt/Weidlich aaO; Soergel/Klingseis aaO Rn. 41, 43; Staudinger/Baumann aaO Rn. 71, 77 f.; Muscheler aaO; Reimann/Bengel/Voit, Testament und Erbvertrag 7. Aufl. § 2247 BGB Rn. 12; Fervers, ZEV 2016, 34; Hamdan/Hamdan jurisPR-FamR 21/2015 Anm. 2 unter D). Die Unterscheidung zwischen erläuternden und ergänzenden Bezugnahmen birgt jedoch die Gefahr erheblicher Abgrenzungsschwierigkeiten und hat zum Teil zu einer zu großzügigen Zulassung von Bezugnahmen auf nicht formwirksame Anlagen geführt (vgl. OLG Hamburg ZEV 2016, 32 Rn. 17 f.).

13

cc) Richtigerweise ist zunächst zu klären, ob die letztwillige Verfügung, soweit sie formwirksam ist, für sich genommen hinreichend bestimmt und damit vollständig ist. Ist das nicht der Fall, kommt es darauf an, ob die letztwillige Verfügung auslegungsfähig ist, also mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt. Bejahendenfalls ist zu prüfen, ob ein sich aus

der formunwirksamen Anlage ergebendes Auslegungsergebnis im Testament immerhin andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist. Für eine solche Andeutung genügt allerdings nicht die Bezugnahme auf die Anlage im Testament.

14            Im Einklang damit steht die Würdigung des Beschwerdegerichts, aus dem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament des Erblassers und seiner Ehefrau sei nicht hinreichend, auch nicht im Wege der Auslegung zu entnehmen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 Miterben nach dem Längstlebenden werden sollten.

15            (1) Die in dem eigenhändigen Testament hinsichtlich des "Erbteils P. /I." getroffene letztwillige Verfügung ist nicht hinreichend bestimmt und damit unvollständig. Denn ihr allein lassen sich die Erben - ohne Rückgriff auf die Anlage - nicht im Einzelnen entnehmen. Wie vom Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler festgestellt, war im Streitfall aus dem Text des Testaments nicht erkennbar, welche Personen mit der Formulierung "5 befreundete Familien" gemeint waren. Ohne eine zweifelsfreie Bestimmung der bedachten Personen liegt jedoch eine vollständige letztwillige Verfügung nicht vor. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen erbrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Dieses besagt, dass der Erblasser seine Verfügungen so formulieren muss, dass Geltungsanordnung, Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgegenstand mit praktisch hinreichender Sicherheit aus den getroffenen Verfügungen entnommen werden können; § 2065 Abs. 2 BGB stellt eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes dar (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 2065 Rn. 6; Palandt/Weidlich, BGB 80. Aufl. § 2065 Rn. 8; Karczewski, ZEV 2018, 192, 196).

16 Die streitgegenständliche Erbeinsetzung "für das Erbteil Italia" konnte nicht dadurch vervollständigt werden, dass in dem gemeinschaftlichen Testament auf die Namen und Adressen in der maschinengeschriebenen Anlage verwiesen wurde. Die Bezugnahme in einem eigenhändigen Testament auf ein nicht der Testamentsform entsprechendes Schriftstück kann nicht dazu führen, dass die nicht formwirksame Anlage gleichsam zum Bestandteil der formgültigen letztwilligen Verfügung wird. Dies folgt unmittelbar aus der Formvorschrift des § 2247 BGB und daraus, dass es insoweit an einer (etwa den Vorschriften der § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG, § 160 Abs. 5 ZPO vergleichbaren) Regelung fehlt, welche die Bezugnahme auf ein nicht der Form entsprechendes Schriftstück für zulässig erklärt. Es entspricht auch dem Willen des historischen Gesetzgebers, solche Bezugnahmen - anders als noch in dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorangegangenen Rechtsordnungen - auszuschließen (vgl. Motive V S. 293 f.).

17 (2) Auch bei Berücksichtigung der Anlage zur Auslegung des Wortlauts des Testaments gemäß § 133 BGB musste das Beschwerdegericht zu keinem anderen Ergebnis gelangen.

18 (a) Zwar können, wenn der Wortlaut eines Testaments mehrere Deutungen zulässt, zur Klärung des innerhalb des Wortlauts liegenden Auslegungsspielraums auch außerhalb des Testaments liegende Umstände herangezogen werden, wozu auch nicht der Testamentsform genügende Schriftstücke zählen (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 2084 BGB Rn. 30 f.). Wenn der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament aber auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers unbeachtlich (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 - IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rn. 17 m.w.N.; vgl. auch Jauernig/Stürner,

BGB 18. Aufl. § 2084 Rn. 4 m.w.N.; MünchKomm-BGB/Leipold aaO Rn. 16; Palandt/Weidlich, BGB 80. Aufl. § 2084 Rn. 4). Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 aaO). Ausgehend von dem allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Grundsatz, dass nur dem Willen Geltung verschafft werden kann, der im Testament zum Ausdruck gelangt, dort also eine, wenn auch noch so geringe, Grundlage findet, muss daher im Hinblick auf eine in Frage stehende Anordnung des Erblassers verlangt werden, dass für sie wenigstens gewisse Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung enthalten sind, die im Zusammenhang mit den sonstigen heranzuziehenden Umständen außerhalb des Testaments den entsprechenden Willen des Erblassers erkennen lassen (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 aaO).

19

(b) Hier lässt zwar der Wortlaut des Testaments - anders als in Fällen bloßer Bezugnahme auf die Anlage - hinsichtlich des darin verwendeten Begriffs der "5 befreundeten Familien" Raum für eine Auslegung. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde musste das Beschwerdegericht dem Wortlaut der formgültigen Verfügung aber keine Andeutung entnehmen, dass eine Einsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben gewollt war. Ein bestimmter Erblasserwille ist nicht bereits dadurch im Testament angedeutet, dass dessen Wortlaut überhaupt auslegungsbedürftig ist und sich die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lässt (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 - IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rn. 18; Soergel/Loritz/Uffmann, BGB 14. Aufl. § 2084 Rn. 28). Die Anwendung der Andeutungstheorie kann nicht dazu führen, die Formnichtigkeit einer letztwilligen Verfügung zu überwinden (Baumann, ErbR 2021, 853). Demge-

mäß hat das Beschwerdegericht zu Recht die Bezugnahme auf die formunwirksame Anlage nicht für eine Andeutung des Erblasserwillens in dem Testament genügen lassen.

20 Die von der Rechtsbeschwerde vertretene Ansicht, die die Anlage zur Auslegung heranziehen möchte und zugleich in der Bezeichnung als "5 befreundete Familien" eine hinreichende Andeutung des Erblasserwillens sieht, wird hingegen den Zwecken des Formerfordernisses nicht gerecht. Die Vorschriften über die Formen, in denen Verfügungen von Todes wegen getroffen werden können, dienen unter anderem dem Zweck, die Echtheit der Erklärungen des Erblassers sicherzustellen und Streitigkeiten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzuhalten (vgl. Senatsbeschlüsse vom 19. Juni 2019 aaO Rn. 16; vom 9. April 1981 - IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 unter III [juris Rn. 15]; OLG Stuttgart ZEV 2015, 220 Rn. 10; Stumpf, FamRZ 1992, 1131, 1137). Dem ist nicht Genüge getan, wenn sich erst aus einer nicht formgerechten und damit im Grundsatz einer erhöhten Fälschungsgefahr unterliegenden Anlage ergibt, wer Erbe ist (vgl. auch Fervers, ZEV 2016, 34; Grundmann, AcP 187 (1987), 429, 467 ff.).

21 dd) Dabei kommt es entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde für die Formunwirksamkeit nach § 125 Satz 1 BGB nicht darauf an, ob im konkreten Fall das Risiko einer Fälschung der Anlage bestand, denn Formvorschriften gelten auch, wenn die Erreichung des Formzwecks im Einzelfall anderweitig sichergestellt ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Februar 1970 - V ZR 158/66, BGHZ 53, 189 unter II 3 a [juris Rn. 28];

MünchKomm-BGB/Einsele, 9. Aufl. § 125 Rn. 11; Palandt/Ellenberger, BGB 80. Aufl. § 125 Rn. 1 jeweils m.w.N.; vgl. auch Fervers, ZEV 2021, 444, 445).

Mayen

Harsdorf-Gebhardt

Dr. Bußmann

Dr. Bommel

Rust

Vorinstanzen:

AG Groß-Gerau, Entscheidung vom 20.02.2019 - 41 VI 546/18 (2018) - OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 30.07.2020 - 20 W 79/19 -