

**letzte Aktualisierung:** 12.1.2022

OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2021 – 10 W 18/21

### **BGB § 133**

#### **Anforderungen an den ernstlichen Testierwillen**

Ein Testament ist nur dann wirksam, wenn der Erblasser bei seiner Errichtung einen ernstlichen Testierwillen hatte, d. h. ernstlich eine rechtsverbindliche Anordnung für seinen Todesfall treffen wollte. Zweifel an einem endgültigen Testierwillen können sich u. a. aus ungewöhnlichen Schreibmaterialien, ungewöhnlichen Errichtungsformen, der inhaltlichen Gestaltung und einem ungewöhnlichen Aufbewahrungsort ergeben. Bei solchen Zweifeln ist stets zu prüfen, ob es sich nicht lediglich um einen Testamentsentwurf handelt.

**Oberlandesgericht Hamm, 10 W 18/21**

**Datum:** 15.06.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 10 W 18/21  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2021:0615.10W18.21.00

**Vorinstanz:** Amtsgericht Herne, 7 VI 424/20  
**Schlagworte:** Testierwille  
**Normen:** BGB § 133  
**Leitsätze:** Ein Testament ist nur dann wirksam, wenn der Erblasser bei seiner Errichtung einen ernstlichen Testierwillen hatte, d.h. ernstlich eine rechtsverbindliche Anordnung für seinen Todesfall treffen wollte. Zweifel an einem endgültigen Testierwillen können sich u. a. aus ungewöhnlichen Schreibmaterialien, ungewöhnlichen Errichtungsformen, der inhaltlichen Gestaltung und einem ungewöhnlichen Aufbewahrungsort ergeben. Bei solchen Zweifeln ist stets zu prüfen, ob es sich nicht lediglich um einen Testamentsentwurf handelt.

**Tenor:** Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) vom 24.11.2020 gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Nachlassgericht – Herne vom 18.11.2020 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Aufwendungen der Beteiligten zu 2) bis 4) werden der Beteiligten zu 1) auferlegt.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Der Gegenstandswert des Verfahrens wird auf 280.000,00 € festgesetzt.

**Gründe:** 1

I. 2

Am 20.07.2009 errichtete der Erblasser vor dem Notar A in B ein notarielles Testament (UR-Nr. 00/2019), in dem er die Beteiligte zu 2) zu seiner Alleinerbin einsetzte. 3

Dieses Testament ist durch das Nachlassgericht am 31.03.2020 eröffnet worden, nachdem 4

der ledige und kinderlose Erblasser am 00.00.2020 verstorben war.

Mit Schreiben vom 14.03.2020, eingegangen beim Nachlassgericht am 15.04.2020, übersandte die Beteiligte zu 3), bei der es sich um eine von zwei Schwestern des Erblassers handelt, weitere Unterlagen an das Nachlassgericht, die sie zusammen mit dem Testament vom 20.07.2009 in den persönlichen Unterlagen des Erblassers in einer Mappe mit der Aufschrift „Testament“ aufgefunden hatte. 5

Bei den Unterlagen handelt es sich um insgesamt fünf mit einem Bleistift handschriftlich beschriebene Papiere im DIN A 4 Format, wobei es sich bei vier dieser Papiere jeweils um die Rückseite von mit Werbung für Kurse der Eschule B bedruckten Zetteln handelt. 6

Das erste Schriftstück hat folgenden Inhalt: 7

„Fr. 7.10.16 10 41 8

Testamentsveränderung 7.10.016 B d. .... 9

Hiermit möchte ich mein bisheriges 1. Testament, erstellt 10

am 20.7.2009 Urkunde Rolle Nr 00 2009 von A 11

in B verändern auf für ungültig erklären 12

Mein ganzes Vermögen bestehend aus: 13

1- Eigentumswohnungen in dem Haus B (..) Cstraße 00 14

1O-Geschoss links 40 m² und 1. OG Rechts 46 m² 15

2- sowie dazugehörige Garten 360 m² 16

hintere “ 17

3- sowie Ersparnisse bei der Dbank B 18

bestehend aus: 19

- Cash Konto zur Zeit 96000€ 88000€ 20

- Fondsvermögen Wert zur Zeit 63000€ 74000€ 21

- 1 Bausparvertrag zur Zeit 2240,38€ Stammnr (..) 22

- 1 Flexible Rentenversicherung der Z (Nr (..) 23

VertragskontoNr (..) 24

bisher herige Anzahlungen von 2014 1349,94€ 25

10000€ 2015 1349,94€ + Zuzahlung v. 26

möchte ich der Hilfsorganisation01 27

vererben. 28

29

B den ....

Y“ 30

Der so beschriebene Zettel ist am 16.04.2020 durch das Nachlassgericht gemeinsam mit einem weiteren der Papiere eröffnet worden. 31

Das ebenfalls eröffnete, nicht unterschriebene Schriftstück enthält in der Kopfzeile u. a. die Aufschrift „Mein Testament S 50!! für Dummies“. Nachfolgend findet sich der Satz „*Hiermit möchte ich Y mein bisheriges Testament vom 20. Juli 2009 vom Notar A abgefasst für ungültig erklären und hebe hiermit vorsorglich alle bisherigen von mir errichteten Verfügungen von Todes wegen in vollem Umfang auf.*“ Dieser Satz wurde mit mehrfachen Einschüben u. a. in Bezug auf die UR-Nummer, die Adresse des Notars und eine Seitenzahl („S140“) versehen. 32

Sodann folgt „*Aus meinem Nachlass setzte ich als Vollerben ein:*“, wobei erneut der Zusatz „S140“ enthalten ist und nachfolgend der Beteiligte zu 1) mit Anschrift, Telefon- und Faxnummer benannt wird. Anschließend folgt der Satz „*Mein Nachlass besteht bisher aus: Stand Juni 2017*“ und eine Aufzählung von Vermögensbestandteilen. 33

Ein weiteres Papier enthält in der Kopfzeile das Datum 30.5.17, Seitenzahlen sowie Notizen u. a. zu der Frage der Verwahrung von Testamenten und deren Registrierung beim Zentralen Testamentsregister. 34

Das vierte Papier enthält neben z. T. unleserlichen Aufzeichnungen mit Kugelschreiber u. a. folgende Notizen: 35

„*Do 8.6.17 im Gericht gewesen Lit Dummies stimmt nicht ganz T2 kostet 75€ + 18€*“ 36

- *Soll kommen u all 2T. mitbringen T1 + T2 handgeschrieben* 37

*Inhalt: wer erben soll* 38

*(...)* 39

*Wenn Vermögen sich verändert hat muß ich dann Neues – T. schreiben.* 40

- *Alleiniger Erbe: Hilfsorganisation02* 41

*(...)* 42

1 *Kann ich das 1. Testament auch so stehen lassen* 43

- *wenn ich bis zum Tot mehr oder weniger Kap. habe* 44

- *das Kapital + 1. OG/Garten zur Todes Zeit greift* 45

*12.6.17 im Amtsgericht gewesen gleicher Herr wie 8.6. Do* 46

- *ich lasse altes Testament so Alleinigen Erben heißt:* 47

*Stand dann Todestag* 48

- *Ersparnisse* 49

- *Garten Hilfsorganisation03* 50

51

*- 1. OG. Li + Re**nach meinem Tot.“*

Auf dem letzten Zettel ist in der Kopfzeile das Datum „So 15.1.17“ eingerahmt von den Uhrzeiten 18:15 Uhr und 18:16 Uhr notiert, darunter finden sich Seitenangaben nebst Schlagworten mit erbrechtlichen Begriffen. 52

Wegen des weiteren Inhalts und der Gestaltung wird auf Bl. 22 bis 26 der beigezogenen Akte über die Verfügungen von Todes wegen (7 IV 135/20, Amtsgericht Herne) verwiesen. 53

Über den Nachlass des Erblassers ist Nachlasspflegschaft angeordnet und der Beteiligte zu 4) zum Nachlasspfleger bestellt worden. 54

Der Beteiligte zu 1) hat gestützt auf das auf den 07.10.2016 datierende, am 16.04.2020 eröffnete Schriftstück die Erteilung eines Alleinerbscheins zu eigenen Gunsten beantragt. Er hat die Ansicht vertreten, es handele sich bei diesem Schriftstück um ein eigenhändiges Testament des Erblassers, in dem dieser ihn zum Alleinerben eingesetzt habe. Dieses Schriftstück sei aus Papier, es enthalte eine Datums- und Ortsangabe, die Beschriftung mit Bleistift habe keinen Einfluss auf die Wirksamkeit. Unter den Umständen könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Erblasser damit nur einen Entwurf eines Testaments habe verfassen wollen. Dagegen sei das weitere vom Nachlassgericht eröffnete Schriftstück nicht unterschrieben und damit nicht über das Entwurfsstadium hinausgegangen. 55

Die Beteiligte zu 2) hat die Ansicht vertreten, es liege allenfalls der Entwurf eines Testaments vor. 56

Durch Beschluss vom 18.11.2020 hat das Amtsgericht – Nachlassgericht – Herne den Erbscheinsantrag zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen folgendes ausgeführt: 57

Es handele sich bei den handschriftlichen Abfassungen des Erblassers auf den Rückseiten der Eschule-Werbezettel nicht um ein Testament, denn es könne das Vorhandensein eines ernstlichen Testierwillens im Zeitpunkt der Errichtung der Erklärung nicht festgestellt werden. Gegen einen solchen ernstlichen Testierwillen spreche das verwendete verkehrsunübliche Material und dass er mit Bleistift geschrieben habe. Dadurch seien die Aufzeichnungen leicht zu ändern und die Vergänglichkeit spreche aufgrund der Lebenserfahrung für die Abfassung eines Entwurfs. Hierfür sprächen auch die Auslassungen im Text jeweils nach der Ortsangabe und zwischen „Hilfsorganisation01“ und „vererben“. Zudem spreche gegen die Annahme, dass der Erblasser von einer rechtsverbindlichen Erklärung seines letzten Willens ausgegangen sei, dass er der Beteiligten zu 3) gegenüber geäußert habe, er müsse sein Testament ändern. Auch der Aufbewahrungsort gemeinsam mit dem Testament vom 20.07.2009 spreche dafür, dass der Erblasser Entwürfe zur Änderung des notariellen Testaments verfasst habe. 58

59

Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 1) mit seiner Beschwerde vom 24.11.2020, mit der er seinen Erbscheinsantrag weiter verfolgt. Das Nachlassgericht habe zu Unrecht das Vorliegen eines mit ernstlichem Testierwillen errichteten Testaments verneint. Die Formalien des § 2247 BGB seien erfüllt. Ein Testament könne auf und mit jedem Material errichtet werden, das Gesetz enthalte insoweit keine Einschränkungen. Die Äußerung des Erblassers gegenüber der Beteiligten zu 3) und seinem Schwager, er wolle sein Testament ändern, sei vom Nachlassgericht falsch ausgelegt worden, denn sie lasse den Rückschluss zu, dass der Erblasser davon ausgegangen sei, am 07.10.2016 ein wirksames Testament errichtet zu haben. Aus dem ebenfalls eröffneten Schriftstück ergäbe sich gerade, dass der Erblasser zwischen Entwurf und „richtigem“ Testament habe unterscheiden können, denn das weiter eröffnete Schriftstück sei offensichtlich der Entwurf zu dem endgültigen Änderungstestament.

Die Beteiligte zu 2) verteidigt den angefochtenen Beschluss. 60

Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 25.01.2021 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. 61

Der Senat hat die Akte über die Verfügungen von Todes wegen (7 IV 135/20, Amtsgericht Herne) beigezogen und den Beteiligten rechtliches Gehör zu dem Inhalt der übrigen, von der Beteiligten zu 3) im April 2020 eingereichten Schriftstücke gewährt, die durch das Nachlassgericht nicht eröffnet worden sind. 62

II. 63

Die nach § 58 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist unbegründet. 64

1. 65

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht gem. §§ 63 Abs. 1 und 3, 64, 65 FamFG eingelegt worden. Der Beteiligte zu 1) ist beschwerdeberechtigt nach § 59 Abs. 2 FamFG, da sein Erbscheinsantrag zurückgewiesen worden ist. 66

Es kann dahinstehen, ob der den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1) beurkundende Notar aus berufsrechtlichen Gründen an einer weiteren Vertretung des Beteiligten zu 1) im Erbscheinverfahren gehindert war, nachdem sich in dem Verfahren die widerstreitenden Interessen des Beteiligten zu 1) und der Beteiligten zu 2) gegenüberstanden (vgl. BeckOK BNotO/Sander, 4. Ed. 1.2.2021, BNotO § 24 Rn. 69 m. w. N.). Denn selbst wenn der Notar nicht (mehr) gem. § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO zur Vertretung des Beteiligten zu 1) im gerichtlichen Verfahren befugt war, hat dies auf die Wirksamkeit der von diesem für den Beteiligten zu 1) eingelegten Beschwerde keine Auswirkungen (vgl. BGH, Beschluss vom 29.09.1970, IV ZB 10/70, BGHZ 54, 275-282, juris). 67

2. 68

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag des Beschwerdeführers zurückgewiesen, da dieser nicht testamentarischer Erbe des Erblassers geworden ist. 69

a) Bei einem Testament handelt es sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Es ist demnach nur dann wirksam, wenn der Erblasser bei seiner Errichtung einen ernstlichen Testierwillen hatte. Das ist dann der Fall, wenn der Erblasser ernstlich eine rechtsverbindliche Anordnung für seinen Todesfall treffen wollte. Zweifel an einem endgültigen Testierwillen können sich u. a. aus ungewöhnlichen Schreibmaterialien, ungewöhnlichen Errichtungsformen, der inhaltlichen Gestaltung und 70

einem ungewöhnlichen Aufbewahrungsort ergeben. Bei solchen Zweifeln ist stets zu prüfen, ob es sich nicht lediglich um einen Testamentsentwurf handelt (OLG Hamm, Beschluss vom 27.11.2015, 10 W 153/15, ErbR 2016, 157 ff., m. w. N.).

Ob ein solcher ernstlicher Testierwille vorgelegen hat, ist dabei im Wege der Auslegung gem. § 133 BGB unter Berücksichtigung aller erheblichen, auch außerhalb der Urkunde liegenden Umstände und der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilen. Dabei sind, sofern die Form des Schriftstücks nicht den für Testamente üblichen Gepflogenheiten entspricht, an den Nachweis des Testierwillens strenge Anforderungen zu stellen (BayObLG, Beschluss vom 02.10.1998, 1Z BR 95–98, NJW-RR 1999, 88f. m. w. N.). 71

Können nach der so vorzunehmenden Auslegung die Zweifel nicht ausgeräumt werden, liegt kein gültiges Testament vor, da hierfür der ernstliche Testierwille außer Zweifel stehen muss (OLG Hamm, aaO). 72

b) Diesen Maßstäben folgend hat das Nachlassgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung nicht festzustellen vermocht, dass der Erblasser das Schriftstück mit dem Datum 07.10.2016 (Bl. 22 der Beiakte) mit ernstlichem Testierwillen errichtet hat. 73

Auch wenn die Errichtung dieses Schriftstücks auf der Rückseite eines Werbezettels der Eschule B nicht grundsätzlich der Annahme eines ernstlichen Testierwillens entgegen steht, so begründet doch die Verwendung dieser für Testamente unüblichen Schreibunterlage Anlass zu Zweifeln an dem Vorliegen eines ernstlichen Testierwillens. Diese Zweifel werden verstärkt durch den Umstand, dass der Text durch den Erblasser mit Bleistift geschrieben worden ist, wodurch eine dauerhafte Beständigkeit des Textes nicht sichergestellt ist. Des Weiteren enthält der Text zu Beginn und am Ende ausdrücklich Auslassungen, indem jeweils hinter der Ortsangabe durch vier Punkte gekennzeichnet worden ist, dass hier noch Eintragungen des Datums erfolgen sollten. Zudem spricht der – auch im Verhältnis zum übrigen Text – deutliche Absatz zwischen den Worten „möchte ich der Hilfsorganisation<sup>01</sup>“ und „vererben“ dafür, dass an dieser Stelle nach der Vorstellung des Erblassers noch Ergänzungen, etwa der Anschrift des Bedachten, erforderlich waren. 74

Bereits in einer Gesamtschau dieser Umstände drängt sich die Vermutung auf, dass es sich bei dem betreffenden Schriftstück nach der Vorstellung des Erblassers nur um den Entwurf einer seinerzeit beabsichtigten Testamentsänderung gehandelt hat. 75

Diese Vermutung wird bestätigt durch den Inhalt der weiteren handschriftlich errichteten Schriftstücke, die die Beteiligte zu 3) gemeinsam mit ihrer Schwester in den Unterlagen des Erblassers in einer Mappe mit der Aufschrift „Testament“ aufgefunden und an das Nachlassgericht gesandt hat. 76

Entgegen der Annahme des Beteiligten zu 1) kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass das weitere am 16.04.2020 eröffnete Schriftstück (Bl. 23 der Beiakte) der Entwurf zu dem vorgenannten Schriftstück war. Denn in dem weiteren Schriftstück hat der Erblasser nicht nur den Beteiligten zu 1) als „Vollerben“ eingesetzt, sondern auch den Bestand seines Nachlasses zum Stand Juni 2017 aufgeführt, also einem Zeitpunkt mehrere Monate nach Errichtung des ersten Schriftstücks. Bei diesem weiteren Schriftstück handelt es sich aufgrund der fehlenden Unterzeichnung sowie der konkreten Gestaltung unzweifelhaft lediglich um einen Entwurf bzw. Vorüberlegungen zu einer evtl. beabsichtigten Testamentsänderung. Diesen Vorüberlegungen hätte es jedoch im Sommer 2017 nicht bedurft, wenn der Erblasser nach seiner Vorstellung bereits im Oktober 2016 ein wirksames Testament zugunsten des Beteiligten zu 1) errichtet hätte. 77

Zudem folgt aus den weiteren Schriftstücken, dass sich der Erblasser im Juni 2017 persönlich bei zwei Gelegenheiten im Amtsgericht zu der Frage der Testamentsänderung bzw. –hinterlegung und den dabei anfallenden Kosten informiert hat. Offensichtlich im 78

Anschluss an den zweiten dieser Termine am 12.06.2017 hat der Erblasser sodann notiert, dass er das alte Testament so lassen werde und die Beteiligte zu 2) sein Vermögen nach seinem Tod erhalte. Daraus ergibt sich, dass der Erblasser selbst im Juni 2017 nicht davon ausgegangen ist, sein Testament aus dem Jahr 2009 bereits abgeändert zu haben, da anderenfalls die Formulierung „ich lasse altes Testament so“ und die nachfolgende Aufführung der Beteiligten zu 2) als Alleinerbin nicht nachvollziehbar wäre.

In einer Gesamtschau sämtlicher vorgenannten Umstände steht zur Überzeugung des Senats fest, dass es sich bei sämtlichen vorliegenden handschriftlichen Aufzeichnungen des Erblassers nur um Entwürfe und Vorüberlegungen zu einer Testamentsänderung handelt. Ein ernstlicher Testierwille kann dagegen nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden. 79

Auf den genauen Inhalt der Äußerungen des Erblassers gegenüber der Beteiligten zu 3) kurze Zeit vor seinem Tod zu einem Wunsch, sein Testament zu ändern, kommt es danach nicht an. 80

3. 81

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. 82

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die hierfür nach § 70 Abs. 2 S. 1 FamFG erforderlichen Voraussetzungen nicht vorliegen. 83

Die Geschäftswertfestsetzung ergibt sich aus §§ 79 Abs. 1, 61, 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GNotKG. Den Wert des Nachlasses hat der Beteiligte zu 1) im Erbscheinsantrag vom 03.06.2020 in Höhe von 280.000,00 € beziffert. 84