

**letzte Aktualisierung:** 22.8.2023

OLG Schleswig, Beschl. v. 10.3.2023 – 3 Wx 46/21

**BGB § 2077**

**Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung im Fall der Scheidung; Ermittlung des Erblasserwillens**

§ 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, dass eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam ist, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Gem. § 2077 Abs. 3 BGB ist die Verfügung allerdings nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde. Ein Ehevertrag, durch den die Ehegatten den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten, für den Fall der Scheidung der Ehe den Versorgungsausgleich ausschlossen und gegenseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt verzichteten, ist kein Indiz dafür, dass die Einsetzung zum Alleinerben auch für den Fall der Scheidung gültig bleiben soll. Gleiches gilt für das gemeinsame Halten von Hunden während der Ehe und die finanzielle Beteiligung des einen Ehegatten an einem Hauskauf des anderen Ehegatten.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

## Gründe

### I.

Die 1951 geborene und im Nember 2020 kinderlos verstorbene Erblasserin war mit dem Beteiligten zu 1 verheiratet. Die Eheleute schlossen kurz vor ihrer Heirat im Jahr 1995 einen Ehevertrag, wo sie den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten, für den Fall der Scheidung der Ehe den Versorgungsausgleich ausschlossen und gegenseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt verzichteten (beglaubigte Fotokopie des Ehevertrages Blatt 20-22 der Testamentsakte). Die Eheleute trennten sich 2002, die Ehe ist nach Angaben des Beteiligten zu 1 etwa 2 bis 3 Jahre nach der Trennung geschieden worden. Der Beteiligte zu 1 hat sodann erneut geheiratet.

Die Eltern der Erblasserin sind vorverstorben, ebenso ihr einziger Bruder J.; dieser hat einen Sohn D.. Der Beteiligte zu 3 ist der Stiefsohn des Bruders der Erblasserin und nach seinen Angabe der Erbe seines Stiefvaters.

Die Erblasserin hat ein handschriftliches Testament vom 27.09.1999 verfasst und darin ihren (damaligen) Ehemann, den Beteiligten zu 1, zum alleinigen Erben eingesetzt. Ihren damals noch lebenden Bruder und dessen Sohn D. sowie dessen Ehefrau hatte sie vom Erbe – ebenso wie alle anderen Verwandten und die Tochter ihres Mannes aus erster Ehe – ausgeschlossen. Sie hatte sodann für den Fall, dass ihr Mann vor ihr versterben würde, verfügt, dass nach ihrem Tod ihr verbliebener Besitz dem Beteiligten zu 2 zugute kommen soll.

Die Erblasserin gab dieses Testament bei dem Amtsgericht Wiesbaden (ihrem damaligen Wohnort) in Verwahrung. Mit Schreiben vom 07.03.2004 bat sie bei diesem Amtsgericht wegen ihres Umzugs um Verlegung ihres Testaments zum Amtsgericht Niebüll zur dortigen Verwahrung, was dann auch geschah. Das Testament wurde nach dem Tod der Erblasserin aus der amtlichen Verwahrung genommen und am 28.01.2021 eröffnet.

Bereits zuvor hatten sich die Zeugin O. und der Zeuge P. aus H. mit Schreiben vom 18.11.2020 bei dem Amtsgericht Niebüll gemeldet und ausgeführt, die Erblasserin, die auf ihrem, der Zeugen Grundstück in S. ein lebenslanges Wohnrecht habe, sei dort vor einigen Tagen leblos aufgefunden worden. Sie, die Zeugen, hätten die Immobilie 2018 von der Erblasserin erworben. Nach ihrer Kenntnis gebe es keine Erben, sie wüssten aber von der Erblasserin, die ihnen sehr ans Herz gewachsen sei, dass sie ihr Vermögen einer Tierschutzorganisationen vermachen wollte. Ein Testament hätten sie im Nachlass der Erblasserin und auch bei einem Notariat nicht gefunden und hofften deshalb sehr, dass ein Testament bei dem Amtsgericht hinterlegt sei.

Der Beteiligte zu 1 reichte am 05.03.2021 einen notariellen Erbscheinsantrag vom 22.02.2021 bei dem Amtsgericht ein. Der beantragte Erbschein sollte ihn, den Beteiligten zu 1, auf der Grundlage des genannten Testaments als Alleinerben ausweisen. Das Nachlassgericht wies den Beteiligten zu 1 auf § 2077 BGB hin. Der Beteiligte zu 1 nahm dazu dahin Stellung, er sei mit seiner Frau – die Lehrerin und in rechtlichen Dingen sehr ordentlich und genau gewesen sei – 2002 nach S. gezogen. Sie hätten sich entschieden, das Haus in allein auf den Namen der Erblasserin zu kaufen, damit seine Adoptivtochter im Falle seines Vorversterbens auf keinen Fall irgendein Erbrecht bekomme. Das Haus sei teilweise von einem Erbteil der Eltern der Erblasserin und einem Kredit bei der Sparkasse in Wiesbaden finanziert worden. Für den Kredit habe er gegenüber der Sparkasse die Bürgschaft übernommen. Auch die Tilgung der monatlichen Raten sei bis zur Trennung von ihm übernommen worden. Vor 4 Jahren habe die

Sparkasse dann angerufen und mitgeteilt, dass er als Bürge in Anspruch genommen werden solle. Es habe sich dann die Situation ergeben, dass ein Kaufinteressent angeboten habe, das Haus zu kaufen und der Erblasserin im Nebengebäude ein lebenslanges Wohnrecht einzuräumen. Dieses Angebot habe die Erblasserin angenommen. Was den Beteiligten zu 2 angehe, sei zu bemerken, dass die Erblasserin seit etwa 20 Jahren auf S. gelebt und einige Hunde aus dem Tierheim S. gehabt habe. Wenn sie gewollt hätte, dass ein Tierheim sie beerbe, hätte sie ganz sicher das S.er Tierheim ins Auge gefasst. Stattdessen hätten sie, die Erblasserin und er, vereinbart, dass derjenige, der als erster stürbe, sich um die Tiere des verstorbenen Partners kümmere. Vor diesem gesamten Hintergrund gehe er davon aus, dass seine geschiedene Frau trotz der Scheidung gewollt habe, dass er sie beerbe. Sie habe ihr Testament deshalb in voller Kenntnis der Umstände so belassen.

Mit weiterem Schreiben an das Nachlassgericht vom 11.04.2021 teilte der Beteiligte zu 1 mit, er habe lange überlegt, warum die Konstellation so gewählt worden sei, dass die Erblasserin vor ca. 20 Jahren das Haus in allein gekauft habe, den Kredit allein aufgenommen habe und er für die gesamte Summe gebürgt habe. Ihm sei keine wirklich sinnvolle Erklärung eingefallen. Sie seien 2002 frohen Mutes von Wiesbaden nach S. gezogen und hätten gewusst, dass das Testament von 1999 die wesentlichen Dinge regle. Sie hätten in der Aufbruchstimmung an eine Trennung und die daraus folgenden Änderungen nicht gedacht. Der Kredit für das Haus sei von Beginn an auf seine Bonität abgestimmt gewesen, weil seine ehemalige Frau aus gesundheitlichen Gründen nur eine Halbtagsstellung als Realschullehrerin hätte ausüben können. In den vielen Jahren nach der Trennung sei es immer wieder zu finanziellen Engpässen bei seiner ehemaligen Frau gekommen, die er hätte überbrücken können. Nach Pensionierung und Auftreten einer ernsthaften Krankheit hätte sich die Angelegenheit zugespitzt und die Bank hätte deutlich gemacht, dass er sich auf eine Inanspruchnahme der Bürgschaft hätte einstellen sollen. Er habe die Bank für diesen Fall um die Möglichkeit der Umschuldung des Restdarlehens gebeten. Die Situation habe sich dann durch die Möglichkeit des Verkaufs des Hauses und gleichzeitigem Wohnrechts für die Erblasserin im Nebengebäude entspannt. Er habe ein wirklich ernsthaftes Interesse gehabt, dass sich seine ehemalige Frau ihren Lebenstraum mit ihren Hunden in dem Haus in habe erfüllen können.

Das Amtsgericht hat den Beteiligten zu 1 zu Protokoll vom 12.05.2021 angehört und dort auch die Zeugin Frau O. vernommen. Auf das Protokoll wird Bezug genommen.

Der zwischenzeitlich ernannte Nachlasspfleger Ja. veranlasste die Öffnung eines Schließfachs der Erblasserin bei der Sparkasse durch eine von ihm beauftragte Notarin mit dem Ergebnis, dass dieses Schließfach leer war.

Mit Beschluss vom 9.8.2021 hat das Amtsgericht den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

§ 2077 Abs. 1 BGB ordne an, dass eine letztwillige Verfügung, durch die ein Erblasser seinen Ehepartner bedacht habe, als unwirksam anzusehen sei, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden sei. Gemäß Abs. 3 dieser Vorschrift solle eine Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nur dann ausscheiden, wenn anzunehmen sei, dass der Erblasser sie auch für den Fall einer vorzeitigen Eheauflösung getroffen haben würde. Hier vermöge das Gericht aber nicht anzunehmen, dass die Erblasserin ausnahmsweise an ihrer letztwilligen Verfügung zugunsten des Beteiligten zu 1 auch dann festgehalten hätte, wenn sie die spätere Scheidung bedacht hätte. Die Erblasserin und der Beteiligte zu 1 hätten keine Langzeitehe geführt, sondern die Zeit ihres Zusammenlebens hätte nur wenige Jahre gedauert, ohne dass es

nach ihrer Trennung noch zu nennenswerten Gemeinsamkeiten gekommen wäre. Der Umstand, dass der Beteiligte zu 1 noch nach der Scheidung als Bürge der Erblasserin angesprochen worden sei, lasse keinen Schluss auf eine besondere Verbundenheit der geschiedenen Eheleute zu. Im Lichte der Aussage der Zeugin O. sei das Gericht fest davon überzeugt, dass die Erblasserin keinesfalls mehr an einer Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 interessiert gewesen sei, weil sie ihr gegenüber zum Ausdruck gebracht habe, dass von ihrem Erbe Tierschutzorganisationen profitieren sollten. Die Erblasserin habe den Beteiligten zu 1 gerade als ihren Ehemann zur Erbfolge berufen, was letztlich auch nah lege, dass eine Erbeinsetzung allein für den Fall des Bestandes der Ehe zum Zeitpunkt des Todes gewollt gewesen sei. Die Zeugin O. sei eine verlässliche Erkenntnisquelle, weil sie schlüssig und widerspruchsfrei von den Gesprächen mit der Erblasserin berichtet habe, wobei es durchaus plausibel erscheine, dass die Zeugin im Hinblick auf das vertraute nachbarschaftliche Wohnverhältnisse und das Wohnrecht der Erblasserin mit dieser darüber gesprochen habe, wer im Falle des Todes der Erblasserin ihre Rechtsnachfolge antreten solle.

Gegen diesen ihm am 16.08.2021 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1 am 06.09.2021 Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, das Amtsgericht habe seine Entscheidung letztlich mit der Wahrnehmung der Zeugin O. begründet, dass die Erblasserin gemäß einem existierenden Testament eine Tierschutzorganisation habe bedenken wollen. Die Zeugin sei aber in H. wohnhaft und habe mit der Erblasserin nur gelegentlichen Kontakt gehabt, wenn sie auf S. gewesen sei. Wenn die Zeugin aber ausdrücklich das bestehende Testament und die dortigen letztwilligen Verfügungen anspreche, zeige das deutlich, dass die Erblasserin an diesem bestehenden Testament, und also auch an der Erbeinsetzung ihres geschiedenen Mannes habe festhalten wollen. In Anbetracht des guten Verhältnisses zwischen dem geschiedenen Ehemann der Erblasserin und der letztlich über die Scheidung hinausgehenden finanziellen Unterstützung, auch durch die fortbestehende Bürgschaft und angesichts der gesetzlichen Wertung in § 2077 BGB sei unerklärlich, dass das Gericht seine Entscheidung mit der Auffassung einer Nachbarin begründe, sie und ihr Partner wüssten, dass die Erblasserin ihr Vermögen einer Tierschutzorganisation habe vermachen wollen. Die Erblasserin habe trotz der Scheidung wegen der Unterstützung beim Hauskauf und dem Engagement des Antragstellers bei Zahlungsschwierigkeiten und auch wegen seines Versprechens, sich um ihre Hunde zu kümmern, ihr Testament in voller Kenntnis der Umstände nicht geändert.

Das Amtsgericht hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 08.09.2021 nicht abgeholfen und ergänzend begründet, angesichts des Umstandes, dass die Erblasserin ausdrücklich in ihrem Testament für den Fall des Wegfalls des Antragstellers eine Erbeinsetzung des Tierheims Wiesbaden verfügt habe, sei auch im Lichte der Aussage der Zeugin davon auszugehen, dass die Erblasserin ihren Nachlass nicht ihrem geschiedenen Ehemann, sondern dem gemeinnützigen Tierschutz habe zuwenden wollen. Um dieses Ziel zu erreichen, sei die Errichtung eines neuen Testamentes durch sie nicht erforderlich gewesen.

Der Beteiligte zu 2 ist der Beschwerde sodann mit folgenden Erwägungen entgegengetreten: Das Amtsgericht habe zutreffend entschieden. Die Ehe der Erblasserin mit dem Beschwerdeführer hätte nur wenige Jahre gedauert, nach der Scheidung habe der Beschwerdeführer eine andere Frau geheiratet und an der Bestattung der Erblasserin nicht teilgenommen. Er habe nur pauschal ein gutes Verhältnis zur Erblasserin vorgetragen, aber nichts über dessen konkrete Ausgestaltung. Die lediglich finanzielle Unterstützung für die Erblasserin nach der Scheidung habe sich darauf beschränkt, dass er wohl insgesamt 10 Raten des Kredits bezahlt habe, sicherlich um seine eigene, während der Ehe eingegangene

Bürgenhaftung zu vermeiden. Bei seiner Vernehmung habe er klargestellt, dass die Erblasserin die meisten Raten selbst bezahlt habe. Er habe bei der Anhörung auch darauf hingewiesen, dass er als neu verheirateter Mann keine allzu enge Beziehung mit der Erblasserin gepflegt habe. Im Übrigen habe er letztlich sowohl bei seiner Anhörung als auch in der Beschwerdeschrift bloße Vermutungen und Mutmaßungen geäußert, die eine Anwendung der Ausnahmenvorschrift des § 2077 Abs. 3 BGB nicht rechtfertigen würden. Das Bayerische Oberste Landesgericht habe in seinem Beschluss vom 08.03.1995 zu dem Az.: 1Z BR 175/94 entschieden, dass selbst ein gutes Verhältnis zwischen geschiedenen Eheleuten nicht genüge, um die Anforderungen der Ausnahmenvorschrift zu erfüllen. An die Feststellung eines Aufrechterhaltungswillens hinsichtlich der Erbinsetzung eines geschiedenen Ehegatten nach lebzeitiger Auflösung der Ehe seien sehr hohe Anforderungen zu stellen. Diese seien hier nicht erfüllt. Das ergebe sich auch aus der Aussage der Zeugin O., die mehrfach darauf hingewiesen habe, dass die Erblasserin Tierschutzorganisationen habe begünstigen wollen. Da sie in ihrem Testament aus dem Jahr 1999 den Beteiligten zu 2 ausdrücklich zum Ersatzerben eingesetzt habe, habe für sie bis zu ihrem Ableben nie die Notwendigkeit bestanden, ein neues Testament zu errichten. Das streite klar dafür, dass sie mit der angeordneten Ersatzerbfolge zufrieden gewesen sei und diese habe wirksam werden lassen wollen, wofür auch die Aussage der Zeugin spreche. Die Rechtsfolge des § 2077 Abs. 1 BGB sei nicht widerlegt.

Der Beteiligte zu 1 hat erwidert, die Zeugin sei keinesfalls eine sehr gute Freundin der Erblasserin gewesen, sondern nur die Käuferin ihres Hauses, die in vertrauliche Erbschaftsangelegenheiten alles andere als einbezogen worden sei. Nunmehr sei dem Beschwerdeführer auch in Erinnerung gekommen, warum er seinerzeit bei Erwerb des Hauses dieses nicht mit erworben habe. Das beruhe auf dem Umstand, dass er aus einer früheren Beziehung eine nichteheliche Tochter habe, mit der er ein gebrochenes Verhältnis und zu der er seit 3 Jahrzehnten keinerlei Beziehung mehr gehabt habe. Es sei deshalb mit der Erblasserin besprochen worden, dass sie das Haus auf ihren Namen erwerbe, damit er von entsprechenden Pflichtteilsansprüchen der Tochter nicht habe bedroht werden können. Zudem habe er seinerzeit gesundheitliche Probleme gehabt. Auch für diesen Fall, dass ihm nämlich etwas passieren solle, habe bewusst die Erblasserin alleinige Eigentümerin werden sollen. Umgekehrt habe er die Finanzierung des Hauses sichergestellt und sei für die Immobilienfinanzierung auch aufgekommen, nachdem die Parteien bereits geschieden gewesen seien.

## II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 ist nach den §§ 58 ff FamFG zulässig. Über sie kann im schriftlichen Verfahren entschieden werden, nachdem erster Instanz eine ausführliche mündliche Anhörung nebst Zeugenvernehmung bereits erfolgt ist. Die Durchführung eines Termins durch das Beschwerdegericht ist nach § 68 Abs. 3 FamFG nicht zwingend erforderlich (Senat, Beschluss vom 14.01.2010, 3 Wx 92/09, FGPrax 2010, 106 = SchlHA 2010, 145; Bahrenfuss/Joachim, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 68 FamFG, Rn. 17; Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 68 FamFG Rn. 58, 58a).

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Beteiligte zu 1 ist nicht Erbe der Erblasserin geworden. Er kann das geltend gemachte Erbrecht nach der Erblasserin insbesondere nicht auf deren Testament vom 27.9.1999 stützen, bei dessen Errichtung er noch mit der Erblasserin verheiratet war, während sie im Erbfall bereits seit vielen Jahren geschieden gewesen sind. Anhaltspunkte für ein weiteres Testament der Erblasserin gibt es nicht, denn die Zeugin O. hat bei ihrer Anhörung vom 12.05.2021 zwar angegeben, dass das handschriftliche Testament „dann aufgefunden wurde“; im Zusammenhang mit ihrem vorausgegangenen

Schreiben an das Amtsgericht Niebüll vom 18.11.2020 ergibt sich aber, dass es dabei um das hinterlegte Testament bei diesem Amtsgericht geht und sie nicht etwa selbst im Nachlass ein anderes Testament gefunden hat.

§ 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt, dass eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam ist, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Diese Situation liegt hier vor. Bei dieser Norm handelt es sich nach der ganz überwiegenden Auffassung um eine Auslegungsregel, nämlich eine Regel der ergänzenden Testamentsauslegung, wonach im Zweifel eine zugunsten eines Ehegatten errichtete Verfügung nur im Falle des Bestehens der Ehe beim Erbfall wirksam bleiben soll. Dahinter steht die Annahme, dass ein Erblasser regelmäßig seinen Ehegatten nur aufgrund der durch die Eheschließung bewirkten familienrechtlichen Bindung bedenken will (BayObLG FamRZ 1995, 1088 f, J. Rn. 15,17; BGH FamRZ 2004, 1565 ff, J. Rn. 20; OLG Stuttgart FamRZ 2012, 208 ff, J. Rn. 49; Weidlich in Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2077 Rn. 1).

Gemäß § 2077 Abs. 3 BGB ist die Verfügung allerdings nicht unwirksam, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser sie auch für einen solchen Fall getroffen haben würde. Obwohl diese Formulierung auf den hypothetischen Erblasserwillen abzielt, ist allgemein anerkannt, dass der wirkliche erklärte Wille des Erblassers Vorrang hat, nämlich entsprechend dem erbrechtlichen Prinzip, dass dem wirklichen, zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments bestehenden Erblasserwillen möglichst Geltung zu verschaffen ist (Leipold in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 2077 Rn. 25; Seiler-Schopp/Rudolf in Damrau/Tanck, Praxiskommentar Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 2077 Rn. 14 f). Es ist hier aber nicht erkennbar, dass sich die Erblasserin tatsächlich im Zeitpunkt der Testamentserrichtung einen Willen dazu gebildet hat, ob der Beteiligte zu 1 sie auch dann beerben sollte, wenn er im Zeitpunkt ihres Todes bereits von ihr geschieden gewesen wäre. Dem Wortlaut des Testaments – wo der Beteiligte zu 1 gerade als „mein Ehemann“ bedacht wird (zu Beginn, aber auch auf der 2. Seite des „Anhangs“) – ist zu dieser Situation nichts zu entnehmen, obwohl die Erblasserin dort durchaus verschiedene Situationen geregelt hat, etwa die Situation, dass ihr Mann vor ihr sterben könnte oder was mit ihren Hunden passieren sollte, wenn sie beide nicht mehr leben würden. Der Beteiligte zu 1 hat in seinem Schreiben von 11.04.2021 an das Nachlassgericht (Blatt 34) ausgeführt, er und seine Frau seien 2002 frohen Mutes von Wiesbaden nach S. gezogen und hätten gewusst, dass das Testament von 1999 die wesentlichen Dinge regelt, in der Aufbruchstimmung hätten sie an eine Trennung und die daraus folgenden Veränderungen nicht gedacht. Zuvor hatte der Beteiligte zu 1 in seinem Schreiben vom 24.03.2021 an das Nachlassgericht (Blatt 20) ausgeführt, seine Ehefrau und er seien seinerzeit davon ausgegangen, dass er aufgrund seines Alters als erster versterben würde. Es gibt auch vor diesem Hintergrund keinen Anhaltspunkt, dass die Erblasserin jedenfalls 1999 bei Errichtung des Testaments – sie war zu diesem Zeitpunkt erst rund 4 Jahre mit dem Erblasser verheiratet – tatsächlich die Möglichkeit bedacht haben sollte, dass ihr Ehemann sie überleben und bei ihrem Tod von ihr geschieden sein könnte, und dass sie sich für diese Situation einen Willen zur Aufrechterhaltung der Erbeinsetzung ihres Ehemannes gebildet haben sollte.

Es ist mithin in Anwendung von § 2077 Abs. 3 BGB nach dem hypothetischen Erblasserwillen zu fragen, also insoweit durch Auslegung zu ermitteln, ob nach dem Willen der Erblasserin das Testament auch für den Fall der späteren Scheidung Gültigkeit behalten sollte. Da die Auslegungsregel in § 2077 Abs. 1 BGB davon ausgeht, dass ein Erblasser, der seinem Ehegatten etwas zuwendet, diesen regelmäßig in seiner Eigenschaft als Ehegatte, also aufgrund der bestehenden familienrechtlichen Bindung bedenken will, müssen – soll ein abweichender hypothetischer Erblasserwille im Einzelfall unter Heranziehung von Abs. 3 der Vorschrift bejaht

werden – besondere Umstände dafür sprechen, dass aus Sicht des Erblassers die letztwillige Verfügung zugunsten des geschiedenen Ehegatten trotz Scheidung fortbestehen soll. Es ist insoweit also zu fragen, ob der Erblasser auch dann zugunsten seines Ehepartners verfügt hätte, wenn er die spätere Scheidung vorausgesehen hätte. Maßgeblich ist dafür nach der ganz herrschenden Meinung – unter Hinweis auf die Formgebundenheit eines Testaments – der Zeitpunkt, zu dem die Verfügung errichtet worden ist. Spätere Umstände können nur insoweit herangezogen werden, als sie Rückschlüsse auf den hypothetischen Erblasserwillen zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung zulassen. Dafür genügt ein Weiterbestehen des guten Verhältnisses zwischen den geschiedenen Eheleuten für sich genommen nicht; nicht einmal eine Äußerung des Erblassers, das Testament solle trotz des Scheidungsverfahrens weitergelten, soll für sich allein genügen, um einen auf Aufrechterhaltung der Verfügung gerichteten Willen zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung zu bejahen (BayObLG aaO, J. Rn. 15, 18; OLG Stuttgart aaO, J. Rn. 50-52; Leipold in Münchener Kommentar zum BGB, aaO, § 2077 Rn. 26-27; Seiler-Schopp/Rudolf in Damrau/Tanck, aaO, § 2077 Rn. 16-18).

Im vorliegenden Fall hatten die Eheleute unmittelbar vor Eingehen der Ehe einen Ehevertrag geschlossen, wo sie den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten, für den Fall der Scheidung der Ehe den Versorgungsausgleich ausschlossen und gegenseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt verzichteten (beglaubigte Fotokopie des Ehevertrages Blatt 20-22 der Testamentsakte). Die Eheleute wollten also seinerzeit gerade jede finanzielle Verbindung nach etwaiger Scheidung der Ehe soweit wie möglich ausschließen. Daraus ergibt sich kein Anhalt, dass sich die Erblasserin wenige Jahre später bei Testamentserrichtung hypothetisch den Willen gebildet haben könnte, die Berufung ihres damaligen Ehemannes zum Alleinerben sollte auch für den Fall der Scheidung Gültigkeit behalten.

Der Beteiligte zu 1 will den hypothetischen Aufrechterhaltungswillen der Erblasserin vornehmlich ableiten aus seinem finanziellen Engagement zu ihren Gunsten im Zusammenhang mit dem Hauskauf in /S.. Indes handelt es sich dabei um ein Ereignis deutlich nach der Errichtung des Testaments vom 27.09.1999. Die Erblasserin und der Beteiligte zu 1 sind 2002 von Wiesbaden nach S. gezogen, der Hauskauf stammt offenbar von Ende 2001 bzw. Anfang 2002. Das Haus ist von der Erblasserin gekauft worden und finanziert worden – nach den Angaben des Beteiligten zu 1 im Schreiben vom 24.03.2021 –, nämlich mit Mitteln der Erblasserin aus dem Erbteil ihrer Eltern und einem allein von ihr aufgenommenen Kredit bei der Sparkasse in Höhe offenbar von 720.000 DM. Für den Kredit hat der Beteiligte zu 1 allerdings in dieser Höhe eine Bürgschaft übernommen, und zwar am 29.12.2001 (siehe Bescheinigung der Sparkasse vom 30.03.2021, Blatt 35). Der Beteiligte zu 1 will nach seinen Angaben in der Folgezeit einige Raten bezahlt haben und zwar einerseits gemäß Schreiben vom 24.03.2021 bis zur Trennung (das war nach seinen Angaben bei der Anhörung aber bereits im Jahr 2002), andererseits gemäß seinen weiteren Angaben auch noch nach der Scheidung (offenbar 2 Raten), als es darum ging, eine drohende Kündigung der Kreditverträge abzuwehren. Insgesamt will er aber nur etwa 10 Raten bezahlt haben, die meisten Raten habe die Erblasserin selbst bezahlt. Seine Inanspruchnahme als Bürge hat nach seinen Angaben im Schreiben vom 24.03.2021 etwa 2017 gedroht, woraus sich ergibt, dass der Kredit auch 15 Jahre nach Aufnahme noch nicht abbezahlt war.

Schon vor diesem zeitlichen Hintergrund (Hauskauf frühestens Ende 2001) lässt sich aus dem Komplex Immobilienfinanzierung nichts Konkretes dazu ableiten, wie sich die Erblasserin hinsichtlich der Berufung des Beteiligten zu 1 als ihres damaligen Ehemanns zu ihrem Erben bei der Testamentserrichtung am 27.09.1999 entschieden hätte, wenn sie damals gewusst hätte, dass sie von ihm im Zeitpunkt ihres Todes geschieden sein würde. Das gesamte finanzielle

Engagement des Beteiligten zu 1 geht im Übrigen nicht erkennbar über seine Verpflichtungen als Ehemann, der die Immobilie 2002 mitnutzte, deutlich hinaus. Auch die Bürgschaftsübernahme stammt aus der Ehezeit; naheliegend wurde er daraus von der Bank nach der Scheidung nicht entlassen. Soweit der Kreditabtrag offenbar 2017 – möglicherweise im Zusammenhang mit der Pensionierung der Erblasserin und ihrer Erkrankung – in Schwierigkeiten geriet und der Beteiligte zu 1 nach seinen Angaben noch einmal 2 Raten bezahlt hat, weil seine Inanspruchnahme als Bürge drohte, hat die Erblasserin diese drohende Bürgschaftsinanspruchnahme ihres langjährig geschiedenen Ehemannes durch den Verkauf abgewendet. All das ermöglicht aber keinen Rückschluss auf einen Aufrechterhaltungswillen der Erblasserin im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bei unterstelltem Wissen darum, dass sie im Zeitpunkt des Erbfalls von ihrem Ehemann geschieden sein würde.

Zwischen den früheren Eheleuten bestand nach der Trennung und Scheidung auch kein besonders auffallender Kontakt, der einen solchen Rückschluss zulassen würde. Allein ein guter Kontakt reicht ohnehin wie ausgeführt nicht aus. Im vorliegenden Fall hat der Beteiligte zu 1 aber selbst bei seiner Anhörung eingeräumt, dass er als dann wieder verheirateter Mann keine allzu enge Beziehung mit der Erblasserin mehr gepflegt habe. Eine Bindung bestand nur zwangsläufig im Hinblick auf die noch zu Ehezeiten von dem Beteiligten zu 1 übernommene Bürgschaft und intensivierte sich unter diesem Aspekt der Bürgschaft erst dann, als der Kredit in Schwierigkeiten geriet. Die Zeugin O., die als Käuferin zwar erst 2018 in das Leben der Erblasserin trat und mit ihr sodann einen guten und engen Kontakt pflegte, hat angegeben, die Erblasserin habe ihr zwar einmal erzählt, dass sie ihren geschiedenen Mann in seiner Eigenschaft als Hundehalter in einer bestimmten Situation angerufen habe, sie habe aber von darüber hinausgehenden Kontakten nichts erfahren. Die Zeugenaussage lässt insgesamt keinen Rückschluss auf einen hypothetischen Aufrechterhaltungswillen zu, wie das Amtsgericht zutreffend erkannt hat.

Auch der Umstand, dass die Eheleute gemeinsam – als sie verheiratet waren – Hunde gehalten haben und die Hundehaltung von besonderer Wichtigkeit gerade für die Erblasserin war, stellt letztlich keinen Umstand dar, aus dem ein Rückschluss auf einen Aufrechterhaltungswillen der Erblasserin im Bezug auf die Erbeinsetzung ihres Ehemannes auch nach der Scheidung möglich wäre. In dem Testament selbst werden die Hunde nicht angesprochen, allenfalls indirekt durch die Bestimmung des Tierheims Wiesbaden zum Ersatzerben. In dem Anhang zum Testament werden am Ende „unsere Hunde“ für den Fall erwähnt, dass beide Eheleute nicht mehr leben würden. Daraus ergibt sich einerseits, dass die Hunde für die Erblasserin wichtig waren, andererseits, dass sie angesichts der Alleinerbenberufung ihres Ehemannes davon ausgegangen ist, dass dieser die Hunde bei ihrem Vorversterben dann weiter halten und sich kümmern würde. Dies dürfte für sie eine Selbstverständlichkeit gewesen sein, gerade wenn beide Ehepartner Freude am Umgang mit den Tieren hatten. Daraus lässt sich allerdings nicht ableiten, dass die Erblasserin deshalb bei Testamentserrichtung den hypothetischen Willen gehabt hätte, ihren Ehemann auch für den Fall einer Scheidung der Ehe zu ihrem Erben zu berufen. Denn naheliegend war dann im Fall einer etwa schon länger zurückliegenden Scheidung nicht absehbar, ob es sinnvoll und möglich sein würde, dass sich der geschiedene Ehemann um die ihm möglicherweise gar nicht mehr bekannten Hunde kümmern würde. Tatsächlich hat sich auch ergeben, dass der im Erbfall vorhandene, zuletzt von der Erblasserin gehaltene Hund von einer Nachbarin, die mit ihr befreundet war, übernommen worden ist, und dass diese dem Beteiligten zu 1 nach seinen Angaben gesagt hat, dieser Hund würde mit seinen beiden eigenen Hunden nicht harmonieren und könnte deshalb von ihm gar nicht gehalten werden.



Eine Überzeugung von einem hypothetischen Willen der Erblasserin bei Testamentserrichtung, dass ihr Ehemann auch im Fall einer Scheidung ihr Erbe bleiben sollte, lässt sich auch nicht aus dem Umstand gewinnen, dass die Erblasserin Anfang 2004 das Amtsgericht Wiesbaden wegen des hinterlegten Testaments angeschrieben hat, dabei sie das Testament nicht etwa aus der Verwahrung nehmen wollte, sondern um seine Hinterlegung nunmehr bei dem Amtsgericht Niebüll bat. Das Amtsgericht Wiesbaden hat daraufhin dieses Testament mit Anschreiben vom 29.3.2004 an das Amtsgericht Niebüll zur dortigen Verwahrung übersandt (Blatt 1 der Testamentsakte), wo es bis zur Eröffnung verblieben ist.

Wenn die Angaben des Beteiligten zu 1 bei seiner Anhörung in zeitlicher Hinsicht zutreffend sind, dass die Eheleute sich noch 2002 getrennt haben und die Scheidung 2 bis 3 Jahre nach der Trennung erfolgt ist, hat die Erblasserin die Verlegung ihres Testaments zum Amtsgericht Niebüll nach der Trennung aber vor der Scheidung der Eheleute veranlasst. Letztlich braucht der Senat aber nicht aufzuklären, ob diese zeitliche Abfolge so vom Beteiligten zu 1 richtig erinnert und wiedergegeben worden ist oder ob die Trennung doch erst nach März 2004 erfolgte. Denn selbst bei einer Trennung schon 2002 und auch für den etwaigen Fall, dass die Eheleute Ende März 2004 doch schon geschieden waren, lässt sich die notwendige Überzeugung von einem hypothetischen Erblasserwillen im Testamentserrichtungszeitpunkt betreffend Aufrechterhaltung der Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 auch für den Fall der Scheidung nicht gewinnen. Das Testament enthält nämlich auch die Ersatzerbenberufung des Beteiligten zu 2 für den Fall, dass der damalige Ehemann der Erblasserin vor ihr versterben sollte. Ohne dass in diesem Zusammenhang die genaue rechtliche Bedeutung dieser ersatzweisen Berufung für den nunmehr eingetretenen, im Testament aber nicht angesprochenen Fall der Ehescheidung geklärt werden müsste, kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass die Erblasserin einerseits von eingetretener Unwirksamkeit der Berufung ihres Ehemannes nach der Scheidung ausgegangen ist, sich andererseits aber vorgestellt hat, dass auch für diesen Fall die Ersatzerbenberufung des Beteiligten zu 2 eingreift. Für die Möglichkeit einer solchen Vorstellung der Erblasserin spricht auch die Aussage der Zeugin O., die Äußerungen der Erblasserin so verstanden habe will, dass es ein Testament gebe und Tierschutzorganisationen bedacht werden sollten. Dann hätte es Sinn gemacht, dieses Testament trotz Scheidung und ohne Absicht einer fortbestehenden Begünstigung des Beteiligten zu 1 weiter verwahren zu lassen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG.

Der Geschäftswert war nach den §§ 40 Abs. 1 Ziff. 2, 61 GNotKG in Höhe des Nachlasswertes unter Abzug nur der vom Erblasser herrührenden Verbindlichkeiten festzusetzen. Hier ergibt sich aus der Mitteilung der Nord-Ostseesparkasse an das Nachlassgericht ein dortiges Vermögen des Nachlasses per 10.03.2021 von 191.767 €. Dementsprechend ist der Geschäftswert unter Einbezug der Gebührenstufen gemäß Anlage 2 zum GNotKG auf (mehr als 185.000 €) bis zu 200.000 € festgesetzt worden.