

letzte Aktualisierung: 03.12.2021

KG, Beschl. v. 4.2.2021 – 19 W 1118/20

BGB §§ 2265, 2267, 2269, 2270

Gleichzeitiges Versterben der Ehegatten keine Voraussetzung des „gemeinsamen Ablebens“ für die Einsetzung des Schlusserben

1. Ein gemeinschaftliches Testament kann dergestalt errichtet werden, dass beide Ehegatten jeweils eine eigenhändige Verfügung in der Form des § 2247 BGB für ihren jeweiligen Nachlass treffen, wobei sich aus dem Errichtungszusammenhang ergibt, dass es sich um ein gemeinschaftliches Testament handeln soll.
2. Ein „gemeinsames Ableben“ als Voraussetzung für die Einsetzung des Schlusserben kann auch ein zeitlich weiter – hier mehrere Jahre – auseinanderliegendes Versterben der Eheleute umfassen, wenn die Auslegung des Testaments – wie hier – ergibt, dass es sich um eine rein zeitliche Einordnung handelt.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Gründe

I.

- 1 Die Beteiligten zu 1. und 2. streiten darum, wer von ihnen testamentarischer Alleinerbe des am geborenen Herrn ...-... . . . (im Folgenden: Erblasser) geworden ist.
- 2 Der Erblasser siedelte ... von der DDR nach Westdeutschland um und heiratete dort im Jahre ... die am geborene Frau , geborene ..., die sich ... von Herrn ... hatte scheiden lassen. Herrn ... hatte sie ... geheiratet; aus dieser Ehe ist die ... geborene Beteiligte zu 2. und Antragstellerin hervorgegangen.
- 3 Den weit vor ... gestellten Ausreiseantrag hatte der Erblasser damit begründet, zu seiner damaligen Verlobten, Frau , geb., ziehen zu wollen. Frau ... ist die Mutter des 1956 geborenen Beteiligten zu 1. und Antragstellers.
- 4 Der Beteiligte zu 3. ist der Bruder des Erblassers, der auf seinen Antrag hin am Erbscheinsverfahren beteiligt wird. Der Erblasser hatte noch eine Schwester, Frau , die am Erbscheinsverfahren nicht weiter beteiligt werden wollte.
- 5 Am errichteten der Erblasser und seine Ehefrau ein handschriftliches Testament, das wie folgt lautet (Bl. I/40 d.A.):
 - 6 „Testament
 - 7 des Ehepaars und
 - 8 auf Gegenseitigkeit
 - 9 Hiermit erkläre ich, daß meine Ehefrau , geb. ..., meinen gesamten persönlichen Besitz und die Geldbeträge auf meinen Konten als Universalerbin nach meinem Ableben erhalten soll und über die Verwendung frei verfügen kann.
 - 10 Berlin
 - 11 (Unterschrift -...)
 - 12 Hiermit erkläre ich, daß mein Ehemann ...-... . . . , meinen gesamten persönlichen Besitz und die Geldbeträge auf meinen Konten als Universalerbe nach meinem Ableben erhalten soll und über die Verwendung frei verfügen kann.
 - 13 Berlin
 - 14 (Unterschrift , geb. ...)
 - 15 Nach gemeinsamen Ableben soll Frau , geb. ... (Tochter), Universalerbe unseres gesamten Vermögens sein.
 - 16 Berlin, den

- 17** (Unterschrift und ...-... ...)“
- 18** Von diesem Testament existiert nur eine Fotokopie, die von der Antragstellerin beim Nachlassgericht eingereicht wurde.
- 19** Am, also drei Tage später, verfügten die Eheleute handschriftlich folgendes:
- 20** „Testament
- 21** des Ehepaars ...-... ... und
- 22** Es besteht ein Testament auf Gegenseitigkeit.
- 23** Nach beiderseitigem Ableben soll Frau
- 24**, geb. ... am
- 25** Universalerbin unseres gesamten Vermögens sein.
- 26** Berlin,,
- 27** (Unterschrift ...-...)
- 28** (Unterschrift, gesch. ..., geb. ...)“
- 29** Dieses Testament liegt im Original vor.
- 30** starb am Die Ehe mit dem Erblasser blieb kinderlos.
- 31** Am errichtete der Erblasser ein notarielles Testament. Darin heißt es u.a.:
- 32** „Über Pflichtteilsrechte wurde belehrt. Nach seiner Erklärung ist der Erschienene weder durch Erbvertrag noch durch Gemeinschaftliches Testament in der Verfügung über seinen Nachlaß gebunden.
- 33** Der Erschienene erklärte mit dem Ersuchen um Beurkundung seines letzten Willens unter Aufhebung aller etwaigen früheren letztwilligen Verfügungen mündlich folgendes
- 34** Testament
- 35** Zu meinem Alleinerben bestimme ich den Sohn meiner Lebensgefährtin, Herrn, geb. am(...)“
- 36** Der Erblasser starb gut neun Monate später, zwischen dem und
- 37** Am stellte die Beteiligte zu 2. einen notariellen Erbscheinsantrag, wonach sie aufgrund der Testamente vom und Alleinerbin des Erblassers geworden sei.
- 38** Am stellte der Beteiligte zu 1. gleichfalls einen notariellen Erbscheinsantrag, wonach er aufgrund des Testaments vom Alleinerbe des Erblassers geworden sei.

- 39 Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom die für die Erteilung des von der Beteiligten zu 2. beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1. zurückgewiesen. Die außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2. hat es dabei dem Beteiligten zu 1. auferlegt. Hinsichtlich der ausführlichen Begründung wird auf den Beschluss Bezug genommen (Bl. I/163 ff. d.A.).
- 40 Der Beschluss ist dem Beteiligten zu 1. am zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom - bei Gericht am selben Tag eingegangen - hat er gegen den Beschluss Beschwerde eingereicht, mit der er sowohl die Entscheidung über die Erbscheinsanträge als auch die Kostenentscheidung angreift.
- 41 Der Beteiligte zu 1. macht im Wesentlichen geltend:
- 42 Das Testament vom, welches unstreitig nur als Kopie vorliegt, enthalte keine Wechselbezüglichkeit hinsichtlich der Anordnung einer Schlusserbin. Es liege kein klassisches „Berliner Testament“ vor, sondern zwei eigenständige Verfügungen der Eheleute. Jeder Ehegatte habe einzeln verfügt und vor allem bestimmt, dass der jeweils erbende Ehegatte über die Verwendung des Erbes frei verfügen könne. Dies spreche klar gegen eine Wechselbezüglichkeit und für eine Abänderungsbefugnis.
- 43 Auch allein die Tatsache, dass die Beteiligte zu 2. als Stieftochter als Schlusserbin eingesetzt worden sei, könne nicht als besonderes Näheverhältnis gemäß § 2270 Abs. 2 BGB und damit als Argument für eine Wechselbezüglichkeit ohne besondere Anhaltspunkte rechtlich gewürdigt werden. Ein solches Näheverhältnis sei weder vorgetragen noch habe es ... tatsächlich bestanden. Für die Annahme eines Näheverhältnisses stelle die Rechtsprechung erhebliche Anforderungen.
- 44 Ohnehin sei ein Rückgriff auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB unzulässig, da eine Auslegung des Testaments bereits ergebe, dass eine Wechselbezüglichkeit nicht gewollt gewesen sei. Wäre Wechselbezüglichkeit gewollt gewesen, hätten die Ehegatten ein übliches gemeinschaftliches Testament erstellt, das von einer Person abgefasst und dann von beiden unterschrieben werde. Angesichts des großen Altersunterschieds zwischen den Ehegatten von fast Jahren könne nicht angenommen werden, dass der Erblasser sich hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung hätte binden wollen. Es sei beispielsweise nicht ausgeschlossen gewesen, dass der Erblasser nach dem wahrscheinlichen Vorversterben seiner Ehefrau erneut hätte heiraten wollen, so dass er dann ganz sicher nicht hätte erbrechtlich gebunden sein wollen. Es entspreche allgemeiner Lebenserfahrung, dass dann, wenn ein Verwandter nur eines Ehegatten als Schlusserbe eingesetzt werde, der andere Ehegatte das Recht haben solle, die Verfügung der Schlusserbeneinsetzung zu ändern. Dies spiegele vorliegend auch die „Öffnungsklausel“ im Testament wieder.
- 45 Gegen Wechselbezüglichkeit spreche auch, dass nur der Erblasser vermögend gewesen sei, die Ehefrau hingegen nicht. ... habe der Erblasser schon längere Zeit in gelebt und sich eine Existenz aufgebaut. Hinsichtlich der Immobilie im sei er Alleineigentümer gewesen und sei dies auch geblieben. Dass die Mutter der Beteiligten zu 2. den Handwerksbetrieb von ihrem früheren Ehemann geerbt habe, werde bestritten; dagegen spreche die bereits ... erfolgte Scheidung.

- 46** Schließlich sei auch außerordentlich zweifelhaft, ob die Schlusserbeneinsetzung überhaupt für den hier vorliegenden Fall des Nacheinandersterbens gelte. Mit den Formulierungen „gemeinsames Ableben“ bzw. „beiderseitiges Ableben“ sei vielmehr nach der Rechtsprechung ein zeitgleiches oder im engen zeitlichen Zusammenhang eintretendes Versterben gemeint.
- 47** Habe der Erblasser mithin das Testament aus ... abändern dürfen, sei der Beteiligte zu 1. wirksam Alleinerbe geworden. Im Übrigen zeige auch das Testament aus ... deutlich, dass das Testament aus ... keinen Bestand mehr haben sollte und gar nicht mehr existiert habe und der Erblasser davon ausgegangen sei, in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt zu sein. Jedenfalls dokumentiere das Testament aus ... einen ganz anderen Erblasserwillen. Entscheidend sei auch, dass der Erblasser ... gegenüber dem Notar erklärt habe, in der Verfügung über seinen Nachlass nicht gebunden zu sein.
- 48** Der Umstand, dass die Beteiligte zu 2. nach dem Tod ihrer Mutter das Testament vom nicht vorgelegt habe, spreche zudem dafür, dass dieses ... schon nicht mehr existiert habe. Es sei ungewöhnlich, dass die Beteiligte zu 2. nach dem Tod ihrer Mutter keinen Pflichtteil geltend gemacht habe. Der Beteiligte zu 1. gehe jedenfalls davon aus, dass das Testament vom durch Vernichtung widerrufen worden sei.
- 49** Jedenfalls aber sei die Kostenentscheidung zu Lasten des Beklagten zu 1. unzutreffend. Der Beteiligte zu 1. habe nicht durch sein Verschulden Anlass zu dem Verfahren gegeben. Auf das Unterliegen und Obsiegen könne nicht abgestellt werden, beide Seiten hätten wechselseitige Erbscheinsanträge gestellt. Auch seien die außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2. bereits im Zeitpunkt der Antragstellung entstanden.
- 50** Die Beteiligte zu 2. macht im Wesentlichen geltend:
- 51** Die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung ergebe sich aus § 2270 Abs. 2 BGB, der hier einschlägig sei. Dass im Testament vom eigenständige Verfügungen getroffen worden seien, sei unerheblich, da ein gemeinschaftliches Testament immer einzelne Verfügungen der Ehegatten enthalte, „gemeinschaftliche“ Verfügungen kenne das Gesetz nicht.
- 52** Der jeweilige Satz in dem Testament, dass der überlebende Ehegatte über das Vermögen frei verfügen könne, bedeute nach der Rechtsprechung lediglich, dass über den Nachlass unter Lebenden frei verfügt werden dürfe, begründe jedoch keine Abänderungsbefugnis bezüglich der Schlusserbeneinsetzung.
- 53** Zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 2. habe seit ... regelmäßiger Kontakt bestanden, der nach dem Mauerfall ab ... beträchtlich intensiviert worden sei. ... habe der Erblasser der Beteiligten zu 2. anlässlich ihres Geburtstages einen PKW geschenkt. Auch habe er den Lebensweg der Tochter der Beklagten zu 2.,, intensiv verfolgt und mit Zuwendungen begleitet. Der enge persönliche Kontakt zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 2. habe auch nach dem Ableben ihrer Mutter fortbestanden.
- 54** Die angebliche Vermögenslosigkeit der Mutter der Beteiligten zu 2. werde mit Nichtwissen bestritten. Die Beteiligte zu 2. gehe davon aus, dass ihre Mutter sehr wohl Vermögen erworben habe. So habe ihre Mutter den Handwerksbetrieb ihres ... verstorbenen

Ehemannes geerbt und diesen noch vor ihrer Ausreise nach verkauft. ... habe ihre Mutter deshalb möglicherweise über nicht unerhebliche Kontenguthaben verfügt.

- 55 Die beiden Testamente aus ... habe ihr geschiedener Ehegatte in seiner Wohnung in der in ... in einem der Beteiligten zu 2. gehörenden und bei Herrn ... verbliebenen Lackkästchen anlässlich einer anderweitigen Suche nach Unterlagen gefunden. Diesen Ablageort habe die Beteiligte zu 2. vergessen. Da die Beteiligte zu 2. im Zeitpunkt der Testamentserrichtung in ... lebte, habe ihre Mutter ihr bei einem Besuch die beiden Testamente mitgebracht; dabei sei ihr das Testament vom, da es sie als Schlusserbin betraf, im Original übergeben worden. Das Original des Testaments vom sei bei den Eheleuten ... verblieben.
- 56 Für einen Widerruf oder eine Vernichtung des Testaments vom gebe es keinerlei Anhaltspunkte.

II.

- 57 Die gemäß den §§ 58 ff. FamFG zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat mit Recht die für die Erteilung eines Erbscheins für die Beteiligte zu 2 erforderlichen Tatsachen als festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Die Beteiligte zu 2 ist testamentarische Alleinerbin geworden. Hingegen ist das Testament vom nicht maßgeblich, da der Erblasser die Schlusserbeneinsetzung aus den Testamenten aus nach dem Tod seiner Ehefrau nicht mehr wirksam widerrufen konnte, § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Schlusserbeneinsetzung war wechselbezüglich gemäß § 2270 Abs. 2 BGB.
- 58 Im Einzelnen gilt folgendes, wobei ergänzend auf die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen im amtsgerichtlichen Beschluss Bezug genommen wird:

1.

- 59 Nach § 2270 Abs. 1 BGB liegt Wechselbezüglichkeit vor, wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament Verfügungen getroffen haben, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Voraussetzung ist demnach zunächst das Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments. Ein solches gemeinschaftliches Testament liegt hier mit den Testamenten vom und vor.
- 60 Nach § 2265 BGB kann ein gemeinschaftliches Testament nur von Ehegatten errichtet werden; diese Voraussetzung ist gegeben. Eine bestimmte Form schreibt das Gesetz für ein gemeinschaftliches Testament nicht vor. Nach § 2267 BGB ist es im Falle der Errichtung eines eigenhändigen Testaments nach §§ 2247 BGB ausreichend, wenn ein Ehegatte das Testament in der Form des § 2247 BGB errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung mitunterzeichnet. Möglich ist aber auch, dass beide Ehegatten jeweils eine der Form des § 2247 BGB entsprechende eigenhändige Verfügung für ihren jeweiligen Nachlass treffen und sich aus dem Errichtungszusammenhang ergibt, dass es sich um ein gemeinschaftliches Testament handeln soll (vgl. Nur MüKo-Musielak, BGB 8. A., § 2267 BGB Rn. 19 m.w.N.). Vorliegend sind im Testament vom beide Formen einschlägig: ausweislich der Handschriften hat der Erblasser den ihn betreffenden ersten Teil der Urkunde selbst geschrieben und unterschrieben. Den zweiten Teil, der seine

Ehefrau betrifft, ist von dieser eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden, denn die Handschrift weicht deutlich ab von der Handschrift im ersten Teil. Der dritte Teil der Urkunde hingegen entspricht der Form des § 2267 BGB: der Text zur Einsetzung der Universalerbin erfolgte in derselben Handschrift wie im zweiten Teil und ist demnach von der Ehefrau verfasst worden; diesen Teil haben aber beide Ehegatten unterschrieben.

- 61 Anders als der Beschwerdeführer sieht der Senat die Voraussetzungen für ein gemeinschaftliches Testament vorliegend als eindeutig erfüllt an. Dabei spielt es keine Rolle, wie „üblicherweise“ ein Berliner Testament gestaltet ist. Entscheidend ist, dass beide Eheleute zwar jeweils einzeln eine letztwillige Verfügung verfasst haben, dies jedoch auf einer einheitlichen Urkunde und unter der gemeinsamen Überschrift „Testament des Ehepaars und auf Gegenseitigkeit“ sowie unter Zufügung einer der Form des § 2267 BGB entsprechenden gemeinschaftlichen Schlusserbenbestimmung. Damit kommt sowohl objektiv anhand des Errichtungszusammenhangs als auch subjektiv der Gemeinschaftlichkeitswille bei der Errichtung klar zum Ausdruck (vgl. Zum Begriff der Gemeinschaftlichkeit insbesondere BeckOGK/Braun, BGB § 2265 Rn. 7 ff.; vgl. zum alten Recht auch BGH, Urteil v. 12.3.1953, IV ZR 131/52).

2.

- 62 Weiterhin erforderlich ist, dass die im Testament enthaltene Schlusserbeneinsetzung überhaupt den vorliegenden Fall erfasst, wonach der Erblasser Jahre nach seiner Ehefrau starb. Dies ist der Fall und ergibt sich im Wege der gebotenen Auslegung der testamentarischen Regelungen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sollte durch die testamentarischen Regelungen nicht lediglich der Fall des zeitgleichen oder des zeitnah nacheinander Versterbens erfasst werden.
- 63 Im Testament vom ist formuliert, dass die Beteiligte zu 2 „nach gemeinsamen Ableben“ „Universalerbe unseres gesamten Vermögens“ sein solle. In der Testamentsergänzung vom, in der die Schlusserbeneinsetzung im Ergebnis wiederholt wird, ist formuliert worden, dass „nach beiderseitigem Ableben“ die Beteiligte zu 2 „Universalerbin unseres gesamten Vermögens“ sein soll.
- 64 Mit dem Amtsgericht ist der Senat der Auffassung, dass diese Formulierung auch und gerade das zeitlich weiter auseinanderliegende Versterben der Eheleute umfasst. Vom Wortlaut her spricht bereits die zuletzt verwendete Formulierung „beiderseitig“ stark dafür, dass die Eheleute nicht allein den Fall des zeitgleichen Versterbens erfassen wollten. Auch das Wort „gemeinsam“ erfasst üblicherweise auch das zeitlich versetzte Sterben und ist nicht so einschränkend gemeint oder zu verstehen wie die Formulierung „gleichzeitig“ (vgl. KG, Beschluss v. 15.1.2020, 6 W 45/19, Rn. 15). Vor allem aber enthält die Formulierung keine einschränkende Bedingung, wonach sie nur für einen bestimmten Fall gelten soll, sondern ist sie rein zeitlich formuliert, indem dieser Teil der Verfügung in beiden Testamenten mit dem Wort „Nach...“ eingeleitet wird. Hätten die Ehegatten gewollt, dass die Schlusserbeneinsetzung nur ausnahmsweise und nur für den - seltenen - Fall des zeitgleichen Versterbens gelten sollte, hätten Formulierungen wie „Für den Fall, dass wir gemeinsam versterben“, „im Falle unseres gemeinsamen Ablebens“ (so beispielsweise im Fall des OLG Düsseldorf, Beschluss v. 2.6.1999, 3 Wx 130/99; ähnlich OLG Karlsruhe, Beschluss v. 28.4.1987, 11 W 152/86), „im Falle unseres beiderseitigen Ablebens“ (BayObLG, Beschluss v. 28.12.1989, Breg. 1a Z 1/89) oder „Sollte uns beiden etwas zustoßen“ nahegelegen (vgl. zu den möglichen Formulierungen die Beispiele bei

Horn/Kroiß, Testamentsauslegung, 2.A., § 26 Rn. 19 ff.). Denkbar wäre auch die Formulierung „bei unserem gemeinsamen Tod“ (so im Falle des OLG Schleswig v. 2.11.2003, 3 Wx 47/02). Wenn stattdessen „nach unserem gemeinsam Tod“ formuliert wird, spricht dies stark für eine rein zeitliche Einordnung (so auch OLG Schleswig aaO Rn. 24 und OLG Karlsruhe aaO). Letztlich spricht auch der erhebliche Altersunterschied zwischen den beiden Ehegatten von rund 22 Jahren dafür, dass ein zeitgleiches Versterben bzw. ein Versterben kurz nacheinander sehr unwahrscheinlich war (vgl. zu diesem Kriterium im Rahmen der Auslegung auch OLG München, Beschluss v. 30.7.2008, 31 Wx 29/08) und sich aus dem Testament und der Formulierung nichts dafür ergibt, dass nur ein solch unwahrscheinlicher Fall von den Ehegatten hätte geregelt werden sollen.

- 65 Dass es sich dabei um eine Schlusserbeneinsetzung im Sinne der sogenannten „Einheitslösung“ (vgl. dazu u.a. BeckOK BGB/Litzenburger, BGB § 2269 Rn. 3; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. A., § 14 Rn. 54 ff.) handelte und nicht um die Begründung einer Vor- und Nacherbschaft (sogenannte „Trennungslösung“), ergibt sich gleichfalls eindeutig durch Auslegung des Testaments, so dass es eines Rückgriffs auf die Zweifelsregelung des § 2269 BGB nicht bedarf. Hierfür spricht bereits die Formulierung „Universalerbe unseres gesamten Vermögens“ (vgl. BeckOK BGB/Litzenburger BGB § 2269 Rn. 16; OLG Frankfurt, Beschluss v. 3.3.1998, 20 W 143/95; Horn/Kroiß, Testamentsauslegung, 2. A., § 23 Rn. 20 m.w.N.), ferner der Umstand, dass nach dem Testament vom 13.2. der jeweils überlebende Ehegatte in der Verwendung über das Erbe frei verfügen können sollte (Horn/Kroiß aaO). Soweit der Beschwerdeführer behauptet, die Ehefrau des Erblassers sei vermögenslos gewesen, spielt dies hingegen für die Frage der Anordnung einer Schlusserbeneinsetzung keine Rolle, da dies nicht ausschließt, dass die Ehegatten ihr jeweiliges Vermögen als gemeinschaftliches Ehevermögen begreifen und dies erbrechtlich auch als gemeinschaftlich behandeln wollen (vgl. nur MüKo-Musielak, BGB 8. A., § 2269 BGB Rn. 22 m.w.N.; Horn/Kroiß aaO Rn. 22). Von einer angeordneten Vor- und Nacherbschaft geht im Übrigen auch keiner der Beteiligten aus.

3.

- 66 Diese den vorliegenden Fall erfassende Schlusserbeneinsetzung war wechselbezüglich. Es ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB von Wechselbezüglichkeit zwischen der Einsetzung des Ehemanns als Alleinerbe seiner Ehefrau und der Bestimmung des Ehemanns/Erblassers, die Tochter seiner Ehefrau als Schlusserbin einzusetzen, auszugehen. Auch dies hat das Nachlassgericht zutreffend bewertet. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers führt eine Auslegung nicht zu einem anderen Ergebnis.
- 67 Gemäß § 2270 Abs. 2 BGB ist von Wechselbezüglichkeit auszugehen, wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht wird und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht.
- 68 Dies ist vorliegend erfüllt: die Ehefrau hat in dem gemeinschaftlichen Testament den Ehemann als ihren Alleinerben eingesetzt. Sodann haben beide bestimmt, dass nach ihrem gemeinsamen Ableben die Tochter der Ehefrau Universalerbin sein soll. Darin liegt zugleich die Verfügung des Ehemanns, dass für den Fall, dass er seine Ehefrau überlebt und nach ihr stirbt, die Tochter der Ehefrau seine Erbin sein soll. Da es sich bei der Tochter um eine Person handelt, „die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist“, kommt es auf die zweite

Alternative des § 2270 Abs. 2 BGB, das Näheverhältnis, nicht an, so dass die Verweise des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift auf die Rechtsprechung zum Näheverhältnis (u.a. auf KG, Beschluss v. 10.7.2018, 6 W 35/18 und OLG Hamm, FamRZ 2001, 1647 und OLG Koblenz NJW-RR 2007,1599) und die dazu getätigten Ausführungen rechtlich unerheblich sind. Ist die eingesetzte Schlusserbin mit dem anderen Ehegatten verwandt, kommt es nach dem Gesetzeswortlaut für das Eingreifen der gesetzlichen Vermutung auf ein Näheverhältnis nicht an. Im Übrigen käme es auf ein Näheverhältnis nicht zum Erblasser, sondern „zum anderen Ehegatten“ an, also dem Ehegatten, der den anderen Ehegatten zum Alleinerben eingesetzt hat; dies wäre hier die vorverstorbene Ehefrau.

- 69 Zutreffend weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass § 2270 Abs. 2 BGB nur eine Auslegungsregel ist und deshalb nicht eingreift, wenn sich durch Auslegung des Testaments ergibt, dass eine Wechselbezüglichkeit nicht gewollt war. Der Senat vermag jedoch durch Auslegung nicht festzustellen, dass vorliegend die Eheleute im Zeitpunkt der Testamentserrichtung im eine solche Wechselbezüglichkeit nicht gewollt haben.
- 70 Das Argument des Beschwerdeführers, gegen die Wechselbezüglichkeit spreche bereits, dass in dem Testament die Ehegatten jeweils bestimmt hätten, dass der andere Ehegatte allein erbe und dann „über die Verwendung frei verfügen“ könne, verfängt nicht. Hiermit soll weder die Wechselbezüglichkeit ausgeschlossen noch ein Änderungsvorbehalt bezüglich der Schlusserbeneinsetzung formuliert werden. Darauf hat die Beteiligte zu 2) unter Zitierung der einschlägigen Rechtsprechung bereits mit Schriftsatz vom hingewiesen. Durch die auch im vorliegenden Fall verwendete Formulierung, dass der erbende Ehegatte „frei verwenden“ könne, wird regelmäßig nur ausgedrückt, dass der erbende Ehegatte ermächtigt ist, über den Nachlass unter Lebenden frei zu verfügen, er also bei der Verwendung des Nachlasses keinerlei Beschränkungen unterliegt (vgl. nur KG, Beschluss v. 9.9.1997, 1 W 678/96; Staudinger/Kanzleiter (2019), § 2270 BGB Rn. 26a). Anhaltspunkte dafür, dass die Ehegatten dies im vorliegenden Fall anders gemeint haben könnten, sind nicht gegeben.
- 71 Auch die behauptete Vermögenslosigkeit der Ehefrau lässt im Rahmen der Auslegung keinen zwingenden Schluss gegen eine gewollte Wechselbezüglichkeit zu (vgl. dazu BeckOGK/Braun § 2270 BGB Rn. 44). Wie bereits oben zur Frage der Schlusserbeneinsetzung erörtert, haben die Ehegatten durch die Formulierung „Universalerbe unseres gesamten Vermögens“ zum Ausdruck gebracht, dass sie keine getrennten Vermögensmassen sahen, sondern ein gemeinschaftliches Ehevermögen, über das sie auch als solches letztwillig verfügen wollten. Die Eheleute waren im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bereits ... Jahre lang verheiratet und lebten zusammen. Dass der Erblasser bereits zuvor in den Westen übergesiedelt war und „sich eine Existenz aufgebaut“ hatte, wie der Beschwerdeführer geltend macht, tritt angesichts der gemeinsamen Ehezeit bis zur Errichtung des Testaments in den Hintergrund (vgl. auch OLG Hamm, Beschluss v. 7.11.1994, 15 W 288/94). Jedenfalls lässt sich allein aus dem behaupteten (und von der Antragstellerin bestrittenen) Vermögensunterschied der Ehegatten nicht positiv der Wille der Ehegatten feststellen, dass sie beide eine Wechselbezüglichkeit nicht wollten (vgl. auch OLG Frankfurt, Beschluss v. 7.5.2015, 20 W 196/14, Rn. 40 ff.). Aus dem Testament von ... ergibt sich nichts dafür, dass sie dem Vermögensunterschied irgendeine Bedeutung beigemessen haben. Im Gegenteil spricht die zitierte Formulierung „unseres gesamten Vermögens“ sogar gegen eine solche Bewertung.

- 72 Die äußere Form des Testaments spricht auch nicht gegen die Annahme von Wechselbezüglichkeit. Die Schlusserbeneinsetzung ist bereits in dem Testament vom enthalten und wurde zeitgleich mit den weiteren letztwilligen Verfügungen auf einem Stück Papier getroffen. Die Schlusserbeneinsetzung wurde am - unter Verweis auf das Bestehen eines „Testaments auf Gegenseitigkeit“ - ausdrücklich wiederholt. Dass die Ehegatten diese Schlusserbeneinsetzung auf einem gesonderten Papier drei Tage nach dem ersten Testament wiederholten, spricht sogar eher für eine Wechselbezüglichkeit, da offensichtlich beiden diese Bestimmung so wichtig war, dass sie sie noch einmal bekräftigten.
- 73 Für die Auslegung und damit die Ermittlung des Willens der Ehegatten bei Errichtung des Testamentes unerheblich ist das spätere Testament des Erblassers aus Es ist schon zweifelhaft, dass sich aus diesem Testament, das Jahrzehnte nach dem Testament aus ... errichtet wurde, ein Wille des Erblassers gegen die Wechselbezüglichkeit und für die Abänderbarkeit ableiten lässt, da das Testament aus ... darin mit keinem Wort erwähnt wird. Jedenfalls aber besagt dieses Testament nichts über den Willen der vorverstorbenen Ehefrau. Für die Auslegung des Testaments aus ... und die Frage der Wechselbezüglichkeit ist jedoch der Wille beider Ehegatten von Bedeutung. Rückschlüsse aus dem Testament des Erblassers aus ... auf den Willen der Ehefrau im Jahre ... sind nicht möglich (vgl. auch OLG München, Beschluss v. 6.7.2007, 31 Wx 33/07, Rn. 21).
- 74 Schließlich führt auch der große Altersunterschied zwischen den Ehegatten nicht zur positiven Annahme, dass eine Wechselbezüglichkeit nicht gewollt gewesen sei. Zwar mag es in diesen Fällen voraussehbar sein, welcher der Ehegatten den anderen überlebt, und mag es vorliegend auch wahrscheinlich gewesen sein, dass der Erblasser seine Ehefrau nicht nur für kurze Zeit, sondern für einen längeren Zeitraum überlebt. Diese statistische Betrachtung greift jedoch zu kurz und lässt nicht den zwingenden Schluss (gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung) zu, dass die Ehegatten von einer unverhältnismäßig langen Bindung des überlebenden Ehegatten ausgingen und eine solche nicht gewollt hätten. Wie unsicher dieser Schluss ist, zeigt auch der vorliegende Fall: obwohl der Altersunterschied zwischen den Ehegatten rund ... Jahre betraf, hat der Erblasser seine Ehefrau „nur“ um ... Jahre überlebt. Lässt sich mithin der Zeitraum der Bindung auch bei großen Altersunterschieden nicht sicher vorhersagen, lässt sich ohne weitere Anhaltspunkte auch nicht feststellen, ob die Ehegatten eine solche Bindung nicht gewollt haben (vgl. BeckOGK/Braun, § 2270 BGB Rn. 45). Vorliegend war die Ehefrau im Zeitpunkt der Testamentserrichtung Jahre alt, der Erblasser Jahre alt. Von welcher Lebenserwartung die Ehegatten ausgingen, ist nicht bekannt. Statistisch betrachtet hatte die Ehefrau noch rund Jahre zu leben. Zu Lebzeiten hätten beide Ehegatten das Testament, auch soweit es wechselbezüglich war, noch widerrufen können. Dies haben sie nicht getan. Dass der Erblasser eine darüber hinausgehende Bindung nach dem Vorsterben der Ehefrau dennoch nicht gewollt haben sollte, lässt sich mangels weiterer dafür sprechender Anhaltspunkte nicht annehmen.
- 75 Auch eine Gesamtbetrachtung aller genannten Umstände führt zu keinem anderen Ergebnis. Der Senat vermag daraus keine Auslegung des Testaments aus ... herzuleiten, wonach der Wille der Ehegatten ... eine Wechselbezüglichkeit ausschließen wollte. Letztlich bleibt das Motiv der Ehegatten für die Errichtung der Testamente im Jahre ... im Dunkeln. Damit aber verbleibt es bei der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, wonach die Wechselbezüglichkeit im Zweifel anzunehmen ist. Damit aber konnte der Erblasser die Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod seiner Ehefrau nicht mehr widerrufen, § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB. Sein Testament aus ... ist unwirksam.

4.

- 76 Das Testament vom ist auch nicht von den Ehegatten zu deren Lebzeiten durch Vernichtung widerrufen worden, § 2255 BGB. Entsprechendes lässt sich jedenfalls nicht zur Überzeugung des Senats feststellen.
- 77 Zwar existiert das Testament vom nur noch als Kopie. Dass es damals formwirksam errichtet wurde, ist unstreitig und ergibt sich auch aus der vorgelegten Kopie und der Bezugnahme im (als Original vorliegenden) Testament vom Eine Fälschung wird nicht behauptet. Den erhöhten Beweisanforderungen im Erbscheinsverfahren im Falle des Fehlens des Originals (vgl. dazu nur KG, Beschluss v. 3.8.2018, 6 W 52/18 m.w.N.) ist damit Genüge getan.
- 78 Nach § 2255 BGB kann ein Testament durch Vernichtung der Testamentsurkunde widerrufen werden. Die Beweis- und Feststellungslast für einen solchen Widerruf trägt derjenige, der sich darauf beruft (vgl. Burandt/Rojahn/Lauck, 3. A., § 2255 BGB Rn. 7; OLG Naumburg, Beschluss v. 29.3.2012, 2 Wx 60/11), hier also der Beschwerdeführer. Allein der Umstand, dass nach dem Tod des Erblassers das Original der Testamentsurkunde nicht mehr auffindbar ist, begründet keine tatsächliche Vermutung oder einen Erfahrungssatz dahingehend, dass das Testament durch den Erblasser vernichtet worden ist (OLG Naumburg aaO m.w.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 22.2.2019, 25 Wx 65/18; OLG Hamburg, Beschluss v. 25.1.2019, 2 W 45/18). Konkrete Anhaltspunkte für eine solche bewusste Vernichtung sind nicht ersichtlich. Dass der Erblasser in seinem Testament von ... erklärt hat, nicht durch gemeinschaftliches Testament in der Verfügung über seinen Nachlass gebunden zu sein, lässt keinen Schluss auf eine Vernichtung des Testaments aus ... zu. Dieses Testament vom wird im Testament von ... gar nicht erwähnt. Dass der Erblasser angab, nicht gebunden zu sein, ließe sich auch dadurch erklären, dass er das Testament aus ... vergessen hat oder dass er annahm, durch dieses Testament nicht in der Verfügung beschränkt zu sein. Gegen eine bewusste Vernichtung des Testaments vom spricht im Übrigen, dass das Testament vom, das ausdrücklich auf das Testament vom Bezug nimmt, noch im Original vorliegt. Hätten die Ehegatten das Testament vom durch Vernichtung widerrufen wollen, wäre zu erwarten gewesen, dass sie dann auch für eine Vernichtung des daran anknüpfenden Testaments vom gesorgt hätten.
- 79 Soweit der Beschwerdeführer darauf verweist, dass die Antragstellerin nach dem Tod ihrer Mutter sich nicht auf das Testament von ... berufen und keinen Pflichtteilsanspruch geltend gemacht habe, belegt dies nicht, dass das Testament vom von den Eheleuten zu diesem Zeitpunkt vernichtet worden war. Die Antragstellerin hat vorgetragen, von Anfang an nur eine Kopie des Testaments vom erhalten zu haben, von dem Testament vom hingegen das Original. Ferner hat sie vorgetragen, dass sie im Zeitpunkt des Todes ihrer Mutter selbst in gesicherten wirtschaftlichen Verhältnissen gelebt habe und sie keinen Anlass gehabt habe, erbrechtliche Ansprüche gegenüber dem Ehegatten ihrer Mutter geltend zu machen. Anderes lässt sich nicht feststellen. Selbst wenn - wie der Beschwerdeführer behauptet - zu diesem Zeitpunkt nur noch die Kopie existiert haben sollte, bliebe offen und unbekannt, ob das Original dazu bewusst vernichtet oder nur verloren gegangen war. Der Umstand, dass die Mutter der Antragstellerin ihrer Tochter eine Kopie überreichte, spricht zudem gegen eine bewusste Vernichtung des Originals mit Widerrufsabsicht. Andere Tatsachen, die für eine solche Widerrufsabsicht beider Ehegatten

bezüglich des Testaments vom sprechen, sind vom Beschwerdeführer nicht vorgetragen und für den Senat nicht ersichtlich.

5.

- 80 Hatte damit die Beschwerde in der Hauptsache keinen Erfolg, war auf die Beschwerde des Beschwerdeführers hin jedoch die amtsgerichtliche Kostenentscheidung wie aus dem Tenor ersichtlich abzuändern. Die Kostenentscheidung für die erste Instanz beruht dabei auf § 81 FamFG.
- 81 Das Amtsgericht hat in dem angefochtenen Beschluss in Ziffer 2 des Tenors ausgesprochen: „Der Beteiligte zu 1. hat die außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2. zu erstatten.“ Nach der Begründung soll der Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 vor allem deshalb die außergerichtlichen Kosten erstatten, weil er mit seinem Antrag unterlegen, sie hingegen mit ihrem Antrag obsiegt hat. Dies greift jedoch zu kurz und erscheint ermessensfehlerhaft. Denn grundsätzlich sind bei der nach billigem Ermessen zu treffenden Kostenentscheidung im Erbscheinsverfahren sämtliche in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalls heranzuziehen und kann - ohne Anwendung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses - neben anderen Umständen auch das Obsiegen und Unterliegen berücksichtigt werden (vgl. grundsätzlich BGH, Beschluss v. 18.11.2015, IV ZB 35/15). Die amtsgerichtliche Entscheidung lässt demgegenüber nicht erkennen, dass es mögliche andere Umstände neben dem Maß des Obsiegens tatsächlich in seine Erwägungen eingestellt und abgewogen hat. Dazu gehört vorliegend vor allem der Umstand, dass die Beteiligte zu 2 das Erbscheinsverfahren von Anfang an mit anwaltlicher Vertretung betrieben hat, diese Kosten also unabhängig vom Verfahrensverhalten des Beteiligten zu 1 entstanden wären. Ferner war zu berücksichtigen, dass die Frage der Bindungswirkung und Wechselbezüglichkeit eine schwierige Rechtsfrage betrifft, so dass das Vorgehen des Beklagten zu 1 (Abweisungsantrag bezüglich Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 und eigener Erbscheinsantrag) nicht von vornherein aussichtslos erschien. Unter Abwägung dieser gesamten Umstände entspricht es deshalb billigem Ermessen, dass die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten der ersten Instanz selbst zu tragen haben.
- 82 Hinsichtlich der Gerichtskosten der ersten Instanz verbleibt es bei der amtsgerichtlichen Entscheidung.

6.

- 83 Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 81, 84 FamFG. Dabei war maßgeblich, dass der Antragsteller mit seiner Beschwerde in der Hauptsache erfolglos geblieben ist. Nach § 84 FamFG tritt in diesem Fall die Kostenhaftung des Unterlegenen ein. Gründe, von dieser Regel abzuweichen, liegen nicht vor. Der Erfolg hinsichtlich der amtsgerichtlichen Kostenentscheidung fiel dabei nicht ins Gewicht; der Antragsteller hätte das Rechtsmittel zur Vermeidung unnötiger Kosten auch nur auf die Kostenentscheidung beschränken können.

7.

- 84 Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 40, 61 GNotKG. Sie beruht auf der Angabe des Nachlasswertes in dem Erbscheinsantrag des Antragstellers sowie auf dem vom Beteiligten zu 1. ausgefüllten Nachlasswertverzeichnis vom 22.2.2020.