

**Dokumentnummer:** 1zbr1\_04  
**letzte Aktualisierung:** 18.05.2004

**BayObLG**, 01.04.2004 - 1Z BR 001/04

BGB §§ 133, 2069, 2096, 2099

## **Auslegung als Ersatzerbeneinsetzung bei Wegfall einzelner von mehreren eingesetzten Erben**

Auslegung eines Testaments als Ersatzerbeinsetzung der Abkömmlinge bedachter Geschwister, wenn der Erblasser seine zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch lebenden Geschwister gleichmäßig zu Erben eingesetzt hat und einige von ihnen vor dem Erbfall verstorben sind (im Anschluss an BayObLGZ 2003, 204).

## Gründe:

### I.

Der im Alter von 62 Jahren verstorbene Erblasser war seit 1988 geschieden und kinderlos. Er hatte sechs Geschwister, von denen drei noch am Leben waren, als er am 18.1.1989 das folgende eigenhändig ge- und unterschriebene Testament errichtete:

„Ich vermache nach meinem Tod, mein Vermögen zu gleichen Teilen meinen noch lebenden Geschwistern A, B (Beteiligte zu 1) und C. Die Kinder meiner verstorbenen Schwestern erben nichts. Das Grundstück geht an B und C.“

Vorverstorben waren zwei Schwestern unter Hinterlassung von Abkömmlingen und ein kinderloser Bruder. Nach Errichtung des Testaments, aber vor dem Erbfall, sind zwei der im Testament aufgeführten Geschwister gestorben: der Bruder A im Jahr 1991 unter Hinterlassung einer ehelichen Tochter (Beteiligte zu 2) und zweier nichtehelicher Kinder (Beteiligte zu 3 und 4) sowie der Bruder C im April 2001 ohne Hinterlassung von Abkömmlingen.

Der Wert des Nachlasses beträgt rund 80.000 €, den Wert des Grundstücks hat das Nachlassgericht mit 3.500 DM bewertet.

Die Beteiligte zu 1 hat einen Alleinerbschein beantragt. Sie ist der Auffassung, dass bezüglich der zwei nach Testamentserrichtung weggefallenen Geschwister Anwachsung eintritt und nicht etwa die Abkömmlinge des Bruders A als Ersatzerben eingesetzt sind. Die Beteiligte zu 4 widersprach dem Antrag. Nach ihrer Auffassung hat der Erblasser die Geschwister als jeweils Erste ihres Stammes bedacht; die Abkömmlinge des Bruders A (Beteiligte zu 2, 3, 4) seien daher als Ersatzerben anzusehen und neben der Beteiligten zu 1 (zu %) zu je 1/6 Miterben geworden. Der Umstand, dass sie (die Beteiligte zu 4) als nichteheliches Kind keinen Kontakt zu ihrem Vater und dem Erblasser gehabt habe, sei in diesem Zusammenhang ohne Belang.

Mit Beschluss vom 25.9.2002 kündigte das Nachlassgericht den Erlass eines Alleinerbscheins zugunsten der Beteiligten zu 1 an. Die Auslegung des Testaments ergebe, dass der Erblasser sein Vermögen allein auf die noch lebenden Geschwister habe aufteilen wollen. Auch habe die Beteiligte zu 2 bei der Testamentseröffnung selbst erklärt, es sei nie darüber gesprochen worden, dass sie, an die Stelle ihres verstorbenen Vaters rücken sollte. Zudem habe die Beteiligte zu 4 keinerlei Kontakt mit dem Erblasser gehabt.

Gegen den Vorbescheid des Amtsgerichts hat die Beteiligte zu 2 Beschwerde eingelegt. Sie ist wie die Beteiligte zu 4 der Auffassung, dass die Beteiligte zu 1 zu und die Beteiligten zu 2, 3 und 4 zu je 1/6 Erben geworden sind. Sie weist darauf hin, dass jedenfalls sie durchaus Kontakt zum Erblasser gehabt habe.

Mit Beschluss vom 10.11.2003 hob das Landgericht den Beschluss des Amtsgerichts auf (Ziff. 1) und wies das Amtsgericht an, den Beteiligten einen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligte zu 1 als Miterbin zu' und die Beteiligten zu 2 bis 4 als Miterben zu je 1/6 ausweist (Ziff. II). Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie ihren Antrag auf Alleinerbschein weiterverfolgt.

## II.

Die nicht fristgebundene und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§ 27 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1, Abs. 4, § 20 FGG). Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: In der Einsetzung der Geschwister als nächste Angehörige des Erblassers sei zugleich die Kundgabe des Willens zu sehen, die Abkömmlinge der Bedachten zu Ersatzerben zu berufen. Gegen diese Auslegung spreche nicht der Ausschluss der Kinder der verstorbenen Schwestern von der Erbfolge, denn diese Verfüzung habe mit der Erbenstellung anderer Personen nichts zu tun. Auch der Umstand, dass der Erblasser nach dem Tod seiner zwei im Testament bedachten Brüder sein Testament nicht geändert habe, spreche nicht gegen die Annahme einer Ersatzerbeinsetzung. Es sei mindestens ebenso wahrscheinlich, dass der Erblasser nur deshalb nicht auf die neue Situation reagiert habe, weil er sie in diesem Sinne geregelt sah. So wie er die Kinder der verstorbenen Schwestern ausdrücklich von der Erbfolge ausgeschlossen habe, hätte es nahe gelegen, auch die Nachkommen der als Erben bedachten Geschwister ausdrücklich auszuschließen, wenn er dies gewollt hätte. Dass die Beteiligte zu 4 keinerlei Kontakt zum Erblasser gehabt habe, sei ohne Belang. Ebenfalls ohne Bedeutung sei, dass über ein Nachrücken der Beteiligten zu 2 in die Erbenstellung ihres verstorbenen Vaters nie gesprochen worden sei; denn auch das Gegen teil habe der Erblasser offensichtlich nicht verlauten lassen.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) stand, soweit das Landgericht den amtsgerichtlichen Vorbescheid aufgehoben hat. Seine Würdigung, dass die Beteiligte zu 1 nicht Alleinerbin ist, weil das Testament im Sinne einer Ersatzerbeinsetzung auszulegen sei, ist nicht zu beanstanden.

a) Zutreffend hat das Landgericht die Beschwerde der Beteiligten zu 2 gegen den amtsgerichtlichen Vorbescheid als zulässig angesehen; denn deren behauptete Miterbenstellung würde durch die Erteilung des angekündigten Alleinerbscheins zugunsten - der Beteiligten zu 1 beeinträchtigt (§ 20 Abs. 1 FGG). Ob die Beteiligte zu 2 ihrerseits einen Erbscheinsantrag gestellt hat, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung.

b) Das Landgericht hat jedoch übersehen, dass außer der Beteiligten zu 1 bisher niemand — auch nicht die Beteiligte zu 2 - einen formwirksamen Erbscheinsantrag gestellt hat. Der in der Beschwerdeschrift vom 23.10.2002 gestellte Antrag, zu beschließen, dass die Beteiligte zu 1 zu 1/2 und die Beteiligten zu 2 bis 4 zu je 1/6 Erben geworden sind, ist schon seinem Wortlaut nach nicht auf die Erteilung eines entsprechenden Erbscheins gerichtet; als Erbscheinsantrag würden ihm im Übrigen wesentliche Förmlichkeiten fehlen (vgl. §§ 2355, 2356, 2357 BGB). Dieser Umstand nimmt der Beteiligten zu 2 hier nicht die Beschwerdeberechtigung (vgl. oben a) und macht den Vorbescheid des Nachlassgerichts nicht unzulässig. Zwar kann ein Vorbescheid grundsätzlich nur bei einander inhaltlich widersprechenden Erbscheinsanträgen ergehen; ausnahmsweise ist er aber auch dann zulässig, wenn ein widersprechender Erbscheinsantrag nach dem Vortrag eines Beteiligten zu erwarten ist (vgl. Keidel/Kahl FGG 15. Aufl. § 19 Rn. 15a). Hiervon konnte das Nachlassgericht im Hinblick auf das Vorbringen der Beteiligten zu 4 ausgehen.

Das Fehlen eines auf Erbquoten von 1/2 für die Beteiligte 1 und je 1/6 für die Beteiligten zu 2 bis 4 gerichteten Erbscheinsantrags hat aber zur Folge, dass das Landgericht das Nachlassgericht nicht zur Erteilung eines entsprechenden Erbscheins anweisen durfte. Ziffer II des landgerichtlichen Tenors war deshalb aufzuheben, auch wenn der Senat, wie nachfolgend ausgeführt wird, die dieser Anweisung zugrunde liegende Beurteilung der Erbrechtslage durch das Landgericht billigt.

c) Zutreffend hat das Landgericht das Testament von 1989 als auslegungsbedürftig angesehen, weil es keine ausdrückliche Regelung für den Fall enthält, dass eines oder mehrere der zu Erben eingesetzten Geschwister vor dem Erblasser versterben. Die Testamentsauslegung selbst ist Sache des Tatsachengerichts. Die Überprüfung in der Rechtsbeschwerdeinstanz ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen wurden, ob ein wesentlicher Umstand übersehen wurde oder ob dem Testament ein Inhalt gegeben wurde, der dem Wortlaut nicht zu entnehmen ist und auch nicht auf verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellungen anderer Anhaltpunkte für den im Testament zum Ausdruck gekommenen Erblasserwillen gestützt werden kann (BGHZ 121, 357/363; BayObLG FamRZ 2002, 269/270; MünchKommBGB/Leipold 3. Aufl. § 2084 Rn. 84).

d) Diesen Kriterien wird die Auslegung des Landgerichts, dass der Erblasser für den Fall des Vorversterbens eingesetzter Geschwister nach Testamentserrichtung ersatzweise deren Kinder als Erben einsetzen wollte, gerecht.

aa) Gemäß § 2099 BGB geht das Recht der Ersatzerben der Anwachsung vor; deshalb ist bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung vorweg zu prüfen und festzustellen, ob Ersatzerben (§ 2096 BGB) bestimmt sind (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 614/615). Dabei kann, wenn der Erblasser wie hier seine Geschwister bedacht hat, die für die Einsetzung von Abkömmlingen geltende Auslegungsregel des § 2069 BGB nicht - auch nicht analog - angewandt werden (vgl. BGH NJW 1973, 240/242; BayObLGZ 1988, 165/167; BayObLG NJW-RR 1992, 73; BayObLGZ 2003, 204/207). Es ist jedoch anhand der Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob im Wege der - gegebenenfalls ergänzenden - Testamentsauslegung ein entsprechender (hypothetischer) Wille des Erblassers für die Berufung der Kinder der nach Testamentserrichtung weggefallenen Geschwister als Ersatzerben festgestellt werden kann. Die für die Annahme eines derartigen Erblasserwillens notwendige Andeutung in der letztwilligen Verfügung selbst kann in solchen Fällen bereits in der Tatsache der Berufung der Geschwister als nahe stehender Verwandter des Erblassers unter Hinweis auf diese verwandtschaftliche Funktion gesehen werden (vgl. BayObLGZ 1986, 159/163; BayObLG FamRZ 1997, 641/642; 2000, 1186/1187; BayObLGZ 2003, 204/207). Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht zutreffend ausgegangen.

bb) Zu Recht hat das Landgericht darauf abgestellt, dass der geschiedene und kinderlose Erblasser, dessen Eltern längst vorverstorben waren, mit seinen noch lebenden Geschwistern seine nächsten Angehörigen zu Erben eingesetzt hat. Die Einsetzung der drei noch lebenden Geschwister erfolgte „zu gleichen Teilen“ der Erblasser hat sich also nicht davon leiten lassen, zu welchem seiner Geschwister er ein gutes oder weniger gutes Verhältnis hat (vgl. BayObLG

Rpfleger 1997, 215). Dem steht nicht entgegen, dass das geringwertige Grundstück den zwei Brüdern zukommen soll; denn die Auslegung des Landgerichts, dass es sich insoweit nur um eine Teilungsanordnung handelt, ist nicht zu beanstanden. Die Erbeinsetzung entspricht - abgesehen vom Ausschluss der Kinder der vorverstorbenen Schwestern (vgl. dazu noch nachfolgend) — der Regelung der gesetzlichen Erbfolge (§ 1925 Abs. 3 BGB). Die Erben sind nicht nur mit Namen, sondern auch in ihrer verwandtschaftlichen Funktion bezeichnet und als solche zu Erben berufen. Die Auslegung des Landgerichts, dass die Abkömmlinge der bedachten Geschwister ersatzweise zu Erben eingesetzt sind, findet in all dem eine hinreichende Stütze; die Zuwendung gilt nicht den Geschwistern persönlich, sondern, wie bei gesetzlicher Erbfolge, als Erste ihres Stammes.

cc) An dieser Auslegung hat sich das Landgericht zu Recht nicht durch den Umstand gehindert gesehen, dass der Erblasser die Kinder seiner bereits vor Testamentserrichtung verstorbenen Schwestern (der vorverstorbene Bruder starb kinderlos) ausdrücklich von der Erbfolge ausgeschlossen hat. Dieser Ausschluss beruht auf einer bewussten Entscheidung des Erblassers. Das sagt für sich genommen nichts darüber aus, wie die Einsetzung der drei noch lebenden Geschwister gemeint war, und steht deshalb der vom Landgericht vorgenommenen Auslegung nicht entgegen. Keinen rechtlichen Bedenken begegnet auch die Erwägung des Landgerichts, die Einsetzung der „noch lebenden“ Geschwister lege nicht die vom Amtsgericht vorgenommene Auslegung nahe, dass damit nur die auch zum Zeitpunkt des Erbfalls noch lebenden Geschwister – und nicht deren Abkömmlinge – gemeint seien. Die Formulierung lässt sich zwanglos auch aus der Abgrenzung zu den Stämmen der nicht mehr lebenden Geschwister erklären, im selben Testament von der Erbfolge ausgeschlossen werden.

dd) Der weitere Umstand, dass der Erblasser nach dem Tode seines 1991 vorverstorbenen Bruders A sein Testament nicht geändert hat, hindert die Annahme einer Ersatzerbeinsetzung ebenfalls nicht. Der Erblasser kann, wie das Landgericht zutreffend gesehen hat, auch deshalb von einer Änderung abgesehen haben, weil er meinte, die Kinder des Bruders bereits ersatzweise eingesetzt zu haben und deshalb nichts weiter tun zu müssen. Wenn der Erblasser zu einer Änderung des Testaments keinen Anlass gesehen hat – diese Kinder also nicht, wie seinerzeit die Kinder der vorverstorbenen Schwestern, ausdrücklich ausgeschlossen hat –, so konnte das Landgericht hierin rechtsfehlerfrei sogar ein Indiz eher für als gegen die Ersatzerbeinsetzung sehen.

ee) Der Erblasser hatte nur zu einem der drei Kinder seines Bruders A eine tatsächlich gelebte familiäre Beziehung, während zur Beteiligten zu 4 und wohl auch zum Beteiligten zu 3 – beide nach früherer Rechtslage nichtehelichen Kinder wuchsen nicht in der Familie des Bruders auf offenbar kein Kontakt bestand. Das Landgericht hat diesen Umstand in seine Überlegungen einbezogen, ihm aber im Ergebnis keine Bedeutung beigemessen und die Ersatzerbenstellung aller drei Kinder zu gleichen Teilen bejaht. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat nicht verkannt, dass für die Auslegung alle Umstände des Einzelfalles maßgeblich sind. Es hat die Ersatzerbenstellung hier jedoch nicht aus der – wie auch immer gearteten – tatsächlichen Beziehung des Erblassers zu den Ersatzerben hergeleitet, sondern aus der gleichmäßigen Verteilung des Nachlasses auf seine drei Geschwister als nächste Angehörige. Es ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass die drei von den eingesetzten Geschwistern repräsentierten „Stämme“ gemeint sind und bei Wegfall eingesetzter Geschwister ersatzweise deren Kinder, sofern vorhanden, nachrücken. Vor diesem Hinter-

grund konnte es die Frage der Nähe des Erblassers zu dem einen oder anderen Kind als für das Ergebnis der Auslegung ohne Belang würdigen; denn Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Willen des Erblassers sind nicht festgestellt.

3. Nach § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG war anzuordnen, dass die Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 die dieser in der Rechtsbeschwerdeinstanz entstandenen Kosten zu erstatten hat. Die übrigen Beteiligten sind im Verfahren der weiteren Beschwerde nicht hervorgetreten.

Der Geschäftswert des Verfahrens der weiteren Beschwerde wird gemäß §§ 30, 31 Abs. 1, § 131 Abs. 2 KostO auf 40.000 € festgesetzt. Das Interesse der Rechtsbeschwerdeführerin war darauf gerichtet, statt als Miterbin zu % als Alleinerbin ausgewiesen zu werden, also eine um' höhere Erbquote zu erhalten; dies entspricht bei einem Nachlasswert von 80.000 € dem Wert von 40.000 €. Die Abweichung zur Wertfestsetzung des Landgerichts (13.333 €) erklärt sich daraus, dass im landgerichtlichen Beschwerdeverfahren das Interesse der dortigen Beschwerdeführerin auf eine Erbquote von 1/6 gerichtet war..