

**letzte Aktualisierung:** 28.12.2022

OLG Hamm, Beschl. v. 8.12.2021 – 10 W 27/20

**BGB §§ 2078 Abs. 2, 2247, 2267**

**Testament: Nachweis der formgerechten Errichtung; Widerruf; Anfechtung**

1. Daraus, dass ein vorgelegtes Testament nicht den Anforderungen der §§ 2247, 2267 BGB genügt, weil die Unterschriften fehlen, folgt nicht zwingend, dass das Testament ungültig ist, wenn eine ehemals formgerechte Testamentserrichtung zuverlässig nachgewiesen werden kann. Auch wenn an den Nachweis strenge Anforderungen zu stellen sind, kann im Einzelfall schon das äußere Erscheinungsbild dafür sprechen, dass ursprünglich ein wirksames Testament vorgelegen hat, bei dem die Unterschriften offensichtlich nachträglich abgeschnitten worden sind.
2. Die Feststellungslast für den Widerruf eines Testaments trifft im Erbscheinsverfahren denjenigen, der sich auf die Ungültigkeit des Testaments zur Begründung seines Erbrechts beruft. Das gilt auch für den gemeinsamen Widerruf eines Ehegattentestaments.
3. An den Nachweis eines zur Anfechtung des Testaments gem. § 2078 Abs. 2 BGB berechtigenden Motivirrtums sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Vortrag, der Erblasser, der seine Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt hatte, sei bei Testamentserrichtung davon ausgegangen, dass seine Ehefrau nicht bei intakter Ehe aus der Ehewohnung ausziehen werde, reicht nicht aus, wenn sich nicht feststellen lässt, dass die Vorstellung des Erblassers in Bezug auf die eheliche Treue der Ehefrau das bestimmende Motiv für die Erbeinsetzung gewesen ist. Daran können Zweifel bestehen, wenn der Erblasser selbst während der Ehezeit außereheliche Beziehungen mit anderen Frauen gehabt hat.

**Oberlandesgericht Hamm, 10 W 27/20**

---

**Datum:** 08.12.2021  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 10 W 27/20  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2021:1208.10W27.20.00

---

**Vorinstanz:** Amtsgericht Arnsberg, 11 VI 44/17  
**Schlagworte:** Nachweis der wirksamen Errichtung eines Ehegattentestaments und dessen gemeinsamer Widerruf  
**Normen:** BGB § 2078  
**Leitsätze:** Daraus, dass ein vorgelegtes Testament nicht den Anforderungen der §§ 2247, 2267 BGB genügt, weil die Unterschriften fehlen, folgt nicht zwingend, dass das Testament ungültig ist, wenn ein ehemals formgerechte Testamentserrichtung zuverlässig nachgewiesen werden kann. Auch wenn an den Nachweis strenge Anforderungen zu stellen sind, kann im Einzelfall schon das äußere Erscheinungsbild dafür sprechen, dass ursprünglich ein wirksames Testament vorgelegen hat, bei dem die Unterschriften offensichtlich nachträglich abgeschnitten worden sind.

Die Feststellungslast für den Widerruf eines Testaments trifft im Erbscheinsverfahren denjenigen, der sich auf die Ungültigkeit des Testaments zur Begründung seines Erbrechts beruft. Das gilt auch für den gemeinsamen Widerruf eines Ehegattentestaments.

An den Nachweis eines zur Anfechtung des Testaments gem. § 2078 Abs. 2 BGB berechtigenden Motivirrtums sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Vortrag, der Erblasser, der seine Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt hatte, sei bei Testamentserrichtung davon ausgegangen, dass seine Ehefrau nicht bei intakter Ehe aus der Ehewohnung ausziehen werde, reicht nicht aus, wenn sich nicht feststellen lässt, das die Vorstellung des Erblassers in Bezug auf die eheliche Treue der Ehefrau das bestimmende Motiv für die Erbeinsetzung gewesen ist. Daran können Zweifel bestehen, wenn der Erblasser selbst während der Ehezeit außereheliche Beziehungen mit anderen Frauen gehabt hat.

---

**Tenor:** Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführer tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beschwerdegegnerin.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 647.000,00 EUR festgesetzt.

## Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist die Witwe des am 00.00.1959 geborenen und am 00.00.2016 verstorbenen Erblassers. Die Antragsgegner sind dessen Brüder. Die Beteiligte zu 4) ist eine Nichte der Antragstellerin.

Die Antragstellerin ging Anfang 2016 eine außereheliche Beziehung ein, trennte sich im Spätsommer 2016 von dem Erblasser und zog aus der gemeinsamen Ehwohnung aus. Ein Scheidungsverfahren wurde von keinem der Eheleute eingeleitet. Am 19.12.2016 ließ der Erblasser ein notarielles Testament beurkunden, in dem er die Beteiligte zu 4), bei der es sich um die Tochter der Schwester der Antragstellerin, Frau X A, handelt, zu  $\frac{1}{2}$  und die beiden Beteiligten zu 2) und 3) zu je  $\frac{1}{4}$  zu Miterben einsetzte. In der Vorbemerkung des notariellen Testaments heißt es:

*„In der freien Verfügung über mein Vermögen bin ich in keiner Weise beschränkt, weder durch einen Erbvertrag noch durch ein gemeinschaftliches Testament. Vorsorglich widerrufe ich alle etwa vorhandenen früheren Verfügungen von Todes wegen.“*

Eine Woche nach Errichtung dieses Testaments beging der Erblasser Suizid. In einem von ihm hinterlassenen Abschiedsbrief heißt es u.a.:

*„Ich weiß auch nicht mehr, ob das mit dem Testament eine gute Idee war.“*

Mit anwaltlichem Schreiben vom 09.01.2017 machte die Antragstellerin zunächst Pflichtteilsansprüche geltend. Zum Nachlass des Erblassers gehören unter anderem das Elternhaus der Antragstellerin in B, das sie dem Erblasser im Jahr 2014 übertragen hatte, sowie zwei weitere Immobilien, die ursprünglich aus der Familie der Antragstellerin stammten.

Aus dem in der vormaligen Ehwohnung befindlichen Tresor entnahm die Antragstellerin Anfang Januar ein handschriftlich verfasstes Schriftstück, in dem es heißt:

*„Testament von C und D Y! Im Falle meines Todes, setze ich D Y meinen Mann, C Y zu meinem alleinigen Erben ein. Im Falle meines Todes, setze ich C Y meine Frau, D Y zu meinem alleinigen Erben ein.“*

Im unteren Bereich des Schriftstückes ist ein Teil abgeschnitten. Dort ist noch der Anfangsbuchstabe „Buchstabe01“ einer Unterschrift sichtbar. Das Datum in der Kopfzeile ist unkenntlich gemacht worden. Quer über den Text ist eine diagonale Linie gezogen mit dem Bemerkung „Ungültig“.

Die Antragstellerin hat unter dem 18.01.2017 auf der Grundlage dieses von ihr aufgefundenen Schriftstückes die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin ausweist. Dazu hat sie vorgetragen, bei dem Schriftstück handele es sich um

das gemeinsam mit dem Erblasser errichtete Testament. Der Erblasser habe auf dieses Testament ohne ihre Beteiligung den Vermerk „*ungültig*“ gesetzt und eigenmächtig die Unterschriften abgeschnitten. Damit sei sie nicht einverstanden gewesen. Sie sei aus der Ehewohnung ausgezogen, weil der Erblasser unter psychischen Problemen gelitten habe und im Verlauf des Jahres 2016 immer gewaltbereiter geworden sei. Der Auszug sei mit dem Erblasser abgesprochen gewesen. Von einer Ehescheidung sei nicht die Rede gewesen. Sie sei auch nicht aus einer intakten Ehe ausgebrochen.

Die Antragsgegner sind dem entgegengetreten und haben beantragt, den Erbscheinsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen. Sie haben vorgetragen, es könne sein, dass sich der Erblasser zusammen mit der Antragstellerin dazu entschlossen habe, das Testament zu widerrufen bzw. aufzuheben. Die Tatsache, dass es nicht vernichtet worden sei, spreche dafür, dass es von beiden Eheleuten widerrufen worden sei. Die Antragsgegner haben mit Nichtwissen bestritten, dass das Schriftstück jemals von den Eheleuten unterzeichnet gewesen sei. Möglicherweise sei es zu keiner Zeit wirksam errichtet worden. Mit Schriftsatz vom 06.03.2017 haben sie vorsorglich die Anfechtung der Erbeinsetzung der Antragstellerin gem. § 2078 Abs. 2 BGB erklärt. Dazu haben sie behauptet, der Erblasser habe die Antragstellerin wegen ihres außerehelichen Verhältnisses zu einem Herrn E Ende August 2016 aufgefordert, die gemeinsame Wohnung zu verlassen. Daraufhin sei sie mit Herrn E zusammengezogen. Der Erblasser sei bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments davon ausgegangen, dass die Antragstellerin nicht die Ursache für eine Zerrüttung der Ehe setzen würde. Herr E habe den Erblasser durch Anrufe und Schreiben terrorisiert. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf das undatierte Schreiben des Herrn E an den Erblasser, Bl. 66 der Akte, verwiesen.

13

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht die Tatsachen, die zur Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins sei begründet, denn das Testament, auf das die Antragstellerin sich stütze, sei formwirksam errichtet worden. Auch wenn die vorgelegte Urkunde kein formgültiges Testament sei, müsse davon ausgegangen werden, dass ein solches ursprünglich vorhanden gewesen sei. Nach dem Sachvortrag der Antragstellerin sei das Testament gemeinsam geschrieben und unterschrieben worden. Anschließend sei es in einem Tresor verwahrt worden. Dies stehe fest, denn es habe keinen Sinn gemacht, das Schriftstück aufzubewahren, wenn es keine Gültigkeit mehr gehabt haben sollte. Das gelte auch für die Veränderungen durch Durchstreichungen und das Abschneiden der Unterschriften. Im Übrigen seien Ansätze der Unterschrift der Antragstellerin erkennbar. Dieses Testament sei nicht nachträglich durch Widerruf oder Anfechtung beseitigt worden. Es handele sich um ein gemeinschaftliches Testament, so dass der Erblasser an seine Erklärungen gebunden sei und diese nicht einseitig habe beseitigen können. Ein Anfechtungsrecht scheide aus, da ein Motivirrtum des Erblassers nicht festgestellt werden könne. Dazu reiche der Vortrag, der Erblasser sei selbstverständlich davon ausgegangen, dass die Antragstellerin nicht die Ursache für eine Zerrüttung der Ehe geben würde, nicht aus. Es seien die lange Ehedauer und die kurze Trennungszeit zu berücksichtigen. Auch sei zu beachten, dass der Erblasser durch Selbsttötung aus dem Leben geschieden sei. Es sei nicht vorgetragen worden, dass der Erblasser geäußert habe, das Testament widerrufen zu wollen und sich daran nicht mehr gebunden zu fühlen. Im Übrigen sei eine restriktive Auslegung der Anfechtungsvorschriften geboten. Problematisch sei schließlich auch die Einhaltung der Anfechtungsfrist. Dazu könne nicht ohne weiteres auf das Datum des Auszuges der Antragstellerin aus der ehelichen Wohnung abgestellt werden. Entscheidend sei vielmehr, wann der Erblasser die Überzeugung gehabt habe, dass es zu einem ehelichen Zusammenleben nicht mehr kommen würde. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

14

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 2) und 3), die ihr

15

erstinstanzliches Begehren weiterverfolgen. Zur Begründung verweisen sie auf den bisherigen Vortrag und tragen ergänzend vor, es sei unklar, ob das verfahrensgegenständliche Testament wirksam errichtet worden sei. Insoweit treffe die Antragstellerin die Feststellungslast. Rechtsfehlerhaft sei das Amtsgericht davon ausgegangen, dass das Testament vom Erblasser und der Antragstellerin unterzeichnet worden sei. Es lasse sich dem von der Antragstellerin eingereichten Schriftstück nicht entnehmen, ob es jemals wirksam vom Erblasser unterzeichnet worden sei. Die vom Nachlassgericht angehörte Frau F A habe erklärt, das Testament nie gesehen zu haben. Die Behauptung der Antragstellerin, das Testament sei einmal unterzeichnet gewesen, genüge nicht. Selbst wenn ein wirksames Testament einmal vorgelegen habe, sei dieses widerrufen worden. Das Vorbringen der Antragstellerin, der Erblasser habe die Veränderungen an dem Schriftstück ohne ihre Zustimmung vorgenommen, sei unglaublich. Sie sei selbst von der Unwirksamkeit des Testaments ausgegangen, denn sie habe nach dem Tod des Erblassers Pflichtteilsansprüche geltend gemacht. Erst später habe sie vorgetragen, das gemeinschaftliche Testament gefunden zu haben, obwohl sie unbeschränkten Zugang zur Wohnung des Erblassers und zu dem Testament gehabt habe. Sie habe das Testament bereits in ihrem Besitz gehabt, als ihr der Zugang im Januar 2017 verwehrt worden sei. Im Übrigen sei das Testament wirksam angefochten worden. Der Suizid des Erblassers belege, dass er mit dem Verhalten der Antragstellerin nicht gerechnet habe. Auch sei die Anfechtungsfrist gewahrt, weil die Anfechtung innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Erblassers erfolgt sei.

Demgegenüber verteidigt die Antragstellerin den angefochtenen Beschluss und trägt ergänzend vor, das Testament lasse erkennen, dass ursprünglich ein Datum vorhanden gewesen und später undeutlich gemacht worden sei. Zwar fehlten die Unterschriften, aus dem Testament sei aber ersichtlich, dass diese ursprünglich vorhanden gewesen seien. Der Zusatz „*ungültig*“ stamme allein vom Erblasser. Das deute darauf hin, dass er es auch ursprünglich unterschrieben gehabt habe. Die Erwähnung eines Testaments in seinem Abschiedsbrief spreche dafür, dass die Veränderungen vom Erblasser stammten, der diese bereut habe. Dies werde bestärkt durch die vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen, aus denen sich die Existenz des Testaments ergebe. Die Antragstellerin habe sich im Übrigen die Anfechtung des Einzeltestaments des Erblassers ausdrücklich vorbehalten. Das Testament habe sie auch nicht sofort finden können, da es ihr erst am 15.01.2017 gelungen sei, den Tresor zu öffnen. Sie sei sogar davon ausgegangen, dass der Erblasser das Testament vernichtet gehabt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Verfahrensstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Durch Beschluss vom 12.02.2020 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Der Senat hat die Beteiligten persönlich gem. § 34 FamFG angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin X A. Wegen des Ergebnisses der Anhörung und der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 26.10.2021 nebst Berichterstattevermerk Bezug genommen.

Die Akten 11 IV 22/17 Amtsgericht – Nachlassgericht – Arnsberg waren beigezogen und Gegenstand der Erörterung.

II.

1. Die Beschwerde der Beteiligten zu 2) und 3) ist gem. §§ 352 e, 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere form- und fristgerecht erhoben worden.

2. Das Rechtsmittel hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, denn die Antragstellerin

kann ihr Erbrecht auf das gemeinschaftliche Testament der Eheleute Y stützen, durch das sie zur Alleinerbin des Erblassers bestimmt worden ist. Davon ist der Senat nach Anhörung der Beteiligten und der Vernehmung der Zeugin A überzeugt.

a) Dem Amtsgericht ist darin zuzustimmen, dass ursprünglich ein vom Erblasser und der Antragstellerin wirksam errichtetes gemeinschaftliches Testament i.S.d. § 2267 BGB vorgelegen haben muss. 24

aa) Dass das am 20.01.2017 vom Nachlassgericht eröffnete handschriftliche Testament nicht den Anforderungen, die an ein wirksames Testament zu stellen sind, genügt, bedarf keiner näheren Erklärung. Nach § 2247 Abs. 1 BGB muss das eigenhändige Testament unterschrieben sein. Beim gemeinschaftlichen eigenhändigen Testament müssen beide Ehegatten unterzeichnen, § 2267 BGB. An diesem Erfordernis fehlt es, da die Urkunde in der Gestalt, in der sie aufgefunden worden ist, keine Unterschriften der testierenden Eheleute trägt. 25

bb) Daraus folgt indessen nicht zwingend, dass das vorliegende Testament ungültig ist. Vielmehr können Form und Inhalt eines Testaments mit allen zulässigen Beweismitteln festgestellt werden. Damit das Testament als wirksam behandelt werden kann, muss sowohl die formgerechte Errichtung als auch grundsätzlich der Gesamthalt zuverlässig nachgewiesen werden. Dies kann z.B. durch Ablichtungen, Durchschriften, Abschriften, Zeugen und Sachverständige geschehen. An den Nachweis sind allerdings wegen der für die Errichtung des Testaments geltenden Formvorschriften und der ausschlaggebenden Bedeutung für die Entscheidung strenge Anforderungen zu stellen (Palandt-Weidlich, BGB, § 2255 Rn. 9). Diese sind nach Auffassung des Senats hier jedoch erfüllt. Der Senat hat keinen Zweifel daran, dass der Erblasser und die Antragstellerin ursprünglich ein wirksames gemeinschaftliches Testament gem. §§ 2247, 2267 BGB errichtet hatten. 26

(1) Das von der Antragstellerin vorgelegte Schriftstück spricht schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild dafür, dass ursprünglich ein wirksames Testament vorhanden gewesen ist, das nachträglich verändert worden ist. Über dem Text war zunächst ein Datum erkennbar, das unkenntlich gemacht worden ist. Zudem ist der gesamte vorhandene Text diagonal durchgestrichen und mit dem Vermerk „ungültig“ versehen worden. An der unteren rechten Ecke, wo die beiden Unterschriften der Eheleute Y gestanden haben müssen, ist das Papier offensichtlich nachträglich abgeschnitten worden, denn noch sichtbar ist ein „Buchstabe01“, der Anfangsbuchstabe des Vornamens „D“ der Antragstellerin. Diese Veränderungen wären nicht erforderlich gewesen, wenn es sich bei dem vorliegenden Schriftstück nur um einen Testamentsentwurf gehandelt hätte. Ein solcher Entwurf hätte nicht nachträglich „ungültig“ gemacht werden müssen. 27

(2) Dass das Schriftstück (nachträglich) allein von der Antragstellerin errichtet worden ist, um den Anschein eines ehemals gültigen gemeinschaftlichen Testaments zu erwecken, kann nach Meinung des Senats ausgeschlossen werden. Denn schon das Schriftbild deutet darauf hin, dass der Text zwar überwiegend von der Antragstellerin niedergeschrieben worden ist, die Erbeinsetzung der Antragstellerin (2. Absatz) jedoch eindeutig ein anderes Schriftbild aufweist. Dies lässt darauf schließen, dass dieser Passus vom Erblasser stammt. Das hat die Antragstellerin auch im Anhörungstermin glaubhaft bestätigt. Auch hat die Antragstellerin nachvollziehbar erklärt, dass sie und der Erblasser vor 30 Jahren damit begonnen hätten, Testamente zu errichten, die sie immer wieder ihren wechselnden Lebenssituationen angepasst hätten. Dabei hätten sie stets das überholte Testament vernichtet. Schließlich ist die Existenz eines gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute Y nicht nur in den beiden von der Antragstellerin vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen bestätigt worden, sondern auch von Zeugin X A, die bekundet hat, von einem gemeinschaftlichen Testament des Erblassers und der Antragstellerin gewusst zu 28

haben.

(3) Es ist auch nicht davon auszugehen, dass das von der Antragstellerin vorgelegte gemeinschaftliche Testament durch ein späteres, inhaltlich abweichendes Testament der Eheleute Y ersetzt worden ist. Ohne konkrete Anhaltspunkte, die die Existenz eines weiteren Testaments begründen, braucht der Senat der bloßen Vermutung der Beteiligten zu 2) und 3), es sei ein neues Testament gemacht worden, nicht nachzugehen. Die Amtsaufklärungspflicht gem. § 26 FamFG verlangt nicht, dass das Gericht lediglich theoretische Möglichkeiten verfolgt (Feskorn in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 26 FamFG Rn. 4 m.w.Nw.), zumal die Antragstellerin, persönlich gem. § 34 FamFG angehört, erklärt hat, dass kein weiteres Testament existiere. Gegen die Annahme der Beteiligten zu 2) und 3) spricht aber vor allem, dass es bis zur Vornahme der Veränderungen keinen Anlass für die Errichtung eines Testaments mit der Anordnung einer von dem vorgelegten Testament abweichenden Erbfolge gab. Denn es entsprach zumindest bis dahin dem gemeinsamen Willen des Erblassers und der Antragstellerin sich wechselseitig als Alleinerben einzusetzen. 29

b) Das gemeinschaftliche Testament des Erblassers und der Antragstellerin ist auch nicht wirksam widerrufen worden. 30

aa) Es steht zunächst außer Frage, dass ein wirksamer einseitiger Widerruf durch den Erblasser nicht in Frage kommt. Bei der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute handelt es sich um wechselbezügliche Verfügungen i.S.d. § 2270 Abs. 1 BGB. Das folgt im Zweifel aus § 2270 Abs. 2 BGB. Nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB erfolgt der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung nach den Vorschriften des § 2296 BGB, d.h. durch Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten, die der notariellen Beurkundung bedarf. Durch bloße Veränderungen, § 2255 BGB, oder durch ein Widerrufstestament, § 2258 BGB, konnte der Erblasser allein die gemeinschaftliche letztwillige Verfügung nicht widerrufen. 31

bb) Der Senat ist nicht davon überzeugt, dass das Testament von beiden Ehegatten in Widerrufsabsicht ungültig gemacht worden ist. Dies geht zu Lasten der Beteiligten zu 2) und 3), denn die Feststellungslast trifft im Erbscheinsverfahren denjenigen, der sich auf die Ungültigkeit des Testaments zur Begründung seines Erbrechts beruft (Palandt-Weidlich, BGB, § 2255 Rn. 11; OLG München, Beschluss vom 31. Oktober 2019 – 31 Wx 398/17 –, juris). Das notarielle Testament vom 19.12.2016, in dem der Erblasser sie neben der Beteiligten zu 4) zu Miterben zu je  $\frac{1}{4}$  eingesetzt hat, hätte nur im Falle eines wirksamen Widerrufs des gemeinschaftlichen Testaments Gültigkeit. Mithin müsste das Gericht positiv davon überzeugt sein, dass das Testament in Widerrufsabsicht durch die Ehegatten unwirksam gemacht worden ist. Für diesen Beweis genügt zwar grundsätzlich, da eine absolute Gewissheit nicht zu erreichen und jede Möglichkeit des Gegenteils nicht auszuschließen ist, ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit (BGH, Urteil vom 14. Januar 1993 – IX ZR 238/91 –, NJW 1993, 935), der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH, Urteil vom 16. April 2013 – VI ZR 44/12 – NJW 2014, 71; Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, 34. Aufl. 2022, § 286 ZPO Rn. 19), denn diese für § 286 ZPO entwickelten Grundsätze gelten grundsätzlich auch im Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz (BGH, Urteil vom 12. Januar 1994 – XII ZR 155/92 – NJW 1994, 1348). Eine positive Überzeugung davon, dass das Testament in Widerrufsabsicht von beiden Ehegatten durch die beschriebenen Veränderungen ungültig gemacht worden ist, vermag sich der Senat jedoch nicht zu bilden. 32

Wenn sich die Antragstellerin und der Erblasser dazu hätten entschließen wollen, das gemeinschaftliche Testament zu widerrufen, hätte es nahe gelegen, das Testament einfach zu vernichten, anstatt Veränderungen an der Urkunde vorzunehmen und das unwirksam 33

gemachte Testament weiter aufzubewahren. Die Antragstellerin hat dies – wie oben dargelegt – auch bestätigt und erklärt, dass frühere Testamente stets „zerknüllt und im Ofen verbrannt“ worden seien, wenn sie und der Erblasser ein neues Testament verfasst hätten.

Auch der Umstand, dass die Antragstellerin aus der gemeinsamen Ehewohnung ausgezogen war und sich von dem Erblasser getrennt hatte, spricht nicht zwingend für einen gemeinsamen Widerruf des Testaments. Es ist zwar denkbar, dass die Eheleute angesichts der Trennungssituation nicht länger an der wechselseitigen Erbeinsetzung festhalten wollten und jeder von ihnen selbständig testieren wollte. Auch könnte die von der Antragstellerin geschilderte zunehmende Gewalttätigkeit des Erblassers ihr gegenüber für sie Motiv dafür gewesen sein, die wechselseitige Erbeinsetzung gemeinsam zu widerrufen und anderweitig zu testieren. Daraus kann indessen nicht der sichere Schluss auf einen gemeinsamen Widerruf des Testaments durch beide Ehegatten gezogen werden. Denn die Eheleute Y lebten noch nicht sehr lange getrennt. Die Antragstellerin war erst im Dezember in eine kleinere Wohnung gezogen. Sie hatte auch noch nicht alle Kontakte zum Erblasser abgebrochen und, wie sie im Senatstermin erklärte, bis kurz vor Weihnachten 2016 noch Näharbeiten für ihn verrichtet. Dass die Antragstellerin und der Erblasser in dieser noch ungeklärten Situation das gemeinsame Testament widerrufen haben, erscheint jedenfalls nicht naheliegend.

34

Es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Antragstellerin kein wirkliches Interesse daran gehabt hat, das gemeinsame Testament zu widerrufen, denn damit wäre auch ihre Erbeinsetzung durch den Erblasser entfallen. Zum Nachlass des Erblassers gehörte aber ihr Elternhaus, so dass die Antragstellerin im Falle eines Widerrufs damit rechnen musste, dass der Erblasser über seinen Nachlass zugunsten anderer Personen verfügen würde mit der Folge, dass ihr Elternhaus in fremde Hände geraten würde.

35

Der Umstand, dass der Erblasser mit dem notariellen Testament vom 19.12.2016 anderweitig testiert und in der Vorbemerkung zu diesem Testament ausdrücklich erklärt hat, er sei in der freien Verfügung über sein Vermögen in keiner Weise beschränkt, weder durch einen Erbvertrag noch durch ein gemeinschaftliches Testament, lässt ebenfalls nicht den sicheren Schluss darauf zu, dass das gemeinschaftliche Testament zuvor wirksam widerrufen worden war. Dass dem Erblasser bewusst gewesen ist, dass ein wirksamer Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments einseitig durch ihn allein nicht möglich gewesen ist, kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden. Der Erblasser mag zwar – worauf die Beteiligten zu 2) und 3) abgestellt haben – gewusst haben, was ein gemeinschaftliches Testament ist und wie dieses errichtet wird und diese Kenntnisse auch gerne an Dritte weitergegeben haben. Dass er aber auch die rechtlichen Voraussetzungen für einen wirksamen Widerruf kannte, kann daraus nicht unbedingt geschlossen werden. Wenn er gewusst hätte, dass seine Widerrufserklärung der notariellen Beurkundung bedurfte, §§ 2296 Abs. 2, 2271 Abs. 1 S. 1 BGB, hätte es vielmehr nahe gelegen, vor Errichtung des notariellen Testaments den Notar mit der Beurkundung der Widerrufserklärung zu beauftragen.

36

Auch aus dem Inhalt des Abschiedsbriefes des Erblassers kann nicht geschlossen werden, dass er und die Antragstellerin das gemeinschaftliche Testament wirksam widerrufen hatten. Seine Formulierung, er wisse nicht, ob „*das mit dem Testament eine gute Idee war,*“ lässt offen, auf welches Testament sich seine Zweifel beziehen. Es kann zwar sein, dass er damit zum Ausdruck bringen wollte, den gemeinsamen Widerruf des Testaments zu bedauern. Genauso ist aber auch denkbar, dass er die Errichtung des notariellen Testaments, das er für wirksam gehalten hat, bereute, weil er darin seine Ehefrau enterbt hatte.

37

Der Senat verkennt schließlich nicht, dass die Antragstellerin wenige Tage nach Eröffnung

38



des notariellen Einzeltestaments des Erblassers vom 19.12.2016 mit anwaltlichem Schreiben vom 09.01.2017 Pflichtteilsansprüche gegenüber den in diesem Testament aufgeführten Erben, den Beteiligten zu 2) – 4), geltend gemacht hat. In diesem Schriftsatz werden zwar Zweifel an der Wirksamkeit des notariellen Testaments erwähnt, diese jedoch nicht mit der Existenz des handschriftlichen Ehegattentestaments begründet, sondern mit dem Inhalt des Abschiedsbriefs. Daraus kann indessen nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass die Antragstellerin davon ausging, den Erblasser deshalb nicht beerbt zu haben, weil das gemeinschaftliche Testament einverständlich widerrufen worden war, so dass der Erblasser wirksam neu hatte testieren können. Die Antragstellerin hat für den Senat glaubhaft angegeben, dass sie ihren Pflichtteil verlangt habe, weil sie das gemeinschaftliche Testament nicht in ihrem Besitz gehabt habe. Wenn die Antragstellerin – was nicht auszuschließen ist – deshalb davon ausgegangen ist, sie werde ihr alleiniges Erbrecht nicht nachweisen können, erscheint es nachvollziehbar, dass sie sich zunächst darauf beschränkt hat, den Pflichtteil geltend zu machen.

c) Die Antragsgegner haben das gemeinschaftliche Testament, auf das die Antragstellerin ihre Alleinerbschaft stützt, nicht wirksam angefochten. Dass ein nach § 2078 Abs. 2 BGB die Anfechtung rechtfertigender Motivirrtum des Erblassers vorgelegen hat, lässt sich nicht feststellen. Das geht zu Lasten der Beteiligten zu 2) und 3), denn die objektive Beweislast (sog. Feststellungslast) für den Anfechtungsgrund trifft im Erbscheinsverfahren denjenigen, der aus den Wirkungen der Anfechtung Rechtsfolgen für sich herleiten will, also den Anfechtenden (L. Lehrmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2078 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 161; Palandt-Weidlich, BGB, § 2078 Rn. 11).

Gemäß § 2078 Abs. 2 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch eine irrige Annahme eines Umstandes bestimmt worden ist (Motivirrtum). Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Testamentserrichtung. An den Nachweis eines Motivirrtums müssen aber sehr strenge Anforderungen gestellt werden (Palandt, a.a.O.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. Februar 1997 – 20 W 96/95 –, juris). Auf das Vorbringen der Antragsgegner, der Erblasser sei bei Testamentserrichtung davon ausgegangen, die Antragstellerin werde nicht die Ursache für eine Zerrüttung der Ehe setzen, indem sie bei intakter Ehe aus der Ehewohnung auszieht, lässt sich die Anfechtung der Erbinsetzung der Antragstellerin durch den Erblasser jedenfalls nicht stützen. Deshalb muss auch nicht näher aufgeklärt werden, ob diese Behauptung der Beteiligten zu 2) und 3) zutrifft.

Der Senat ist nicht davon überzeugt, dass das Verhalten der Antragstellerin in Bezug auf die eheliche Gemeinschaft für den Erblasser das bestimmende Motiv bei deren Einsetzung als Alleinerbin gewesen ist. Richtig ist zwar, dass zum Motivirrtum auch die fehlgeschlagene Erwartung zukünftiger Entwicklungen, etwa die Erwartung des Ausbleibens tiefgreifender Unstimmigkeiten mit dem Bedachten zählt, wobei auch unbewusste Vorstellungen und solche, die auf als selbstverständlich angenommen Voraussetzungen beruhen, ausreichen können (OLG München, Urteil vom 20.06.1989 - 25 U 3632/88, NJW-RR 1989, 1410). Deshalb können im Einzelfall auch irrige Vorstellungen des Erblassers in Bezug auf die eheliche Treue der Ehefrau einen zur Anfechtung berechtigenden Motivirrtum begründen. Jedoch sind solche (auch „unbewussten“) Erwartungen und vor allem ihre Ursächlichkeit für die Verfügung eines Erblassers nicht allgemein und in jedem Falle oder auch nur im Normalfall anzunehmen. Es müssen vielmehr besondere Umstände des Einzelfalles eine solche Annahme rechtfertigen (L. Lehrmann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2078 BGB (Stand: 03.04.2020). Rn. 108). Es muss sich um einen Irrtum über besonders schwerwiegende Umstände handeln, die den Erblasser mit Sicherheit dazu gebracht hätten, anders zu testieren (MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, BGB § 2078 Rn. 45). Der Irrtum muss ursächlich, d.h. bestimmend oder zumindest derart mitbestimmend gewesen

sein, dass der Erblasser sie ohne die irrige Vorstellung nicht getroffen hätte (OLG München, Beschluss vom 27. Juli 2007 – 31 Wx 51/07 –, juris). Lassen sich die Motive des Erblassers bzw. ihr Gewicht im Einzelnen nicht mehr aufklären, so ist die Anfechtbarkeit zu verneinen (MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, BGB § 2078 Rn. 48).

Nach Auffassung des Senats bestehen erhebliche Zweifel daran, dass für den Erblasser bestimmendes Motiv für die Einsetzung der Antragstellerin als Alleinerbin deren eheliche Treue gewesen ist. Dagegen spricht bereits der Umstand, dass der Erblasser selbst während der Ehezeit immer wieder außereheliche Affären mit anderen Frauen gehabt hat. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass die Antragstellerin im Anhörungstermin erklärt hat, dass sie diesen Umstand selbst als „nicht so dramatisch“ empfunden habe. Gleichwohl ist es nicht nachvollziehbar, dass die Eheleute sich zwar wechselbezüglich als Alleinerben bestimmt haben, allein der Erblasser aber seine letztwillige Verfügung davon abhängig gemacht haben soll, dass seine Ehefrau ihm treu sein würde, wenn er selbst nicht zu ehelicher Treue bereit gewesen ist. Angesichts dessen, dass das gesamte Immobilienvermögen des Erblassers ursprünglich aus der Familie der Antragstellerin stammte, ist auch nicht auszuschließen, dass weniger die eheliche Treue der Antragstellerin für deren Erbeinsetzung durch den Erblasser maßgeblich gewesen ist, als vielmehr die Absicht, im Erbfall das Vermögen wieder der Antragstellerin zukommen zu lassen. Schließlich lässt auch der Inhalt des Abschiedsbriefes die Vermutung zu, dass es dem Erblasser bei der Erbeinsetzung der Antragstellerin nicht entscheidend darum gegangen ist, dass diese nicht die Zerrüttung der Ehe herbeiführt. Denn mit dem Satz „*Ich weiß auch nicht mehr, ob das mit dem Testament eine gute Idee war*“ hat der Erblasser eindeutig Zweifel an der Richtigkeit der von ihm getroffenen Entscheidung, die Antragstellerin zu enterben, zum Ausdruck gebracht.

42

Ob auch die Anfechtungsfrist gem. § 2082 BGB gewahrt ist, bedurfte demnach keiner Entscheidung.

43

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 84, 80 FamFG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gem. § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts.

44