

Soweit die Klägerin meint, dass bereits der Umstand, dass das Objekt als Familienheim angeschafft, renoviert und mit Blick auf die künftige Ehe auch langfristig gemeinsam bewohnt werden sollte, nach der Lebenserfahrung eine Vermutung für die Schaffung eines gemeinschaftlichen Vermögenswertes begründe, kann dies nicht nachvollzogen werden. Voraussetzung für die Annahme eines Anscheinsbeweises ist ein typischer Geschehensablauf, d.h. ein Sachverhalt, bei dem nach der Lebenserfahrung auf das Hervorrufen einer bestimmten Folge geschlossen werden kann (Zöller-Greger, ZPO, 22. Aufl., vor § 284 Rdnr. 29). Ein solcher typischer Geschehensablauf ist nicht gegeben, denn nach der Lebenserfahrung lässt sich kein durch Regelmäßigkeit, Üblichkeit und Häufigkeit geprägtes Muster dahingehend aufstellen, dass vor der Ehe mit unterschiedlichen Beiträgen angeschaffte Vermögensgegenstände nach der Eheschließung wirtschaftlich beiden Partnern auch gemeinsam gehören sollen. Offensichtlich hat die Klägerin auch selbst nicht auf ein solches „Muster“ vertraut, denn sie hat sich ja noch vor der Ehe ausdrücklich – wenn auch erfolglos – um eine wirtschaftliche Beteiligung in Form von Miteigentum an dem Hausgrundstück bemüht.

Im Ergebnis wäre hier zwar eine wirtschaftliche Beteiligung der Klägerin an den Früchten ihrer Arbeit wünschenswert, aufgrund der bestehenden Rechtslage, die nur ausnahmsweise in besonders krassen Fällen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft einen gesellschaftsrechtlichen Ausgleichsanspruch zubilligt, war jedoch wie erkannt zu entscheiden.

(...)

8. BGB § 2065 Abs. 2, § 2084 (*Erbeinsetzung des Heimträgers in einem Ehegattentestament*)

Zur Auslegung der letztwilligen Verfügung in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament, in der der überlebende Ehegatte den Träger des von ihm künftig auszuwählenden Heims als Schlusserben einsetzt, wenn der Erblasser auf Veranlassung des für ihn bestellten Betreuers in einer von jenem ausgewählten Einrichtung untergebracht worden ist.

OLG Hamm, Beschluss vom 27.12.2001 – 15 W 145/01 –, mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG

Zum Sachverhalt:

Der Erblasser war mit der 1997 vorverstorbenen Frau B verheiratet. Die Ehe ist kinderlos geblieben. Die Eheleute B errichteten am 5.11.1989 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten und anschließend folgende weitere Verfügung trafen:

„Erklärung beider Eheleute für den jeweils Überlebenden.

1. Das unter schwersten Bedingungen gemeinsam erarbeitete Vermögen (Hausgrundstück und Sparrücklage) ist ausschließlich für den Zweck eines gesicherten Lebensabends geschaffen worden.
2. Die Entscheidung, in ein betreutes Haus oder ähnliche Einrichtungen zu gehen, soll so rechtzeitig von dem überlebenden Partner getroffen werden, dass er sich noch viele Jahre eines sorgenfreien Lebens erfreuen kann.
3. Die in Punkt 1 genannten Mittel sind nach dem derzeitigen Stand ausreichend, sodass bei der Wahl eines Hauses eigener Wohnraum und gute Betreuung Voraussetzung sein sollen.

4. Im Todesfall sollen diesem Heim die noch verbleibenden Mittel zufallen.

Die vorstehenden Punkte sollen nur als Entscheidungshilfe dienen. Je nach Lage und Entwicklung ist jedoch von dem überlebenden Partner frei zu entscheiden.“

Nach dem Tode der Ehefrau wurde der Erblasser im Oktober 1997 wegen eines Oberschenkelhalsbruchs im Klinikum in D behandelt. Der Sozialdienst des Krankenhauses regte beim Amtsgericht D die Einrichtung einer Betreuung an. In einem Kurzgutachten vom 29.10.1997 berichtete der Stationsarzt Dr. R der Erblasser leide an einer Störung des Kurzzeitgedächtnisses mit Realitätsverlust. Er habe seine Fähigkeiten überschätzt und seine Gebrechlichkeit nicht wahrgenommen. Mit Beschluss vom 30.10.1997 richtete das Amtsgericht D für den Erblasser eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen Gesundheitsfürsorge, Aufenthaltsbestimmung, Wohnungsangelegenheiten, alle Vermögensangelegenheiten und Befugnis zum Empfang von Post ein. Zum Betreuer wurde der Berufsbetreuer W bestellt. Dieser veranlasste am 6.11.1997 die Verlegung des Erblassers in das Kreisaltenheim in B. Dort verblieb er bis zu seinem Tode im Januar 2000.

Am 13.4.2000 hat der Beteiligte zu 1) als Rechtsträger des in der Rechtsform eines kommunalen Eigenbetriebs geführten Kreisaltenheims in B einen Erbschein beantragt, der ihn aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 15.11.1989 als Alleinerben des Erblassers ausweisen soll.

Der Beteiligte zu 3) ist als Nachlasspfleger u.a. mit dem Wirkungskreis der Ermittlung der gesetzlichen Erben des Erblassers bestellt. Seine Bemühungen um die Ermittlung nach gesetzlicher Erbfolge berufener Verwandter des Erblassers sind – bisher – erfolglos geblieben, weil seinen Angaben zufolge der Erblasser keinerlei verwandtschaftliche Kontakte unterhalten hatte. In seiner Eigenschaft als Nachlasspfleger ist der Beteiligte zu 3) dem Erbscheinsantrag entgegengetreten.

Das Amtsgericht hat den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1) mit Schriftsatz vom 29.1.2001 Beschwerde erhoben. Das Landgericht hat das zu 2) beteiligte Land Nordrhein-Westfalen als möglichen Fiskususerben zum Verfahren hinzugezogen, das dem Erbscheinsantrag ebenfalls entgegengetreten ist. Durch Beschluss vom 2.4.2001 hat das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach § 27 FGG statthaft sowie gemäß § 29 Abs. 1 FGG formgerecht eingelegt. Die Beschwerdebefugnis des Beteiligten zu 1) folgt daraus, dass das Landgericht seine Erstbeschwerde zurückgewiesen hat.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet, weil die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 Abs. 1 S. 1 FGG).

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist das Landgericht zutreffend von einer nach § 19 Abs. 1 FGG zulässigen ersten Beschwerde des Beteiligten zu 1) ausgegangen. Da sein Erbscheinsantrag eine testamentarische Erbfolge betrifft, musste das Verfahren so gestaltet werden, dass den als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Personen das rechtliche Gehör gewährt wurde (BayObLGZ 1960, 432). Zwar hat das Landgericht den Beteiligten zu 3) ordnungsgemäß zum Verfahren hinzugezogen. Nicht hinreichend geklärt ist indessen, ob dadurch die ordnungsgemäße Vertretung derjenigen ggf. noch zu ermittelnden Personen gewährleistet ist, die als gesetzliche Erben des Erblassers in Betracht kommen. Ob der Beteiligte zu 3) als gesetzlicher Vertreter die Rechte dieser nach derzeitigem Sachstand noch unbekannten Beteiligten wahrnehmen kann (§§ 1915 Abs. 1, 1793 Abs. 1 BGB), hängt von der Bestimmung des Wirkungskreises der von ihm geführten Pflegschaft ab, die bislang nicht näher aufgeklärt worden ist. Ist der Beteiligte gem. § 1960 BGB als Nachlasspfleger mit

einer Bestimmung des Wirkungskreises in der vielfach gebräuchlichen Formulierung „Sicherung und Verwaltung des Nachlasses, Ermittlung der Erben“ bestellt, so erstreckt sich seine gesetzliche Vertretungsmacht nicht auf ein gerichtliches Verfahren, in dem zu klären ist, wer von mehreren Erbräutenden der wirkliche Erbe ist. Die erforderliche Vertretung unbekannter Erben in einem solchen Verfahren kann vielmehr nur durch die Bestellung eines Pflegers für die unbekannten Beteiligten gem. § 1913 BGB sichergestellt werden (BGH NJW 1983, 226; *Palandt/Edenhofer*, BGB, 60. Aufl. § 1960, Rdnr. 22). Näherer Aufklärung bedarf es dazu jedoch nicht. Denn die Entscheidung des Landgerichts kann auf einem insoweit ggf. anzunehmenden Verfahrensmangel nicht beruhen, weil seine Sachentscheidung, die ein testamentarisches Erbrecht des Beteiligten zu 1) verneint, rechtlicher Nachprüfung standhält; die Rechte der als gesetzlichen Erben in Betracht kommenden Personen werden deshalb durch die Entscheidung nicht berührt.

Das Landgericht hat das gemeinschaftliche Ehegattentestament vom 5.11.1989 im Rahmen der erläuternden Auslegung dahin interpretiert, die Schlusserbeinsetzung des Heimes, in dem der überlebende Ehegatte versorgt werden sollte, sei davon abhängig, dass dieser in freier Selbstbestimmung die Wahl der Einrichtung treffen werde, in der er sich betreuen lassen wolle. Diese Auslegung, die das Landgericht aus dem Zusammenhang der Ziffern 2 und 4 der testamentarischen Verfügung gewonnen hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht angegriffen.

Mit diesem Inhalt ist die testamentarische Erbeinsetzung auch rechtlich wirksam. Sie verknüpft die Erbeinsetzung mit einer Bedingung, die von einer eigenen weiteren Willensentscheidung des überlebenden Ehegatten abhängt (Potestativbedingung), nämlich sich aufgrund einer freien Entscheidung über die Auswahl der Einrichtung in einem Heim versorgen lassen zu wollen. Bedingte Verfügungen sind grundsätzlich zulässig (vgl. *Staudinger/Otte*, BGB, 13. Bearb., § 2065, Rdnr. 13). Keine grundsätzlichen Bedenken bestehen gegen die Wirksamkeit von Bedingungen, die an einen eigenen Willensakt des Erblassers anknüpfen. Der Erblasser kann die Auswahl des Erben zwar nicht von einer eigenen späteren Willensäußerung abhängig machen, die nur der Bestimmung der bedachten Person dient. Eine solche Erklärung müsste dann in der Testamentsform erfolgen. Hingegen kann von Willensakten, die eine anderweitige, eigenständige Bedeutung haben, eine Erbeinsetzung abhängig gemacht werden, wobei als Beispiele genannt werden eine Eheschließung, Adoption oder die Übernahme einer Patenschaft (vgl. *MK/BGB-Leipold*, 3. Aufl., § 2065 Rdnr. 15). So verhält es sich auch mit der Entscheidung des überlebenden Ehegatten, sich in einem Heim seiner Wahl versorgen zu lassen.

Von dieser Testamentsauslegung ausgehend hat das Landgericht in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, die Bedingung der Schlusserbeinsetzung sei nicht eingetreten, weil der Erblasser die Wahl der Pflegeeinrichtung nicht in freier Selbstbestimmung getroffen habe.

Die Kammer hat zunächst durch Auswertung der beigezogenen Betreuungsakten festgestellt, die am 6.11.1997 erfolgte Aufnahme des Erblassers in das Altenheim des Beteiligten zu 1) beruhe allein auf der Entscheidung des Zeugen W, der zuvor durch Beschluss des Amtsgerichts vom 30.10.1997 als Betreuer des Erblassers u.a. mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung bestellt worden war. Gegen diese Feststellung wendet sich auch die weitere Beschwerde nicht.

Das Landgericht hat weiter die Möglichkeit berücksichtigt, die Bedingung der Schlusserbeinsetzung könne auch dadurch eingetreten sein, dass der Erblasser nachträglich eine eigene Auswahlentscheidung getroffen habe, indem er die Auswahl des Betreuers als seine eigene Entscheidung gebilligt habe. Das Landgericht hat eine solche nachträgliche Auswahlentscheidung des Erblassers nicht feststellen können und dazu ausgeführt: Eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers hierzu liege nicht vor. Der Betreuer habe mit ihm diese Frage nicht besprochen. Der Erblasser habe sich bei ihm ab und zu darüber beschwert, dass die Leute in dem Heim unfreundlich seien, und zum Ausdruck gebracht, er, der Erblasser, wolle in sein Haus zurückkehren.

Die weitere Beschwerde greift diese tatsächliche Würdigung ohne Erfolg an. Diese unterliegt im Verfahren der weiteren Beschwerde nur einer eingeschränkten Nachprüfung dahin, ob das Landgericht den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht (§ 12 FGG, § 2358 Abs. 1 BGB), bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln oder die Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. *Keidel/Kahl*, FG, 14. Aufl., § 27 Rdnr. 42 m.w.N.). Einen solchen Rechtsfehler lässt die Entscheidung des Landgerichts nicht erkennen.

Die weitere Beschwerde will aus dem mehrjährigen Verbleib des Erblassers in der Einrichtung des Beteiligten zu 1) sowie maßgebend aus einem Teil der Aussage des Zeugen W den Schluss ziehen, der Erblasser habe seinen Aufenthalt in dem Altenheim nachträglich gebilligt. Es handelt sich um die Bekundung dieses Zeugen, in einem von ihm mit dem Erblasser geführten Gespräch habe er diesen davon überzeugt, dass er in dem Altenheim „ganz gut aufgehoben“ sei. Die Aussage des Zeugen lässt diesen Schluss jedoch nicht zu, wenn man sie in der gebotenen Weise in ihrem Gesamtzusammenhang würdigt. Der Zeuge hat nämlich über die geistige Verfassung des Erblassers bekundet, lediglich sein Langzeitgedächtnis sei noch so weit erhalten gewesen, dass er über die Ereignisse in seiner Kindheit bis zum Krieg habe berichten können, während dies bereits für die nachfolgende Zeit nicht mehr möglich gewesen sei. Diese Einschätzung entspricht derjenigen der Mitarbeiterin R des Beteiligten zu 1), die als Zeugin bekundet hat, ein Gespräch über ein komplexes Thema sei mit dem Erblasser nicht mehr möglich gewesen. Damit im Zusammenhang stehend hat der Zeuge W weiter ausgesagt, er habe mit dem Erblasser die Auswahl des Heimes weder bei der Aufnahme noch später besprochen. Der Erblasser habe erklärt, wieder in sein Haus zurückkehren zu wollen, er habe auch nicht verstanden, dass sein Hausgrundstück verkauft worden sei. Auf diesen Zusammenhang bezieht sich die weitere Bekundung des Zeugen, er habe den Erblasser davon überzeugt, dass er in dem Heim ganz gut aufgehoben sei. Daraus folgt, dass der Betreuer lediglich versucht hat, bei dem Erblasser, der eigentlich wieder in sein Haus zurückkehren wollte, ein gewisses Maß von Zufriedenheit in seiner konkreten Situation in der Heimpflege zu erwecken, obwohl diese Situation für den Erblasser fremdbestimmt herbeigeführt worden war, nämlich aufgrund des dem Zeugen mit der Betreuerbestellung übertragenen Aufgabenkreises der Aufenthaltsbestimmung. Die Schlussfolgerung des Landgerichts, darin komme keine nachträgliche Billigung der Auswahl des Heims durch den Erblasser zum Ausdruck, ist deshalb nicht nur rechtlich möglich, sondern nahe liegend. Die Kammer hätte im Übrigen ergänzend auf die Übereinstimmung der Aussage des Zeugen W mit der Niederschrift hinweisen können, die die Rechtspflegerin des Vormundschaftsgerichts aus Anlass der Anhörung des Erblassers zur Entscheidung über

die Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung betreffend den Verkauf seines Hausgrundstücks am 15.5.1998 gefertigt hat. Darin heißt es:

„Der Betroffene war zum Ort orientiert, nicht jedoch zur Zeit. Er wurde mit dem Gegenstand der Anhörung bekannt gemacht. Dass er unter Betreuung steht, war ihm nicht bewusst. An seinen Betreuer, Herrn W konnte er sich überhaupt nicht erinnern. Es hatte den Anschein, dass er den Zweck der Anhörung nicht verstand. Auf die Frage, ob er mit dem Verkauf seines Hauses einverstanden sei, antwortete er mit einem aggressiven Unterton in der Stimme mit „nein“. Er sei ins Altersheim zwangsversetzt worden. Er wolle wieder heim. Die Unterzeichnerin gewann jedoch den Eindruck, dass Herr B auf fremde Hilfe angewiesen ist und somit nicht mehr alleine in sein Haus zurückkehren kann.“

Aufgrund dieses Ergebnisses der tatsächlichen Ermittlungen ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht eine nachträgliche Billigung der Auswahlentscheidung des Betreuers durch den Erblasser im Sinne einer in freier Selbstbestimmung getroffenen Entscheidung nicht hat feststellen können.

Das Landgericht hat ferner geprüft, ob eine Schlusserbeinsetzung des Beteiligten zu 1) im Wege einer ergänzenden Testamentsauslegung angenommen werden kann. Dabei ist die Kammer im Ausgangspunkt bedenkenfrei davon ausgegangen, dass die Eheleute bei der Abfassung des Testamentes den Fall nicht bedacht haben, dass der überlebende Ehegatte entgegen der damaligen Vorstellung zwar in ein Altenheim kommt, die Entscheidung dazu aber nicht von ihm selbst, sondern unabhängig von ihm durch einen gerichtlich bestellten Betreuer getroffen wird. Methodisch einwandfrei hat das Landgericht daran anknüpfend die im Wege der ergänzenden Auslegung zu prüfende Frage dahin gestellt, was nach der erkennbaren Willensrichtung der testierenden Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung als von ihnen gewollt anzusehen sein würde, sofern sie vorausschauend die spätere Entwicklung bedacht hätten.

Der Senat vermag sich in diesem Zusammenhang allerdings nicht der Auffassung des Landgerichts anzuschließen, eine entsprechende Auslegung verbiete sich bereits deshalb, weil ihr Ergebnis zu einer gem. § 2065 Abs. 2 BGB unwirksamen letztwilligen Verfügung führen würde. Diese gesetzliche Vorschrift geht von dem Grundsatz aus, dass der Erblasser eine letztwillige Verfügung nur persönlich errichten und dass er sich weder im Willen noch bei der Abgabe seiner Willenserklärung von einem anderen vertreten lassen kann. § 2065 BGB nötigt ihn, sich selbst über den Inhalt aller wesentlichen Teile seines letzten Willens schlüssig zu werden. Dabei ist anerkannt, dass der Erblasser seinen letzten Willen nicht in der Weise zu äußern braucht, dass der Bedachte von vornherein individuell bestimmt ist (BGHZ 15, 201). Der Anwendungsbereich des § 2065 Abs. 2 BGB ist jedoch abzugrenzen gegenüber zulässigen Bedingungen für die Erbeinsetzung. Der Erblasser ist nach anerkannter Auffassung im Rahmen der Testierfreiheit nicht gehindert, die Wirksamkeit einer Erbeinsetzung von dem Eintritt einer Bedingung abhängig zu machen (vgl. §§ 2074, 2076 BGB). Zulässig sind dabei auch Bedingungen, die an ein bestimmtes Verhalten des Bedachten oder eines Dritten anknüpfen, sofern dieses Verhalten nicht gerade in der Bestimmung des Bedachten liegt (BayObLGZ 1965, 457, 462 f., *Staudinger/Otte*, a.a.O., § 2065, Rdnr. 13). Dementsprechend ist beispielhaft anerkannt, dass ein Erblasser künftige Adoptivkinder seines Ehegatten als Erben einsetzen kann, auch wenn die Auswahl dieser Kinder dem über-

lebenden Ehegatten überlassen ist (BayObLG a.a.O.; OLG Köln, OLGZ 1984, 300). Es wird ebenfalls für zulässig erachtet, zum (Nach-)Erben den künftigen Ehegatten des noch ledigen Kindes zu bestimmen (vgl. BayObLG a.a.O. S. 463). Ein in der Praxis verbreiteter Anwendungsfall dieser Art der letztwilligen Verfügung ist die Einsetzung von Nacherben unter der auflösenden Bedingung, dass der Vorerbe (meist der überlebende Ehegatte) nicht anderweitig über seinen eigenen Nachlass verfügt (BGHZ 2, 35 = NJW 1951, 9591; 59, 220, 222 = NJW 1972, 1987; LM Nr. 6 zu § 2065 BGB; BayObLGZ 1965, 457, 463; 1982, 331, 341; *Senat* FGPrax 2000, 29 = NJW-RR 2000, 78). In der vorliegenden Konstellation wäre der Bedingungseintritt für die Schlusserbeinsetzung daran geknüpft, dass ein gerichtlich bestellter Betreuer aufgrund des ihm übertragenen Aufgabenkreises ein anderweitiges Geschäft, nämlich die Heimunterbringung des überlebenden Ehegatten, vornimmt und in diesem Zusammenhang eine Auswahl der Einrichtung vornimmt. Die Entscheidung des Betreuers beschränkt sich in einem solchen Fall nicht etwa auf die Auswahl des Erben. Vielmehr trifft er die Entscheidung im Rahmen der ihm übertragenen Verantwortung als Betreuer im Interesse des überlebenden Ehegatten, wobei nicht einmal erforderlich ist, dass ihm zu diesem Zeitpunkt die letztwillige Verfügung der Ehegatten überhaupt bekannt ist. Der Gesichtspunkt, dass der Betreuer durch seine Auswahl gleichzeitig den Bedingungseintritt herbeiführt und damit mittelbar auf die Erbenbestimmung Einfluss nimmt, führt nicht zur Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nach § 2065 Abs. 2 BGB.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Ehegatten, hätten sie die spätere Entwicklung vorausgesehen, in solcher Weise hätten testieren und die Auswahl des begünstigten Heimträgers mittelbar der Entscheidung eines gerichtlich bestellten Betreuers für den überlebenden Ehegatten überlassen wollen. Dafür sprechen jedoch keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte. In diesem Zusammenhang misst der Senat der vom Landgericht erörterten Frage geringere Bedeutung zu, ob bezogen auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten das Altenheim des Beteiligten zu 1) seiner Ausstattung nach über einen Komfort verfügt, der den Vorstellungen des Erblassers und seiner Ehefrau entsprochen haben mag. Für die ergänzende Auslegung muss maßgebend sein, ob die Motivation der Ehegatten, die sie zu der bedingten Erbeinsetzung des Heimträgers veranlasst haben, auch für die später tatsächlich eingetretene Entwicklung zutrifft.

Aus dem Zusammenhang der letztwilligen Verfügung lässt sich lediglich feststellen, dass die Ehegatten bewusst ihr vorhandenes Vermögen einsetzen wollten, um eine gute Versorgung und Pflege des überlebenden Ehegatten sicherzustellen. Welche Überlegungen sie bewogen haben, über den lebenslangen Verbrauch ihres Vermögens hinaus den Träger des Heims, in das sich der überlebende Ehegatte begeben sollte, auch als Erben einzusetzen, bleibt hingegen unklar. Ob die Erbeinsetzung des Heimträgers aus – vorweggenommener – Dankbarkeit für gute Pflegeleistungen erfolgt ist oder sich die Ehegatten weitergehend auf diese Weise das Wohlwollen des Pflegepersonals sichern wollten, ist nicht mehr feststellbar. Der inhaltliche Zusammenhang der Ziffern 2 und 4 der letztwilligen Verfügung belegt aber, dass für die Erbeinsetzung des Heimträgers maßgebend das Vertrauen ist, das der überlebende Ehegatte einer von ihm in freier Selbstbestimmung ausgewählten Einrichtung entgegenbringen sollte. Ein persönliches Vertrauen zwischen dem Erblasser und der Einrichtung ist hier jedoch nicht begründet worden, weil die Unterbringung des Erblassers im Heim ausschließlich durch den für ihn gerichtlich bestellten Betreuer veranlasst worden ist. Der Erb-

lasser selbst wollte nicht in einem Heim untergebracht werden, mag die an seiner Stelle durch den Betreuer getroffene Entscheidung auch objektiv seinem Wohl entsprochen haben. Wenn das Testament in seinem Schlusssatz die Befugnis des überlebenden Ehegatten zur freien Entscheidung auch zu einer anderweitigen letztwilligen Verfügung hervorhebt, spricht nichts dafür, dass die Ehegatten bei vorausschauender Betrachtung den Heimträger auch für den Fall hätten bedenken wollen, dass eine Heimunterbringung des überlebenden Ehegatten allein aufgrund der Entscheidung eines für ihn gerichtlich bestellten Betreuers vorgenommen wird. Darüber hinaus kann nicht angenommen werden, dass die Ehegatten einem gerichtlich bestellten Betreuer mittelbaren Einfluss auf die Bestimmung des Erben des überlebenden Ehegatten hätten einräumen wollen. Die oben erwähnten, in der Rechtsprechung anerkannten Fälle, in denen der Erblasser durch eine Bedingung die Erbeinsetzung mit dem Tun oder Unterlassen eines Dritten verknüpft, sind vielfach dadurch gekennzeichnet, dass der Erblasser dem Verhalten des Dritten besonderes Vertrauen entgegenbringt. An einem solchen besonderen Vertrauensverhältnis fehlt es jedoch im Verhältnis zwischen dem überlebenden Ehegatten und dem für ihn gerichtlich bestellten Betreuer. Die Ehegatten hatten keinen plausiblen Grund, die Auswahl des Erben mittelbar an die Entscheidung des Betreuers über die Auswahl der Heimeinrichtung zu binden, auf die der überlebende Ehegatte selbst keinen Einfluss mehr nehmen konnte.

(...)

Anmerkung

1. Bei der Durchsicht der Entscheidung fallen folgende Probleme auf:

- handelt es sich überhaupt um eine Schlusserbeinsetzung oder nur um einen unverbindlichen Vorschlag des Prozedere für den Überlebenden?
– Auslegungsproblem 1 –
- welches Heim ist bedacht als Schlusserbe („dieses“ Heim), das, in dem sich der Überlebende im Zeitpunkt seines Todes befindet oder nur das Heim, das er frei ausgewählt hat?
– Auslegungsproblem 2 –
- kann die Schlusserbeinsetzung des Heimes überhaupt davon abhängig gemacht werden, dass sich der Überlebende in dieses freiwillig begibt oder liegt hierin eine unzulässige formlose Testamentsergänzung?
– Wirksamkeitsproblem 1 –
- konnte das Heim überhaupt wirksam als Schlusserbe eingesetzt werden (§ 14 HeimG)?
– Wirksamkeitsproblem 2 –

2. Wie haben OLG und Vorinstanz die Probleme behandelt?

– Auf Auslegungsproblem 1 sind weder OLG noch Vorinstanz eingegangen. Das ist verwunderlich, da die Anfangs- und Schlusssätze des Testaments („Erklärung beider Eheleute für den jeweils Überlebenden“, „nur als Entscheidungshilfe“ und „ist jedoch von dem überlebenden Partner frei zu entscheiden“) durchaus die Auslegung nahe legen könnten, es sei gar keine Schlusserbeinsetzung gewollt gewesen, es habe also der Testierwille gefehlt (vgl. *Staudinger-Otte*, BGB, 13. Bearb., Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 10 f.). Dagegen könnte – aber auch nicht eindeutig – wiederum Ziffer 4 des Testaments für eine Schlusserbeinsetzung sprechen. Die missverständlichen Schlusssätze wären dann zu verstehen als Ausschluss einer Wechselbezüglichkeit (§ 2270 BGB).

– Auslegungsproblem 2 ist breit behandelt. Zunächst wird im Wege „erläuternder Auslegung“ angenommen, die Schlusserbeinsetzung des Heimes sei abhängig davon, dass es in freier Selbstbestimmung vom Überlebenden ausgewählt wurde. Es wird verneint, dass dies geschehen ist.

Dann wird im Wege „ergänzender (hypothetischer) Auslegung“ untersucht, ob die Ehegatten – hätten sie den Fall der zwangsweisen Unterbringung des Überlebenden in einem Heim bedacht – zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung gewollt hätten, dass auch ein solches nicht frei bestimmtes Heim Schlusserbe sein soll. Das OLG verneint dies mit dem Hinweis, dass maßgeblich für die Schlusserbenbestimmung das vorausgesetzte Vertrauen in die frei gewählte Institution war.

– Wirksamkeitsproblem 1 ist im Beschluss eigenartigerweise an zwei Stellen jeweils getrennt und ohne Querverweisung behandelt, einmal im Rahmen der erläuternden Auslegung, das andere Mal im Rahmen der ergänzenden Auslegung. Das OLG kommt zum Ergebnis, dass sowohl die Einsetzung des Heimes zum Schlusserben, in welches der Überlebende sich aus freien Stücken begeben hat, als auch die im Wege der hypothetischen Auslegung gewonnene Ernennung des zwangsweise bestimmten Heimes zum Schlusserben wirksam wäre. Das OLG meint, dass es sich bei der besagten Schlusserbeinsetzung um eine zulässige Bedingung in der Form einer Potestativbedingung handelt; denn der Erblasser könne zwar die Erbenbestimmung nicht einer späteren eigenen (formlosen) Handlung überlassen, wohl aber „Willenakten, die eine anderweitige, eigenständige Bedeutung haben“.

– Wirksamkeitsproblem 2 wird vom OLG nicht erörtert, da eine Schlusserbeinsetzung des Heimes verneint wurde, insoweit konsequent.

3. Dem OLG ist im Ergebnis, aber nicht in der Begründung zuzustimmen.

a) Das OLG musste zunächst bei der (erläuternden) Auslegung des realen Willens des Testierenden ansetzen. Es schließt sich – verfahrensrechtlich insoweit gebunden – der Auslegung des LG an, die Einsetzung des Heimes sei davon abhängig, dass dieses in *freier Selbstbestimmung* vom Überlebenden gewählt wurde. Das LG hat diese Auslegung ausschließlich aus dem Inhalt des Testaments gewonnen, offenbar ohne auf Umstände außerhalb zurückgreifen zu können (z.B. Äußerungen gegenüber Dritten etc.). Die Auslegung des LG ist nicht unbedingt überzeugend; zwar ist im Testament in Ziff. 2 von der Entscheidung des Überlebenden, in ein Heim zu gehen, die Rede, in Ziff. 3 von der Wahl des Hauses. Ziff. 2 betont jedoch vor allem die zeitliche Komponente, Ziff. 3 sagt nicht, wer die Wahl zu treffen hat. Dennoch ist diese Auslegung als erläuternde vertretbar, soweit sie nicht die nachfolgende hypothetische Auslegung präjudiziert.

b) Zur Anpassung des realen Willens der Testierenden an außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die nach Testamenterrichtung eingetreten sind und die die Testierenden nicht bedacht haben, bietet die ergänzende Testamentsauslegung ein probates Mittel, welches freilich unter dem Gesichtspunkt der Formgebundenheit testamentarischer Verfügungen nicht unbedenklich ist (vgl. BayObLGZ 1988, 165). Deshalb – so wird gesagt – kommt nur der Erblasserwille als Gegenstand der Auslegung in Betracht, der in der Urkunde wenigstens andeutungsweise einen Ausdruck gefunden hat (vgl. *Staudinger-Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 28 ff.). Auf diese Weise werden die Prinzipien möglichst weitgehende Berücksichtigung des irgendwie zu Tage getretenen Erblasserwillens und Einhaltung der Form in Einklang gebracht. Deshalb gilt die

Andeutungstheorie auch im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung (hierzu *Staudinger-Otte*, Vorbem. zu §§ 2064 ff. Rdnr. 81 ff., 86). Im Rahmen der ergänzenden Auslegung waren also zu prüfen Motive, Zweckvorstellungen und Absichten des Erblassers, damit festgestellt werden kann, welchen Willen er bei Kenntnis der künftigen Entwicklung gehabt hätte, Andeutung dieses hypothetischen Willens im Testament vorausgesetzt. Das OLG hat, da Motive und Überlegungen der Ehegatten zur Erbeinsetzung des Heimträgers nach Ansicht des OLG im Dunklen blieben, maßgeblich darauf abgestellt, dass die *frei gewählte Einrichtung* jedenfalls das Vertrauen des Überlebenden genießt. Da indes von Vertrauen im Testament an keiner Stelle die Rede ist, halte ich dies für eine *petitio principii*. Viel eher hätte es doch nahe gelegen, die „Standard-Motive“ der Erbeinsetzung eines Heimes zu prüfen, wie sie zu § 14 HeimG herausgearbeitet wurden (Dankbarkeit, Erlangen von Wohlwollen etc.). Dafür finden sich im Testament durchaus Anhaltspunkte („gute Betreuung“). Vor allem aber wurde übersehen, zu berücksichtigen, dass die Testierenden zu ihren Verwandten, die als gesetzliche Erben in Betracht kamen, keinen Kontakt hatten, einen solchen offenbar geradezu ablehnten. Es ist also naheliegend, ein Hauptmotiv der Erbeinsetzung des Heimes zu sehen im vollkommenen Ausschluss der Verwandten von jeder Erbfolge, neben den im Testament ausdrücklich genannten Motiven/Zweckvorstellungen. Ich halte demnach die ergänzende Testamentsauslegung des OLG für nicht überzeugend. Eine zutreffende ergänzende Testamentsauslegung, die das vorgenannte Hauptmotiv „zu Ende denkt“, ergibt, dass jedes Heim zum Schluss erben eingesetzt sein soll, in welchem sich der Überlebende im Zeitpunkt seines Todes befindet (gleichgültig ob frei gewählt oder nicht). Eine Andeutung in dieser Richtung ist in Punkt 1. der Schlusserbeinsetzung zu finden.

c) Zum Wirksamkeitsproblem 1 ist zu sagen: wird die Erbenbestimmung einer künftigen Handlung des Testierenden überlassen, bewegt sich dies im Dreieck der §§ 2074 ff. (bedingte Verfügung), §§ 2231 f. (Formvorschriften) und § 2065 BGB (Fremdbestimmungsverbot).

Mit der allgemeinen Aussage, dass Bedingungen und auch Potestativbedingungen gemäß §§ 2074 ff. BGB zulässig sind (vgl. *Staudinger-Otte* § 2074 Rdnr. 27 ff.), ist nicht viel gewonnen. Die Bedingung, wonach der Inhalt einer letztwilligen Verfügung von einer eigenen Handlung des Testierenden abhängig sein soll (per definitionem keine Potestativbedingung, da nicht von einer Handlung des Bedachten oder eines Dritten abhängig, *Staudinger-Otte* § 2065 Rdnr. 13 ff.), hat eine ganz andere Dimension. In der Literatur ist diese Thematik kaum behandelt, andeutungsweise nur MünchKomm-*Leipold*, 3. Aufl. 1997, § 2065 Rdnr. 15. Das OLG meint hierzu im Anschluss an diese Literaturstelle, dass keine Bedenken bestehen gegen Bedingungen, die an einen eigenen Willensakt des Erblassers anknüpfen, soweit dieser Akt nicht nur der Kompletierung der letztwilligen Verfügung dient, sondern eine *anderweitige eigenständige Bedeutung* hat. Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass der komplettierende Willensakt i.d.R. nicht in der für letztwillige Verfügungen geltenden Form vom Erblasser gesetzt wird. Die erbrechtlichen Formvorschriften haben Warn-, Beweis- und Echtheitsnachweisfunktion und sollen dem Erblasserwillen Geltung verschaffen. Gestattet man dem Erblasser, durch einen eigenen nicht formgebundenen Willensakt seine letztwillige Verfügung zu komplettieren, werden diese Formzwecke zum Teil unterlaufen, insbesondere hinsichtlich Beweis- und Echtheitsnachweisfunktion. Man mag dies akzeptieren, soweit die Erfüllung dieser Zwecke anderweitig gesichert ist, z.B. durch öffentliche Akte, Beurkundungen und allgemein offenkun-

dige Tatsachen (wie Eheschließung, Adoption etc.), die Beweis und Nachweis gewährleisten. Darüber hinaus jedoch ist eine solche Gestaltung wegen Verstoßes gegen das Formgebot unzulässig. Unter diesem Gesichtspunkt wäre also die Schlusserbeinsetzung des Heimes unwirksam, soweit auf das freiwillig gewählte Heim abgehoben wird, wegen Formmangels der Erbenbestimmung (a.M. andeutungsweise OLG Frankfurt NJW RR 1995, 711), soweit man das zwangsweise bestimmte Heim als eingesetzt ansieht, wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 (so auch *Nieder*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 475).

Die vom OLG im Anschluss an *Leipold* gewählte Formulierung erlaubt jedenfalls keine geeignete Abgrenzung zwischen formpflichtigen Ergänzungen des Testaments und formlos erlaubten Bedingungserfüllungshandlungen. Sie widerspricht auch der Rspr. des BayObLG (FamRZ 1991, 610, 1992, 987).

d) Zum Wirksamkeitsproblem 2: Die Schlusserbeinsetzung des Heimträgers ist unter dem Gesichtspunkt des § 14 HeimG problematisch (dazu näher *Rossak*, ZEV 1996, 41 ff.); sie könnte nach § 134 BGB nichtig sein, wenn sie eine verbotene Erbeinsetzung des Heimträgers darstellt. Eine solche *testamentarische* Erbeinsetzung des Heimträgers ist nach §§ 134 BGB, 14 HeimG nichtig, wenn der Heimträger von der Zuwendung bis zum Ableben des Testierenden erfahren hat, unter Umständen auch vermittelt durch einen Wissensvertreter (näher *Rossak* MittBayNot 1998, 407; ZEV 2001, 365). Freilich besteht hier die Besonderheit, dass der Testator zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung noch nicht Heimbewohner war, sondern dies erst später wurde. Auch dies führt jedoch zur Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG (BGH NJW RR 1995, 1272; *Rossak* ZEV 1996, 41, 46). Erfüllung der Wissens-Komponente vorausgesetzt war die Einsetzung des Heimträgers also aus diesem Grunde jedenfalls unwirksam.

Notar Dr. Erich Rossak, Dachau

Handels- und Gesellschaftsrecht, Registerrecht

9. BGB § 705, GBO §§ 32, 47, GBV § 15 (*GbR nicht grundbuchfähig*)

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden.

BayObLG, Beschluss vom 31.10.2002 – 2Z BR 70/02 = BayObLGZ 2002 Nr. 59, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Zum Sachverhalt:

Die drei Beteiligten sind die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die den Namen „Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts, F.-straße 1/4 GbR“ führt. Die Beteiligten sind im Grundbuch als Eigentümer mehrerer Grundstücke mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen.

Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 11.3.2002 beantragten die Beteiligten, das Grundbuch in Abteilung I dahin zu berichtigen, dass als Eigentümer nunmehr die Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen