

**letzte Aktualisierung:** 6.2.2025

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 9.12.2024 – 14 W 87/24 (Wx)

**BGB §§ 133, 2247, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 S. 1**

**Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments; Anordnung von Vor- und Nacherbfolge;  
Wechselbezüglichkeit der getroffenen Verfügungen**

1. Die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Formulierungen „Wir setzen uns gegenseitig zu befreiten Vorerben ein.“ und „Nacherben auf das Erbe des Letztverstorbenen sollen unsere Söhne ... zu je  $\frac{1}{2}$  sein.“ legen eine Auslegung dahingehend nahe, dass hierin die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft nach dem Erstversterbenden und zugleich die Einsetzung der gemeinsamen Kinder zu gleichberechtigten Vollerben nach dem Letztversterbenden zu sehen ist.
2. Im Fall der gegenseitigen Einsetzung des längerlebenden Ehegatten als (gesamt-)befreiten Vorerben besteht ein Erfahrungssatz, dass ein Ehegatte den anderen nur deswegen als befreiten Vorerben eingesetzt hat, weil er darauf vertraut hat, dass das beim Tod des Überlebenden verbliebene gemeinsame Vermögen auf die gemeinsamen Kinder übergehen wird.

## **Gründe**

### I.

Der Beteiligte Ziffer 2 begehrt die Einziehung eines zugunsten der Beteiligten Ziffer 1 ausgestellten Erbscheins.

Die Beteiligte Ziffer 1 ist die zweite Ehefrau des E. (im Folgenden: Erblasser), der am xx.xx.2021 verstorben ist. Die Eheschließung fand am xx.xx.1983 statt. Der Beteiligte Ziffer 2 ist ein Sohn des Erblassers aus erster Ehe. Die erste Ehefrau des Erblassers, M., ist am xx.xx.1981 vorverstorben. Ein weiterer gemeinsamer Sohn des Erblassers und seiner ersten Ehefrau, M., ist am xx.xx.1998 vorverstorben.

Der Erblasser war an der Errichtung der folgenden letztwilligen Verfügungen beteiligt:

1. Gemeinschaftliches Testament vom 14.06.1980 des Erblassers und seiner ersten Ehefrau mit folgendem Inhalt (auszugsweise):

„*Testament*:

...

I.

*Wir setzen uns gegenseitig zu befreien Vorerben ein.*

II.

*Nacherben auf das Erbe des Letzterverstorbenen sollen unsere Söhne A. und M. zu je ½ sein.*

III.

*Die Nacherbfolge soll eintreten, beim Tode des Letzterversterbenden.*

...“

2. Gemeinschaftliches Testament vom 21.06.2007 des Erblassers und der Beteiligten Ziffer 1 mit folgendem Inhalt (auszugsweise):

„*Testament*

*Wir ... setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.*

*Nach dem Ableben des Letzterverbleibenden ist die Tochter B. Alleinerbin.*

...“

3. Gemeinschaftliches Testament vom 28.05.2019 des Erblassers und der Beteiligten Ziffer 1 mit folgendem Inhalt (auszugsweise):

„*Testament*

*Wir ... setzen uns hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein.*

...

*Für den Fall, dass der Letztlebende von uns keine anderweitige Bestimmung trifft, wird Erbe des Letztlebenden von uns bei dessen Tod A.*

...“

Mit öffentlicher Urkunde des Notars W. vom 22.04.2022 (UVZ 1011/2022) beantragte die Beteiligte Ziffer 1 einen Erbschein, der sie aufgrund gewillkürter Erbfolge als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweisen sollte. Mit Beschluss des Amtsgerichts - Nachlassgericht - Freiburg vom 30.05.2022 wurde der Erbschein antragsgemäß erteilt.

Mit Beschluss vom 02.08.2024 hat das Amtsgericht - Nachlassgericht - Freiburg im Breisgau die Einziehung des Erbscheins vom 30.05.2022 abgelehnt. Zur Begründung hat das Nachlassgericht unter anderem ausgeführt, es sei zur Überzeugung gelangt, dass der Erbeinsetzung der Beteiligten Ziffer 1 im gemeinschaftlichen Testament vom 28.05.2019 keine Bindungswirkung aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 14.06.1980 entgegenstehe. Bei lebensnaher Auslegung enthalte das gemeinschaftliche Testament vom 14.06.1980 nämlich keine Bestimmungen hinsichtlich des Nachlasses des Letztversterbenden.

Hiergegen richtet sich die am 19.08.2024 beim Nachlassgericht eingegangene Beschwerde des Beteiligten Ziffer 2 vom 14.08.2024, mit der dieser weiterhin die Einziehung des nach seiner Auffassung unrichtigen Erbscheins begeht.

Mit Beschluss vom 05.09.2024 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht gemäß §§ 58, 59, 63 Abs. 1, 64 FamFG eingelegte Beschwerde des Beteiligten Ziffer 2 ist begründet. Das Nachlassgericht war anzuweisen, den zugunsten der Beteiligten Ziffer 1 erteilten Erbschein vom 30.05.2022 einzuziehen, da dieser unrichtig im Sinne des § 2361 Satz 1 BGB ist.

1. Der Erbschein vom 30.05.2022 ist unrichtig, da die Beteiligte Ziffer 1 nicht Alleinerbin nach dem Erblasser ist. Ihrer (insoweit gleichlautenden) Einsetzung als Alleinerbin in den gemeinschaftlichen Testamenten vom 21.06.2007 und vom 28.05.2019 steht die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 14.06.1980 entgegen, § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB.

a) Nach § 2265 BGB kann durch Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden. Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach § 2247 BGB genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet, § 2267 Satz 1 BGB.

Bei der Auslegung eines jeden Testaments ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Handelt es sich –

wie hier – um ein gemeinschaftliches Testament, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Auslegung stets zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Teiles entsprochen hat. Das ist nötig, weil die beiderseitigen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten nicht nur aufeinander abgestimmt werden, sondern erfahrungsgemäß nicht selten auch inhaltlich abgesprochen und insofern Ergebnis und Ausdruck eines gemeinsam gefassten Entschlusses beider Teile sind (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992 - IV ZR 160/91, Rn. 12, juris).

Der Wortlaut der Verfügung von Todes wegen ist dabei als erster Ansatzpunkt für die Auslegung relevant, wenn dieser auch – mit Blick auf das maßgebliche Ziel der Feststellung des wirklichen Willens – nicht die Grenze der Auslegung bildet (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 05.02.1997 – 1Z BR 180/95, Rn. 39, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.11.2020 - 8 W 359/20, Rn. 18, juris; MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 11; BeckOGK/Küpper, BGB, Stand: 01.07.2024, § 2100 Rn. 67). Entscheidend ist im Ergebnis nicht der Sinn der Worte im allgemeinen Sprachgebrauch, sondern die Bedeutung, die der Erblasser ihnen zusisst (BGH, Urteil vom 07.10.1992 - IV ZR 160/91, Rn. 10, juris; MüKoBGB/Leipold, a. a. O., § 2084 Rn. 12). Dabei ist insbesondere bei der Auslegung juristisch (scheinbar) eindeutiger Begriffe Vorsicht geboten. Soweit diese von Laien verwendet werden, können sie eine andere Bedeutung aufweisen als ihr juristischer Sinngehalt (MüKoBGB/Leipold, a. a. O., § 2084 Rn. 41).

Wechselbezüglich sind nach § 2270 Abs. 1 BGB diejenigen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament getroffenen Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Es muss also für jede einzelne Verfügung geprüft werden, ob sie in einem solchen Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu der letztwilligen Verfügung des erstverstorbenen Ehegatten steht. Die Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament ist vorrangig durch individuelle Auslegung zu ermitteln. Lediglich wenn diese zu keinem zweifelsfreien Ergebnis führt, kommt die Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB in Betracht (st. Rspr., vgl. nur OLG Hamm, Beschluss vom 12.06.2001 - 15 W 127/00, Rn. 24, juris).

Für die vor Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB erforderliche Auslegung nach dem tatsächlichen Willen der Erblasser besteht nach zutreffender Meinung ein Erfahrungssatz, dass ein Ehegatte bei der gegenseitigen Erbeinsetzung seine Kinder beim Tod als Erstversterbender nur enterbt, weil er darauf vertraut, dass das gemeinsame Vermögen beim Tod des Überlebenden auf die gemeinsamen Kinder übergehen wird (vgl. Senat, Beschluss vom 03.01.2023 - 14 W 111/22 (Wx), Rn. 23, juris; OLG München, Beschluss vom 01.12.2011 - 31 Wx 249/10, Rn. 28, juris; Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neub. 2019, § 2270 Rn. 26a auch zur Gegenmeinung). Für den – vorliegend relevanten – Fall der Einsetzung des längerlebenden Ehegatten als befreiten Vorerben, der jedenfalls bei einer Gesamtbefreiung (dazu BeckOGK/Deppenkemper, BGB, Stand: 01.11.2024, § 2136 Rn. 29) eine mit einem Vollerben in vielerlei Hinsicht vergleichbare Rechtsstellung innehaltet, gilt nach Auffassung des Senats Gleicher. Wenn sich Ehegatten wechselseitig zu befreiten Vorerben einsetzen, erben sie ihre als Nacherben vorgesehenen eigenen Kinder – anders als bei einem „klassischen“ Berliner Testament – zwar nicht; in Hinblick auf die Befreiung von den Beschränkungen eines Vorerben hängt es gleichwohl maßgeblich vom Verhalten des überlebenden Ehegatten ab, ob und inwieweit die Nacherben vom Vermögen des Erstversterbenden noch profitieren werden. Wer die eigenen Kinder vermögensrechtlich absichern will, für den ersten eigenen Todesfall aber gleichwohl einen umfänglich befreiten Vorerben einsetzt, tut dies – insoweit nicht anders als bei

einem klassischen Berliner Testament – im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Erbeinsetzung des anderen Ehegatten jedenfalls das zum Zeitpunkt des Ablebens des Letztversterbenden verbliebene gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es zu Lebzeiten beider Ehegatten einen einseitigen Widerruf nur in einer besonderen Form gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§ 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB), und indem es nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB).

Nach der Auslegungsregel des § 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.

b) Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist davon auszugehen, dass der Erblasser und dessen vorverstorbene erste Ehefrau M. in dem gemeinschaftlichen Testament vom 14.06.1980 hinsichtlich des Vermögens des Erstversterbenden (befreite) Vor- und Nacherbschaft, hinsichtlich des Vermögens des Letztversterbenden die Einsetzung der gemeinsamen Kinder zu gleichberechtigten Vollerben angeordnet haben (dazu aa). Bei der Einsetzung der beiden Söhne als gleichberechtigte Erben nach dem Letztversterbenden handelt es sich um eine wechselbezügliche Verfügung im Sinne des § 2070 Abs. 1 BGB (dazu bb).

aa) Soweit sich die Eheleute wechselseitig zu „befreiten Vorerben“ eingesetzt haben, spricht zunächst der Wortlaut der letztwilligen Verfügung dafür, dass sich die Eheleute – wenngleich es sich bei diesen um juristische Laien gehandelt hat – darüber im Klaren waren, dass die juristische Bedeutung des Rechtsinstituts der Vor-/Nacherbschaft mit der Trennung der Vermögen der Eheleute in Zusammenhang steht und die Vor-/Nacherbschaft lediglich das Vermögen des Erstversterbenden betrifft. Hierfür spricht nicht nur, dass die Eheleute ausdrücklich eine Befreiung im Sinne des § 2136 BGB bestimmt haben, der es von vornherein nur dann bedarf, wenn man sich hinsichtlich gewisser Einschränkungen der Rechte eines (unbefreiten) Vorerben mit Blick auf die Nacherben im Klaren ist. Dass die Testierenden grundsätzlich um das Wesen von Vor- und Nacherbschaft wussten, ergibt sich im Übrigen auch aus einem in der Verfahrensakte befindlichen Schreiben der Beteiligten Ziffer 1 und des Erblassers an den Beteiligten Ziffer 2 und dessen Ehefrau vom 23.10.2004 (AS 447 ff.), demzufolge der Erblasser sowie die Beteiligte Ziffer 1 im Zusammenhang mit der Veräußerung einer zum Nachlass der ersten Ehefrau des Erblassers gehörenden Immobilie zunächst sogar (rechtlich unzutreffend) davon ausgegangen waren, dass dies nur mit Zustimmung der Nacherben möglich sei. Nach allem beinhaltet das Testament hinsichtlich des Vermögens der vorverstorbenen ersten Ehefrau des Erblassers tatsächlich die Einsetzung des Erblassers als befreiten Vorerben und der gemeinschaftlichen Söhne als Nacherben und nicht etwa – was trotz der Verwendung der Begriffe Vor- und Nacherbschaft nicht von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 01.12.2011 – 31 Wx 249/10, Rn. 25, juris) – die gegenseitige Alleinerbeneinsetzung mit Schlusserbeneinsetzung im Sinne eines klassischen Berliner Testaments.

Darüber hinaus beinhaltet das gemeinschaftliche Testament vom 14.06.1980 aber auch die Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Söhne der Testierenden nach dem Letztversterbenden. Wenn es im Testament heißt, „Nacherben auf das Erbe des Letztverstorbenen sollen unsere Söhne A. und M. zu je  $\frac{1}{2}$  sein.“ und „Die Nacherbfolge soll eintreten, beim Tod des Letztversterbenden.“, lässt sich den Worten „auf das Erbe des Letztverstorbenen“ entnehmen,

dass die Eheleute – was für ein gemeinschaftliches Testament zudem typisch ist – auch eine Regelung hinsichtlich der Erbfolge nach dem Letztverstorbenen treffen und sicherstellen wollten, dass die gemeinschaftlichen Kinder das gesamte verbleibende Vermögen beider Ehegatten erhalten. Denn die Worte „das Erbe des Letztversterbenden“ umschreiben das zu vererbende Vermögen des Letztversterbenden, das mit dem Tod des Letztversterbenden ebenfalls auf die gemeinschaftlichen Söhne übergehen sollte. Dass einerseits die Verwendung des Begriffes „Nacherben“ bei einer juristischen Betrachtung lediglich hinsichtlich des Vermögens des Erstverstorbenen zutreffend ist, andererseits das Vermögen des Erstverstorbenen nicht zum „Erbe des Letztversterbenden“ zählt, sondern aufgrund des ersten Erbfalls an die gemeinschaftlichen Söhne geht, steht der hier vorgenommenen Auslegung nicht entgegen, sondern belegt lediglich einen juristisch unsauberen Sprachgebrauch, der bei testierenden Laien nach den Erfahrungen des Senats nicht selten zu beobachten ist.

Soweit das Nachlassgericht seine Auffassung, wonach das Testament vom 14.06.1980 keine Bestimmungen für das Ableben des Letztversterbenden beinhaltet, maßgeblich darauf stützt, dass die vorverstorbene erste Ehefrau des Erblassers zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments bereits an Brustkrebs erkrankt gewesen sei und daher lediglich die Erbfolge nach ihr habe geregelt werden sollen, überzeugt dies nicht. Hätte die erste Ehefrau des Erblassers – in der Annahme ihres eigenen, zeitnahen Ablebens – lediglich erreichen wollen, dass ihr Vermögen zunächst ihrem Ehemann als befreitem Vorerben und sodann den gemeinschaftlichen Kindern als Nacherben zufällt, wäre die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nicht erforderlich gewesen; sie hätte dies – ohne weiteres – durch die Errichtung eines entsprechenden Einzeltestaments erreichen können. Der – in Hinblick auf die Unwägbarkeiten des Lebens und der prognostischen Unsicherheiten des Verlaufes einer Erkrankung zudem etwas spekulativ erscheinenden – Überlegung, ein Testat auf das Ableben des mutmaßlich längerlebenden Erblassers sei nicht gewollt gewesen, steht letztlich der Wortlaut der letztwilligen Verfügung entgegen, wonach „Nacherben“ „auf das Erbe des Letztverstorbenen“ eingesetzt werden, ohne auch nur anzudeuten, dass dies lediglich im Falle des Vorversterbens der ersten Ehefrau des Erblassers gelten und lediglich ihr Vermögen betreffen soll.

bb) Bereits die – vor Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB – gebotene Auslegung nach dem tatsächlichen Willen der Erblasser führt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge um eine im Verhältnis zur Einsetzung des anderen Ehegatten als befreiten Vorerben wechselbezügliche Verfügung im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB handelt. Wie bereits dargelegt, spricht hierfür schon die Lebenserfahrung, wonach die Einsetzung des Ehegatten als befreiten Vorerben durch den Erstversterbenden im Vertrauen darauf erfolgt, dass das zum Zeitpunkt des Ablebens des Letztversterbenden verbliebene gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird.

Selbst wenn – entgegen der Auffassung des Senats – Zweifel verbleiben sollten, dass die genannten Verfügungen wechselbezüglich sind, wäre jedenfalls nach der ergänzend heranzuziehenden Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, die durch individuelle Auslegung jedenfalls nicht widerlegt ist, von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen. Danach ist von Wechselbezüglichkeit der Verfügungen zueinander im Zweifel auszugehen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht 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 nahe steht. Durchgreifende Umstände, die im vorliegenden Fall gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen, sind nicht zutage getreten. Der Umstand, dass der Erblasser durch Errichtung der gemeinschaftlichen Testamente vom 21.06.2007 und vom 28.05.2019 neu testiert hat und sich

dabei in seiner Testierfreiheit offenbar nicht gebunden angesehen hat, stellt dafür kein hinreichendes Indiz dar. Maßgeblich ist der Wille der beiden Ehegatten im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 14.06.1980, also im Zeitpunkt, als die vorverstorbene Ehefrau ihre letztwilligen Verfügungen getroffen hat. Für diesen Zeitpunkt liegen nach Überzeugung des Senats keine durchgreifenden Anhaltspunkte vor, dass nach dem Willen der Erblasser die Erbeinsetzung ihrer gemeinsamen Kinder zu der jeweiligen Einsetzung des anderen Ehegatten als befreiten Vorerben nicht in einer Wechselwirkung zueinander stehen sollte.

Schließlich lässt sich auch der Bestimmung in dem gemeinschaftlichen Testament vom 14.06.1980, wonach der überlebende Ehegatte von den Beschränkungen der §§ 2112 ff. BGB befreit sein sollte, nicht entnehmen, dass von den Ehegatten eine Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen nicht gewollt war. Eine solche Formulierung enthält regelmäßig lediglich die Ermächtigung des Überlebenden über die Erbschaft unter Lebenden, nicht aber von Todes wegen frei zu verfügen (OLG München, Beschluss vom 01.12.2011 - 31 Wx 249/10, Rn. 31, juris; OLG Hamm, Urteil vom 29.03.2011 - 10 U 112/10, Rn. 35 ff., juris).

2. Die Einsetzung der Beteiligten Ziffer 1 als Alleinerbin in den gemeinschaftlichen Testamenten vom 21.06.2007 und vom 28.05.2019 ist nach allem unwirksam.

Mit dem Tode der ersten Ehefrau des Erblassers trat die in § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB angeordnete erbrechtliche Bindung des überlebenden Erblassers an die wechselbezügliche letztwillige Verfügung zugunsten der gemeinsamen Söhne ein, die ihn hinderte, diese noch wirksam zu widerrufen oder abweichend von ihr letztwillig zu verfügen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1 und 2 FamFG. Es entspricht den Grundsätzen billigen Ermessens, wenn für das Einziehungsverfahren keine Gerichtskosten erhoben werden und wenn jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten selbst trägt.

Da Gerichtskosten nicht erhoben werden, ist eine Wertfestsetzung nicht veranlasst.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor.