

**letzte Aktualisierung:** 26.7.2019

OLG Brandenburg, Beschl. v. 31.1.2019 – 3 W 37/18

**BGB §§ 2084, 2247**

**Auslegung der Schlusserbeinsetzung für den Fall des „gemeinsamen“ Todes**

1. Bei der Testamentsauslegung sind auch Umstände außerhalb des Testamentswortlauts zu berücksichtigen. Insbesondere können Äußerungen und Handlungen des Erblassers vor, bei und nach der Testamentserrichtung Berücksichtigung finden. Aufgrund der Formvorschrift des § 2247 BGB müssen sich jedoch für den entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung zumindest Anhaltspunkte finden.
2. Formulieren Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament eine Erbeinsetzung für ihren „gemeinsamen Tod“, so kann dies für eine Schlusserbeinsetzung im Falle des Todes des letztversterbenden Testierenden sprechen, unabhängig von einem zeitlichen Zusammenhang zum Tod des erstversterbenden Testierenden. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)



## **Brandenburgisches Oberlandesgericht**

### **Beschluss**

In dem Verfahren über den Nachlass des Herrn

D... D...,

**Erblasser,**

**Beteiligte:**

1. A... R...,

**Beschwerdeführerin,**

- Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt ...

2. D... D... jun.,

**Beschwerdegegner,**

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte ...

3. J... L...,

**Beschwerdegegner,**

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin ...

hat das Brandenburgische Oberlandesgericht - 3. Zivilsenat -  
durch

den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Krah,  
den Richter am Oberlandesgericht Dr. Bachnick und

die Richterin am Oberlandesgericht Moraht

am **31.01.2019**

**b e s c h l o s s e n :**

Der Beschluss des Amtsgerichts Oranienburg vom 6. Februar 2018 wird geändert.

Der Antrag des Beteiligten zu 2. auf Erteilung eines Erbscheins, der ihn und Frau R... K... zu Erben zu je 1/2 ausweist, wird zurückgewiesen.

Die Tatsachen, die zur Erteilung eines Erbscheins mit dem Inhalt, dass der Erblasser von den Beteiligten zu 1., 2. und 3. sowie von Frau R... K... zu je ¼ Anteil des Nachlasses beerbt worden ist, werden als festgestellt erachtet.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden den Beteiligten zu 1. und 3. einerseits und dem Beteiligten zu 2. andererseits zu je 1/2 auferlegt. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.

Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 14.000 €

**Gründe:**

**I.**

Der Erblasser war in zweiter Ehe verheiratet mit E... D..., geb. F..., die am 08.03.2015 verstorben ist. Aus der ersten Ehe des Erblassers stammen der Beteiligte zu 2. und dessen Schwester, Frau R... K.... Aus der ersten Ehe der verstorbenen Ehefrau des Erblassers entstammen die Beteiligten zu 1. und 3.

Mit gemeinschaftlichem handschriftlichen Testament vom 30. Dezember 1988 errichteten der Erblasser und seine Ehefrau eine Verfügung von Todes wegen, in der es heißt

*„...Wir setzen uns hiermit gegenseitig als Erben unseres Nachlasses ein.*

*Das der Überlebende alleinige Erbe ist und frei verfügen kann, mit einer Ausnahme für Frau F... B... die mietfrei und ein lebenslanges Wohnrecht besitzt.*

*Bei einem gemeinsamen Tod setzen wir unsere Kinder als Erben ein. ...“*

Der Beteiligte zu 2. beantragt im vorliegenden Verfahren die Erteilung eines Erbscheins nach gesetzlicher Erbfolge, der ihn und seine Schwester als Erben zu je 1/2 ausweist, die Beteilig-

te zu 1. beantragt einen Erbschein, der den Beteiligten zu 2., dessen Schwester R... K..., sie selbst und ihren Bruder J... L..., den Beteiligten zu 3., als Erben zu je 1/4 ausweist.

Die Beteiligten zu 1. und 3. berufen sich unter Zeugenbeweis darauf, dass der Wille der Erblasser bei Abfassung des Testaments darauf gerichtet gewesen sei, alle vier Kinder nicht nur für den Fall des gleichzeitigen Versterbens der Eheleute, sondern auch für den Fall des erst längere Zeit späteren Versterbens des überlebenden Ehegatten als Schlusserben einzusetzen.

Das Amtsgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss die Tatsachen, die zur Erteilung des vom Beteiligten zu 2. beantragten Erbscheins erforderlich sind, als festgestellt erachtet und den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1. zurückgewiesen. Das Testament enthalte eine Einsetzung der vier Kinder als Schlusserben nur für den Fall des gemeinsamen Todes, womit nur Fälle des Versterbens in kurzem zeitlichen Abstand erfasst seien oder solche, in denen der Überlebende praktisch keine Zeit mehr habe, neu zu testieren. Nur wenn besondere Umstände vorlägen, aus denen sich ein weitergehender Wille der testierenden Ehegatten ergebe und die zumindest andeutungsweise im Testament ihren Niederschlag gefunden hätten, sei eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung möglich. Eine solche Andeutung für den Fall des Nacheinanderversterbens finde sich in dem Testament nicht.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1. mit ihrer Beschwerde, mit der sie weiterhin unter Beweisantritt einwendet, es sei der gemeinsame Wille der Eheleute gewesen, alle Kinder als Schlusserben einzusetzen und sie seien davon ausgegangen, dies mit dem Testament getan zu haben.

Der Senat hat die Zeugen A... A..., U... S..., I... La..., B... La..., K... So... und S... S... vernommen. Wegen des Inhalts der Zeugenaussagen wird auf den Berichterstatteervermerk vom 27.11.2018 Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerde ist nach §§ 58 ff FamFG zulässig.

Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Der Senat kommt nach Durchführung der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass das Testament dahingehend auszulegen ist, dass die Erblasser ihre vier Kinder als Schlusserben des Letztversterbenden auch für den Fall eingesetzt haben, dass beide Ehepartner in längerem Abstand voneinander versterben. Die Andeutungstheorie lässt vorliegend nach Auffassung des Senats eine dahingehende Auslegung des Testaments zu.

1.

Das Testament vom 30. Dezember 1988 enthält keine ausdrückliche und allgemeine Schlusserbeneinsetzung. Vielmehr enthält die letztwillige Verfügung über die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute hinaus eine Erbeinsetzung lediglich für den Fall des gemeinsamen Todes der Eheleute. Im Hinblick auf die Frage, ob die Eheleute mit dieser letztwilligen Verfügung auch eine Regelung für den Fall treffen wollten, dass sie im zeitlichen Abstand versterben, ist das Testament daher auslegungsbedürftig.

2.

Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinne und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, NJW 1993, 256 m.w.N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; Palandt/Weidlich, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2084 Rn. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH NJW 1993, 256 m.w.N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testamentes liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2084 BGB Rn. 2 m.w.N.), jedoch müssen sich mit Blick auf die Formerfordernisse des § 2247 BGB für einen entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung - wenn auch nur andeutungsweise - Anhaltspunkte finden lassen (BGH v. 09.04.1981, IVa ZB 6/80, NJW 981, 1736; BGHZ 86, 41 Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2084 Rdn. 4).

3.

a)

Der Senat legt unter Berücksichtigung der durchgeführten Beweisaufnahme das Testament dahin aus, dass die Ehegatten mit der von ihnen gewählten Formulierung die vier Kinder als Schlusserben nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Ehegatten einsetzen wollten. Die vom Senat vernommenen Zeugen haben alle ausgeführt, dass sie zu Lebzeiten des Erblassers mit ihm über das Testament gesprochen haben.

Die Zeugin A... A... hat hierbei berichtet, der Erblasser habe ihr im August 2014 mitgeteilt, er

habe alles richtig gemacht und alles solle an alle Geschwister gleichzeitig gehen. Herr U... S... hat ausgeführt, er habe mit dem Erblasser im Sommer 2012 über das Testament gesprochen. Der Erblasser habe ihm berichtet, dass er und seine Ehefrau alles geregelt hätten. Sie hätten sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und wenn sie dann beide verstorben seien, sollten die Kinder zu gleichen Teilen erben. Er habe dazu noch erklärt, dass er eigentlich noch eine Gewichtung habe vornehmen wollen, weil er zu den Kindern aus erster Ehe keinen Kontakt habe, dies aber dann doch „doof“ gefunden habe und alle zu gleichen Teilen hätten beteiligt sein sollen.

Frau I... La... hat bestätigt, dass in einem Gespräch an Weihnachten 2014 mit dem Erblasser und seiner vorverstorbenen Ehefrau beide gesagt hätten, sie hätten schon vor vielen Jahren ein Testament gemacht, nach dem alle Kinder zu gleichen Teilen erben sollten, wenn sie beide tot seien. Auch Herr La... hat unter Bezugnahme auf dasselbe Gespräch an Weihnachten 2014 ausgeführt, dass der Erblasser und seine Ehefrau gesagt hätten, dass die vier Kinder zu gleichen Teilen alles erben sollten. Sie hätten schon vor längerer Zeit ein entsprechendes Testament gemacht. Bei dem Gespräch sei es darum gegangen, dass man gerecht aufteilen wolle, wenn beide verstorben seien. Schließlich hat auch Frau S... S... erklärt, dass der Erblasser ihr gegenüber im Sommer 2012 bei einem Gespräch im Garten erzählt habe, dass sie alles geregelt hätten. Erst solle einer der Eheleute erben, danach die Kinder, wenn beide tot seien. Er habe ihr gesagt, dass vier Kinder da seien und diese dann alles erben sollten. Auch Frau K... So... hat angegeben, dass es öfter Thema gewesen sei, dass alle vier Kinder zu gleichen Teilen hätten erben sollen.

b)

Aus diesen den Zeugen gegenüber gemachten Angaben über das Testament und die dahinter stehenden Absichten der testierenden Eheleute ergibt sich zur Überzeugung des Senats, dass diese bereits bei Abfassung des Testaments im Jahr 1988 mit der von ihnen gewählten Formulierung die vier Kinder nicht nur für den Fall des gleichzeitigen oder in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang zueinander stehenden Versterbens einsetzen wollten, sondern die vier Kinder Schlusserben des zuletzt versterbenden Ehegatten auch dann werden sollen, wenn dieser den anderen um mehrere Jahre überleben würde. Sämtliche Zeugen haben einen entsprechenden Willen der Erblasser bestätigt. Von diesem haben sie auch nicht nur vom Hörensagen erfahren, sondern durch Gespräche mit dem Erblasser und seiner Ehefrau persönlich. Aus dem beschriebenen Inhalt dieser Gespräche ergibt sich auch, dass dieser Wille der Erblasser bereits bei Abfassung des Testaments bestand und sie die im Testament verwendete Formulierung auch in diesem Sinne verstanden haben. Der Erblasser und seine Ehefrau haben sich in den Gesprächen mit den Zeugen darauf bezogen, dass sie in ihrem

schon vor Jahren errichteten Testament bereits geregelt hätten, dass nach dem Tod des letzten Ehegatten die vier Kinder alles erben sollten.

c)

Die Aussagen der Zeugen waren auch glaubhaft. Alle Zeugen konnten plausibel darüber berichten, warum es überhaupt zu Gesprächen über den Inhalt des hier streitgegenständlichen Testamentes gekommen ist. Die Aussagen stimmen in ihrem Inhalt überein und weisen keine Widersprüche auf. An der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln, besteht keine Veranlassung.

4.

Der Beachtlichkeit dieses Auslegungsergebnisses stehen nicht die gesetzlichen Vorschriften über die Form letztwilliger Verfügungen entgegen.

a)

In der obergerichtlichen Rechtsprechung werden Formulierungen, die auf das gleichzeitige Versterben der Testierenden Bezug nehmen, regelmäßig dahingehend ausgelegt, dass nach dem Willen der Testierenden jedenfalls auch der Fall erfasst ist, dass die Eheleute in kurzem zeitlichem Abstand versterben und der Überlebende zu einer neuerlichen Testamentserrichtung nicht in der Lage ist. Anders wird dies allerdings dann beurteilt, wenn die Eheleute - wie hier - in größerem zeitlichem Abstand versterben. Auf einen solchen Fall soll eine für den Fall des „gleichzeitigen Versterbens“ getroffene Erbeinsetzung nur dann anzuwenden sein, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls festgestellt werden kann, dass die Testierenden den Begriff entgegen seinem Wortsinn dahin verstanden haben, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichem Abstand umfassen sollte, dies allerdings nach der sogenannten Andeutungstheorie nur dann, wenn sich darüber hinaus eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen selbst findet (OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 21 W 38/18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 – I-3 Wx 91/16 – FamRZ 2018, 211; OLG München, Beschluss vom 14.10.2010, 31 Wx 84/10, FamRZ 2011, 504, OLG München, Beschluss vom 24. Oktober 2013 – 31 Wx 139/13, MDR 2013, 1407; OLG Hamm, Beschluss vom 1. Juli 2011 – I-15 W 327/10, FamRZ 2012, 64; OLG München, Beschluss vom 14. Oktober 2010 – 31 Wx 84/10, NJW-RR 2011, 444). Nach Auffassung des OLG Jena (Beschluss vom 23.02.2015, FamRZ 2016, 412) soll dies auch für die für den Fall des gemeinsamen Todes erfolgte Erbeinsetzung gelten. Sofern die Formulierung des Testamentes selbst sich darauf beschränke, die gegenseitige Erbeinsetzung ohne

Schlusserbenbestimmung für den Fall eines gemeinsamen Versterbens dahin zu vervollständigen, dass auf diesen Fall beschränkt beide Eheleute jeweils von den Kindern beerbt werden, fehle es an einer formwirksamen Andeutung eines Erblasserwillens in dem Testament, mit dieser Formulierung bereits die Vermögensnachfolge umfassend auch schon für die Erbfolge nach dem Längerlebenden zu regeln. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht Hamm (Beschluss vom 06.01.2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427) ausgeführt, die Andeutungstheorie setze auch bei der Formulierung „Für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben sollten, soll unser Nachlass fallen an unsere gemeinsame Nichte...“ der richterlichen Auslegung des Testaments im Hinblick auf die Möglichkeit, dass diese Erbeinsetzung auch für den Fall des in zeitlich größerem Abstand aufeinanderfolgenden Versterbens der Ehegatten gewollt sei, keine Grenze (dagegen OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.10.2018, 21 W 38/18, derzeit anhängig beim BGH).

b)

Auch der Senat folgt im Grundsatz der oben zitierten herrschenden Ansicht in der Rechtsprechung, nach der der durch die Auslegung ermittelte Wille des Erblassers in der formwirksamen Erklärung des Erblassers wenigstens vage oder versteckt angedeutet sein muss.

c)

Der Senat ist entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Jena allerdings der Auffassung, dass jedenfalls die hier gewählte Formulierung „Bei einem gemeinsamen Tod“, auch im Hinblick auf das Formerfordernis des § 2247 BGB eine hinreichende Andeutung im Testamentstext darstellt, die ein Auslegungsergebnis zulässt, nach dem die Ehegatten eine Schlusserbenregelung auch für den Fall getroffen haben, dass sie in zeitlich größerem Abstand voneinander versterben.

Die Andeutung liegt bereits in der gewählten Formulierung selbst, in der gerade nicht auf ein gleichzeitiges Versterben, sondern auf den gemeinsamen Tod abgestellt wird. Der Begriff „gleichzeitig“, der schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch einen eindeutigen zeitlichen Bezug aufweist und auf ein Versterben in einem engen zeitlichen Zusammenhang hinweist, ist gerade nicht verwendet worden. Der Begriff „gemeinsamer Tod“ ist dagegen nicht notwendig zeitlich zu verstehen. Das Adjektiv „gemeinsam“ beinhaltet nach dem allgemeinen Sprachgebrauch keine zeitliche Komponente, sondern hat nach dem allgemeinen Sprachverständnis die Bedeutung von „zusammen“, „miteinander“ oder „gemeinschaftlich“. Die Betonung liegt damit nicht auf einem in einem engen zeitlichem Zusammenhang stehenden Ereignis, sondern kann auch auf einen Sachverhalt hindeuten, der einen „gemeinsamen“ Zustand, nämlich den Tod beider Eheleute nach dem Versterben des zunächst überleben-

den Ehegatten beschreibt. Dementsprechend kann die hier verwendete Formulierung auch so gemeint sein, dass damit der Zeitpunkt benannt sein soll, in dem beide Eheleute „gemeinsam“ tot sind, also im Sinne von „wenn wir beide tot sind“ zu verstehen sein und für diesen Fall die Einsetzung der Kinder als Schlusserben des Letztversterbenden erfolgen sollte (vgl. KG Berlin, Beschluss vom 14.01.1997, 1 W 8000/95, ZEV 1997, 247). Auch das Bayerische Oberste Landesgericht hat die Schlusserbeneinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament, die mit den Worten „bei gemeinsamen Tode“ beginnt, für in der Weise auslegungsfähig gehalten, dass sie selbst für den Fall des zeitlich um mehrere Jahre versetzten Versterbens getroffen sein kann, ohne dass, jedenfalls soweit ersichtlich, eine über diese Formulierung hinausgehende Andeutung des entsprechenden Willens im Testamentstext selbst enthalten war (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 25.01.2001, 1 Z BR 181/99, FamRZ 2000, 1186).

d)

Darüber hinaus findet das Auslegungsergebnis auch im Text der letztwilligen Verfügung eine vage Grundlage. Der Nachsatz, „das der Überlebende alleiniger Erbe ist und frei verfügen kann“, ergibt, wenn man den Hinweis auf die freie Verfügungsbefugnis auf die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen bezieht, nur dann einen Sinn, wenn für den Fall des Überlebens eines Ehegatten überhaupt schon eine Verfügung getroffen ist. Wenn hingegen die Schlusserbeneinsetzung nur für den Fall des gleichzeitigen Versterbens bzw. des Versterbens in kurzem zeitlichem Abstand hätte gelten sollen, gäbe es für den Fall des Überlebens eines Ehegatten keine Verfügung, die von diesem hätte geändert werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, 3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674).

Die Beschwerde der Beteiligten zu 1. führt nach alledem zum Erfolg. Der Beschluss des Amtsgerichts war entsprechend abzuändern.

5.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG und entspricht billigem Ermessen. Bei der Ermessensentscheidung sind sämtliche Umstände zu berücksichtigen. Vorliegend ist im Ergebnis zwar die Beteiligte zu 1. mit ihrem Erbscheinsantrag erfolgreich, wohingegen der Beteiligte zu 2. unterlegen ist. Angesichts des auslegungsbedürftigen Wortlautes des Testaments und der kontroversen Rechtsfragen erscheint es aber angemessen, die Gerichtskosten zwischen den obsiegenden Beteiligten zu 1. und 3. einerseits und dem Beteiligten zu 2. andererseits hälftig aufzuteilen und die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst tragen zu lassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, 3 Wx 91/16, ErbR 2017, 674).

6.

Die Festsetzung des Beschwerdewertes orientiert sich gemäß §§ 36 Abs. 1, 40, 61 Abs. 1 und 2 GNotKG an dem Interesse der Beteiligten zu 1. und 3. insgesamt zur Hälfte am Nachlass beteiligt zu werden.

7.

Der Senat lässt die Rechtsbeschwerde zu, da die Voraussetzungen des § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG vorliegen. Der Senat weicht mit der hiesigen Entscheidung von der Rechtsprechung des OLG Jena ab. Die Frage, ob und inwieweit die Andeutungstheorie in Fällen wie dem vorliegenden der Auslegung eines Testamentes Grenzen setzt, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht einheitlich beurteilt.

Krah  
Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Dr. Bachnick  
Richter  
am Oberlandesgericht

Moraht  
Richterin  
am Oberlandesgericht

Erlass des Beschlusses (§ 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG):  
Übergabe an die Geschäftsstelle  
am 11.02.2019.

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle