



## Oberlandesgericht Karlsruhe

11. ZIVILSENAT

### Beschluss

In der Nachlasssache auf Ableben des Herrn N., verstorben am in B., geboren am in K., zuletzt wohnhaft in B.

Beteiligte:

- 1)  
- Ehefrau und Beschwerdeführerin -

Verfahrensbevollmächtigte zu 1:  
Rechtsanwältin

- 2)  
- Tochter und gesetzliche Erbin -

- 3)  
- Sohn und gesetzlicher Erbe -

Verfahrensbevollmächtigte zu 3:  
Rechtsanwälte

hat das Oberlandesgericht Karlsruhe - 11. Zivilsenat - durch den Vizepräsidenten des Oberlandesgerichts Radke, die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] und den Richter am Landgericht [REDACTED] beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 wird der Beschluss des Amtsgerichts - Nachlassgericht - Bruchsal vom 28.04.2020, Az. A 1 VI 155/18, aufgehoben.

Das Amtsgericht - Nachlassgericht - Bruchsal wird angewiesen, auf den Antrag der Beteiligten zu 1 vom 05.04.2017 einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts zu erteilen, dass die Beteiligte zu 1 den Erblasser auf Grund gesetzlicher Erbfolge mit einer Erbquote von 1/2 und die Beteiligten zu 2 und zu 3 den Erblasser auf Grund gesetzlicher Erbfolge mit einer Erbquote von je 1/4 beerbt haben.

2. Die Gerichtskosten für das Verfahren in erster Instanz trägt die Beteiligte zu 1. Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren werden nicht erhoben. Außergerichtliche Kosten in erster und zweiter Instanz werden nicht erstattet.
3. Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.
4. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 350.000,00 € festgesetzt.

## Gründe:

### I.

Der im Juni 2016 verstorbene Erblasser war in erster Ehe mit Frau N. verheiratet; die Ehe wurde 1984 rechtskräftig geschieden. Am 29.06.2011 heiratete der Erblasser seine langjährige Lebensgefährtin, die Beteiligte zu 1. Der Beteiligte zu 3 ist der Sohn des Erblassers und seiner ersten Ehefrau; die Beteiligte zu 2 ist die Tochter des Erblassers und der Beteiligten 1.

Letztwillige Verfügungen im Original liegen nicht vor. Im September 2016 legte der Beteiligte zu 3 dem Nachlassgericht die Kopie eines auf den 05.04.2010 datierten handschriftlichen Testaments vor. Er erklärte, diese gemeinsam mit anderen Unterlagen in einer Plastiktüte in der Werkstatt des Elternhauses des Erblassers gefunden zu haben (vgl. I, 341). Dort hätten sich die Unterlagen in einer Schublade eines Schrankes befunden.

Die Testamentskopie hatte folgenden Wortlaut:

#### 5.4.10

##### *Testament*

*Das Haus am K. vermache ich meiner  
Tochter.  
J. bekommt zur Auflage, dass ihre Mutter  
ein lebenslanges Wohnrecht in diesem  
Haus hat.  
Die beiden Eigentumswohnungen in B.  
Str. u. wählbar je das alte  
Haus meiner Eltern oder den zu erwarteten  
in Bauerwartungsland stehenden Bauplatz  
vermache ich meinem Sohn aus erster Ehe.*

*Da die Eigentumswohnungen noch nicht vollständig bezahlt sind Restschuld derzeit ca. 60000 € bei der VoBa-B., verpflichte ich meine Tochter diese aus dem sonstigen Erbteil auszugleichen.*

*Die vorhandenen Grundstücke (Äcker), Versicherungen u. restliches Barvermögen vermache ich zu gleichen Teilen meinen beiden Kindern. Meiner Lebensgefährtin vermache ich ein Barvermögen zu Lasten von meinen beiden Kindern (Erben) in Höhe von 50000 €.*

Am 29.06.2011 heiratete der Erblasser die Beteiligte zu 1. Mit Vertrag vom 18.05.2012 schenkte der Erblasser dem Beteiligten zu 3 einen Betrag von 50.000,00 € mit der Auflage, damit bis zum 31.12.2013 einen Bauplatz, eine Eigentumswohnung oder ein Wohnhaus zu erwerben und mit der Bestimmung, dass dieser Betrag auf seinen Erbteil anzurechnen sei.

Auf der Grundlage der vorgelegten Kopie beantragte der Beteiligte zu 3 die Erteilung eines Erbscheins, der ihn und die Beteiligte zu 2 als Erben zu je 1/2 ausweisen sollte (AS I, 215). Er gab an, die Testamentskopie ein bis zwei Wochen nach dem Tod des Erblassers in dessen Werkstatt gefunden zu haben.

Die Beteiligte zu 1 geht hingegen von einer Vernichtung des verschwundenen Originals durch den Erblasser aus (AS I, 219). Denn der Erblasser habe eine letztwillige Verfügung diesen Inhalts noch im April 2010 nach Beratung durch den Notar verworfen und angekündigt, ein neues Testament zu errichten. Auch eine weitere, in ihrer Anwesenheit im Juni 2010 erfolgte Beratung durch Frau Rechtsanwältin habe ihn in diesem Entschluss bestärkt. Dem Erblasser sei es maßgeblich um ihre Absicherung gegangen. Er habe sie nur geheiratet, um ihr den Status einer gesetzlichen Erbin zu verschaffen. Sie beantragte die Erteilung eines Erbscheins, der sie und die weiteren Beteiligten als gesetzliche Erben im Verhältnis 1/2 (Beteiligte zu 1) zu je 1/4 (Beteiligte zu 2 und zu 3) ausweisen soll (AS I, 171).

Mit Beschluss vom 29.12.2017 (I, 267) erachtete das Nachlassgericht unter Zurückweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 3 die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 3 hob der Senat den Beschluss des Nachlassgerichts vom 29.12.2017 auf [11 W 75/18 (Wx)] und verwies die Sache zu erneuten Entscheidung an das Nachlassgericht zurück.

Das Nachlassgericht habe es verfahrensfehlerhaft unterlassen, Feststellungen zu der Errichtung eines Testaments durch den Erblasser zu treffen. Eine entsprechende Feststellung erfordere regelmäßig eine förmliche Beweisaufnahme. Die Angaben der Beteiligten gäben Anlass zu weiterer Aufklärung, ob der Erblasser tatsächlich unter dem 05.04.2010 eine Urkunde errichtet habe, die er bereits als seine rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen habe. Sofern der Beweis einer formgültigen Errichtung mit Testierwillen erbracht werden könne, dürfe die Erteilung eines Erbscheins nicht deshalb verweigert werden, weil der Widerruf dieses Testaments nicht widerlegt werden könne.

Mit dem angegriffenen Beschluss vom 28.04.2020 hat das Nachlassgericht nach Anhörung der Beteiligten und Zeugenvernehmung die zur Begründung des Antrags vom 31.03.2017 auf Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Der Erblasser habe am 05.04.2010 eine endgültige formwirksame letztwillige Verfügung getroffen und nicht lediglich einen Testamentsentwurf erstellt. Ein Widerruf dieser letztwilligen Verfügung durch den Erblasser könne nicht festgestellt werden. Die Heirat mit der Beteiligten zu 1 habe zwar ein gesetzliches Erbrecht der Beteiligten zu 1 in Höhe der Hälfte des Nachlasses begründet. Allerdings ergebe auch die testamentarische Regelung weiterhin einen Sinn, denn hier sei der Beteiligten zu 1 ein lebenslanges Wohnrecht zugewandt.

Gegen diesen ihr am 26.05.2020 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 24.06.2020 (I, 647). Das Nachlassgericht habe wesentliche Indizien nicht berücksichtigt, die dafür sprächen, dass der Erblasser das Testament willentlich vernichtet habe. So lägen Hinweise auf eine Willensänderung des Erblassers vor. Der Erblasser habe sich nach der Errichtung des Testaments gemeinsam mit ihr notariell und anwaltlich beraten lassen. Sowohl der Notar, als auch die Zeugin hätten dem Erblasser geraten, das Testament zu ändern. Das Nachlassgericht habe nicht gewürdigt, dass der Erblasser vor der Frage gestanden habe, ob er entweder heiraten oder ein Testament errichten sollte. Tatsächlich habe er sie dann geheiratet und diese Eheschließung habe allein ihrer Absicherung dienen sollen. Der Umstand, dass der Erblasser nach der Heirat nie mehr über die Absicherung gesprochen habe, zeige, dass er das Problem durch die Heirat und nicht durch ein Testament als gelöst angesehen habe. Es ergebe keinen Sinn, dass der Erblasser das Testament trotz der Heirat bestehen lassen wollen. Das im Testament vorgesehene Wohnrecht entwerte das Erbe der Beteiligten zu 2. Der Erblasser habe seine Kinder aber gleichbehandeln wollen. Das sei mit der Zuwendung des Wohnhauses im Testament aufgrund des baulichen Zustands dieses Hauses aber nicht möglich. Insbesondere habe das Nachlassgericht nicht berücksichtigt, dass der Umstand, dass die Testamentskopie sich mit den Kopien längst erledigter Vorgänge in einer Schublade der Werkstatt des leerstehenden Elternhauses des Erblassers befunden habe, dafür spreche, dass die Kopie für die Entsorgung vorgesehen gewesen sei. Hinzu komme, dass der Erblasser seinem Sohn am 18.05.2012 einen Betrag von 50.000,00 € zum Zweck des Erwerbs einer Wohnung oder eines Bauplatzes zugewandt habe. Das spreche dafür, dass der Erblasser das Testament vernichtet habe, denn es liege fern, dass der Erblasser seinem Sohn testamentarisch

wahlweise den Bauplatz oder das leerstehende Elternhaus hinterlassen habe, wenn er ihm gerade zu diesem Zweck bereits lebzeitig Geld überlassen habe. Gegen eine testamentarische Zuwendung spreche auch, dass der Erblasser es unter allen Umständen habe verhindern wollen, dass sie nach seinem Tod Erbschaftsteuer zahlen müsse. Der Erblasser habe bei der Niederschrift des streitgegenständlichen Testaments aber auch nicht mit Testierwillen gehandelt, da er sich schon eine Woche später erbrechtlich habe beraten lassen. Das lasse den Schluss zu, dass es sich dabei nur um einen Entwurf gehandelt habe.

Der Beteiligte zu 3 verteidigt den Beschluss. Die Zeugin habe dem Erblasser gerade nicht geraten, das Testament zu vernichten, sondern lediglich, es klarer zu formulieren.

## II.

Die gemäß §§ 58 FamFG zulässige Beschwerde ist begründet. Denn es kann nicht sicher ausgeschlossen werden, dass es sich bei der Urkunde, deren Kopie im Verfahren vorgelegt worden ist, lediglich um einen Testamentsentwurf gehandelt hat.

1. Allerdings hat sich das Nachlassgericht zu Recht davon überzeugt, dass es ein Original der Urkunde gab, welche als Kopie im Verfahren vorgelegt worden ist. Die Fotokopie eines Testaments als solche erfüllt die Anforderungen an ein formgültiges privatschriftliches Testament nicht; allein aus einer vorgelegten Testamentskopie kann ein Erbrecht nicht abgeleitet werden. Es kann aber auf andere Weise der Nachweis geführt werden, dass der Erblasser ein formgerechtes Testament mit dem aus der Kopie ersichtlichen Inhalt errichtet hat (Senat, Beschluss vom 08. Oktober 2015 – 11 Wx 78/14 –, Rn. 15, juris). Das Original der Urkunde vom 05.04.2010 genügt den formellen Anforderungen des § 2247 BGB. Das Nachlassgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Erblasser das Original der Urkunde, welche in Kopie im Verfahren vorgelegt worden ist, am 05.04.2010 geschrieben hat. Dafür spricht nicht allein die Existenz der Kopie. Vielmehr hat die Zeugin bei ihrer Vernehmung vor dem Nachlassgericht bestätigt, dass der Erblasser ihr das Original des Schriftstückes vorgelegt habe, um ihre Meinung zu erfahren. Der Inhalt dieser Urkunde war auch Gegenstand der anwaltlichen Beratung durch die Zeugin. Inhaltlich besteht zudem eine große Übereinstimmung mit dem Testamentsentwurf, welchen die Zeugin auf Bitten des Erblassers als Vorlage gefertigt und dem Erblasser übergeben hatte (I, 565).

2. Es kann aber nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden, dass der Erblasser diese Urkunde mit Testierwillen verfasst hat.

Bei einem Testament handelt es sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Es ist demnach nur dann wirksam, wenn der Erblasser bei seiner Errichtung einen ernstlichen Testierwillen hatte (OLG Hamm, Beschluss vom 27. November 2015 – I-10 W 153/15 –, Rn. 31, juris). Letztwillige Verfügungen müssen als Willenserklärungen mit einem auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichteten Willen getroffen werden,

nämlich mit dem ernstlichen Willen des Erblassers, ein Testament zu errichten und rechtsverbindliche Anordnungen zu treffen. Daher muss außer Zweifel stehen, dass der Erblasser die Urkunde als seine rechtsverbindliche letztwillige Verfügung angesehen hat (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 02. Oktober 1998 – 1Z BR 95/98 –, Rn. 9, juris). Dieser ernstliche Wille zu testieren folgt bei privatschriftlichen Erklärungen nicht in jedem Fall aus der Erfüllung aller Formerfordernisse eines eigenhändigen Testaments nach § 2247 BGB. Auch bei Einhaltung der Form des § 2247 BGB darf die Urkunde nach dem in ihr verlautbarten oder anderweitig feststellbaren Willen des Erblassers nicht als bloßer Entwurf gefertigt sein oder sonst nur eine vorbereitende oder ähnlich unverbindliche Bedeutung haben (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 04. Februar 2000 – 1Z BR 16/99 –, Rn. 14, juris). Dafür, ob der Erblasser im Einzelfall ernstlich eine letztwillige Verfügung treffen wollte, kommt es allein auf den tatsächlichen Willen des Erblassers an. Es handelt sich um eine im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Frage, die im Wege der Auslegung (§ 133 BGB) unter Heranziehung aller erheblichen, auch außerhalb der Urkunde liegenden Umstände und der allgemeinen Lebenserfahrung zu beurteilen ist. Auch bei Einhaltung der Form im Übrigen muss ein mit „Testament“ oder „Mein letzter Wille“ überschriebenes Schriftstück noch nicht als endgültige letztwillige Verfügung betrachtet werden, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte eine andere Beurteilung als nahe liegend erscheinen lassen (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 04. Februar 2000 – 1Z BR 16/99 –, Rn. 15, juris). Die Feststellungslast trägt derjenige, der aus der Urkunde ein Erbrecht für sich in Anspruch nimmt (OLG München, Beschluss vom 25. September 2008 – 31 Wx 42/08 –, Rn. 27, juris).

Es verbleiben Zweifel, ob der Erblasser die Urkunde vom 05.04.2010 errichtet hat, um rechtsverbindliche Anordnungen zu treffen. Weil das Original nicht aufgefunden werden konnte und der Erblasser die Kopie nicht sorgsam verwahrt hat, sondern diese sich ungeordnet in einer Schublade befand, fehlt ein klares Indiz für eine Errichtung mit Testierwillen. Es erscheint vielmehr ebenso möglich, dass der Erblasser das Schriftstück lediglich als Entwurf erstellte, zumal sich der Erblasser am 05.04.2010 noch in einem Entscheidungsfindungsprozess befunden haben dürfte.

Der Erblasser hat sich hinsichtlich der Frage, wie er seine Kinder gleichbehandeln und seine damalige Lebensgefährtin sowie die Tochter absichern könne, ratsuchend an mehrere Personen gewandt. Nach Errichtung der Urkunde hat er fachliche Hilfe gesucht. Der Erblasser war sich also nicht sicher, mit der Urkunde vom 05.04.2010 das Ziel, seine Kinder zu bedenken und seine Lebensgefährtin ausreichend abzusichern, schon erreicht zu haben. Die Zeugen haben den Erblasser auch als eine sehr unentschlossene Person beschrieben, der in einem längeren Prozess mit sich darum gerungen hat, wie er seinen Nachlass am besten verteilt.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass der Erblasser bei Errichtung der Urkunde vom 05.04.2010 bereits eine verbindliche Erklärung abgeben wollte. Dafür spricht, dass es dem Erblasser bei der Beratung durch Rechtsanwältin nicht um inhaltliche Änderungen ging, sondern

darum, Formulierungen zu finden, welche seinen Willen möglichst klar zum Ausdruck bringen. Darauf deutet auch hin, dass der Erblasser von der Urkunde eine Kopie gefertigt hat. Dies ist ein Indiz dafür, dass der Erblasser das Original für eine bedeutende, weil Rechtswirkung entfaltende, Urkunde gehalten haben könnte. Auch gegenüber den Zeugen, denen der Erblasser die Urkunde gezeigt hatte, hat der Erblasser nicht erklärt, er habe lediglich einen Entwurf gefertigt. Dagegen ist der Umstand, dass die Urkunde nicht mit einem Zusatz „Entwurf“ versehen ist, kein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer schon verbindlichen Erklärung. Eine derartige ausdrückliche Kennzeichnung eines Schriftstückes als Entwurf ist bei rechtlichen Laien nicht verbreitet.

Es ist aber ebenso möglich, dass der Erblasser einen Testamentsentwurf errichtet hat, um der fachlichen Beratung eine konkrete Grundlage zu geben. Darauf deutet hin, dass die Zeugin dem Erblasser geraten hatte, ein notarielles Testament zu errichten und dieses in notarielle Verwahrung zu geben, was unterblieben ist. Auf Nachfragen der Zeugin hat der Erblasser ausweichend geantwortet und die Existenz eines Testaments nicht bestätigt. Insbesondere spricht aber der Umstand, dass der Erblasser die Urkunde kurz vor der fachlichen Beratung durch den Notar und durch Rechtsanwältin errichtet hat, dagegen, dass diese Urkunde bereits ein verbindliches Testament darstellen sollte. Es ist wesentlich naheliegender, dass der Erblasser anhand eines konkreten Entwurfs den endgültigen Text des Testaments erst erarbeiten wollte. Hinzu kommt, dass die Zeugin gegenüber dem Erblasser sinngemäß erklärt hat, er könne das Testament „so nicht stehen lassen“. Der Erblasser hat daraufhin den für die weitere Beratung vorgesehenen Testamentsentwurf nicht gefertigt und einen weiteren anwaltlichen Beratungstermin nicht mehr vereinbart. Zwar kann ihm eine weitere anwaltliche Beratung auch zu kostspielig gewesen sein, nachdem die Zeugin zunächst nur eine Erstberatungsgebühr abgerechnet hatte. Es hätte dann aber nahe gelegen, zumindest die angesprochenen formellen Änderungen umzusetzen.

Nachdem danach der Testierwille des Erblassers bei Abfassung der Urkunde vom 05.04.2010 nicht sicher festgestellt werden kann, verbleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge. Danach erbt die Beteiligte zu 1 gemäß §§ 1931 Abs. 1 und Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB mit einer Quote von 1/2, die Beteiligten zu 2 und zu 3 jeweils mit einer Quote von 1/4.

### III.

Weil die Beschwerde Erfolg hat, war über die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen nach Maßgabe von § 81 Abs. 1 FamFG nach billigem Ermessen zu entscheiden. Dass die Beteiligte zu 1 die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens trägt, entspricht der gesetzlichen Regel, wonach der Antragsteller die Gerichtskosten zu tragen hat (§ 22 Abs. 1 GNotKG; vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 18.05.2016 – 3 Wx 113/15, BeckRS 2016, 19261 Rn. 24). Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten in erster wie auch in zweiter Instanz ist es sachgerecht, von der Anordnung einer Erstattung abzusehen. Denn angesichts der

Schwierigkeit der Sache haben die Beteiligten jeweils einen vertretbaren Standpunkt eingenommen. Bei dieser Sachlage entspricht es zudem der Billigkeit, Gerichtskosten für das erfolgreiche Rechtsmittel nicht zu erheben (§ 25 Abs. 1 GNotKG).

Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor (§ 70 Abs. 2 FamFG).

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens ergibt sich nach den §§ 61 Abs. 1, Abs. 2, 40 Abs. 1 GNotKG aus dem Nachlasswert zum Zeitpunkt des Erbfalls. Der Nachlasswert wurde zum Zweck der Kostenfestsetzung auf Grundlage der von den Beteiligten nicht angegriffenen Schätzung des Nachlassgerichts mit 700.000,00 € angenommen. Nachdem die Beteiligte zu 1 einen Teilerbschein mit der Ausweisung als hälftige Erbin beantragt, beträgt der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren nach § 40 Abs. 2 GNotKG 350.000,00 €.

■■■■■■■■■■  
Vizepräsident  
des Oberlandesgerichts

■■■■■■■■■■  
Richterin  
am Oberlandesgericht

■■■■■■■■■■  
Richter  
am Landgericht

Erlass des Beschlusses (§ 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG):  
Übergabe an die Geschäftsstelle  
am 11.03.2022

■■■■■■■■■■ JOSekr'in  
Urkuundsbeamtin der Geschäftsstelle