

**Titel:**

## **Feststellung des Testierwillens**

**Normenkette:**

BGB § 133, § 2247, § 2255

**Leitsätze:**

1. Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände besteht bei einer formgerecht errichteten Verfügung von Todes wegen keine Veranlassung, den Testierwillen des Erblassers zur Zeit der Errichtung anzuzweifeln. (Rn. 12)
2. Errichtet der Erblasser am selben Tag zwei inhaltlich identische Schriftstücke, die Verfügungen von Todes wegen enthalten, liegt die Prüfung nahe, ob der Erblasser zwei Originale oder aber ein Original und eine (handschriftliche) Abschrift errichten wollte. (Rn. 16)
3. Die Feststellungslast für das Vorliegen des Testierwillens trägt grundsätzlich derjenige, der aus einer Verfügung von Todes wegen Rechte herleiten will.
  1. Stellt eine Urkunde nur die Abschrift des Testaments dar, führt ihre Vernichtung nicht zum Widerruf des Testaments (Rn. 16). (redaktioneller Leitsatz)
  2. Sind zwei Originale eines Testaments vorhanden, schlägt die Vernichtung des einen Originals nicht auf das weitere Original durch (Rn. 21). (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Erblasser, handschriftliches Testament, Form, Testierwillen, Original, Urschrift, Abschrift, Vernichtung des Testaments

**Vorinstanz:**

AG Dillingen, Beschluss vom 07.03.2019 – 2 VI 642/17

**Fundstellen:**

RPfleger 2020, 468  
FGPrax 2020, 192  
ErbR 2020, 570  
FamRZ 2020, 1783  
LSK 2020, 8724  
ZErb 2020, 302  
NJW-RR 2020, 776  
BeckRS 2020, 8724  
ZEV 2020, 694

**Tenor**

1. Die Beschwerden gegen den Beschluss des Amtsgerichts Dillingen a.d. Donau - Nachlassgericht - vom 07.03.2019 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Ziffer 3 des angefochtenen Beschlusses wie folgt neu gefasst wird:

„Die Beteiligten tragen die gerichtlichen Kosten des jeweiligen von ihnen veranlassten Erbscheinserteilungsverfahrens vor dem Nachlassgericht. Ihre außergerichtlichen Kosten tragen die Beteiligten jeweils selbst.“

2. Die Beschwerdeführer tragen die gerichtlichen Kosten des jeweils von ihnen veranlassten Beschwerdeverfahrens.

3. Sie haben zugleich die der Beteiligten zu 1 erwachsenen notwendigen außergerichtlichen Auslagen des jeweiligen Beschwerdeverfahrens zu erstatten.

4. Der Geschäftswert der Beschwerdeverfahren 31 Wx 246/19, 31 Wx 247/19 wird auf jeweils 104.250 €, der Beschwerdeverfahren 31 Wx 248/19, 31 Wx 249/19, 31 Wx 269/19 wird auf jeweils 69.500 € festgesetzt.

## Gründe

I.

1

Der ledige und kinderlose Erblasser ist am xx.xx.2017 in Dillingen verstorben.

2

Er errichtete am 08.07.2011 zwei im Wesentlichen gleichlautende Testamente. Ein Exemplar verblieb beim Erblasser, ein Exemplar gab er der Beteiligten zu 1, seiner Cousine.

3

Die Verfügungen haben folgenden Wortlaut:

„Testament

1.) Im Falle meines Ablebens setze ich meine Cousine ... .., ..., ...str., zu meiner Alleinerbin ein.

2.) Als Vermächtnis erhalten:

..., ... in ... 10.000,- Euro

3.) Ersatzerben: ... .., Pfarrer in ...

... den 8.7.2011 (Unterschrift des Erblassers)“

4

Die beiden Exemplare unterscheiden sich lediglich insoweit, als ein Exemplar, nämlich das, was beim Erblasser verblieben war, die Wörter „meine Cousine“ als Einfügung oberhalb der ersten Zeile enthält und die Gliederungsziffern (1, 2, 3) nicht enthält.

5

Die beim Erblasser verbliebene Verfügung wurde nach dem Vortrag der Beteiligten im Verfahren vor dem Nachlassgericht im Jahre 2017 vom Betreuer des Erblassers zerrissen. Das bei der Beteiligten zu 1 verbliebene Exemplar habe der Betreuer von dieser herausverlangt, jedoch verweigerte die Beteiligte zu 1 nach Angaben des Betreuers die Herausgabe.

6

Die Beteiligte zu 1 hat, gestützt auf die Verfügung, die bei ihr verblieben war, einen Erbschein beantragt, dessen Erteilung das Nachlassgericht angekündigt hat.

7

Die Beschwerdeführer, die zu den gesetzlichen Erben gehören, sind der Ansicht, das Testament sei wirksam widerrufen und gesetzliche Erbfolge eingetreten.

II.

8

Die zulässigen Beschwerden bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

9

Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbrechtslage nach dem Testament richtet, das der Erblasser am 08.07.2011 errichtet und der Beteiligten zu 1 ausgehändigt hat.

10

1. Bei dem Testament vom 08.07.2011, das an die Beteiligte zu 1 ausgehändigt wurde, handelt es sich um ein formwirksames, mit Testierwillen errichtetes Testament.

11

Ein handschriftliches Testament ist formwirksam errichtet, wenn es vom Erblasser eigenhändig ge- und unterschrieben ist, § 2247 Abs. 1 BGB.

## 12

Eine Verfügung von Todes wegen ist mit Testierwillen errichtet, wenn der Erblasser den ernstlich erklärten Willen hatte, ein rechtsverbindliches Testament zu errichten. Dieser Wille folgt bei privatschriftlichen Testamenten nicht in jedem Fall aus der Erfüllung aller Formerfordernisse nach § 2247 (BayObLG FGPrax 2004, 243). Die Feststellung des Testierwillens erfordert eine Prüfung des Gesamtverhaltens des Erklärenden einschließlich aller Nebenumstände (§ 133); dabei können auch Umstände außerhalb der Urkunde sowie die allgemeine Lebenserfahrung von Bedeutung sein. Insbesondere muss sich der Erblasser darüber bewusst sein, dass er eine rechtsverbindliche Erklärung abgibt (BayObLG FamRZ 2000, 944/945). Wenn eine Urkunde mit „letztwillige Verfügung“ überschrieben und unterzeichnet ist, besteht aber mangels anderer Anhaltspunkte kein Grund zur Prüfung, ob nur ein Entwurf vorliegt (MüKoBGB/Sticherling, 8. Auflage <2020>, § 2247 Rn. 6).

## 13

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Senat der Ansicht, dass es sich bei dem Testament vom 08.07.2011 in jeder Hinsicht eine wirksame Verfügung von Todes handelt.

## 14

a) Das Testament ist formwirksam errichtet, § 2247 Abs. 1 BGB. Der Erblasser hat die Verfügung handschriftlich errichtet und eigenhändig unterschrieben. Dies war auch unter den Beteiligten zu keinem Zeitpunkt streitig.

## 15

b) Er handelte dabei auch mit Testierwillen, d.h. dem Willen, seine Nachfolge von Todes wegen verbindlich zu regeln. Insbesondere wollte der Erblasser durch das Abfassen zweier Exemplare der inhaltlich selben Verfügung nicht ein Original und eine Abschrift/Kopie fertigen.

## 16

aa) Nachdem der Erblasser am gleichen Tag zwei im Wesentlichen gleichlautende, inhaltlich identische Verfügungen niedergeschrieben hat, war zu klären, ob der Erblasser eine Urschrift und eine Abschrift/Kopie, aus der heraus selbst keine Rechte hergeleitet werden könnten, errichten wollte. Hätte in einem solchen Fall der Erblasser lediglich die Abschrift an die Beteiligte zu 1 ausgehändigt, würde die Vernichtung des Originals die Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge haben können (§ 2256 Abs. 1 BGB), die Abschrift müsste und könnte schon nicht widerrufen werden, da sie bereits keine wirksame Verfügung von Todes wegen enthielte.

## 17

bb) Allerdings ist der Senat überzeugt, dass es sich bei der Urkunde, die der Erblasser der Beteiligten zu 1 ausgehändigt hat, um ein (gegebenenfalls weiteres) Original, jedenfalls nicht um eine bloße Abschrift handelte.

## 18

(1) Für das Vorliegen eines Originals spricht bereits der Umstand, dass die äußeren Merkmale der aus den Händen gegebenen Urkunde eher dem entsprechen, was man als „Schönschrift“ bezeichnen würde: Die einzelnen Absätze weisen Gliederungsnummern auf, die beim Erblasser verbliebene Urkunde weist einen oberhalb der Zeile befindlichen Einschub auf. Ein Erblasser, der von der Originalverfügung noch eine handschriftliche Abschrift/Kopie erstellt, behielte nach der allgemeinen Lebenserfahrung aber die Reinschrift (Schönschrift) bei sich und würde die weniger ordentlich geratene Version aus der Hand geben, schließlich hätte letztere nur Beweisfunktion, aber keine rechtsgestaltende Wirkung.

## 19

(2) Darüber hinaus wäre zu erwarten gewesen, dass der Erblasser das Dokument entsprechend als Kopie kennzeichnet z.B. indem er auf der Urkunde vermerkt, dass es sich lediglich um eine Abschrift/Kopie handelt. Ohne weiteres wäre es dem Erblasser möglich gewesen, durch Anbringen eines entsprechenden handschriftlichen Vermerks klarzustellen, dass die der aus den Händen gegebene Variante lediglich eine Beweisfunktion haben sollte.

## 20

(3) Auch der Umstand, dass der Erblasser angeblich seinen Betreuer gebeten hatte, die der Beteiligten zu 1 ausgehändigte Urkunde von dieser zurückzuerlangen, spricht für das Vorliegen eines Originals. Ein derartiger Aufwand wäre bei einer Abschrift/Kopie kaum erforderlich, denn wäre der Erblasser davon

ausgegangen, er hätte der Beteiligten zu 1 lediglich eine rechtlich unverbindliche Abschrift/Kopie ausgehändigt, hätte er dies gegenüber dem Betreuer lediglich klarzustellen bzw. zu dokumentieren gehabt.

## **21**

c) Schließlich wurde dieses Testament auch nicht wirksam widerrufen, § 2255 BGB. Die Vernichtung des in den Händen des Erblassers befindlichen Originals schlägt nicht auf das weitere Original vom selben Tag durch.

## **22**

d) Der Umstand, dass die Beteiligte zu 1 auf Aufforderung durch den Betreuer des Erblassers (angeblich) das Testament nicht ausgehändigt hat, ist insoweit unerheblich. Dabei kann dahinstehen, aufgrund welches Rechtsverhältnisses die Beteiligte zu 1 in Besitz der Verfügung war und ob der Betreuer des Erblassers tatsächlich einen (fremden) Herausgabeanspruch geltend machen konnte. Selbst wenn ein wirksamer Herausgabeanspruch bestanden haben sollte, den die Beteiligte zu 1 zu erfüllen gehabt hätte, hätte die Verletzung dieser - unterstellten - Pflicht nicht die Unwirksamkeit der Verfügung zur Folge. Ob darin eine Erbunwürdigkeit der Beteiligten zu 1 gesehen werden kann, wie die Beschwerdeführer vortragen, kann ebenfalls dahinstehen. Eine Erbunwürdigkeit wäre vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen und erst beachtlich, wenn ein entsprechendes Urteil vorläge.

## **23**

Mithin kommt es auch nicht auf die aufgeworfene Frage, ob der Erblasser bei Widerruf des Testaments noch testierfähig war, nicht an.

## **III.**

## **24**

Die Neufassung der Kostenentscheidung beruht auf dem Umstand, dass es die vom Nachlassgericht ausgesprochene Kostenaufhebung als solche im Verfahren nach dem FamFG nicht gibt. Aus der Begründung der angefochtenen Entscheidung (Beschluss Seite 12) wird jedoch deutlich, dass es dem Nachlassgericht mit dem Ausspruch darum ging, dass außergerichtliche Kosten nicht erstattet werden sollen.

## **25**

Der Senat konnte diese Klarstellung vornehmen; zum Erfolg verhilft sie den Beschwerden nicht.

## **IV.**

## **26**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

## **27**

Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf dem wirtschaftlichen Interesse am Erfolg der jeweiligen Beschwerde, nämlich der Durchsetzung eines gesetzlichen Erbteils in Höhe von 3/24 bzw. 2/24.

## **28**

Nachdem der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls durch das Nachlassgericht mit 834.000 € ermittelt wurde, ergaben sich die durch den Senat festgesetzten Geschäftswerte aus der auf die jeweiligen Beschwerdeführer entfallenden Quote im Rahmen der behauptete gesetzlichen Erbteile.

## **V.**

## **29**

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.