



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

IV ZB 20/01

vom

16. Januar 2002

in der Nachlaßsache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

BGB § 2270 Abs. 2

Fällt der in einem Ehegattentestament eingesetzte Schlußerbe weg, ist § 2270 Abs. 2 BGB auf Ersatzerben nur anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf § 2069 BGB beruht (Abweichung von BGH, Urteil vom 22. September 1982 - IVa ZR 26/81 - NJW 1983, 277 unter a).

BGH, Beschluß vom 16. Januar 2002 - IV ZB 20/01 - BayObLG

LG Kempten (Allgäu)

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting und Wendt, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Felsch

am 16. Januar 2002

beschlossen:

Die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) gegen den Beschluß des Landgerichts Kempten (Allgäu) vom 21. November 2000 wird zurückgewiesen.

Die Beteiligte zu 1) trägt die Kosten der Beteiligten zu 2) auch im Verfahren der weiteren Beschwerde.

Geschäftswert für das Verfahren der weiteren Beschwerde: 204.516,75 € (DM).

#### Gründe:

A. Die Beteiligten streiten über die Erbfolge nach der am 22. Dezember 1998 im Alter von 91 Jahren verstorbenen Erblasserin. Ihr Ehemann starb bereits im Jahre 1957. Aus der Ehe sind zwei Söhne hervorgegangen; der eine starb 1951 ohne Abkömmlinge; der Sohn K. ist am 8. Juni 1998 vorverstorben. Er hatte zwei Kinder: die am 6. Mai 1963

geborene nichteheliche Beteiligte zu 1) und die am 4. Mai 1965 geborene eheliche Beteiligte zu 2).

Die Erblasserin und ihr Ehemann errichteten am 8. Januar 1954 eigenhändig ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und den Sohn K. zum Schlußerben einsetzten. Falls der Überlebende wiederheiraten würde, sollte er die Hälfte des vom zuerst versterbenden Ehegatten noch vorhandenen Nachlasses an den Sohn K. herausgeben und an das gemeinschaftliche Testament nicht mehr gebunden sein. Am 20. August 1994 widerrief die Erblasserin in einem notariellen Testament ihre bisherigen letztwilligen Verfügungen und setzte die Beteiligte zu 2) als Alleinerbin ein. Der Sohn K. erhielt als Vermächtnis den lebenszeitigen Nießbrauch am Haus der Erblasserin; er verzichtete auch mit Wirkung auf seine Abkömmlinge auf seinen Pflichtteil.

Die Beteiligte zu 1) hält das notarielle Testament vom 20. August 1994 insoweit für unwirksam, als es der Schlußerbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 8. Januar 1954 widerspricht. Sie meint, daß sie neben der Beteiligten zu 2) Ersatzerbin ihres Vaters geworden sei; diese Ersatzerbfolge sei wechselbezüglich und damit bindend. Sie hat daher einen Erbschein beantragt, wonach sie und die Beteiligte zu 2) je zur Hälfte Erben geworden sind. Dem tritt die Beteiligte zu 2) entgegen und hat einen Erbschein beantragt, der sie aufgrund des notariellen Testaments vom 20. August 1994 als alleinige Erbin ausweist.

Das Amtsgericht hat als Nachlaßgericht mit Beschluß vom 2. November 1999 die Erteilung eines Erbscheins nach dem Antrag der Beteiligten zu 2) angekündigt. Die gegen diesen Vorbescheid gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1) hat das Landgericht mit Beschluß vom 21. November 2000 zurückgewiesen. Daraufhin hat das Nachlaßgericht am 14. Dezember 2000 den angekündigten Erbschein erteilt. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1) ihren Erbscheinsantrag weiter, nunmehr verbunden mit dem Antrag auf Einziehung des erteilten Erbscheins. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat die weitere Beschwerde mit Beschluß vom 28. September 2001 dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt (FGPrax 2001, 248). Es möchte das Rechtsmittel als im Ergebnis unbegründet zurückweisen, weil § 2270 Abs. 2 BGB nicht für Ersatzerben gelte, die nur aufgrund der Regel des § 2069 BGB berufen sind. Daran sieht es sich jedoch durch den ebenfalls im Verfahren der weiteren Beschwerde ergangenen Beschluß des Oberlandesgerichts Frankfurt vom 9. Januar 1998 gehindert (FamRZ 1998, 772), das - im Anschluß an eine frühere Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (FamRZ 1995, 251, 253 f.) - § 2270 Abs. 2 BGB auch auf Ersatzerben angewandt hat, die allein nach § 2069 BGB berufen waren.

B. I. 1. Die Voraussetzungen einer Vorlage an den Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG sind gegeben. Die Entscheidung des Falles hängt von der Antwort auf die Vorlagefrage ab, die das Oberlandesgericht Frankfurt anders entschieden hat, als es dem vorliegenden Bayerischen Obersten Landesgericht zutreffend erscheint.

2. Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 20, 27, 29 FGG). Zwar ist das Verfahren, soweit es sich gegen den Vorbescheid des Nachlaßgerichts vom 2. November 1999 richtete, durch die Erteilung des Erbscheins zugunsten der Beteiligten zu 2) als Alleinerbin gegenstandslos geworden. Damit ist der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1) der Sache nach zurückgewiesen worden. Die weitere Beschwerde kann aber mit dem Ziel der Einziehung des Erbscheins fortgeführt werden (BayObLGZ 1982, 236, 239).

II. Die weitere Beschwerde bleibt jedoch ohne Erfolg.

1. Allerdings trifft die Auffassung des Landgerichts nicht zu, daß die Schlußerbeinsetzung im eigenhändigen Ehegattentestament vom 8. Januar 1954 nicht wechselbezüglich und damit für die Erblasserin nicht bindend gewesen sei. Dafür hat sich das Landgericht auf die allgemeine Lebenserfahrung berufen, daß ein Elternteil das gemeinsame Kind im Testament nicht nur deshalb bedenke, weil dies auch der andere tut (BayObLG FamRZ 1986, 392, 394; 1996, 1040 = ZEV 1996, 188 m. Anm. Kössinger; MünchKomm/Musielak, BGB 3. Aufl. § 2270 Rdn. 12). Das betrifft jedoch nur das Verhältnis der Schlußerbeinsetzung des einen Ehegatten zur Schlußerbeinsetzung des anderen. Anders kann es liegen im Verhältnis zwischen einer dieser Schlußerbeinsetzungen einerseits und der Einsetzung des jeweils anderen Ehegatten als einzigem Erben unter Ausschluß des gemeinsamen Kindes beim Tod des zuerst versterbenden Ehegatten andererseits. Dafür, daß die Ehegatten sich hier nur deshalb gegenseitig als Alleinerben beim Tod des zuerst Versterbenden eingesetzt haben, weil auch der Überlebende den gemein-

samen Sohn zu seinem Alleinerben berufen hat, spricht die Wiederverheirathungsklausel. Sie zeigt nämlich, daß die Ehegatten bei Testamentserrichtung von einer Bindung des Überlebenden bis zu einer eventuellen Wiederheirat ausgegangen sind. Wenn nicht aufgrund dieser individuellen Auslegung, dann folgt die Wechselbezüglichkeit der Schlußerbeinsetzung des Sohnes aber in jedem Fall aus der Regel des § 2270 Abs. 2 BGB. Darauf weist das Bayerische Oberste Landesgericht im Vorlagebeschluß mit Recht hin.

2. Der Vorlagebeschluß hebt andererseits mit Recht hervor, daß es hier auf die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des Sohnes als Schlußerben nicht ankommt. Er hat den Erbfall, für den er berufen war, nicht mehr erlebt (§ 1923 Abs. 1 BGB). Was seine Einsetzung angeht, widerspricht das notarielle Testament der Erblasserin vom 20. August 1994 dem Ehegattentestament vom 8. Januar 1954 daher nicht. Entscheidend ist vielmehr, ob für den vorverstorbenen Sohn Ersatzerben eingesetzt sind, und zwar nicht nur die im notariellen Testament vom 20. August 1994 bedachte Beteiligte zu 2), und ob die überlebende Ehefrau an eine solche Ersatzerbeinsetzung gebunden war. Dazu bedarf das gemeinschaftliche Testament vom 8. Januar 1954 der Auslegung. Damit hat sich das Landgericht nicht befaßt.

3. Das vorliegende Bayerische Oberste Landesgericht geht davon aus, daß weitere Ermittlungen zum Sachverhalt keinen Erfolg versprechen und das Rechtsbeschwerdegericht deshalb das Testament vom 8. Januar 1954 selbst auslegen kann. Aus dem Inhalt der Testamentsurkunde und aus allen bekannten Nebenumständen lasse sich ein Wille

der testierenden Ehegatten zur Einsetzung eines Ersatzerben für den Schlußerben nicht entnehmen. Der 1957 verstorbene Ehemann habe auch in einem einseitigen, durch das gemeinschaftliche Testament vom 8. Januar 1954 überholten früheren Testament den Fall eines Vorversterbens seines Sohnes K. nicht vorausbedacht.

Dem ist zuzustimmen. Auch die Beteiligte zu 1) sieht keinerlei Anhaltspunkte für einen auch nur hypothetischen Willen zu einer Ersatzerbberufung. Da die vorrangige individuelle Auslegung mithin ohne Ergebnis bleibt, kommt die Regel des § 2069 BGB zum Zuge, die auch bei Einsetzung eines Schlußerben im gemeinschaftlichen Testament gilt (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 1982 - IVa ZR 26/81 - NJW 1983, 277 unter a; Urteil vom 28. März 2001 - IV ZR 245/99 - ZEV 2001, 237 unter II 3; BayObLG FamRZ 1995, 251, 253 f.; MünchKomm/Leipold, § 2069 Rdn. 3).

Danach sind hier Ersatzerben geworden die zur gesetzlichen Erbfolge nach dem weggefallenen Sohn berufenen Abkömmlinge. Nach dieser, an die gesetzliche Erbfolge anknüpfenden Regelung des § 2069 BGB kommt es auf den Zeitpunkt des Schlußerbfalls nach dem gemeinschaftlichen Testament an, d.h. den 22. Dezember 1998, und zwar auch, soweit sich die gesetzliche Erbfolge rechtlich geändert hat (Staudinger/Otte, BGB 1996 § 2069 Rdn. 24; MünchKomm/Leipold, § 2069 Rdn. 21; Soergel/Loritz, BGB 12. Aufl., § 2069 Rdn. 22). Zu diesem Zeitpunkt waren beide Beteiligte des vorliegenden Rechtsstreits gleichermaßen Abkömmlinge und gesetzliche Erben des weggefallenen Sohnes. Das gilt für die Beteiligte zu 1) als nichteheliches Kind uneingeschränkt freilich

erst aufgrund des Gesetzes zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder vom 16. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2968), das am 1. April 1998 in Kraft getreten ist. Ein Erbrecht nach dem Vater in Gestalt der früheren §§ 1934a ff. BGB wurde erst durch das Gesetz über die rechtliche Stellung nichtehelicher Kinder vom 19. August 1969 eingeführt (BGBl. I S. 1243, 1254, im folgenden NEheG). Im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments vom 8. Januar 1954 und auch beim Tod des Ehemannes im Jahre 1957 galt noch der erst durch das NEheG gestrichene § 1589 Abs. 2 BGB, wonach das nichteheliche Kind im Rechtssinne nicht mit seinem Vater verwandt war (vgl. MünchKomm/Koch, BGB 4. Aufl., Einleitung vor § 1297 Rdn. 90).

4. Für eine Wechselbezüglichkeit (§ 2270 Abs. 1 BGB) der sich aus § 2069 BGB ergebenden Ersatzerbfolge beider Beteiligten des vorliegenden Rechtsstreits je zur Hälfte lassen sich im Testament vom 8. Januar 1954 und auch sonst keinerlei Anhaltspunkte finden. Diese Feststellung trifft das vorliegende Bayerische Oberste Landesgericht mit Recht auch im Hinblick darauf, daß ein nichteheliches Kind im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht als mit seinem Vater verwandt galt. Damit kommt es auf § 2270 Abs. 2 BGB an.

a) Das Bayerische Oberste Landesgericht hat in seiner bisherigen Rechtsprechung angenommen, auch wenn testierende Eheleute, die ihr gemeinsames Kind bindend als Schlußerben eines Berliner Testaments einsetzen, eine Ersatzerbfolge nicht bedacht haben, erstrecke sich bei Wegfall des eingesetzten Schlußerben vor dem Tod des überlebenden Ehegatten die Bindungswirkung aus § 2270 Abs. 2 BGB auf die gemäß



§ 2069 BGB als Ersatzerben berufenen Abkömmlinge (so insbesondere FamRZ 1995, 251, 253 f.). Dabei spielte die Erwägung eine Rolle, dem Willen des zuerst versterbenden Ehegatten laufe es in der Regel zuwider, wenn beim Wegfall des als Schlußerben eingesetzten Abkömmlings der überlebende Ehegatte trotz Vorhandenseins von Enkelkindern in der Verfügung über den Nachlaß völlig frei würde. Auch der Bundesgerichtshof ist davon ausgegangen, daß die aus § 2069 BGB folgende Berufung von Ersatzerben anstelle des vorverstorbenen Schlußerben aufgrund von § 2270 Abs. 2 BGB ebenso wechselbezüglich sei wie die ursprüngliche Schlußerbeinsetzung selbst (Urteil vom 22. September 1982, aaO = JZ 1983, 147 m. zustimmender Anm. Stürner).

b) Dem ist in der Literatur entgegen gehalten worden, § 2270 Abs. 2 BGB setze tatbestandlich voraus, daß eine Verfügung zugunsten einer verwandten oder sonst nahestehenden Person getroffen sei; nur soweit sich dies aus dem Text des Testaments oder seiner Auslegung ergebe, komme Wechselbezüglichkeit in Betracht; auf den Fall des § 2069 BGB beziehe sich die Regel des § 2270 Abs. 2 BGB jedoch nicht (so Staudinger/Kanzleiter, BGB Juni 1998 § 2270 Rdn. 31; Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. § 24 V 2 c S. 451 f.). Andere wenden ein, die Erfahrung spreche dafür, daß sich testierende Ehegatten nicht auch bezüglich ihnen völlig unbekannter Enkel binden wollten, insbesondere wenn sie nichtehelich sind, ohne persönliche Beziehung zu den Großeltern aufwachsen oder aber in ihrer Entwicklung mißraten (Baumann ZEV 1994, 351, 353; J. Mayer in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag 3. Aufl. § 2270 Rdn. 36). Trotz dieser Kritik hat das Obergericht Frankfurt in seinem Beschluß vom 9. Januar 1998 an der frü-

heren Auffassung des Bayerischen Obersten Landesgerichts festgehalten (FamRZ 1998, 772, 774). Im Anschluß an Staudinger/Otte (aaO § 2069 Rdn. 19) vertritt es den Standpunkt, § 2069 BGB besage zwar nichts über die Wechselbezüglichkeit der sich aus dieser Vorschrift ergebenden Ersatzerbberufung; wenn aber gemäß § 2069 BGB Ersatzerben für den eingesetzten Schlußerben eines gemeinschaftlichen Testaments berufen seien, werde die Wechselbezüglichkeit dieser Berufung aufgrund des § 2270 Abs. 2 BGB deshalb vermutet, weil die ersatzweise Berufenen zu dem dort genannten Personenkreis (Verwandte der testierenden Ehegatten) gehörten.

c) Im Vorlagebeschluß vertritt das Bayerische Oberste Landesgericht nunmehr die Auffassung, die Wechselbezüglichkeit könne sich immer nur auf letztwillige Verfügungen beziehen, die vom (zumindest durch Auslegung feststellbaren) Willen der testierenden Ehegatten getragen seien. Nur dann mache die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nach der ihr zugrunde liegenden Lebenserfahrung Sinn: Wenn die Verfügung des einen Ehegatten als Gegenleistung für die Verfügung des anderen erscheine, entspreche die Bindungswirkung regelmäßig dem Interesse der Testierenden. Zwar beruhe auch § 2069 BGB auf einer Lebenserfahrung. Eine Kumulation der Auslegungsregel des § 2069 BGB mit derjenigen des § 2270 Abs. 2 BGB führe indessen dazu, daß ein durch individuelle Auslegung nicht feststellbarer Wille zur Bindung bezüglich einer durch individuelle Auslegung nicht zu ermittelnden Verfügung angenommen werde. Eine derartige Gesetzesanwendung lasse sich nicht mehr mit allgemeinen Erfahrungen rechtfertigen.

d) Dem schließt sich der Senat an; soweit er sich bisher anders geäußert hat, hält er daran nicht fest. § 2270 Abs. 2 BGB knüpft die Annahme einer Wechselbezüglichkeit an die Einsetzung bestimmter Personen als Erben im gemeinschaftlichen Testament. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß in Fällen wie dem vorliegenden zwischen der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben unter Ausschluß der nächsten Verwandten oder sonst nahestehender Personen und der Einsetzung gerade dieser Verwandten oder nahestehenden Personen zu Schlußerben nach dem längstlebenden Ehegatten typischerweise ein Gegenseitigkeitsverhältnis derart besteht, daß die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen worden wäre, sie also miteinander stehen oder fallen sollen. Eine solche Interessenlage der Testierenden läßt sich indessen mangels konkreter Anhaltspunkte nur unterstellen, wenn sich ein Wille der Testierenden, bestimmte Verwandte oder nahestehende Personen oder auch die nach der gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlinge als Schlußerben einzusetzen, zumindest im Wege ergänzender Auslegung aus dem Testament entnehmen läßt. Für die Feststellung, ob das in § 2270 Abs. 2 BGB vorausgesetzte Verwandtschafts- oder Näheverhältnis zu den testierenden Ehegatten gegeben ist, kommt es mithin auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an (so auch KG FamRZ 1983, 98, 99 im Hinblick auf Änderungen des Adoptionsrechts). Gerade dieser Zeitpunkt ist aber für die Regelung des § 2069 BGB, die auf den Zeitpunkt des Schlußerbfalles und die dann geltende Rechtslage abhebt, nicht maßgebend.

Das verdeutlicht der vorliegende Fall: Am 8. Januar 1954 hätten sich die Testatoren - wenn sie eine Ersatzerbfolge überhaupt in Betracht

gezogen hätten - schon eine Ersatzerbfolge eines nichtehelichen Enkelkindes kaum vorstellen können. Jedenfalls kann ohne konkrete Anhaltspunkte nicht angenommen werden, daß sie die Testierfreiheit des überlebenden Ehegatten auch im Hinblick auf eine nachträglich durch Gesetzesänderung erweiterte Erbfolge hätten beschränken wollen.

Die weitere Beschwerde war daher, auch soweit sie sich auf Einziehung des der Beteiligten zu 2) erteilten Erbscheins richtet, mit den Kostenfolgen aus § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG zurückzuweisen.

Terno

Dr. Schlichting

Wendt

Dr. Kessal-Wulf

Felsch