

# DNotI

Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 10128  
letzte Aktualisierung: 08. Januar 2002

<Dokumentnummer> 1zbr601  
<Gericht> BayObLG  
<Aktenzeichen> 1Z BR 6/01  
<Datum> 28.09.2001  
<Normen> BGB §§ 133, 2069, 2270  
<Titel> Wechselbezüglichkeit der Ersatzschlusserven auf Grundlage von § 2069 BGB  
<Leitsatz> Die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB kann nur gelten, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf die Ersatzerbeinsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB beruht (Vorlage an den Bundesgerichtshof wegen Abweichung von OLG Frankfurt, Beschluß vom 9.1.1998 = FamRZ 1998, 772).

## Gründe:

Die 1998 im Alter von 91 Jahren verstorbene Erblasserin war verwitwet. Ihr Ehemann ist 1957 vorverstorben. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, der 1951 ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorbene A und der 1998 vorverstorbene B. Dieser hatte zwei Kinder: eine 1963 geborene nichteheliche Tochter (Beteiligte zu 1) und eine 1965 geborene eheliche Tochter (Beteiligte zu 2).

Der vorverstorbene Ehemann der Erblasserin errichtete am 1.9.1953 ein handschriftliches Testament mit im wesentlichen folgendem Inhalt: Er vermachte seiner Ehefrau seine Firma (Obst- und Gemüsegroßhandel), Lieferwagen, Personenwagen, die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände und Wohnungseinrichtungen. Vom Rest des Nachlasses, nach Ausgleich der Verbindlichkeiten, sollten seine Ehefrau und sein Sohn B je zur Hälfte Erbe sein. Er verfügte ferner, dass er seinen Sohn B als Universalerben einsetzt, wenn seine Frau vor ihm verstirbt. Sollte sein Sohn vor ihm versterben, so war seine Ehefrau als Alleinerbin eingesetzt. Für den Fall, das beide vorversterben oder einer von ihnen mit ihm, setzte er einen Ersatzerben ein.

Am 8.1.1954 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament wie folgt:

### „Testament

1. Wir setzen uns gegenseitig als Erben ein. Nach dem Tode des Überlebenden soll der beiderseitige Nachlass an unseren Sohn B fallen. Demgemäß ist der Überlebende von uns alleiniger Erbe des zuerst

Versterbenden, während unser Sohn B für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.

2. Heiratet der Überlebende wieder, so ist er verpflichtet von demjenigen, was zur Zeit der Wiederverheiratung von der Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten noch übrig ist die Hälfte an unseren Sohn B herauszugeben. Er soll in diesem Fall auch an seine in diesem Testament enthaltenen Verfügungen nicht gebunden sein, sondern berechtigt, das Testament zu widerrufen und andere Verfügungen zu treffen.“

Am 20.8.1994 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament mit u.a. folgenden Verfügungen:

„Ich widerrufe meine sämtlichen, bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen. ...

Zu meiner Alleinerbin setze ich ein: Meine Enkelin ... (Beteiligte zu 2)

Ersatzerben der Bedachten sind deren Abkömmlinge, unter sich zu gleichen Teilen, der gesetzlichen Erbfolge entsprechend (Erbfolge nach Stämmen); letztlich tritt Anwachsung ein. ...

Meinen Sohn B, nebst dessen etwaigen weiteren Abkömmlingen - sämtliche Abkömmlinge mit Ausnahme des Stammes ... (Beteiligte zu 2) - schließe ich von jeglicher Erbfolge nach mir aus.“

Das Testament enthält ferner die vermächtnisweise Zuwendung eines lebenslänglichen, unentgeltlichen Nießbrauchs an dem Gebäudegrundstück der Erblasserin zugunsten ihres Sohnes. Am selben Tag schlossen die Erblasserin und ihr Sohn unter Bezugnahme auf das notarielle Testament einen notariellen Vertrag, in dem der Sohn auf seinen Pflichtteil am Nachlass der Erblasserin verzichtet; in diesem Vertrag ist auch bestimmt, dass sich der Verzicht gemäß § 2349 BGB auf die jetzigen und künftigen Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt.

Die Beteiligte zu 1 hat einen Erbschein beantragt, wonach die Beteiligten zu 1 und 2 je zur Hälfte Erben aufgrund des handschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments vom 8.1.1954 geworden sind. Sie beruft sich auf die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 2069, 2270 Abs. 2 BGB und ist der Auffassung, dass die Beteiligten zu 1 und 2 als Ersatzerben ihres vorverstorbenen Vaters Schlusserben des gemeinschaftlichen Testaments sind, dass die Einsetzung zum Schlusserben wechselbezüglich ist und diese Wechselbezüglichkeit auch die Einsetzung der Ersatzerben umfasst und das Testament vom 20.8.1994 daher insoweit unwirksam ist, als es der Schluss- und Ersatzerbeneinsetzung im Testament vom 8.1.1954 widerspricht.

Die Beteiligte zu 2 hat einen Erbschein beantragt, der sie als Alleinerbin ausweisen soll. Sie leitet ihr alleiniges Erbrecht aus dem Testament vom 20.8.1994 her.

Mit Beschluss vom 2.11.1999 kündigte das Amtsgericht die Erteilung eines Erbscheins gemäß Antrag der Beteiligten zu 2 an. Die gegen diesen Vorbescheid gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 wies das Landgericht am 21.11.2000 zurück. Daraufhin erteilte das

Amtsgericht am 14.12.2000 den angekündigten Erbschein, der die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin ausweist. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihren Erbscheinsantrag weiter, nunmehr verbunden mit dem Antrag auf Einziehung des erteilten Erbscheins.

## II.

Die nicht fristgebundene und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§ 27 Abs. 1 Satz 1, § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 4, § 20 FGG). Zwar ist der Vorbescheid vom 2.11.1999 mit der Erteilung des Erbscheins überholt und das auf seine Aufhebung gerichtete Verfahren damit gegenstandslos geworden. Gleichwohl kann die weitere Beschwerde mit dem Ziel der Einziehung des erteilten Erbscheins (§ 2361 BGB) fortgeführt werden (vgl. BayObLGZ 1982 236/239 m.w.N.).

In der Sache hält der Senat die weitere Beschwerde im Ergebnis für unbegründet. An der Zurückweisung des Rechtsmittels sieht er sich jedoch durch die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 9.1.1998 (NJWE-FER 1998, 87 = FAZ 1998, 772) gehindert. Die weitere Beschwerde wird daher gemäß § 28 Abs. 2 FGG dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Diese hängt von der Beantwortung der Rechtsfrage ab, ob die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB auch für allein gemäß § 2069 BGB berufene Ersatzschlusserven gilt. Im Gegensatz zum OLG Frankfurt möchte der Senat - in Modifikation seiner im Beschluss vom 12.8.1994 (FamRZ 1995, 251) vertretenen Auffassung - die Frage verneinen.

1. Das Landgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen damit begründet, das nach der von ihm vorgenommenen Auslegung des Testaments vom 8.1.1954 zwar die gegenseitige Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten, nicht aber die Einsetzung des Sohnes als Schlusserbe wechselbezüglich sei. Bereits die allgemeine Lebenserfahrung spreche dagegen, das ein Elternteil das gemeinsame Kind nur deshalb im Testament bedenkt, weil dies auch der andere tut. Vielmehr liege nahe, das jeder Elternteil auf jeden Fall und unabhängig von der Verfügung des anderen will, das sein einziges Kind Erbe wird. Das dies hier der Fall sei, ergebe sich zum einen aus der letztwilligen Verfügung des Ehemannes der Erblasserin vom 1.9.1953. Dort habe er verfügt, das er seinen Sohn als Universalerben einsetzt, wenn seine Ehefrau vor ihm verstirbt. Daraus ergebe sich sein Wille, dass er unabhängig vom Willen seiner Ehefrau wollte, das sein Kind Erbe wird. Auch die Auslegung des Berliner Testaments ergebe, das die Eheleute nicht den Willen gehabt hätten, das nach dem Vorversterben eines Ehegatten ihre Verfügungen nicht mehr sollten widerrufen werden können. Dies ergebe sich schon aus der Wiederverheiratsklausel in Ziff. 2 des Testaments. Dort hätten die Eheleute verfügt, dass im Falle der Wiederverheirats die Hälfte des vom zuerst verstorbenen Ehegatten noch übrig gebliebenen Nachlasses an den Sohn herauszugeben sei. Diese Formulierung mache deutlich, dass die Ehegatten beide Nachlasswerte hätten trennen wollen und damit jeder unabhängig von der Verfügung des anderen den Willen gehabt habe, das sein Kind Erbe wird. Nach dieser Auslegung stehe gemäß § 2270 Abs. 1 BGB fest, das es sich bei den letztwilligen Verfügungen der Eheleute zugunsten ihres einzigen Sohnes nicht um wechselbezügliche Verfügungen handelt. Damit scheidet die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB aus. Die Erblasserin habe ihre letztwillige Verfügung gemäß §§ 2253, 2254 BGB widerrufen können und dies durch das notarielle Testament vom 20.8.1994 getan. Gemäß der in diesem Testament verfügten Einsetzung der Beteiligten zu 2 als Alleinerbin sei die Erblasserin von der Beteiligten zu 2 alle beerbt worden.

2. Nach Auffassung des Senats kann die Entscheidung mit dieser Begründung nicht bestehen bleiben (§ 2,7 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass es sich bei dem Testament der Eheleute vom 8.1.1954 um ein gemäß 2265, 2267, 2247 BGB formgültig errichtetes gemeinschaftliches Testament im Sinne des § 2269 Abs. 1 BGB handelt. Die Eheleute haben sich gegenseitig als Erben eingesetzt und den gemeinschaftlichen Sohn zum Schlusserben nach dem Tod des Letztversterbenden bestimmt.

b) Eine abweichende letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten ist grundsätzlich unwirksam (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB), wenn die Ehegatten wechselbezüglich im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB verfügt haben. Das Landgericht hat eine solche Abweichung, d.h. einen inhaltlichen Widerspruch zwischen Verfügungen der Erblasserin im Testament vom 20.8.1994 und der Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 8.1.1954 angenommen. Denn nur in diesem Fall musste das Landgericht die von ihm im Ergebnis bejahte Frage behandeln, ob die Erblasserin die frühere Verfügung durch die spätere wirksam widerrufen konnte. Nun ist hier aber mit dem Vorversterben des Sohnes dessen Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament vom 8.1.1954 jedenfalls in seiner Person gegenstandslos geworden (§ 1923 BGB); die Frage eines inhaltlichen Widerspruchs zwischen beiden Testamenten stellt sich nur dann, wenn für den vorverstorbenen Sohn Ersatzerben eingesetzt sind und gegebenenfalls die im Testament vom 20.8.1994 zur Alleinerbin bestimmte Beteiligte zu 2 nicht alleinige Ersatzerbin ist. Zu diesem Punkt, der unten noch zu erörtern sein wird, enthält der landgerichtliche Beschluss keine Ausführungen.

c) Auch die Frage der Wechselbezüglichkeit stellt sich demzufolge nicht hinsichtlich des vorverstorbenen Schlusserben, sondern in Bezug auf etwaige Ersatzerben. Das Landgericht offenbar davon ausgegangen, das auch die Einsetzung etwaiger Ersatzschlusserben nicht wechselbezüglich sein könne, wenn schon die Schlusserbeneinsetzung als solche nicht wechselbezüglich ist. Der Begründung des Landgerichts für seine Annahme, die Schlusserbeneinsetzung sei nicht wechselbezüglich, könnte der Senat aber nicht folgen.

aa) Das Landgericht hat nur die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenverfügung der Erblasserin zur Schlusserbenverfügung des Ehemannes geprüft und verneint; es hat versäumt, die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenverfügung der Erblasserin zu ihrer Alleinerbeinsetzung durch den Ehemann zu prüfen. In diesem Verhältnis stellt sich die Frage der Wechselbezüglichkeit auch in anderem Licht. Denn die vom Landgericht herangezogene Rechtsprechung des Senats, es gebe keine tatsächliche Vermutung für die Wechselbezüglichkeit der Berufung eines Kindes durch einen Ehegatten zur Berufung des Kindes durch den anderen, da nicht anzunehmen sei, das jeder Elternteil seine Kinder nur deshalb zu Erben eingesetzt hat, weil der andere dies tat (vgl. BayObLG FamRZ 1985, 1287/1289; 1986, 392/394; 1996, 1040; MünchKomm/Musielak § 2270 Rn. 12), lässt sich auf das hier in Frage stehende Verhältnis nicht übertragen. Dieses Verhältnis ist nämlich unter dem ganz anderen Gesichtspunkt zu prüfen, ob nicht die Ehegatten die Einsetzung des jeweils anderen Ehegatten zum Alleinerben mit dessen Schlusserbeinsetzung des gemeinsamen Kindes bindend verknüpfen wollten, um so die spätere Teilhabe ihres - zunächst übergangenen - Kindes an dem von ihnen hinterlassenen Vermögen zu sichern (vgl. auch die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2, 2. Alt. BGB; zu den möglichen Wechselbezüglichkeiten beim Berliner Testament J. Mayer in

Dittmann/Reimann/Bengel Testament und Erbvertrag 3. Aufl. §2270 Rn. 57; Staudinger/Kanzleiter BGB 1998 § 2270 Rn. 28).

bb) Das Landgericht hat ferner nicht gewürdigt, dass nach ausdrücklicher Anordnung im gemeinschaftlichen Testament vom 8.1.1954 4 der Überlebende im Falle der Wiederverheiratung an seine in dem Testament enthaltenen Verfügungen nicht gebunden sein soll. Die Klausel belegt zum einen, dass sich die testierenden Eheleute über die Frage der Bindungswirkung, also der Wechselbezüglichkeit, Gedanken gemacht haben. Sie legt darüber hinaus den Schluss nahe, dass die Bindungswirkung bis zu einer eventuellen Wiederverheiratung bestehen sollte.

3. Der Senat hält jedoch die Entscheidung des Landgerichts aus anderen Gründen im Ergebnis für zutreffend. Er geht dabei davon aus, dass das Rechtsbeschwerdegericht die erforderliche Auslegung des Testaments vom 8.1.1954 selbst vornehmen kann, da weitere Ermittlungen zum Sachverhalt nicht erfolgversprechend sind. Diese Auslegung führt nach Auffassung des Senats zu folgendem Ergebnis:

a) Für den als Schlusserbe genannten Sohn der Eheleute sind dessen Töchter als Ersatzschlusserben eingesetzt. Das ergibt die Auslegungsregel des § 2069 BGB, wonach bei Wegfall eines bedachten Abkömmlings im Zweifel dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. § 2069 BGB gilt auch bei Einsetzung eines Schlusserben im gemeinschaftlichen Testament (BGH ZErB 2001, 14; BayObLG FamRZ 1995, 251).

Die Auslegungsregel kommt hier zur Anwendung, da sich nach der vorrangigen individuellen Auslegung des Testaments vom 8.1.1954 kein eindeutiger Wille der Testierenden zur Einsetzung von Ersatzschlusserben ermitteln lässt. Eine ausdrückliche Willensbekundung in der einen oder anderen Richtung fehlt. Auch aus dem gesamten Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände lässt sich kein zweifelsfreies Auslegungsergebnis gewinnen. Dies gilt auch unter Einbeziehung der Verfügungen des Ehemannes der Erblasserin in seinem einseitigen Testament vom 1.9.1953. Denn auch im Testament vom 1.9.1953 hat der Ehemann etwaige künftige Abkömmlinge seines Sohnes weder bedacht noch ausdrücklich ausgeschlossen; den hier eingetretenen Fall, das sein - damals noch kinderloser - Sohn unter Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstirbt, hat er gerade nicht vorausbedacht. Insgesamt lässt sich ein von § 2069 BGB abweichender tatsächlicher oder hypothetischer Wille der Erblasserin und ihres Ehemannes im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments von 1954 nicht feststellen.

b) Der Senat hält aber die gemäß § 2069 BGB ermittelte Ersatzerbfolge nicht für wechselbezüglich. Weder ergibt sich dies durch individuelle Auslegung, noch kann insoweit die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB hier herangezogen werden.

Allerdings ist die von der Erblasserin vorgenommene Einsetzung des gemeinsamen Sohnes zum Schlusserben wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB zur Alleinerbeinsetzung der Erblasserin durch ihren Ehemann. Es kann hier dahinstehen, ob sich dieses Ergebnis schon aus der individuellen Auslegung ergibt, wie die Ausführungen oben unter 2 c) nahe legen; denn jedenfalls lässt sich ein gegen die innere Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen gerichteter Wille der Eheleute so dass die Auslegungsregel des § 2270 Abs.2 BGB nicht widerlegt ist.

Anders verhält es sich mit der Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbeinsetzung.

aa) Die individuelle Auslegung führt hier zu keinem zweifelsfreien Ergebnis. Insoweit bietet der Wortlaut des Testaments, das zur Frage der Ersatzerbfolge nichts enthält, auch unter Berücksichtigung sonstiger Umstände keine hinreichenden Anhaltspunkte für oder gegen einen entsprechenden Erblasserwillen. Für eine Auslegung, wie sie der Senat in einem anderen Fall gebilligt hat (FamRZ 1998, 388: Wechselbezüglichkeit allenfalls in Bezug auf die Einsetzung der Abkömmlinge, nicht aber auf deren Auswahl), fehlt hier eine hinreichende tatsächliche Basis. Der Senat hat auch bedacht, dass ein nichteheliches Kind zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung im Jahre 1954 und zum Zeitpunkt des Vorversterbens des Ehemannes im Jahre 1957 im Rechtssinne nicht mit seinem Vater verwandt war und kein gesetzliches Erbrecht nach seinem Vater hatte; auch insoweit fehlt aber jeder Anknüpfungspunkt im Testament, der es rechtfertigen würde, im Hinblick auf die, damalige Rechtstage etwa einen Bindungswillen der Ehegatten in Bezug auf nichteheliche Abkömmlinge ihres Sohnes positiv auszuschließen.

bb) Die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB ist nach Auffassung des Senats hinsichtlich der hier allein gemäß § 2069 BGB berufenen Ersatzschlusserben nicht möglich.

Der Senat hat in seinem Beschluss vom 12.8.1994 (FamRZ 1995, 251) ausgeführt, die nach dem Tod eines Ehegatten eintretende Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügung erstrecke sich auf die mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB ermittelten Ersatzerben, wenn das durch wechselbezügliche Verfügung als Schlusserbe eingesetzte gemeinsame Kind der Ehegatten vor Eintritt des Schlusserbfalls verstirbt. Diese Rechtsprechung ist auf Zustimmung (OLG Frankfurt FAZ 1998, 772/774; Staudinger/Otte BGB § 2069 Rn. 19; vgl. auch MünchKomm/Musielak BGB 3. Aufl. § 2271 Rn. 20 Fn. 55), aber auch auf Kritik gestoßen (Staudinger/Kantleiter § 2270 Rn. 31; J. Mayer in Dittmann/Reimann/Bengel Testament und Erbvertrag 3. Aufl., § 2270 Rn. 36; Lange/Kuchinke Erbrecht 4. Aufl. 1995 § 24 V 2; Baumann ZEV 1994, 351). Der Senat möchte an dieser Rechtsprechung nicht festhalten; die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB kann nur gelten, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf die Ersatzerbeinsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf der Auslegungsregel des § 2069 BGB beruht.

Für diese Auffassung spricht schon der Wortlaut, dass die Verfügung zugunsten der Verwandten „getroffen“ sein muss (ebenso Staudinger/Kantleiter aaO). Die Wechselbezüglichkeit kann sich immer nur auf bestimmte vom Willen der Ehegatten getragene „Verfügungen“ beziehen. Dann macht die Auslegungsregel nach der ihr zugrunde liegenden Lebenserfahrung Sinn: Erscheint die Verfügung des einen als Gegenleistung für die Verfügung des anderen, wie dies bei den in § 2270 Abs. 2 BGB genannten Fallgruppen typischerweise angenommen werden kann, so entspricht die Bindungswirkung regelmäßig dem Interesse der testierenden Ehegatten. Dies rechtfertigt es, den Verfügungen der Ehegatten im Wege der Auslegungsregel eine Wechselbezüglichkeit auch dann beizulegen, wenn sich ein entsprechender Wille durch individuelle Auslegung nicht feststellen lässt.

Bei einer allein aus § 2069 BGB hergeleiteten Ersatzerbeinsetzung trifft dieser innere Rechtfertigungsgrund des § 2270 Abs. 2 BGB nicht zu. Zwar beruht auch die Auslegungsregel des § 2069 BGB auf einer Lebenserfahrung. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass § 2069 BGB für sich genommen nichts zum Umfang der Bindung in

gemeinschaftlichen Testamenten besagt und die Vorschrift als solche eine Änderung der nach dieser Vorschrift berufenen Ersatzerbfolge durch den überlebenden Ehegatten nicht hindert. Eine Kumulation der Auslegungsregel des § 2069 BGB mit derjenigen des § 2270 Abs. 2 BGB würde dazu führen, dass ein - durch individuelle Auslegung nicht feststellbarer - Wille zur Bindung bezüglich einer - durch individuelle Auslegung nicht ermittelbaren - Verfügung angenommen wird. Eine dahingehende Gesetzesanwendung lässt sich nicht mehr mit einem allgemeinen Erfahrungssatz rechtfertigen (vgl. auch Baumann aaO). Für die Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB ist daher zu fordern, dass die dort tatbestandsmäßig vorausgesetzte „getroffene Verfügung“ auf einen Erblasserwillen gestützt werden kann, für den sich im Wege individueller Auslegung des Testaments ein konkreter Anhalt finden lässt. Die allein mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB ermittelte Ersatzerbeinsetzung erfüllt den Tatbestand des § 2270 Abs. 2 BGB jedoch nicht.

Hier ergibt die individuelle Auslegung keinen Anhaltspunkt für einen auf die Ersatzerbfolge gerichteten Erblasserwillen; die Ersatzerbeinsetzung der Töchter des als Schlusserben eingesetzten Sohnes beruht allein auf der Auslegungsregel des 2069 BGB.

4. An einer Entscheidung gemäß der vorstehend präzisierten Rechtsauffassung sieht sich der Senat durch die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 9.1.1998 (FamRZ 1998, 772) gehindert. Denn diese beruht auf einer abweichenden Beurteilung der gleichen Rechtsfrage, von der auch im vorliegenden Fall die Entscheidung abhängt, nämlich der Frage, ob § 2270 Abs. 2 BGB auf allein mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB ermittelte Ersatzerben Anwendung findet. Wäre dies mit dem OLG Frankfurt zu bejahen, wäre die Ersatzerbeinsetzung auch der Beteiligten zu 1 bindend mit der Folge, dass die entgegenstehende spätere Verfügung der Erblasserin insoweit unwirksam wäre (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB); in diesem Fall hätte die weitere Beschwerde Erfolg. Der Senat möchte die weitere Beschwerde dagegen zurückweisen, da sich bei Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung die Wechselbezüglichkeit, auf die sich die Beteiligte zu 1 für ihr Erbrecht beruft, nicht feststellen lässt und sich die Entscheidung des Landgerichts somit im Ergebnis als zutreffend erweist. Das Rechtsmittel wird daher dem Bundesgerichtshof gemäß § 28 Abs. 2 FGG zur Entscheidung vorgelegt.

5. Auch die verfahrensrechtliche Rüge der Beteiligten zu 1, sie habe die Schriftsätze der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 vom 29.4.1999, vom 3.1.2000 und vom 10.11.2000 nicht erhalten, ändert nichts an der Entscheidungserheblichkeit der dargestellten Rechtsfrage. Denn selbst soweit das Beschwerdegericht der Beteiligten zu 1 das rechtliche Gehör nicht vollständig gewährt hat, führt dies hier nicht zur Aufhebung seiner Entscheidung.

a) Aus den Akten ist st allerdings nicht ersichtlich, dass die genannten Schriftsätze der Beteiligten zu 1 oder deren damaligen Verfahrensbevollmächtigten, die sich im Juni 1999 bestellt haben, zugeleitet worden wären. Der Schriftsatz vom 29.4.1999 ist die Vertretungsanzeige mit Akteneinsichtsgesuch; zu diesem Zeitpunkt war das Verfahren noch beim Nachlassgericht anhängig. Der Schriftsatz vom 3.1.2000 enthält den Antrag, die Beschwerde zurückzuweisen; zur Begründung wird auf die Ausführungen der Notare Bezug genommen, die vorinstanzlich für die Beteiligte zu 2 tätig geworden waren. Eigene Ausführungen zur Sache enthält nur der Schriftsatz vom 10.11.2000, dessen für den Gegner bestimmte Abdrucke sich auch nach der Entscheidung des Landgerichts vom 21.11.2000 noch in den Akten befanden.

b) Der Schriftsatz vom 10.11.2000 enthält weitgehend Rechtsausführungen. Das insoweit versäumte Gehör ist in der Rechtsbeschwerdeinstanz nachholbar (vgl. Keidel/Kayser FGG 14. Aufl. § 12 Rn. 151) und hier nachgeholt worden. Im Verfahren der weiteren Beschwerde haben die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 den Schriftsatz vom 10.11.2000 nachträglich erhalten und mit Schriftsatz vom 27.4.2001 dazu Stellung genommen.

c) Soweit der Schriftsatz vom 10.11.2000 auch Tatsachenvortrag enthält, nämlich dass die Erblasserin niemals Kontakt mit der nichtehelichen Enkelin aufgenommen habe, kann ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung des Landgerichts auf der Nichtgewährung des Gehörs zu diesem Tatsachenvortrag beruht. Denn dieser tatsächliche Gesichtspunkt spielte für das Landgericht ersichtlich keine Rolle; er ist auch für die Entscheidung des Senats unerheblich.