

**letzte Aktualisierung:** 13.10.2021

OLG Frankfurt, Beschl. v. 8.9.2020 – 20 W 116/19

**BGB §§ 242, 2274, 2281**

**Selbstanfechtungsrecht des Erblassers nach § 2281 BGB und Vertrauensschutz des Begünstigten**

Das Selbstanfechtungsrecht eines Erblassers im Hinblick auf vertragsmäßige Verfügungen eines Erbvertrages nach § 2281 BGB wird nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, dass sich der Begünstigte im Vertrauen auf den Bestand der Verfügung in dem Erbvertrag zu lebzeitigen Leistungen gegenüber dem Erblasser verpflichtet hat (im Sinne eines sog. entgeltlichen Erbvertrags).

---

Gericht:	<b>OLG Frankfurt 20. Zivilsenat</b>
Entscheidungsdatum:	<b>08.09.2020</b>
Aktenzeichen:	<b>20 W 116/19</b>
ECLI:	<b>ECLI:DE:OLGHE:2020:0908.20W116.19.00</b>
Dokumenttyp:	<b>Beschluss</b>
Quelle:	
Normen:	<b>§ 2274 BGB, § 2281 BGB, § 242 BGB</b>

---

## **Selbstanfechtung des Erblassers von vertraglichen Verfügungen eines Erbvertrages und Vertrauenschutz des Begünstigten**

### **Leitsatz**

Das Selbstanfechtungsrecht eines Erblassers im Hinblick auf vertragsmäßige Verfügungen eines Erbvertrages nach § 2281 BGB wird nicht dadurch ausgeschlossen oder eingeschränkt, dass sich der Begünstigte im Vertrauen auf den Bestand der Verfügung in dem Erbvertrag zu lebzeitigen Leistungen gegenüber dem Erblasser verpflichtet hat (im Sinne eines sog. entglichenen Erbvertrags).

### **Anmerkung**

Die Entscheidung ist nicht anfechtbar.

Die erstinstanzlichen Daten werden aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes nicht mitgeteilt.

---

### **☒ Verfahrensgang**

vorgehend AG ..., 20. März 2019, ..., Beschluss

#### **Tenor**

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Beteiligte zu 1 hat der Beteiligten zu 2 für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens etwa entstandene notwendige Aufwendungen zu ersetzen.

Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 200.000,00 EUR festgesetzt.

#### **Gründe**

I.

Der Erblasser war seit XX.XX.2009 in zweiter Ehe verheiratet mit der Beteiligten zu 2. Die erste Ehefrau des Erblassers war am XX.XX.2005 vorverstorben. Der Beteiligte zu 1 ist der

Sohn des Erblassers aus jener ersten Ehe. Der Erblasser hatte keine weiteren Kinder.

Der Erblasser und seine erste Ehefrau errichteten unter dem 11.02.2003 in der Form eines eigenhändigen gemeinschaftlichen Testaments ein von beiden Eheleuten unterschriebenes und mit „*Testament*“ überschriebenes Dokument, welches das Nachlassgericht nach dem Tode der Ehefrau am 13.06.2005 und nach dem Tode des Erblassers am 24.09.2018 eröffnet hat.

Ausweislich des wesentlichen Wortlauts jenes Schriftstücks (das im Folgenden ohne Rücksicht darauf, ob es sich dabei um ein wirksames Testament im Rechtssinne handelt, der Einfachheit halber auch als Ehegattentestament bezeichnet wird) setzten die Ehegatten nach ihrem Tode den Beteiligten zu 1 zum Vorerben ein; Nacherbin sollte die Enkeltochter Vornamme1 Nachname1 (jetzt: Nachname2) - die Tochter des Beteiligten zu 1 - sein.

Wegen der Einzelheiten jener Urkunde wird auf diese (Bl. 5 der Testamentsakten des Nachlassgerichts zu ...) Bezug genommen.

Nach dem Tod seiner ersten Ehefrau unterschrieb der Erblasser jenes Schriftstück am 29.05.2005 erneut und lieferte es bei dem Nachlassgericht ab. Er beantragte gestützt darauf zunächst die Erteilung eines Erbscheins nach seiner Ehefrau, welcher ihn als deren Alleinerben ausweisen sollte. Zu dem Erbscheinsantrag erklärte er (vgl. Bl. 3 der Akten des Nachlassgerichts zu ...), er und seine Ehefrau seien davon ausgegangen, dass beim Tode eines Ehegatten der andere auf jeden Fall Alleinerbe werde. Hätten sie gewusst, dass dies das Gesetz nicht vorsehe, hätten sie sich zunächst als Alleinerben eingesetzt.

Im weiteren seinerzeitigen Verfahren erklärten zunächst der dort angehörte Beteiligte zu 1 und in der Folge auch der Erblasser u. a., dass es sich bei dem Schriftstück vom 11.02.2003 lediglich um einen Entwurf gehandelt habe, was insbesondere der Beteiligte zu 1 näher begründete. Wegen der Einzelheiten wird auch auf die Schreiben des Beteiligten zu 1 vom 20.06.2005 (Bl. 11 ff. d. Akten des Nachlassgerichts zu ...) und des Erblassers vom 21.07.2005 (Bl. 14 d. Akten des Nachlassgerichts zu ...) verwiesen.

Auf Hinweis des Nachlassgerichts änderte der Erblasser seinen Erbscheinsantrag ab, worauf ihm unter dem 28.07.2005 aufgrund gesetzlicher Erbfolge ein Erbschein (Bl. 17 d. Akten des Nachlassgerichts zu ...) erteilt wurde, der ihn und den Beteiligten zu 1 zu je  $\frac{1}{2}$  als Erben seiner ersten Ehefrau ausweist.

In das Vermögen des Erblassers und seiner ersten Ehefrau fiel neben Bankguthaben im Wesentlichen ein Hausgrundstück, als dessen Eigentümer ursprünglich die Ehegatten zu je  $\frac{1}{2}$  im Grundbuch eingetragen waren. Nach dem Tod der ersten Ehefrau sind aufgrund des nach dieser erteilten Erbscheins der Erblasser zu  $\frac{1}{2}$  sowie zur weiteren Hälfte der Erblasser und der Beteiligte zu 1 in Erbengemeinschaft als Eigentümer eingetragen.

Zur Urkunde des Notars A in Stadt1 (dessen UR-Nr. ...) vom 06.03.2006, die mit „*Selbstanfechtung eines Testaments, Zuwendungsverzichtsvertrag und Erbvertrag*“ überschrieben ist, gaben der Erblasser, der Beteiligte zu 1 und die Tochter des Beteiligten zu 1, Vornamme1 Nachname1, verschiedene Erklärungen ab.

Unter Ziff. I der Urkunde erklärte der Erblasser - wie schon im Erbscheinsverfahren betreffend den Nachlass seiner ersten Ehefrau - , dass das Schriftstück vom 11.02.2003 nicht das Testament der Eheleute habe darstellen, sondern lediglich als Grundlage für ein Gespräch bei einem Notar habe dienen sollen. Er schilderte weiterhin den Ablauf des Erbscheinsverfahrens nach seiner ersten Ehefrau bis zur Erteilung des Erbscheins.

Er erklärte, aus den von ihm zuvor dargestellten Gründen das Schriftstück vom 11.02.2003, das nicht als Testament gedacht gewesen sei, vorsorglich anzufechten.

Unter Ziff. II 1 der Urkunde führte der Erblasser aus, dass der Beteiligte zu 1 den in der Urkunde vom 11.02.2003 nur unvollkommen oder überhaupt nicht zum Ausdruck gekommenen Willen seiner Eltern respektiere. Der Beteiligte zu 1 habe alle Bankguthaben, an denen er kraft gesetzlicher Erbfolge beteiligt sei, auf den Erblasser übertragen. Auf eine Übertragung eines Miteigentumsanteils an der in den Nachlass fallenden Immobilie werde verzichtet. Der Beteiligte zu 1 habe aber bestätigt, dass er zu Lebzeiten des Erblassers auf Geltendmachung der ihm bezüglich des Grundbesitzes durch den Erbfall nach der ersten Ehefrau des Erblassers zugeflossenen Rechte gegenüber dem Erblasser verzichte. Mit Unterzeichnung des Vertrages wiederhole der Beteiligte zu 1 diesen Verzicht.

Unter Ziff. II 2 setzte der Erblasser den Beteiligten zu 1 mit vertragsmäßiger Bindung als seinen Erben ein und machte ihm die Auflage, im Falle des Verkaufs der Immobilie den Verkaufserlös an die Tochter des Beteiligten zu 1 abzuführen, welche er auch als Ersatzerbin einsetzte.

Unter lit. C der Urkunde erklärte Vorname1 Nachname1, für den Fall, dass das Schriftstück vom 11.02.2003 doch als wirksames Testament angesehen werden sollte, für sich und ihre Rechtsnachfolger auf sich daraus ergebende Nacherbenrechte zu verzichten.

Unter lit. E und F trafen der Beteiligte zu 1 und dessen Tochter ihrerseits Verfügungen von Todes wegen im Hinblick auf die ihnen aufgrund der letztwilligen Verfügungen des Erblassers zufallende Immobilie.

Wegen der Einzelheiten der vorgenannten, von dem Nachlassgericht am 24.09.2018 eröffneten Urkunde (Bl. 28 ff. d. Testamentsakte) wird auf diese Bezug genommen.

Nach Eheschließung mit der Beteiligten zu 2 erklärte der Erblasser mit Urkunde UR-Nr. ... des Notars B in Stadt2 vom 15.04.2010 die Anfechtung der in dem Erbvertrag vom 06.03.2006 getroffenen Verfügungen wegen Übergehens der Beteiligten zu 2 als Pflichtteilsberechtigter. Wegen der Einzelheiten jener Urkunde (Bl. 22 ff. d. Testamentsakte) wird auf diese verwiesen.

Weiterhin hat das Nachlassgericht am 24.09.2018 eine eigenhändig niedergeschriebene und mit dem Namenszug des Erblassers unterzeichnete Testamentsurkunde vom 11.05.2010 (Bl. 34 d. Testamentsakte) eröffnet, ausweislich derer der Erblasser die Beteiligte zu 2 zu seiner Alleinerbin eingesetzt und den Beteiligten zu 1 mit dessen Stamm ausdrücklich enterbt hat. Auch auf diese Urkunde wird wegen ihrer Einzelheiten Bezug genommen.

Zur Niederschrift (Bl. 1 f. d. A.) der Rechtspflegerin des Nachlassgerichts hat der Beteiligte zu 1 am 18.10.2018 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben des Erblassers ausweisen soll.

Er hat das von ihm angenommene Erbrecht auf die Erbeinsetzungen in dem Erbvertrag vom 06.03.2006 und dem Ehegattentestament vom 06.03.2006 gestützt. Er hat die Ansicht vertreten, dass der Erblasser wegen des gemeinschaftlichen Testaments mit seiner ersten Ehefrau vom 11.02.2003 und wegen des Erbvertrages vom 06.03.2006 nicht habe neu testieren können. Selbst wenn der Erbvertrag wirksam „widerrufen“ sein sollte, gelte jedenfalls das Testament vom 11.02.2003 wieder. Auf die Niederschrift vom 18.10.2018 wird wegen ihrer Einzelheiten verwiesen.

Der Beteiligte zu 1 hat in der Folge weiter vorgetragen.

Er hat u. a. Ausführungen im Einzelnen dazu gemacht, wonach der von der Rechtspflegerin bei Beurkundung des Erbscheinsantrages geäußerten Ansicht, dass in dem Testament der Eheleute keine Wechselbezüglichkeit gegeben sei, zu widersprechen sei.

Der Erblasser habe durch seine Erklärung im Erbvertrag unter Bezugnahme auf die „*auf jeden Fall gewollte gegenseitige Erbeinsetzung*“ nachträglich die vermisste Wechselbezüglichkeit hergestellt. Der Erbvertrag stelle keine Aufhebung des Testaments der Eheleute dar, sondern lediglich dessen inhaltliche Präzisierung.

Der Erbvertrag gebe gerade den Willen beider Ehegatten wieder.

Dies habe den Beteiligten zu 1 bis zum Tode des Erblassers - auch nach Zustellung der Anfechtung vom 15.04.2010 - veranlasst, auf die Geltendmachung des mütterlichen Erbes zu verzichten.

Den Parteien des Erbvertrages sei mehrmals von anwaltlicher Seite und von dem beurkundenden Notar - auch auf die ausdrückliche Frage nach dem Fall der Wiederverheiratung - versichert worden, dass der Erblasser nicht erneut testieren könne. Darauf habe sich der Beteiligte zu 1 verlassen.

Der Beteiligte zu 2 hat weiterhin sinngemäß ausgeführt, dass bei ihm erhebliche Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers oder an dessen freien Willen bei Errichtung des Testaments vom 11.05.2010 aufgekommen seien.

Das Testament entspreche nicht dem Duktus des Erblassers und die darin getroffenen Verfügungen nicht dem langjährig und durchgehend, zuletzt in dem Erbvertrag geäußerten Willen des Erblassers. Unerklärlich sei, wie der Erblasser auf die Idee gekommen sein sollte, den Beteiligten zu 1 mit „*seinem Stamm*“ zu enterben.

Der Erblasser sei bei Errichtung des Testaments 81 Jahre alt und pflegebedürftig gewesen. Der Wortlaut des Testaments mit der präzisen Verwendung erbrechtlicher Begriffe müsse von einem Dritten vorgegeben worden sein.

Der Beteiligte zu 1 hat weiterhin die Ansicht vertreten, dass er sein Erbrecht jedenfalls auf das Ehegattentestament vom 11.02.2003 stützen könne. Aus den späteren Erklärungen des Erblassers folge, dass es der Wille der Eheleute gewesen sei, sich gegenseitig zu Alleinerben einzusetzen.

Jedenfalls hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung stelle das Testament eine wechselbezügliche Verfügung dar, an die die Eheleute gebunden seien. Wechselbezüglichkeit im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB liege bei der Einsetzung eines gemeinsamen Kindes zum Schlusserben beider Eheleute vor.

Die Selbstanfechtung des Ehegattentestaments durch den Erblasser in der Urkunde vom 06.03.2006 gehe ins Leere, weil dieser sich nicht im Irrtum befunden habe. Denn der Erblasser habe 2003 - jedenfalls nach seinen eigenen Klarstellungen - das testiert, was er habe testieren wollen. Das Testament aus dem Jahre 2003 habe auch nach dem Abschluss des Erbvertrages noch vollumfänglich Bestand gehabt.

Auch die nach erneuter Eheschließung erfolgte Anfechtung des Erbvertrages betreffe nicht das Ehegattentestament, so dass dieses weiterhin Bestand habe und die darin erfolgte Schlusserbeneinsetzung des Beteiligten zu 1 wirksam sei, selbst wenn die Anfechtung des Erbvertrages wirksam sein sollte.

Die Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten und hat zugleich (mit An-

waltsschriftsatz vom 12.11.2018, Bl. 10 f. d. A.) ihrerseits beantragt, ihr einen Alleinerbschein zu erteilen.

Sie hat die Ansicht vertreten, das gemeinschaftliche Testament der Eheleute enthalte keinerlei wechselbezüglichen Verfügungen, insbesondere keine gegenseitige Erbeinsetzung. In dieser Weise habe das Nachlassgericht das Testament nach dem Tod der ersten Ehefrau auch ausgelegt und einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge erteilt.

Die Verfügungen in dem letzten Testament des Erblassers aus dem Jahre 2010 seien entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1 ohne Weiteres nachvollziehbar. Es habe für den Erblasser nichts nähergelegen, als nach der Eheschließung seine zweite Ehefrau auch als Erbin einzusetzen. Diese habe sich viele Jahre aufopferungsvoll um ihren Ehemann gekümmert und sei entgegen der Darstellung des Beteiligten zu 1 nicht lediglich „Putzfrau“ gewesen.

Die Richterin des Nachlassgerichts hat mit Beschluss vom 19.02.2019 (Bl. 28 d. A.) den Beteiligten mitgeteilt, sie gehe nach vorläufiger Einschätzung u. a. davon aus, dass in dem Testament vom 11.02.2003 keine Erbeinsetzung erfolgt sein dürfte, sondern es sich dabei lediglich - wie in dem Erbvertrag unter Ziff. I festgehalten - um einen Entwurf handele.

Der Beteiligte zu 1 hat daraufhin mit Anwaltsschriftsatz vom 14.03.2019 (Bl. 31 ff. d. A.) ausführlich seine Auffassung vertieft, wonach das Testament vom 11.02.2003 wirksam sei, insbesondere mit Testierwillen errichtet worden sei und seine bindende Einsetzung zum Erben enthalte. Er hat u. a. ausgeführt, der Umstand, dass der Erblasser die Urkunde nach dem Tod der Ehefrau als „Entwurf“ bezeichnet habe, lasse den Willen der ebenfalls testierenden Ehefrau gänzlich außer Acht.

Das Nachlassgericht hat der Enkelin des Erblassers, Frau Vorname1 Nachname2, geb. Nachname1 bereits unter dem 26.10.2018 (vgl. Bl. 3 d. A.) Gelegenheit gegeben, sich an dem Verfahren zu beteiligen. Diese hat sich daraufhin nicht geäußert.

Mit vorliegend angefochtenem Beschluss vom 20.03.2019 (Bl. 36 ff. d. A.) hat die Richterin des Nachlassgerichts den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und diesem die Kosten des Erbscheinsverfahrens auferlegt.

Zu den Gründen hat sie im Wesentlichen ausgeführt, das gemeinschaftliche Testament vom 11.02.2003 stelle kein Testament im Rechtssinne dar, weil beiden Ehegatten bei dessen Errichtung der Testierwille gefehlt habe, was ausführlich näher begründet ist.

Selbst wenn das Testament wirksam gewesen sein sollte, so sei dies durch den Erbvertrag vom 06.03.2006 wirksam angefochten worden, was ebenfalls im Einzelnen begründet ist.

Auch die Verfügungen in dem Erbvertrag vom 06.03.2006 seien durch Anfechtung vom 15.04.2010 nach § 2281 BGB gemäß § 142 Abs. 1 BGB ex tunc unwirksam.

Ein Anfechtungsgrund habe mit dem Übergehen der Beteiligten zu 2 als Pflichtteilsberechtigte bestanden, was näher ausgeführt ist.

Für das Anfechtungsrecht sei es unbeachtlich, dass der Erblasser durch Eheschließung selbst veranlasst habe, dass ein neuer Pflichtteilsberechtigter hinzugekommen sei.

Auch seien keine Ausschlussgründe für das Anfechtungsrecht ersichtlich. Der Erblasser habe insbesondere auf das Anfechtungsrecht in dem Erbvertrag nicht verzichtet.

Eine Einschränkung des Anfechtungsrechts im Interesse des Vertrauenschutzes sei nicht geboten, wie dies beispielsweise bei entgeltlichen Erbverträgen der Fall sein könne. Ein ent-

geltlicher Erbvertrag liege aber nicht vor, wobei diese Annahme nicht näher begründet ist.

Auch für ein treuwidriges Verhalten des Erblassers gebe es keine Anhaltspunkte. Insbesondere sei die Wiederheirat nicht als rechtsmissbräuchlich oder treuwidrig anzusehen, was die Ehedauer von acht Jahren zeige. Es sei nicht erkennbar, dass der Erblasser allein aus dem Grunde wieder geheiratet habe, um den Erbvertrag anfechten zu können.

Auch sei die Anfechtung form- und fristgerecht gegenüber dem richtigen Anfechtungsgegner erfolgt.

Die Erbfolge richte sich daher nach dem formwirksam errichteten eigenhändigen Testament vom 11.05.2010.

Es gebe auch keine Anhaltspunkte, welche für fehlenden Testierwillen oder fehlende Testierfähigkeit sprechen würden. Da abgesehen von der pauschalen Behauptung des Beteiligten zu 1 keinerlei Hinweise auf eine fehlende Testierfähigkeit vorlägen, sei von dem Regelfall der Testierfähigkeit auszugehen.

Gegen den seiner erstinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten am 28.03.2019 (vgl. Bl. 43 d. A.) zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1 mit bei dem Nachlassgericht am 26.04.2019 eingegangenem Schriftsatz vom 25.04.2019 (Bl. 44 ff. d. A.) Beschwerde eingeliert und diese sogleich begründet.

Er rügt, das Nachlassgericht habe trotz entsprechender Anregung seiner erstinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten eine mündliche Verhandlung nicht durchgeführt.

Weiterhin beanstandet er, dass das Nachlassgericht den wahren Willen des Erblassers und seiner Ehefrau in keinem der beiden Erbscheinsverfahren ermittelt, festgestellt und der Entscheidung zugrunde gelegt habe. Vielmehr sei dieser systematisch negiert worden.

Er wendet sich dagegen, dass das Nachlassgericht das Ehegattentestament des Erblassers als ungültig angesehen habe und davon ausgegangen sei, dass den Eheleuten der Testierwille gefehlt habe.

Er hat dazu umfangreich zu Umständen vorgetragen, aus denen sich seiner Auffassung nach ergebe, dass die Eheleute dieses Schriftstück als ihren letzten Willen angesehen hätten und ihnen die darin enthaltenen Fehler gar nicht bewusst gewesen seien.

Mit den Erklärungen im Erbvertrag habe der Erblasser diese Fehler korrigieren wollen. Der Beteiligte zu 1 verweist dabei auch darauf, dass das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren betreffend den Nachlass der ersten Ehefrau des Erblassers nur vage und widersprüchliche Aussagen zur Einordnung des Ehegattentestaments gemacht habe.

Auch habe das Nachlassgericht die eigenen Äußerungen des Beteiligten zu 1 im Erbscheinsverfahren nach seiner Mutter zum Beleg fehlenden Testierwillens des Erblassers selektiv und sinnentstellend zitiert.

Weiterhin wendet sich der Beteiligte zu 1 gegen die Feststellung, es habe sich bei dem Erbvertrag um einen nicht entgeltlichen Vertrag gehandelt. Er verweist insoweit darauf, dass er zu Lebzeiten des Erblassers auf Geltendmachung seiner Rechte als Miterbe nach seiner Mutter verzichtet, sämtliche Bankguthaben auf den Vater übertragen, zudem in dem Erbvertrag den Erblasser als Erben eingesetzt und sich gegenüber der eigenen Tochter verpflichtet habe. Er sieht darin den ihm zustehenden Vertrauenschutz in die Verbindlichkeit des Erbvertrags verletzt.

Schließlich rügt er, dass das Nachlassgericht das Vorliegen von Rechtmissbrauch oder Treuwidrigkeit verneint habe. Es sei fraglich, ob man eine „*Ehe*“ zwischen einem 80 Jahre alten Mann und einer 40 Jahre jüngeren Frau als solche bezeichnen könne. Von den acht Jahren der Ehe habe der Erblasser die letzten zwei Jahre wegen starker Demenz im Heim zugebracht. Auch sei der zeitliche Ablauf nicht berücksichtigt. Das Testament sei nicht nach achtjähriger Ehedauer, sondern nur viereinhalb Monate nach Eheschließung errichtet worden.

Die Richterin des Nachlassgerichts hat mit Beschluss vom 07.05.2019 (Bl. 51 d. A.) der Beschwerde aus den weiter vertieften Gründen des angefochtenen Beschlusses nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Der Beteiligte zu 1 hat im Beschwerdeverfahren nochmals vertiefend vorgetragen. Er hat auf Auslegungsgrundsätze für Testamente verwiesen, nach denen die Auslegung einzig und allein dem Willen des Erblassers geschuldet sein müsse. Diese Grundsätze hätten schon bei der Auslegung des Ehegattentestaments nach dem Tod der Ehefrau des Erblassers berücksichtigt werden müssen. Dies sei aber unterblieben, worauf alle weiteren Erklärungen des Erblassers ausschließlich dazu gedient hätten, die Fehler bei Errichtung des Ehegattentestaments zu korrigieren.

Dieses sei mit Testierwillen errichtet worden. Der Erblasser habe immer betont, dass die Eheleute *so* nicht hätten testieren wollen. Er habe aber nie behauptet, dass diese gar nicht hätten testieren wollen.

Die Beteiligte zu 2 ist der Beschwerde entgegengetreten und hat nochmals darauf hingewiesen, dass der Beteiligte zu 1 und der Erblasser nach dem Tod der ersten Ehefrau einvernehmlich von gesetzlicher Erbfolge ausgegangen seien.

Wegen des Vorbringens der Beteiligten wird auch Bezug genommen auf die zu den Akten gelangten Schriftsätze nebst Anlagen.

Das Nachlassgericht hat dem Senat neben der Akte des Erbscheinsverfahrens nach dem Erblasser (dortiges Az. ...) und der Testamentsakte (dortiges Az. ...) auch die Akten des Erbscheinsverfahrens nach der ersten Ehefrau des Erblassers (dortiges Az. ...) vorgelegt.

## II.

Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Der Beteiligte zu 1 ist beschwerdeberechtigt, weil er durch den angefochtenen Beschluss in der von ihm angenommenen Alleinerbenstellung nach dem Erblasser beeinträchtigt ist, § 59 Abs. 1 FamFG. Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere formgemäß und fristgerecht bei dem Nachlassgericht eingelebt worden, § 64, § 63 Abs. 1 FamFG.

Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Unabhängig von den etwaigen Folgen liegt ein Verfahrensmangel des nachlassgerichtlichen Verfahrens nicht vor, weil das Nachlassgericht - was die Beschwerde rügt - einen Termin nicht durchgeführt hat. Nach § 32 Abs. 1 S. 1 FamFG kann das Gericht die Sache mit den Beteiligten in einem Termin erörtern. Die Durchführung eines Termins steht demnach im pflichtgemäßem Ermessen des Nachlassgerichts, woran auch der auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gerichtete Antrag eines Beteiligten nichts ändert. Eine Terminsdurchführung kann nach pflichtgemäßem Ermessen angezeigt sein, wenn dieses zur Herbeiführung der Entscheidungsreife geboten ist (vgl. Sternal in Keidel, FamFG, 20. Aufl., § 32 FamFG, Rn. 3 f.). Solches war vorliegend nicht der Fall, weil die Beteiligten ihr Vorbringen umfangreich und vollständig in Schriftform angebracht hatten und danach offensichtlich kei-

ne klärungsbedürftigen Zweifel mehr bestanden.

Gleiches gilt auch für das Beschwerdeverfahren, so dass auch der Senat von der Durchführung eines Termins absehen konnte. Die Voraussetzungen des § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG waren dabei nicht zu berücksichtigen, weil jene Vorschrift nur dann gilt, wenn im erstinstanzlichen Verfahren durch besondere Rechtsvorschrift eine Terminsdurchführung obligatorisch vorgeschrieben ist (vgl. Sternal in Keidel, a. a. O., § 68 FamFG, Rn. 58a), was aber im Verfahren der Erbscheinerteilung nicht der Fall ist.

Die Erbfolge nach dem Erblasser richtet sich - wie das Nachlassgericht im Ergebnis zutreffend angenommen hat - nach dem zuletzt errichteten Einzeltestament vom 11.05.2010, in welchem der Erblasser die Beteiligte zu 2 zu seiner Alleinerbin eingesetzt und zudem ausdrücklich den Beteiligten zu 1 mit seinem Stamm enterbt hat, so dass ein Erbrecht des Beteiligten zu 1 nicht besteht.

Jenes Testament errichtete der Erblasser formgerecht als eigenhändiges Testament nach § 2231 Nr. 2, § 2247 BGB. Wie das Nachlassgericht ebenfalls zutreffend angenommen hat, begründen die von dem Beteiligten zu 1 geäußerten pauschalen Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers im Jahre 2010 und die Annahme des Beteiligten zu 1, dass der Wortlaut der Verfügung von einem Dritten formuliert sei, keine durchgreifenden Bedenken an der Wirksamkeit des Testaments.

Denn Testierfähigkeit eines Erblassers stellt den Regelfall dar. Für das Vorliegen einer Ausnahme davon, insbesondere einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit, von Geisteschwäche oder einer Bewusstseinsstörung mit Auswirkungen auf die Einsichtsfähigkeit des Erblassers im Sinne des § 2229 Abs. 4 BGB gibt es keinen Anhaltspunkt. Auch bietet das Vorbringen des Beteiligten zu 1 keinen Anlass für diesbezügliche Ermittlungen des Senats (§ 26 FamFG). Denn konkrete auffällige Verhaltensweisen des Erblassers sind nicht dargelegt, rein pauschalen Behauptungen der Beteiligten zu einer angeblichen Testierunfähigkeit muss das Nachlassgericht und an seiner Stelle der Senat im Beschwerdeverfahren aber nicht nachgehen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 07.03.1997, Az. 1Z BR 259/96, zitiert nach juris Tz. 13).

Auch die Ausführungen des Beteiligten zu 1, wonach der Erblasser die letzten beiden Jahre vor seinem Tod, also seit 2016, wegen einer Demenzerkrankung in einem Pflegeheim versorgt worden sei, begründen keinen Anhalt für das Vorliegen einer solchen Erkrankung und daraus resultierenden konkreten Beeinträchtigung bereits bei Errichtung des Testaments im Jahre 2010. Auch ein hohes Alter des Erblassers (vgl. Weidlich in Palandt, BGB, 79. Aufl., § 2229 BGB, Rn. 11 m. w. N.), das bloße Vorliegen einer Erkrankung oder einer nicht näher spezifizierten Pflegebedürftigkeit zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung stellen ebenfalls keinen Anlass für eine nähere Aufklärung dar, ob Testierfähigkeit aufgehoben gewesen sein könnte.

Auch lässt sich aus der Abweichung des in dem Testament von 2010 ausdrücklich bekundeten Willens des Erblassers, seine Abkömmlinge zu erben, von früheren Verfügungen und Äußerungen kein Schluss darauf ziehen, dass dieser testierunfähig gewesen wäre. Denn die Testierfreiheit umfasst auch solche Verfügungen, die den Beteiligten grundlos erscheinen oder - wofür es vorliegend allerdings keinen Anhalt gibt - sogar objektiv unvernünftig sind.

Auch die Annahme des Beteiligten zu 1, der Wortlaut des Testaments entspreche nicht der Ausdrucksweise des Erblassers, begründet keinen Anhaltspunkt für dessen Unwirksamkeit. Selbst wenn der Erblasser - was keiner weiteren Aufklärung bedarf - den Wortlaut des Testaments aus einem von einem Dritten erstellten Muster (in Frage kommt z. B. auch ein Mus-

tertext aus öffentlich zugänglicher Quelle) übernommen haben sollte, hat er sich diesen zu Eigen gemacht. Eine Vorschrift, nach der - auch im Falle der eigenhändigen Errichtung - die Wirksamkeit eines Testaments davon abhinge, dass dieses von dem Erblasser selbst formuliert sein müsste, gibt es nicht.

Der Wirksamkeit der Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 2 in dem Testament vom 11.05.2010 steht auch nicht die Bindungswirkung des Erbvertrages oder des Ehegattentestamentes des Erblassers und seiner ersten Ehefrau entgegen.

Grundsätzlich ist zwar nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB eine zeitlich nach der Errichtung eines Erbvertrages errichtete Verfügung von Todes wegen unwirksam, wenn diese den vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde. Vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag sind demnach im Grundsatz unwiderruflich. Bei der Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1 in dem Erbvertrag vom 06.03.2006 handelt es sich ausdrücklich um eine solche vertragsmäßige Verfügung.

Allerdings kann auch der Erblasser, der in einem Erbvertrag eine vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen getroffen hat, diese gemäß § 2281 Abs. 1 BGB aus den Gründen der §§ 2078, 2079 BGB anfechten mit der Folge des § 142 BGB, wonach die angefochtene Verfügung von Todes wegen von Anfang an nichtig ist, was vorliegend der Fall ist.

Durch die Möglichkeit der Selbstanfechtung soll einem Erblasser, der in einem Erbvertrag vertragsmäßige Verfügungen getroffen hat, für die er sich den Rücktritt im Sinne des § 2293 BGB nicht vorbehalten hat, die Wiederherstellung seiner Testierfreiheit ermöglicht werden, wenn dieser sich in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum befunden hat (vgl. Kornexl in Kroiß / Ann / Mayer, BGB Erbrecht, 5. Aufl., § 2281 BGB, Rn. 1). Der Erblasser erhält dadurch auch in Fällen, in denen er gemäß § 2078 Abs. 2 Alt. 1 BGB zu der Verfügung durch die irrite Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands bestimmt worden ist, also im Falle eines Irrtums im Motiv, die Möglichkeit, sich von einer daran beruhenden vertragsmäßigen Verfügung wieder zu lösen. Dies gilt sehr weitgehend für alle Fehlvorstellungen, die für die Willensbildung des Erblassers bestimmend waren. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber dem Willen des Erblassers eine herausragende Bedeutung beimisst und in Fällen einer fehlerhaften Willensbildung der Wiederherstellung der Wiedererlangung der Testierfreiheit Vorrang vor dem Vertrauen der übrigen Parteien des Erbvertrages auf den Bestand der auf einem Irrtum beruhenden Verfügung gibt (vgl. Röhl in BeckOGK BGB, Stand 01.08.2020, § 2281 BGB, Rn. 48).

Auch der Anfechtungsgrund des § 2079 S. 1 BGB, wonach eine letztwillige Verfügung angefochten werden kann, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergegangen hat, der ihm bei Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder erst nach Errichtung der Verfügung pflichtteilsberechtigt geworden ist, stellt einen Sonderfall des Motivirrtums dar (vgl. Weidlich in Palandt, a. a. O., § 2079 BGB, Rn. 1). Denn in einem solchen Falle liegt die Fehlvorstellung in der Annahme, ein Pflichtteilsberechtigter werde zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vorhanden sein.

Dies vorausgeschickt hat das Nachlassgericht zutreffend erkannt, dass der Erblasser mit der Urkunde vom 15.04.2010 wirksam die Anfechtung der in dem Erbvertrag vom 06.03.2006 erfolgten Erbeinsetzungen aus dem Anfechtungsgrundes des § 2079 S. 1 Alt. 3 BGB erklärt hat.

Bei der Selbstanfechtung eines Erbvertrages müssen gemäß § 2281 Abs. 1 Hs. 2 BGB in Abweichung von § 2079 S. 1 BGB die Voraussetzungen des Anfechtungsgrundes nicht beim Erbfall, sondern zum Zeitpunkt der Anfechtung vorliegen.

Zu jenem Zeitpunkt - wie auch noch zu dem des Erbfalls - bestand der genannte Anfechtungsgrund des Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten. Der Erblasser war seit XX.XX.2009 verheiratet mit der Beteiligten zu 2. Diese gehört als Ehegattin des Erblassers gemäß § 2303 Abs. 2 BGB seit Eheschließung und damit nach Abschluss des Erbvertrages vom 06.03.2006 zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten.

An der Wirksamkeit der Eheschließung sind keine Zweifel erkennbar geworden. Dies gilt auch, soweit der Beschwerdeführer auf das hohe Alter des Erblassers verweist. Ein Volljähriger kann, sofern keine Eheverbote (§ 1306 ff. BGB) bestehen - für solche gibt es vorliegend keine Anhaltspunkte -, eine Ehe nur dann nicht eingehen, wenn er geschäftsunfähig ist, § 1303, § 1304 BGB.

Für das Vorliegen von Geschäftsunfähigkeit bei Eheschließung gibt es aber keine Anzeichen; insoweit gilt das für die Testierfähigkeit Gesagte entsprechend. Zudem ist auch eine von einem Geschäftsunfähigen eingegangene Ehe wirksam, solange diese nicht durch richterliche Entscheidung aufgehoben ist, § 1313, § 1314 BGB.

Der Erblasser überging die Beteiligte zu 2 auch bei seinen Verfügungen in dem Erbvertrag, denn eine Zuwendung von Todes wegen machte er dieser nicht.

Der Erblasser erklärte die Selbstanfechtung des Erbvertrages in der nach § 2282 Abs. 3 BGB vorgeschriebenen notariell beurkundeten Form.

Er erklärte die Anfechtung auch gegenüber den richtigen Adressaten. Die Selbstanfechtung eines Erbvertrags ist gemäß § 143 Abs. 2, Abs. 1 BGB gegenüber den weiteren Vertragsbeteiligten zu erklären. Die Anfechtung erfolgte vorliegend - wie auch bereits das Nachlassgericht festgestellt hat - gegenüber dem Beteiligten zu 1 und der weiter an dem Erbvertrag beteiligten Tochter des Beteiligten zu 1 Vorname1 Nachname2, geb. Vorname1.

Schließlich ist die Anfechtungsfrist des § 2283 Abs. 1 BGB von einem Jahr gewahrt, die nach Absatz 2 Satz 1 Alternative 2 der vorgenannten Vorschrift in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, zu dem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Im vorliegenden Fall der Anfechtung wegen des Übergehens eines aufgrund einer später erfolgten Eheschließung als Pflichtteilsberechtigter hinzugetretenen Ehegatten, kann dies frühestens der Zeitpunkt der Eheschließung sein. Ob daneben weitere Kenntnisse, insbesondere ein Bewusstsein über die erbvertragliche Bindung (so z. B. Hoeren in Schulze, BGB, 10. Aufl., § 2283 BGB, Rn. 4), hinzutreten müssen, kann vorliegend dahinstehen. Denn der Erblasser hat die Anfechtung im April 2010 erklärt und damit zu einem Zeitpunkt, als die Eheschließung mit der Beteiligten zu 2 - die wie gesagt den frühesten Zeitpunkt für den Fristbeginn darstellt - noch kein Jahr zurücklag.

Das Anfechtungsrecht des Erblassers war - entgegen der von der Beschwerde vertretenen Ansicht - auch nicht ausgeschlossen.

Das Anfechtungsrecht wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten ist nach § 2079 S. 2 BGB von vornherein ausgeschlossen, wenn der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage zu dessen Nachteil verfügt haben würde, was auch im Falle der Selbstanfechtung durch den Erblasser gilt (vgl. BGH, Urteil vom 10.01.1983, Az. VIII ZR 231/81, zitiert nach juris Tz. 30).

Es kommt dabei auf den hypothetischen Willen des Erblassers zur Zeit der Errichtung der Verfügung an, den dieser gebildet hätte, wenn er zu diesem Zeitpunkt das Vorhandensein des übergangenen Pflichtteilsberechtigten bereits vorausgesehen hätte, im Übrigen aber die Umstände auf sich hätte wirken lassen, die bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen

zu dieser bestimmt haben (vgl. Otte in Staudinger, BGB, Neubearb. 2019, § 2079 BGB, Rn. 11; Weidlich in Palandt, a. a. O., § 2079 BGB, Rn. 5).

Ein Aufrechterhaltungswille im Hinblick auf die vorliegend angefochtene Verfügung wäre demnach dann anzunehmen, wenn der Erblasser, hätte er das spätere Hinzutreten seiner Ehefrau als Pflichtteilsberechtigten bereits bei Testamentserrichtung erkannt, diese dennoch in jedem Falle ererbt hätte.

Auch für einen solchen Willen fehlt es vorliegend an einem Anhaltspunkt.

Zwischen dem Abschluss des Erbvertrages vom 06.03.2006 und der am 15.04.2010 erklärten Anfechtung aufgrund Eheschließung am XX.XX.2009 vergingen etwas mehr als vier Jahre. In der Anfechtungserklärung kommt der tatsächliche Wille des Erblassers zu diesem Zeitpunkt zum Ausdruck, den Erbvertrag wegen des Hinzutretens der Beteiligten zu 2 als Ehefrau gerade nicht aufrecht erhalten zu wollen.

Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der Erblasser im Jahre 2006 - also etwa vier Jahre zuvor -, hätte er diese zukünftige Entwicklung bereits erkannt, einen gänzlich anderen Willen gebildet hätte. Vielmehr spricht gerade der relativ kurze Zeitraum von wenigen Jahren zwischen Erbvertrag und dessen Anfechtung eher gegen eine Abweichung zwischen tatsächlichem Willen bei Anfechtung und hypothetischem Willen bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen.

Etwas Anderes käme allenfalls in Frage, wenn der Erblasser wenigstens im Grundsatz die Möglichkeit einer Wiederverheiratung, ohne dabei eine bestimmte Person bereits in Betracht zu ziehen, bei Abschluss des Erbvertrages in seine Erwägungen einbezogen hätte und dennoch ohne Vorbehalt des Rücktritts ausschließlich zugunsten seiner Abkömmlinge hätte. Der Erblasser hat aber bei Beurkundung des Erbvertrages auf eine entsprechende Rückfrage die Möglichkeit einer Wiederverheiratung gerade von sich gewiesen. Es ist daher davon auszugehen, dass er die Verfügungen zugunsten seiner Abkömmlinge in der Erwartung getroffen hat, er werde nicht mehr heiraten.

Die Anfechtung war auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil - wie aber der Beteiligte zu 1 einwendet - einer Anfechtung der Schutz seines Vertrauens in den Bestand der Regelungen des Erbvertrages entgegenstünde oder der Erblasser die Anfechtung rechtsmissbräuchlich und treuwidrig erklärt hätte.

Zunächst hat der Erblasser - was grundsätzlich möglich gewesen wäre (vgl. Kanzleiter in Staudinger, a. a. O., § 2281 BGB, Rn. 19) - in dem Erbvertrag sein Recht auf Anfechtung seiner darin getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen nicht schon durch Vereinbarung ausgeschlossen.

Ist das Anfechtungsrecht nicht vertraglich ausgeschlossen, kann sich ein Ausschluss nur ausnahmsweise ergeben, wenn der Erblasser die Voraussetzungen der Anfechtung selbst erst durch ein gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten verstößendes Verhalten (§ 242, § 138 BGB) herbeigeführt hat (vgl. Musielak in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 2281 BGB, Rn. 15).

In der neueren Literatur wird darüber hinaus - was das Nachlassgericht in der angefochtenen Entscheidung nur gestreift hat - für sogenannte entgeltliche Erbverträge diskutiert, ob und unter welchen Voraussetzungen das Anfechtungsrecht auch aus dem Gesichtspunkt des Vertrauenschutzes möglicherweise weitergehend einzuschränken ist (vgl. zum Meinungsstand im Einzelnen: Mayer in Reimann / Bengel / Mayer, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2281, Rn. 24 f.).

Von dieser Ansicht wird angeführt, dass bei dem sogenannten entgeltlichen Erbvertrag das Äquivalenzprinzip - der Austausch gleichwertiger Leistungen - den Bindungsgrund darstelle (vgl. Mayer, a. a. O., § 2281, Rn. 25), so dass ein Vertragsteil, der sich in Ansehung der zu seinen Gunsten getroffenen Verfügung von Todes wegen zu lebzeitigen Leistungen verpflichtet, im Hinblick auf die erbrachten Leistungen schutzwürdig sei.

Solchen Überlegungen vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar wird in Fällen, in denen sich der andere Vertragsteil mit Rücksicht auf die vertragsmäßige Zuwendung in der gleichen Urkunde schuldrechtlich zu einer Leistung verpflichtet, von einem „*entgeltlichen Erbvertrag*“ gesprochen; diese Bezeichnung ist gleichwohl irreführend (vgl. Litzenburger in BeckOK BGB, 55. Edition, Stand 01.08.2020, § 2274 BGB, Rn. 4). Denn Charakter des Erbvertrages ist, dass es sich um ein abstraktes, unentgeltliches Geschäft handelt, das keinen schuldrechtlichen und keinen gegenseitigen Vertrag darstellt, und zwar auch dann nicht, wenn sich die Parteien gegenseitig vertragsmäßig bedenken oder wenn sich der Vertragsgegner zu einer Leistung an den Erblasser verpflichtet (vgl. Kanzleiter in Staudinger, a. a. O., Einl. § 2247 BGB, Rn.3). Ein „*entgeltlicher Erbvertrag*“ hat insoweit eine Doppelnatur; dabei steht aber die schuldrechtliche Leistungsverpflichtung zur Zuwendung des Erblassers nicht in einem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung im Sinne von §§ 320 ff BGB wie bei einem gegenseitigen Vertrag (vgl. BGH, Urteil vom 30.03.1994, Az. XII ZR 30/92, zitiert nach juris Tz. 22).

Der andere Teil erbringt also Leistungen aufgrund einer schuldrechtlichen Verpflichtung, die rechtlich unabhängig von der Verfügung des Erblassers besteht. Ein demnach nicht rechtlich, sondern nur tatsächlich begründetes Vertrauen auf den Bestand der Verfügung von Todes wegen kann nach Auffassung des Senats allein eine Durchbrechung der dargestellten gesetzlichen Grundwertung nicht rechtfertigen, wonach das Interesse des Erblassers, durch Anfechtung einer vertragsmäßigen Verfügung seine Testierfreiheit wiederzuerlangen, Vorzug vor dem Vertrauen des anderen Teils in den Bestand der Verfügung verdient (so auch: Musielak in Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 2281 BGB, Rn. 16).

Offen bleiben kann daher, ob sich vorliegend aus Verpflichtungen der anderen Vertragsparteien in dem Erbvertrag überhaupt dessen Qualifikation als „*entgeltlich*“ im vorgenannten Sinne ergibt. Dies ist jedenfalls zweifelhaft.

Als entsprechende in dem Erbvertrag eingegangene schuldrechtliche Verpflichtung kommt allein der Verzicht des Beteiligten zu 1 auf die Durchsetzung der ihm durch die Erbfolge nach der ersten Ehefrau des Erblassers zugeflossenen Rechte an dem Grundbesitz in Betracht. Soweit der Erblasser in dem Erbvertrag auch Ausführungen betreffend die Übertragung von Bankguthaben gemacht hat, ist eine diesbezügliche Verpflichtungserklärung des Beteiligten zu 1 der Urkunde nicht zu entnehmen. Eigene Verfügungen von Todes wegen des Beteiligten zu 1 und dessen Tochter sind nicht schuldrechtlicher Natur.

Mit dem Erbvertrag einschließlich der genannten Verpflichtung des Beteiligten zu 1 sollte offensichtlich einvernehmlich der Zustand herbeiführt werden, der eingetreten wäre, wenn der Erblasser mit seiner ersten Ehefrau ein wirksames gemeinschaftliches Testament errichtet hätte, in dem sich die Ehegatten für den ersten Todesfall - wie vorliegend aber nicht (dazu noch unten näher) - gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und jeweils mit Bindungswirkung im Sinne des § 2271 Abs. 2 BGB den Beteiligten zu 2 zum Erben des Überlebenden. Seine schuldrechtlichen Verpflichtungen ging der Beteiligte zu 1 zur Erreichung dieses Zwecks ausdrücklich aus Respekt vor dem Willen seiner Eltern ein, den er auf Errichtung eines solchen Testaments gerichtet ansah, an dessen Wirksamkeit er aber Zweifel hatte.

Sein Vertrauen in den Eintritt einer eigenen erbrechtlichen Position nach dem Erblasser kann

vor diesem Hintergrund allenfalls nur insoweit schutzwürdig sein, als diese derjenigen entspricht und nicht darüber hinausgeht, wie er sie aufgrund eines solchen Ehegattentestaments hätte erlangen können.

Tatsächlich hat der Beteiligte zu 1 aber keine andere oder schlechtere Position erlangt als es durch ein Ehegattentestament möglich gewesen wäre. Er kann daher auch im Hinblick auf den von ihm erklärten Verzicht auf die Geltendmachung von Rechten aus dem Erbe nach der ersten Ehefrau des Erblassers schon keinen besonderen Vertrauensschutz geltend machen.

Auch von einer nach § 2271 Abs. 2 BGB nach dem Tod der Ehefrau für den Erblasser grundsätzlich bindenden Schlusserbeneinsetzung hätte sich dieser im Falle seiner Wiederverheiratung ebenfalls unter den Voraussetzungen des § 2079 BGB entsprechend § 2281 BGB durch Anfechtung lösen können (vgl. OLG München, Beschluss vom 10.02.2015, Az. 31 Wx 427/14, zitiert nach juris, Tz. 11 m. w. N.), so dass der Beteiligte zu 1 auch dann seine gewillkürte Alleinerbenstellung aus dem Testament verloren hätte.

Ein Ausschluss des Anfechtungsrechts käme demnach nach den eingangs angesprochenen allgemeinen Regeln nur in Betracht, wenn der Erblasser die Voraussetzungen der Anfechtungen selbst erst durch ein gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten verstößendes Verhalten herbeigeführt hätte. Im Falle der Eheschließung müsste diese also ein treuwidriges gerade gegen die Begünstigten des Erbvertrages gerichtetes Verhalten darstellen, woran - wie auch das Nachlassgericht offensichtlich angenommen hat - allenfalls zu denken wäre, wenn die Ehe allein zu dem Zweck eingegangen wäre, um dem Erblasser die Lösung von den Bindungen der vertragsmäßigen Verfügungen in dem Erbvertrag zu ermöglichen, also um die Voraussetzungen des Anfechtungsgrundes des § 2079 BGB erst zu schaffen.

Davon kann aber mit dem Nachlassgericht vorliegend unter keinem Gesichtspunkt ausgegangen werden.

Dagegen spricht schon der Umstand, dass die zweite Ehe des Erblassers bis zu dessen Tod über acht Jahre Bestand hatte, nachdem die Anfechtung bereits kurz nach Eheschließung erklärt worden war.

Nach alledem hat der Erblasser den Erbvertrag vom 06.03.2006 wirksam angefochten, so dass auch die Erbeinsetzung zugunsten des Beteiligten rückwirkend nichtig ist, § 142 BGB.

Auch die Verfügungen in der Urkunde vom 11.02.2003 stehen der späteren Erbeinsetzung der Beteiligten zu 2 nicht entgegen.

Dahinstehen kann, ob der Erblasser und seine erste Ehefrau jene Urkunde mit Testierwillen errichtet haben. Sollte dies der Fall sein, kann weiter dahinstehen, ob der Erblasser seine darin getroffenen Verfügungen durch Selbstanfechtung in dem Erbvertrag von 2006 beseitigt hat oder nicht.

Selbst wenn das Ehegattentestament noch wirksam gewesen wäre, hätte der Erblasser die darin getroffenen Erbeinsetzungen jedenfalls mit Errichtung des Testaments vom 11.05.2010 durch die darin verfügte Erbeinsetzung (§ 1937 BGB) der Beteiligten zu 2 und zudem die ausdrückliche Enterbung (§ 1938 BGB) des Beteiligten zu 1 und dessen Tochter wirksam widerrufen.

Denn gemäß § 2258 Abs. 1 BGB wird durch die Errichtung eines Testaments ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere mit dem früheren in Widerspruch steht.

Die Verfügungen in dem Ehegattentestament - im Folgenden jeweils dessen Wirksamkeit unterstellt - hinderten entgegen der Auffassung der Beschwerde den Erblasser nicht daran,

später zugunsten der Beteiligten zu 2 zu verfügen.

Nach § 2271 Abs. 2 BGB erlischt zwar das Recht eines Ehegatten zum Widerruf einer in einem Ehegattentestament getroffenen wechselbezüglichen Verfügung im Sinne des 2270 Abs. 1 BGB mit dem Tode des anderen Ehegatten.

Keine der von dem Erblasser in dem Ehegattentestament für den Fall seines Nachversterbens getroffenen Erbeinsetzungen steht aber entgegen der Auffassung der Beschwerde in einem Verhältnis im Sinn des § 2270 Abs. 1 BGB zu einer Verfügung seiner Ehefrau.

Gemäß der letztgenannten Vorschrift sind letzwillige Verfügungen, die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben, dann wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen ist und nach dem Willen der testierenden Ehegatten die eine mit der anderen Verfügung stehen oder fallen soll (vgl. z. B. BayObLG, Beschluss vom 05.08.1983, Az. BReg 1 Z 25/83, Tz. 38; Senat, Beschluss vom 29.09.2006, Az. 20 W 293/04, Tz. 26; beide zitiert nach juris; Musielak in Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 2270 BGB, Tz. 2, jeweils m. w. N.). Ob Wechselbezüglichkeit gewollt war, muss für jede einzelne Verfügung des Testaments gesondert geprüft werden. Dabei ist vorrangig der Wille der Ehegatten durch individuelle Auslegung zu ermitteln (vgl. Senat, a. a. O., Tz. 28; OLG München, Beschluss vom 04.08.2016, Az. 34 Wx 139/16, Tz. 22; beide zitiert nach juris).

Die Verfügungen der Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament betreffen ausschließlich Erbeinsetzungen für den Fall, dass der zweite Ehegatte verstirbt. Für den ersten Todesfall haben die Ehegatten hingegen keine Regelungen getroffen, insbesondere sich nicht gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt.

Wegen der Formstrenge für die Errichtung letzwilliger Verfügungen kann auch der tatsächliche Wille eines Erblassers nur dann erbrechtliche Folgen haben, wenn dieser in einer formgültig errichteten Verfügung von Todes wegen Niederschlag gefunden hat. Zwar ist - worauf die Beschwerde abstellen will - bei der Auslegung eines Testaments gemäß § 133 BGB nicht am Wortlaut der Verfügung zu haften, sondern zu ermitteln, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Ein bestimmter Wille des Testierenden kann sich aber im Wege der Auslegung eines Testaments nur dann ergeben, wenn dieser Wille darin wenigstens Anklang gefunden hat.

Eine von dem Testierenden zwar gewollte Erbeinsetzung, die in einem Testament aber nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, erlangt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig (OLG München, Beschluss vom 12.11.2019, Az. 31 Wx 183/19, zitiert nach juris Tz. 17 m. w. N.).

Auch wenn Ehegatten sich häufig gegenseitig selbst bedenken, bietet dies keinen ausreichenden Anhalt für eine gegenseitige Erbeinsetzung; eine solche kann daher nicht schon allein aufgrund der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamente angenommen werden (OLG München, Beschlüsse vom 11.03.2020, Az. 31 Wx 10/20, Tz. 9 und vom 12.11.2019, Az. 31 Wx 183/19, Tz. 18; beide zitiert nach juris).

Auch die Formulierung „*nach unserem Tod*“ lässt nicht darauf schließen, dass die Eheleute wollten, dass der überlebende Ehegatte Erbe des erstversterbenden werden solle (vgl. für ein im Wortlaut sehr ähnliches Testament: OLG München, Beschluss vom 12.11.2019, Az. 31 Wx 183/19, zitiert nach juris Tz. 22).

Vorliegend spricht zudem die Erklärung des Erblassers bei Einleitung des Erbscheinsverfah-

rens betreffend den Nachlass seiner ersten Ehefrau, diese und er seien fälschlicherweise davon ausgegangen, dass sich schon aufgrund gesetzlicher Erbfolge Ehegatten gegenseitig allein beerbten, dagegen, dass die Ehegatten eine gegenseitige Erbeinsetzung in dem Testament verfügt hätten. Denn offensichtlich sahen diese eine solche wegen der von dem Erblasser angeführten Fehlvorstellung als nicht notwendig an.

Demnach enthält das Ehegattentestament nur Verfügungen beider Ehegatten für den Fall ihres Nachversterbens zugunsten des gemeinsamen Sohnes und dessen Tochter. Sind aber ohne weitere Verfügungen nur die gemeinsamen Kinder (und gegebenenfalls auch deren Kinder) bedacht, stehen diese Verfügungen beider Ehegatten im Zweifel aber nicht im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zueinander (vgl. Weidlich in Palandt, a. a. O., § 2270 BGB, Rn. 5 m. w. N.). Denn der eine Ehegatte wird nach der Lebenserfahrung die gemeinsamen Abkömmlinge nicht nur deshalb als Erben für den Fall seines Nachversterbens einsetzen, weil der andere in gleicher Weise verfährt, und würde auch nicht von seiner Verfügung absehen, wenn der andere Ehegatte eine andere Erbeinsetzung treffen würde. Vielmehr ist davon auszugehen, dass jeder Ehegatte ein eigenes von den Verfügungen des anderen unabhängiges Interesse daran hat, seinen Nachlass den eigenen Abkömmlingen zukommen zu lassen. Für eine vorliegend davon abweichende Willensrichtung der Eheleute gibt es keinen Anhaltspunkt.

Auch liegt ein Anwendungsfall der Zweifelsregel des § 2271 Abs. 2 BGB nicht vor.

Da demnach die von dem Erblasser in dem Ehegattentestament verfügte Erbeinsetzung nicht im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu einer Verfügung seiner ersten Ehefrau steht, war auch sein Recht zum Widerruf dieser Verfügung nach deren Tod auch nicht nach § 2271 Abs. 2 BGB ausgeschlossen und hinderte den Erblasser nicht an der Errichtung der letztwilligen Verfügung zugunsten seiner zweiten Ehefrau.

Dass das Nachlassgericht den Beteiligten zu 1 als den mit seinem Erbscheinsantrag unterliegenden Beteiligten mit den erstinstanzlichen Verfahrenskosten belastet hat, widerspricht nicht billigem Ermessen im Sinne des § 81 Abs. 1 FamFG. Auf die Beschwerde kommt daher auch eine Abänderung der Kostenentscheidung des angefochtenen Beschlusses nicht in Betracht.

Nach alledem war die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

Über den von der Beteiligten zu 2 bei dem Nachlassgericht gestellten Erbscheinsantrag hatte der Senat nicht zu erkennen, weil dieser nicht Gegenstand der angefochtenen Entscheidung war und des dagegen gerichteten Beschwerdeverfahrens ist.

Eine Entscheidung über die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens war nicht angezeigt, weil sich die Haftung des Beteiligten zu 1 dafür bereits aus dem Gesetz (§ 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG) ergibt und für eine abweichende Regelung dazu kein Anlass bestand.

Wegen der Erfolglosigkeit der Beschwerde waren dem Beteiligten zu 1 gemäß § 84 FamFG auch die zur Durchführung des Verfahrens der Beschwerde der Beteiligten zu 2 etwa entstandenen notwendigen Aufwendungen im Sinne des § 80 Alt. 2 FamFG aufzuerlegen.

Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus § 61 Abs. 1 S. 1, § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 GNotKG, wonach für das Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts im Verfahren über die Erbscheinserteilung der Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls unter Abzug vom Erblasser herrührender Verbindlichkeiten maßgeblich ist. Der Senat hat diesen Wert nach den ausschließlich in den Akten betreffend das Erbscheinsverfahren nach der ersten Ehefrau des Erblassers enthaltenen

Angaben zum gemeinsamen Vermögen geschätzt. Seinerzeit betrug allein der gesamte Wert der Immobilie 230.000,00 EUR. Unter Berücksichtigung der erheblichen Wertsteigerung von Grundvermögen seit dem Jahre 2005 und dem Umstand, dass  $\frac{3}{4}$  des Wertes dem Nachlass des Erblassers zuzurechnen sind, erscheint ein Wert des Nachlassvermögens von 200.000,00 EUR nicht zu hoch angesetzt.

Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind, § 70 FamFG. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist nicht gegeben, weil sie im Gesetz nicht vorgesehen ist.