

letzte Aktualisierung: 16.6.2021

OLG Hamm, Beschl. v. 27.1.2021 – 10 W 71/20

BGB §§ 2087, 2094, 2270, 2271

Ehegattentestament mit Pflichtteilsstrafklausel

Eine Einsetzung als Schlusserbe entfällt, wenn der in einem Ehegattentestament zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling nach dem ersten Todesfall trotz testamentarisch vorgesehener Verwirkungsklausel den Pflichtteil verlangt. Es gilt dann die Anwachsung gemäß § 2094 BGB als gewollt.

Oberlandesgericht Hamm, 10 W 71/20

Datum: 27.01.2021
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 10 W 71/20
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2021:0127.10W71.20.00

Vorinstanz: Amtsgericht Soest, 6 VI 286/19
Schlagworte: gemeinschaftliches Ehegattentestament, Testamentsauslegung, Pflichtteilsstrafklausel, Anwachsung
Normen: § 2087, 2094, 2271 Abs. 2, 2270 BGB
Leitsätze: Eine Einsetzung als Schlusserbe entfällt, wenn der in einem Ehegattentestament zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling nach dem ersten Todesfall trotz testamentarisch vorgesehener Verwirkungsklausel den Pflichtteil verlangt. Es gilt dann die Anwachsung gemäß § 2094 BGB als gewollt.

Tenor: Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) wird zurückgewiesen. Die Beschwerde des Beteiligten zu 3) wird mit dem Hauptantrag als unzulässig verworfen und mit dem Hilfsantrag zurückgewiesen.

Die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beteiligten zu 1) und 3).

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 480.000 EUR.

Gründe 1

I. 2

Die Erblasserin war in einziger Ehe verheiratet mit Herrn K I. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen, der Beteiligte zu 2) und Frau D Q, die Ehefrau des Beteiligten zu 1) und Mutter des am 00.00.1990 geborenen Beteiligten zu 3). 3

Die Erblasserin und ihr Ehemann errichteten am 14.04.1997 ein gemeinsames handschriftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten und weitere Verfügungen zugunsten ihrer Kinder trafen. Am 26.06.2007 fügten sie auf derselben Urkunde einen Nachtrag hinzu, in dem der Ehemann der Erblasserin anordnete: 4

„Die Aktien von V Investmentfond soll mein Enkel T Q, geb. am 00.00.1990 nach meinem Tode erhalten. Sollte ich zu diesem Zeitpunkt noch eine Segelyacht besitzen erhält T das Boot.“ Die Erblasserin erklärte sich damit einverstanden.

Am 26.10.2012 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann eine weitere gemeinschaftliche letztwillige Verfügung, die nahezu dieselben Anordnungen enthält, wie das Testament vom 14.04.1997. Darin heißt es:

„Wir ... bestimmen für den Fall unseres Ablebens. K I setzt für den Fall, dass er zuerst stirbt, K1 I als Alleinerbin ein. K1 I setzt für den Fall ihres Todes K zu ihrem Alleinerben ein. Sollt eines unserer Kinder diesen unseren gemeinsamen letzten Willen nicht anerkennen, bekommt es nur seinen Pflichtteil. Unser Haus Lweg 00, T1 E bekommt unsere Tochter D Q, geb. I, geb. 00.00.1962 und nach ihrem Tod ihr Sohn T Q, geb. 00.00.1990. Das Haus in I1 Gstr. 00 bekommt unser Sohn S I, geb. 00.00.1959“

Die Eheleute I lebten bereits viele Jahre vor ihrem Tod voneinander getrennt. Während der Ehemann in der Immobilie in I1 wohnte, lebte die Erblasserin zusammen mit ihrer Tochter und den Beteiligten zu 1) und 3) in dem Haus in T1-E. Der Ehemann der Erblasserin wurde von dem Beteiligten zu 3) ermordet und zwischen dem 08.02.2016 und dem 13.02.2016 tot aufgefunden. Dafür wurde der Beteiligte zu 3) durch das Landgericht Dortmund zu lebenslanger Haft verurteilt, die er in der JVA X verbüßt. Mit notarieller Urkunde vom 18.02.2016 erteilte die Erblasserin ihrer Tochter eine Generalvollmacht. Der Beteiligte zu 2) regte am 18.07.2016 die Einrichtung einer Betreuung für die Erblasserin an, da diese unter einer dementiellen Entwicklung litt. Am 11.08.2016 erteilte das Amtsgericht Hamm der Erblasserin einen Alleinerbschein nach ihrem verstorbenen Ehemann. In dem voraufgegangenen Erbscheinsverfahren (Az.: 2 VI 176/16 AG Hamm) hatte der Beteiligte zu 2) die Rechtsauffassung vorgetragen, die letztwillige Verfügung sei in dem Sinne auszulegen, dass Vor- und Nacherbschaft gewollt gewesen sei. In dem am 30.06.2016 erlassenen Feststellungsbeschluss hatte das Amtsgericht ausgeführt, dass Anhaltspunkte dafür, dass anstelle einer wechselseitigen Einsetzung als Vollerben die Einsetzung als Vorerben gewollt gewesen sei, nicht erkennbar seien. Am 09.11.2016 verstarb die Tochter D Q. Nach dem Tod seiner Ehefrau forderte der Beteiligte zu 1) in eigenem Namen und im Namen des Beteiligten zu 3) als deren Erben die Erblasserin auf, den Pflichtteil aufgrund des Erbfalls nach dem Tod des Ehemannes zu zahlen. Am 25.11.2016 erteilte die Erblasserin dem Beteiligten zu 1) eine notarielle Generalvollmacht zur Vertretung in allen vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten. Mit Beschluss vom 17.11.2017 richtete das Amtsgericht Soest, gestützt auf ein neurologisch-psychiatrisches Sachverständigengutachten vom 06.03.2017 eine Betreuung für die Erblasserin ein und bestellte einen Berufsbetreuer. Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde durch Beschluss des Landgerichts Arnsberg vom 05.04.2018 zurückgewiesen, wobei das Landgericht feststellte, dass die erteilte Generalvollmacht mangels Geschäftsfähigkeit der Erblasserin unwirksam war.

Die Erblasserin errichtete am 25.11.2016 vor dem Notar D1 aus T1 ein notarielles Testament. Darin setzte sie ihren Schwiegersohn, den Beteiligten zu 1) zu ihrem Alleinerben ein. Weiterhin ordnete sie Vermächtnisses zugunsten der Beteiligten zu 2) und 3) an.

Der Beteiligte zu 1) hat einen Alleinerbschein aufgrund des notariellen Testaments vom 25.11.2016 beantragt. Der Beteiligte zu 2) hat gestützt auf das gemeinschaftliche Testament vom 26.01.2012 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben der Erblasserin ausweist.

Der Beteiligte zu 1) hat vorgetragen, Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin bestünden nicht, da der beurkundende Notar die Testierfähigkeit ausdrücklich bejaht habe.

Die Erblasserin sei durch das gemeinschaftliche Testament nicht gehindert gewesen, durch Einzeltestament einen Alleinerben zu bestimmen, da das gemeinschaftliche Testament keine Schlusserbeneinsetzung enthalte. In dem Einzeltestament seien Vermächtnisse angeordnet worden, so dass die Aufteilung der Immobilien entsprechend dem in dem gemeinschaftlichen Testament zum Ausdruck kommenden Willen der Erblasser gesichert sei. Die Pflichtteilsregelung greife nicht ein, da die Geltendmachung des Pflichtteils nicht durch ein Kind der Eheleute I persönlich erfolgt sei. In dem gemeinschaftlichen Testament sei ohnehin festgelegt, dass der Beteiligte zu 3) die Immobilie in T1 nach dem Tod seiner Mutter erhalten solle.

Der Beteiligte zu 2) hat vorgetragen, nach dem Willen der Erblasserin und ihres Ehemannes habe der Beteiligte zu 3) nicht Ersatzerbe seiner Mutter, Frau D Q, werden sollen. Der Beteiligte zu 3) sei im Übrigen erbunwürdig. Der auf D Q entfallene Erbanteil sei ihm, dem Beteiligten zu 2) angewachsen. Dies sei durch den Wortlaut der letztwilligen Verfügung nicht ausgeschlossen und entspreche dem Willen der Erblasser. Das notarielle Testament der Erblasserin sei aufgrund der mit dem Tod ihres Ehemannes eingetretenen Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments unwirksam. Darüber hinaus sei die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments bereits testierunfähig gewesen. Die Pflichtteilsregelung sei als Strafklausel zu verstehen. Das gemeinschaftliche Testament sei dahingehend auszulegen, dass die Kinder der Erblasserin und deren Ehemann als Schlusserben eingesetzt werden sollten. Bei der Zuordnung der Immobilien handele es sich daher nur um eine Teilungsanordnung. Das Barvermögen habe gegenüber den Immobilien eine untergeordnete Bedeutung gehabt, zumal die Eheleute I bei Testamenterrichtung davon ausgegangen seien, dass es aufgrund von Pflegebedürftigkeit im Alter verbraucht sein würde.

11

Der Beteiligte zu 3) hat vorgetragen, das gemeinschaftliche Testament der Eheleute I weise keine Schlusserbeneinsetzung auf. Deshalb sei die Erblasserin nicht daran gehindert gewesen, eine eigene letztwillige Verfügung zu errichten und den Beteiligten zu 1) als Alleinerben einzusetzen. Im Hinblick auf die Erblasserin sei der Beteiligte zu 3) nicht erbunwürdig. Daher sei er neben dem Beteiligten zu 1) Miterbe.

12

Durch den angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht den Antrag des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen und die Tatsachen, die zu Begründung des Antrages des Beteiligten zu 2) erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, das gemeinschaftliche Testament sei dahin auszulegen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann ihre beiden Kinder zu gleichen Teilen zu Schlusserben hätten einsetzen wollen. Die Anordnung hinsichtlich des Beteiligten zu 3) sei im Sinne einer Nacherbenregelung auszulegen. Nach § 2102 Abs. 1 BGB sei der Beteiligte zu 3) deshalb Ersatzerbe seiner Mutter. Es sei nicht von dessen Erbunwürdigkeit auszugehen, da die abschließende Regelung des § 2339 BGB nicht eingreife. Er sei aber deshalb als Ersatzerbe ausgeschlossen, weil er nach dem Tod des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin Pflichtteilsansprüche der verstorbenen Mutter geltend gemacht habe. Der Alleinerbschaft des Beteiligten zu 2) stehe nicht die abweichende Regelung in dem notariellen Testament vom 25.11.2016 entgegen. Das gemeinschaftliche Testament sei nach dem Tod des Ehemannes der Erblasserin für diese bindend geworden, so dass die Erblasserin keine abweichende Verfügung mehr habe treffen können. Auf die Wirksamkeit des notariellen Testaments komme es daher nicht an.

13

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1) und 3). Der Beteiligte zu 1) trägt vor, das von dem Notar D1 beurkundete Testament, in dem er als Schlusserbe benannt sei, sei wirksam. Er habe auf Wunsch der Erblasserin die Pflichtteilsansprüche geltend gemacht, damit diese Steuern sparen könne. Es sei zudem der ausdrückliche Wunsch der Erblasserin gewesen, dass er Erbe werden sollen. Zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung sei erhebliches Barvermögen und eine Luxusjacht vorhanden

14

gewesen. Der Beteiligte zu 3) trägt vor, das Amtsgericht sei zutreffend davon ausgegangen, dass sich die Eheleute wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt hätten. Entgegen der Auffassung des Amtsgerichts hätten sie aber keine Schlusserben eingesetzt. Vielmehr habe es sich bei der Aufteilung der Häuser um Vermächtnisse gehandelt. Die Auffassung des Amtsgerichts, dass andernfalls die Pflichtteilklausel überflüssig sei, sei unzutreffend, denn diese mache auch bei einem Vermächtnis Sinn. Mangels Schlusserbeneinsetzung in dem gemeinschaftlichen Testament sei die Erblasserin berechtigt gewesen, die Schlusserbfolge selbst testamentarisch zu regeln. Zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments sei die Erblasserin testierfähig gewesen. Selbst wenn das Testament unwirksam wäre, folge daraus nicht, dass der Beteiligte zu 2) Alleinerbe geworden sei. Die Pflichtteilsregelung in dem gemeinschaftlichen Testament treffe nur die Kinder der Erblasserin. Die Tochter der Erblasserin habe aber den Pflichtteil nicht verlangt. Lediglich der Beteiligte zu 1) habe nach dem Tod seiner Ehefrau den Pflichtteil geltend gemacht, dies jedoch in Absprache mit der Erblasserin. In diesem Fall greife die Regelung nicht ein, weil der Pflichtteil nicht entgegen dem Willen der Erblasserin beansprucht worden sei.

Der Beteiligte zu 3) beantragt, 15

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und einen Erbschein zu erlassen, der den 16
Verfahrensbeteiligten zu 1) als Alleinerben ausweist,

hilfsweise, 17

einen Erbschein zu erlassen, der den Verfahrensbeteiligten zu 2) und den 18
Verfahrensbeteiligten zu 3) als Erben zu je $\frac{1}{2}$ ausweist.

Der Beteiligte zu 2) beantragt, 19

die Beschwerden zurückzuweisen. 20

Zur Begründung trägt er vor, das gemeinschaftliche Testament sei vor dem Hintergrund 21
auszulegen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann juristische Laien gewesen seien. Wenn es sich bei der Aufteilung der Häuser um Vermächtnisse hätte handeln sollen, hätte es nahegelegen, einen Erben zu bestimmen, der die Vermächtnisse erfüllt. Auch wäre ein Hinweis aufgenommen worden, dass der überlebende Ehegatte einen Erben bestimmen dürfe. Die Erblasserin sei zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments testierunfähig gewesen. Sie sei wegen der steuerlichen Freibeträge überhaupt nicht verpflichtet gewesen, Erbschaftssteuer zu zahlen, so dass die Geltendmachung des Pflichtteils zur Steuerersparnis nicht erforderlich gewesen sei. Dass das Bankvermögen in dem gemeinschaftlichen Testament nicht genannt worden sei, stehe der Einsetzung der gemeinsamen Kinder als Schlusserben nicht entgegen. Aus Sicht der Erblasserin und ihres Ehemannes sei das Immobilienvermögen das wesentliche Vermögen gewesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Verfahrensstandes wird auf die 22
gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Das Amtsgericht hat die Beschwerden durch Beschluss vom 05.06.2020 dem Senat zur 23
Entscheidung vorgelegt.

II. 24

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zulässig, das Rechtsmittel des Beteiligten zu 3) 25
ist teilweise zulässig. Die Beschwerden führen in der Sache jedoch nicht zum Erfolg.

1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist zulässig. Die Beschwerde des 26

Beteiligten zu 3) ist nur mit dem Hilfsantrag zulässig, während der auf Erteilung eines Alleinerbscheins an den Beteiligten zu 1) gerichtete Hauptantrag unzulässig ist.

a) Die Beschwerden beider Beschwerdeführer sind gem. §§ 352 e, 58 FamFG statthaft und innerhalb der Frist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden. 27

b) Für seinen Hauptantrag fehlt dem Beteiligten zu 3) jedoch die Beschwerdeberechtigung, unabhängig davon, dass er bisher selbst keinen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt hatte (Meyer-Holz in Keidel, FamFG, § 59 Rn. 77). Gem. § 59 FamFG steht die Beschwerde nur demjenigen Antragsberechtigten zu, der durch den Beschluss in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Das trifft auf den Beteiligten zu 3) nicht zu, soweit er die Erteilung eines Alleinerbscheins an den Beteiligten zu 1) anstrebt. Im Erbscheinsverfahren ist derjenige in seinen Rechten beeinträchtigt, der geltend macht, dass seine erbrechtliche Stellung in dem Erbschein nicht oder nicht richtig ausgewiesen wird (Zimmermann in Keidel, FamFG, 20. Aufl., § 352 e Rn. 126) und das in einem Erbschein bezeugte Erbrecht selbst beansprucht (Palandt-Weidlich, BGB, § 2353 Rn. 55). Das ist hier jedoch nicht der Fall, denn mit dem Hauptantrag begehrt der Beteiligte zu 3) nicht einen Erbschein, der sein eigenes Erbrecht ausweist, sondern die Alleinerbschaft des Beteiligten zu 1). Die Beschwerde des Beteiligten zu 3) war daher insoweit gem. § 68 Abs. 2 S. 2 FamFG als unzulässig zu verwerfen. 28

2. Die Beschwerden sind unbegründet. Das Amtsgericht hat in dem angefochtenen Beschluss zu Recht den Antrag des Beteiligten zu 1) zurückgewiesen und die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 2) erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Auch nach Auffassung des Senats ist der Beteiligte zu 2) Alleinerbe der Erblasserin. 29

a) Maßgeblich ist das gemeinschaftliche Testament, das die Erblasserin zusammen mit ihrem Ehemann am 26.10.2012 errichtet hat. Mit diesem Testament haben Eheleute I ihre gemeinschaftlichen Kinder, den Beteiligten zu 2) und die Ehefrau des Beteiligten zu 1), Frau D Q, zu ihren Schlusserben eingesetzt. Der auf seine vorverstorbene Schwester D Q entfallene Erbanteil ist dem Beteiligten zu 2) angewachsen, mit der Folge, dass er Alleinerbe der Erblasserin ist. Im Einzelnen: 30

aa) In dem gemeinschaftlichen Testament vom 26.10.2012 haben die Erblasserin und ihr Ehemann nicht bloß Vermächtnisse zugunsten ihrer gemeinschaftlichen Kinder angeordnet. Das geht zwar aus dem Wortlaut des Testaments nicht direkt hervor, denn daraus ergibt sich lediglich, dass nach dem Tod des überlebenden Elternteils die Tochter die Immobilie in T1-E und der Beteiligte zu 2) das Haus in I1 bekommen sollte. Bei dieser Zuordnung der beiden Immobilien ist aber nicht von einer Vermächtnisanordnung auszugehen, sondern von einer Einsetzung der gemeinschaftlichen Kinder als (Mit-) Erben. Haben die Ehegatten bei der Bestimmung von Dritten als Erben des längerlebenden Ehegatten nicht eindeutig erklärt, welche erbrechtliche Stellung diesen zukommen soll, muss ihr gemeinsamer Wille durch individuelle Auslegung auf der Grundlage des erklärten Willens beider Eheleute unter Heranziehung aller in Betracht kommenden Umstände ermittelt werden (Palandt-Weidlich, BGB, § 2269 Rn. 5). 31

(1) Dem steht die Regelung in § 2087 Abs. 2 BGB nicht entgegen, nach der im Zweifel nicht anzunehmen ist, dass Erbe werden soll, wem nur einzelne Gegenstände und nicht das Vermögen des Erblassers zugewendet worden ist. Vorrangig vor der Anwendung der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB ist nämlich die individuelle Auslegung. 32

Hat der Erblasser testamentarisch Einzelzuwendungen von Gegenständen vorgenommen, ist entgegen § 2087 Abs. 2 BGB regelmäßig von einer Erbeneinsetzung verbunden mit einer Teilungsanordnung und nicht bloß von einem Vermächtnis auszugehen, wenn die Einzelzuwendungen nach Vorstellung des Testierenden bei Testamentserrichtung praktisch 33

das gesamte Vermögen ausmachen. Denn es kann nicht angenommen werden, dass der Erblasser seinen gesamten wesentlichen Nachlass verteilt, ohne einen oder mehrere Erben einsetzen zu wollen (Palandt-Weidlich, BGB, § 2087 Rn. 6; OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2007 – 31 Wx 120/06 –, juris; OLG Hamm, Beschluss vom 30. Dezember 2014 – I-15 W 248/14 –, juris). Die Einsetzung einer anderen Person als den beiden Kindern der Eheleute I ist in dem Testament nicht erfolgt, so dass es schon deshalb nahelegt, dass die gesetzlichen Erben auch testamentarisch als Erben bedacht werden sollten. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass die testierenden Eheleute die beiden Immobilien als ihr wesentliches Vermögen angesehen haben, auch wenn nach dem Vorbringen des Beteiligten zu 1) zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung auch erhebliches Barvermögen sowie eine Luxusyacht vorhanden gewesen ist. Dafür, dass die Eheleute I nur ihre Immobilien als den wesentlichen Nachlass angesehen haben, spricht vor allem der Umstand, dass die Immobilien im Testament ausdrücklich bezeichnet sind, während das Barvermögen nicht einmal erwähnt wird. Hinzu kommt, dass nach dem nachvollziehbaren Vortrag des Beteiligten zu 2) die Eltern stets davon ausgegangen sind, dass das Barvermögen infolge etwaiger Pflegebedürftigkeit zum Zeitpunkt des letzten Erbfalls aufgebraucht sein würde. Hinsichtlich der Segelyacht ergibt sich schon aus dem Nachtrag vom 26.06.2007 zu dem Testament vom 14.04.1997, dass die Erblasser nicht sicher gewesen sind, dass diese in den Nachlass fallen würde. Dort heißt es nämlich ausdrücklich: „Sollte ich zu diesem Zeitpunkt noch eine Segelyacht besitzen ...“. Das lässt den Schluss zu, dass die Erblasserin und ihr Ehemann bei Testamentserrichtung davon ausgegangen sind, dass im Nachlass im Wesentlichen die beiden Immobilien vorhanden sein würden, die den gemeinschaftlichen Kindern als (Mit-) Erben zufallen sollten.

(2) Dieses Auslegungsergebnis wird auch durch die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Pflichtteilsstrafklausel gestützt, nach der dasjenige Kind, das den gemeinsamen letzten Willen der Eltern, sich wechselseitig als Alleinerben des zuerst versterbenden Ehegatten einzusetzen, nicht anerkennt, nur den Pflichtteil bekommen soll. Diese Klausel ist im Sinne einer Einsetzung des Beteiligten zu 2) und seiner Schwester D Q als Schlusserben des überlebenden Ehegatten auszulegen. 34

Die Bestimmung, dass der beiderseitige Nachlass Dritten als Schlusserben zufallen soll, muss nicht ausdrücklich im Testament enthalten sein; sie kann auch im Weg der ergänzenden Auslegung ermittelt werden. Maßgebend ist der Wille beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Diesem kommt auch im Falle eines auf einen anderen Sinn hindeutenden Wortlauts der Vorrang zu, so dass der Auslegung durch diesen keine Grenzen gesetzt sind. Insbesondere dann, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind, ist nach den allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Regeln sorgfältig zu prüfen, ob sich der Wille der Ehegatten feststellen lässt, dass das gemeinsame Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden an diese fallen soll (OLG München, Beschluss vom 23. Februar 2015 – 31 Wx 459/14 –, juris). 35

Eine Pflichtteilsstrafklausel stellt regelmäßig ein Indiz dafür dar, dass die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge nach dem Letztversterbenden zu Schlusserben eingesetzt sind, insbesondere dann, wenn es sich – wie hier - um ein privatschriftliches eigenhändiges Testament handelt (Reymann in: Herberger/Martinek/Rüßmann /Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2270 BGB (Stand: 03.04.2020 Rn. 60 f.). Die Einsetzung der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge als Erben verbirgt sich nach allgemeiner Meinung in einem solchen Fall quasi hinter der Strafklause (Palandt-Weidlich, BGB, § 2269 Rn. 8). In ihr kommt regelmäßig, wenn auch nicht zwingend allein, so doch mit entsprechenden anderen Hinweisen die Andeutung einer inzidenten Einsetzung der Kinder als Erben des überlebenden Ehegatten zum Ausdruck (MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, BGB § 2269 Rn. 14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Januar 2006 – 14 Wx 28/05 –, juris). 36

Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Eheleute I durch die Pflichtteilsstrafklausel auch zum Ausdruck bringen wollten, dass ihre gemeinschaftlichen Kinder Erben des Überlebenden sein sollten. Der Anordnung, dass der Beteiligte zu 2) die Immobilie in I1 und seine Schwester das Hausgrundstück in T1 erhalten sollen, liegt die Vorstellung zugrunde, dass die gemeinschaftlichen Kinder nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten auf das Vermögen der Eheleute Zugriff haben sollten, und dass das gesamte beidseitige Vermögen nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten auf die Kinder übergehen sollte (vgl. OLG München, Beschluss vom 08. November 2016 – 31 Wx 224/16 –, juris).	37
bb) Der auf Frau D Q entfallende Erbanteil ist dem Beteiligten zu 2) gem. § 2094 BGB angewachsen. Nach § 2094 Abs. 1 BGB wächst der Erbteil eines Erben, der vor oder nach dem Eintritt des Erbfalls wegfällt, den übrigen Erben an. Das ist hier eingetreten, denn der an Stelle seiner Mutter als Ersatzerbe berufene Beteiligte zu 3) ist infolge der Geltendmachung des Pflichtteils nach dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin aufgrund der testamentarischen Pflichtteilsstrafklausel enterbt worden.	38
Dass diese Rechtsfolge von den Eheleuten I gem. § 2094 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein sollte, lässt sich dem Testament nicht einmal andeutungsweise entnehmen.	39
(1) Der Senat verkennt nicht, dass die Anwachsung gem. § 2094 BGB ausgeschlossen wird durch die Einsetzung eines Ersatzerben, § 2099 BGB, zu denen im Zweifel auch der Nacherbe gehört, § 2102 Abs. 1 BGB, und bei der Ersatzberufung von Kindeskindern gem. § 2069 BGB (vgl. Palandt-Weidlich, BGB, § 2094 Rn. 4). Eine Ersatzberufung des Beteiligten zu 3) kommt vorliegend jedoch nicht in Betracht, obwohl nach dem Wortlaut des Testaments vom 26.10.2012, er das seiner Mutter zufallende Hausgrundstück in T1 nach deren Tod bekommen sollte. Es kann offenbleiben, ob darin die Anordnung einer Nacherbschaft zu sehen ist, so dass die Berufung des Beteiligten zu 3) gem. § 2102 Abs. 1 BGB im Zweifel anzunehmen wäre. Der Beteiligte zu 3) kommt unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt als Erbe der Erblasserin in Betracht.	40
(2) Der Beteiligte zu 3) ist allerdings nicht bereits wegen Erbunwürdigkeit gem. § 2339 BGB von der Erbschaft ausgeschlossen. Die Erbunwürdigkeit führt nicht von Gesetzes wegen und schon gar nicht von selbst zum Verlust des Erbrechts. Dem unwürdigen Erben kann der Erbschaftserwerb nur durch Anfechtungsklage gemäß § 2340 ff. BGB genommen werden. Erst bei einem stattgebenden Urteil gilt der Anfall der Erbschaft an den Unwürdigen als nicht erfolgt (Palandt-Weidlich, BGB, § 2339 Rn. 1). Ungeachtet dessen liegt, wie das Amtsgericht zutreffend erkannt hat, ein Unwürdigkeitsgrund nicht vor. Der Beteiligte zu 3) ist nicht gemäß § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB erbunwürdig, da sich seine Tat nicht gegen die Erblasserin gerichtet hat (vergl. Palandt-Weidlich, BGB, § 2339 Rn. 3).	41
Der Beteiligte zu 3) ist jedoch aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel im Testament enterbt, so dass der ihm zukommende Erbteil dem Beteiligten zu 2) angewachsen ist, § 2094 BGB. Es ist anerkannt, dass eine Einsetzung als Schlusserbe entfällt, wenn der in einem Ehegattentestament zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling nach dem ersten Todesfall trotz testamentarisch vorgesehener Verwirkungsklausel den Pflichtteil verlangt. Es gilt dann die Anwachsung nach § 2094 BGB als gewollt (Ehm in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2094 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 7; Reymann in: jurisPK-BGB Band 5, 4. Aufl 2008, § 2269 BGB Rn. 90; OLG Hamm, Beschluss vom 27. November 2012 – I-15 W 134/12 –, juris). Eine Pflichtteilsstrafklausel, wie sie hier das gemeinschaftliche Testament enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben, ihre Abkömmlinge als Schlusserben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das	42

Pflichtteilsverlangen eines Schlusserben gestört wird. Eine derartige Klausel verfolgt das rechtlich nicht zu beanstandende Ziel, den Nachlass zunächst dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zukommen zu lassen. Im Zusammenhang mit der Schlusserbenregelung soll die Verwirkungsklausel auch das Interesse der Ehepartner, insbesondere des Erstversterbenden, daran sichern, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird. Diese Zwecke sollen dadurch erreicht werden, dass die Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt wird. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe (OLG München, Beschluss vom 11. Dezember 2018 – 31 Wx 374/17 –, juris; Reymann in: jurisPK-BGB Band 5, 4. Aufl 2008, § 2269 BGB Rn. 90).

Die Beteiligten zu 1) und 3) können nicht damit gehört werden, dass die Verwirkungsklausel nicht eingreife, weil nicht die Tochter der Eheleute I davon Gebrauch gemacht hat, sondern der Beteiligte zu 1) als deren Erbe, der schriftlich gegenüber der Erblasserin das Verlangen, den Pflichtteil nach dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin auch im Namen des Beteiligten zu 3) zu erhalten, gestellt hat.

43

Welche konkreten Voraussetzungen für die Verwirklichung der Pflichtteilsausschlussklausel erfüllt sein müssen, hängt im Einzelfall von der Gestaltung bzw. Formulierung und dem Willen der Erblasser ab, der gegebenenfalls im Wege der Auslegung festzustellen ist. Nach ihrem Wortlaut soll die Verwirkungsklausel zwar dann eingreifen, wenn „eines (der gemeinsamen) Kinder ... (den) letzten Willen nicht anerkenn(t)“. Dies schließt jedoch eine Auslegung nicht aus, nach der die Klausel auch dann eingreift, wenn das Pflichtteilsverlangen, wie im vorliegenden Fall, durch Dritte gestellt wird. Es ist nämlich wahrscheinlich, dass die Eheleute I den Fall, dass eines ihrer Kinder vor ihnen verstirbt, nicht bedacht haben.

44

Setzen sich Ehegatten gegenseitig zum Erben und ihre Kinder zu Schlusserben ein, so wollen sie mit einer Verwirkungsklausel den überlebenden Partner davor schützen, dass er nach dem Tod des Erstversterbenden persönlichen und wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt ist, die sich aus der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs durch einen Abkömmling ergeben können. Nach der Lebenserfahrung ist dieser Schutz auch gewollt, wenn der Pflichtteilsanspruch nicht vom Abkömmling selbst, sondern von einem Dritten geltend gemacht wird, der - wie hier - im Wege der Erbfolge an die Stelle des Abkömmlings getreten ist. Wenn sich die Ehegatten veranlasst sehen, den Überlebenden vor Pflichtteilsansprüchen ihrer Kinder zu schützen, so wollen sie diesen Schutz vernünftigerweise erst recht, wenn der Pflichtteilsanspruch auf den Ehegatten eines ihrer Abkömmlinge übergegangen und von diesem geltend gemacht werden kann. Auch sonst ist kein Grund ersichtlich, der die Auslegung der Beteiligten zu 1) und 3) tragen würde, mit der Klausel seien nur die Kinder selbst gemeint (vgl. BayObLG, Beschluss vom 18. September 1995 – 1Z BR 34/94 –, juris).

45

Das schriftliche Verlangen des Beteiligten zu 1) gegenüber der Erblasserin reicht mithin für das Eingreifen der Pflichtteilsklausel aus. Demgegenüber kann sich der Beteiligte zu 1) nicht darauf berufen, er habe das Verlangen im Einvernehmen mit der Erblasserin gestellt, um diese in den Genuss von Vorteilen hinsichtlich der nach dem Tod ihres Ehemannes anfallenden Erbschaftssteuer kommen zu lassen. Dabei kann dahinstehen, ob der durchaus naheliegende Einwand des Beteiligten zu 2) zutreffend ist, dass angesichts der auf die Erblasserin entfallenden Freibeträge Erbschaftssteuer nicht zu entrichten gewesen wäre.

46

Enthält das Testament keine ausdrückliche Regelung, bedarf es der Testamentsauslegung im Einzelfall, um das Eingreifen der Strafklausel zu beurteilen. Vorliegend lassen sich der

47

Verwirkungsklausel keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass sie in dem Fall, dass der Pflichtteil einvernehmlich mit dem überlebenden Ehegatten verlangt wird, nicht eingreift. In der Rechtsprechung wird einem solchen Einvernehmen regelmäßig keine Bedeutung beigemessen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 02. August 2010 – 20 W 49/09 –, FamRZ 2011, 592-594).

Die Sanktionsklausel dient – wie oben dargelegt – nicht nur dem Schutz des länger lebenden Ehegatten, indem ihm bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserben gestört wird. Sie schützt auch das Interesse der Ehegatten daran, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird. Schließlich soll die Klausel im vorliegenden Fall insbesondere das loyale Kind, das den elterlichen Willen „anerkennt“, wie es in dem Testament heißt, belohnen bzw. das illoyale Kind durch Enterbung bestrafen. Wenn aber solche weitergehenden Ziele verfolgt werden, erscheint es gerechtfertigt, die Pflichtteilklausel auch in dem Fall eingreifen zu lassen, in dem der Pflichtteil im Einvernehmen mit dem Erblasser verlangt wird (Reymann in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2269 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 163). Weitergehende subjektive Voraussetzungen für die Verwirkung des Erbrechts lassen sich der Klausel ebenfalls nicht entnehmen, so dass es unerheblich ist, ob die Beteiligten zu 1) und 3) sich bewusst waren, dass sie gegen die Klausel verstießen oder ob sie mit den Folgen einverstanden waren. (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O.).

48

cc) Der Beteiligte zu 2) ist entgegen der Ansicht des Beteiligten zu 3) nicht aufgrund der Pflichtstrafklausel selbst enterbt worden. Der Senat vermag der Auffassung des Beteiligten zu 3), der Beteiligte zu 2) habe sein Erbe dadurch verwirkt, dass er in dem beim Amtsgericht Hamm geführten Erbscheinsverfahren betreffend den Nachlass des Ehemannes der Erblasserin beantragt hatte, den seinerzeit von der Erblasserin gestellten Erbscheinsantrag zurückzuweisen und die Ansicht vertreten hatte, es sei eine Vor- und Nacherbschaft gewollt gewesen. Nach ihrem Wortlaut sollte die testamentarische Klausel eingreifen, wenn eines der Kinder den gemeinsamen Willen der Erblasser nicht „anerkennt“. Dass der Beteiligte zu 2) den Willen der Eltern nicht „anerkennen“ wollte, lässt sich seinem Verhalten im Erbscheinsverfahren indessen nicht entnehmen. Bei einem Berliner Testament ist stets durch Auslegung zu ermitteln, ob die Eheleute Vor- und Nacherbfolge angeordnet haben oder ob sie sich wechselseitig zu Vollerben eingesetzt haben (Palandt-Weidlich, BGB, § 2269 Rn. 5 ff.). Offensichtlich ging es dem Beteiligten zu 2) in dem Verfahren lediglich um die rechtliche Klärung der Frage, welche der beiden Auslegungsmöglichkeiten vorzuziehen war. Dass der Beteiligte zu 2) den vom Amtsgericht in dem Feststellungsbeschluss vom 30.06.2016 ermittelten Willen des Erblassers sodann nicht anerkannt hat, so dass von einem treuwidrigen Verhalten des Beteiligten zu 2) auszugehen wäre, ist für den Senat jedenfalls nicht erkennbar.

49

b) Die Schlusserbeneinsetzung in dem Testament vom 26.10.2012 ist nicht durch das notarielle Testament der Erblasserin vom 25.11.2016 widerrufen worden, § 2258 BGB, auch wenn darin anstelle der ehegemeinschaftlichen Kinder ausdrücklich der Beteiligte zu 1) als Schwiegersohn zum Alleinerben bestimmt und zugunsten des Beteiligten zu 2) lediglich ein Vermächtnis entsprechend der Teilungsanordnung in dem gemeinschaftlichen Testament angeordnet worden ist.

50

aa) Es bestehen bereits Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Beurkundung des notariellen Testaments. Diese ergeben sich aus dem Beschluss des Landgerichts Arnsberg vom 05.04.2018, in dem festgestellt worden ist, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung geschäftsunfähig gewesen sei. Die Erblasserin sei aufgrund einer progredienten demenziellen Entwicklung nicht mehr in der Lage gewesen, die am selben Tag dem Beteiligten zu 1) ausgestellte Vollmacht wirksam zu erteilen. Ob die Erblasserin deshalb auch testierunfähig im Sinne des § 2229

51

BGB gewesen ist, braucht der Senat indessen nicht weiter aufzuklären, § 26 FamFG. Die Unwirksamkeit des notariellen Testaments steht zur Überzeugung des Senats bereits aus Rechtsgründen fest.

bb) Das Recht zum Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments war mit dem Tod des Ehemanns der Erblasserin bereits erloschen, § 2271 Abs. 2 BGB, so dass die Erblasserin das notarielle Testament nicht mehr wirksam beurkunden lassen konnte. Bei der die Schlusserbeneinsetzung beinhaltenden Pflichtteilsstrafklausel in dem gemeinschaftlichen Testament handelt es sich um eine wechselbezügliche und damit erbrechtlich bindende Verfügung im Sinne des § 2270 BGB. 52

Erbrechtlich bindet eine Pflichtteilsstrafklausel den Überlebenden immer dann, wenn sie neben der negativen Komponente (Verlust der Erbenstellung) eine positive Verfügung hinsichtlich des frei gewordenen Erbteils in Gestalt einer erbrechtlich bindenden Verfügung von Todes wegen enthält (z.B. Erbeinsetzung). Gelangt man bei der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments – wie im vorliegenden Fall - zu dem Ergebnis, dass sich hinter der Pflichtteilsstrafklausel auch eine Schlusserbeneinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder verbirgt, so kann diese Schlusserbeneinsetzung gegebenenfalls als wechselbezügliche Verfügung im Sinne der §§ 2270, 2271 BGB auszulegen sein. In diesem Fall geht die Pflichtteilsstrafklausel in der (wechselbezüglichen) „Schlusserbeneinsetzung“ auf (Reymann in: Herberger/Martinek /Rüßmann /Weth/ Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 2270 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 62). 53

Hiervon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Bei der Schlusserbeneinsetzung handelt es sich um wechselbezügliche Verfügungen beider Ehegatten nach § 2270 Abs. 1 BGB. Denn bei einem sog. Berliner Testament nach § 2269 BGB – wie es hier, was die Auslegung ergeben hat, in Rede steht – ist die Einsetzung des Schlusserben durch den Überlebenden im Verhältnis zu seiner Einsetzung als Alleinerben durch den Erstverstorbenen regelmäßig wechselbezüglich, denn die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2, 2. Fall BGB umfasst auch gemeinsame Kinder (statt aller Palandt/Weidlich, BGB, § 2270 Rz. 5, 8, m. N.). Anhaltspunkte, dass die Testierenden hier Gegenteiliges gewollt haben könnten, sind nicht ersichtlich (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2019, 484). Schließlich steht dem nicht entgegen, dass die Tochter D Q vorverstorben ist und ihr Erbteil dem Beteiligten zu 2) angewachsen ist, denn die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügung in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament erstreckt sich auch auf die Anwachsung für Miterben in der Schlusserbfolge, die sich aus einem Pflichtteilsverlangen nach dem erstverstorbenen Ehegatten aufgrund einer Pflichtteilsstrafklausel ergibt (OLG Hamm, FamRZ 2013, 1066-1067). 54

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor. 55