

0401 073

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

BGB § 2065

Zu der Berechtigung des Vorerben, eine vom
Erblasser nur bedingt angeordnete Nacherben-
einsetzung aufzuheben.

BGH, Urt. v. 26. Februar 1970 - III ZR 164/67 - OLG Frankfurt(Main)
LG Wiesbaden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 164/67

URTEIL

Verkündet am

26. Februar 1970

Schorm,
Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Frau Barbara B [REDACTED] geb. Sch [REDACTED],
Wi [REDACTED]-Fr [REDACTED], T [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Frau Gertrud H [REDACTED] geb. P [REDACTED],
Wi [REDACTED]-Fr [REDACTED], T [REDACTED] weg [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin sowie die Anschlußrevision der Beklagten gegen das Teilurteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 7. Juli 1967 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin 9/10, die Beklagte 1/10 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Eheleute Theodor und Sophie P., die in- zwischen verstorbenen Eltern der Klägerin und Großeltern der Beklagten, errichteten am 15. Januar 1946 vor einem Notar zwei gleichlautende Testamente, in denen sie sich als befreite Vorerben und die beiden Parteien sowie den Sohn Johannes P. als Nacherben einsetzten. Der überlebende Ehegatte sollte von To-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

des wegen auch über den Nachlaß anders verfügen dürfen und dies sogar "in weitgehendstem Maße". Die Eheleute P[REDACTED] waren damals Eigentümer eines Siedlungshauses (Erbbaurecht) in Wi[REDACTED]-Fr[REDACTED], T[REDACTED]-weg [REDACTED] und dreier Ackergrundstücke im "Fu[REDACTED]" je zur ideellen Hälfte.

In den folgenden Jahren kam es zwischen den Eheleuten P[REDACTED] zu erheblichen ehelichen Schwierigkeiten und Spannungen. Auf Veranlassung des Sohnes Johannes P[REDACTED] wurde Theodor P[REDACTED] vorübergehend in eine Landesheil- und Pflegeanstalt eingewiesen. Nach seiner Entlassung aus der Anstalt errichtete Theodor P[REDACTED] ein eigenhändiges Testament und gab es am 19. April 1950 in amtliche Verwahrung. Unmittelbar danach erhob er Scheidungsklage mit der Behauptung, seine Ehefrau habe die Machenschaften des Sohnes Johannes P[REDACTED], der auf Grund unwahrer Angaben die Einweisung in die Heilanstalt erreicht habe, unterstützt. Am 19. Juni 1950 wurde die Scheidungsklage als unbegründet abgewiesen.

Am 15. Januar 1952 nahm Theodor P[REDACTED] sein am 19. April 1950 in amtliche Verwahrung gegebenes Testament wieder zurück. Nach Rücksprache mit einem anderen Notar errichtete er am 21. Januar 1952 ein weiteres eigenhändiges Testament und gab dieses am gleichen Tage in amtliche Verwahrung. In diesem Testament erklärte er sein notarielles Testament vom 15. Januar 1946 für ungültig, setzte die Beklagte als seine Alleinerbin ein und entzog seiner Ehefrau Sophie P[REDACTED], seinem Sohn Johannes P[REDACTED] und der Klägerin den Pflichtteil.

Im Jahre 1952 betrieb ein Gläubiger des Theodor P. die Zwangsversteigerung der ideellen Hälfte an den Ackergrundstücken im "Fu". Sophie P. ersteigerte diese Hälfte für 600 DM. Einige Zeit später, am 2. Juni 1953, errichtete Sophie P. ebenfalls ein eigenhändiges Testament, das sie in einen Briefumschlag steckte und zu Hause aufbewahrte. In diesem Testament heißt es:

"Hiermit setze ich für den Fall meines Todes meine Tochter Gertrud P. geb. . 1921 zur Erbin meines persönlichen Nachlasses ein. Dazu gehören die Einrichtungsgegenstände meiner beiden Zimmer, wie Möbel und Hausrat.

Ferner meine Wäsche, Kleider, Schmuck u. sonstiges. Die Versicherungssumme meiner Lebensversicherung soll ebenfalls an meine Tochter Gertrud ausgezahlt werden

Ich bestätige auch, daß der Küchenherd Gaskocher und Couch käuflich erworbenes Eigentum meiner Tochter Gertrud sind, da sie diese Gegenstände von ihrem Einkommen angeschafft hat.

Meine Tochter Gertrud bestreitet seit März 1950 meinen Unterhalt."

Sophie P. starb am . 1957. Die Klägerin beantragte die Erteilung eines Erbscheins mit der Begründung, ihre Mutter Sophie P. habe sie in ihrem privatschriftlichen Testament als Alleinerbin eingesetzt. Der Vater Theodor P. widersprach zunächst dem Erbscheinsantrag, teilte aber dann dem Nachlaßgericht am . 1957 mit, er bitte, das Testament, so wie es ausgeführt sei, bestehen zu lassen. Hierauf erteilte das Nachlaßgericht am sel-

ben Tag einen Erbschein, in dem die Klägerin als Alleinerbin der Mutter Sophie P. genannt ist.

Theodor P. verkaufte am 29. April 1959 seine ideelle Hälfte am Haus T. weg an seinen Sohn Johannes P. auf Rentenbasis. Im Dezember 1959 machte Johannes P. gegenüber der Klägerin seinen Pflichtteil nach der Mutter Sophie P. geltend. Die Klägerin zahlte an ihn 1 200 DM. Johannes P. erklärte schriftlich, daß mit dieser Zahlung alle Erbschafts- und Pflichtteilsansprüche hinter seiner verstorbenen Mutter erledigt seien.

Am . 1961 starb Theodor P.. Nach der Eröffnung seiner Testamente vom 15. Januar 1946 und 21. Januar 1952 erteilte das Nachlaßgericht einen Erbschein, in dem die Beklagte als Alleinerbin nach Theodor P. genannt ist. Danach beantragten Johannes P. und die Beklagte die Kraftloserklärung des Erbscheins nach der Mutter Sophie P. vom . 1957. Das Nachlaßgericht wies den Antrag zurück. Auf die Beschwerde des Johannes P. und der Beklagten hob das Landgericht in Wiesbaden den amtsgerichtlichen Beschluß auf und wies das Amtsgericht an, den Erbschein vom . 1957 einzuziehen. Die weitere Beschwerde der Klägerin hatte keinen Erfolg. Nachdem ein sodann erteilter Erbschein vom 6. April 1964 wiederum eingezogen worden war, erteilte das Nachlaßgericht am 8. Juni 1964 einen Erbschein nach Sophie P., in dem ihr Ehemann Theodor P. als Alleinerbe genannt ist. Die Beklagte hatte inzwischen am

2. Dezember 1963 die drei Ackergrundstücke im "Fu [REDACTED]" für insgesamt 84 090 DM verkauft. Die Eigentumsumschreibung erfolgte am 4. August 1964.

Die Klägerin vertrat die Auffassung, Sophie P [REDACTED] habe sie mit dem Testament vom 2. Juni 1953 als Alleinerbin eingesetzt und hierbei auch den Grundbesitz zu ihrem persönlichen Nachlaß gezählt. Die Beklagte meinte demgegenüber, jenes Testament stelle nur ein auf bestimmte Nachlaßgegenstände beschränktes Vermächtnis zugunsten der Klägerin dar; umgekehrt habe sie, die Beklagte, Theodor P [REDACTED] auf Grund seines Testaments vom 21. Januar 1952 allein beerbt und sei damit auch Eigentümerin des gesamten Nachlasses von Sophie P [REDACTED] geworden.

Die Klägerin hat zunächst vor dem Landgericht in erster Linie die Feststellung erbeten, daß der Beklagten Erbrechte am Nachlaß der Sophie P [REDACTED] nicht zustünden, hilfsweise, daß die Klägerin Erbin zu 1/3 hinter Sophie P [REDACTED] und Theodor P [REDACTED] geworden sei; ganz vorsorglich hat sie gebeten, die Beklagte zur Zahlung von 10 000 DM an die Klägerin zu verurteilen. Mit ihren Anträgen ist sie vor dem Landgericht unterlegen.

Mit der Berufung hat sie, wobei sie auch die Gültigkeit des Testaments von Theodor P [REDACTED] vom 21. Januar 1952 anzweifelte und sich auf eine wirksame Anfechtung dieses Testaments berief, vor dem Oberlandesgericht zuletzt beantragt, wie folgt zu erkennen:

- In erster Linie -

A.

1. Der Beklagten steht kein Anspruch zu auf

- a) Herausgabe des Grundstücks Wi [REDACTED] -
Fr [REDACTED], T [REDACTED] weg [REDACTED], eingetragen
im Grundbuch des Amtsgerichts Wiesba-
den: Erbbau-Grundbuch Wi [REDACTED] -Sch [REDACTED] -
[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED] zur ideellen
Hälfte,
- b) Berichtigung des vorstehenden Grund-
buchs dahin, daß die Beklagte und nicht
die Klägerin Eigentümerin ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klä-
gerin 46 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem
1. Januar 1964 zu zahlen.

- Der Zahlungsanspruch wurde dabei als ein An-
spruch gegen den Erbschaftsbesitzer hilfsweise als
Pflichtteilsanspruch nach Sophie P [REDACTED] geltend ge-
macht. -

- Hilfsweise in der nachstehenden Reihenfolge -
zunächst B.

Es wird festgestellt, daß entgegen dem erteil-
ten Erbschein die Klägerin Alleinerbin nach ih-
rer am [REDACTED]. [REDACTED] 1957 verstorbenen Mutter So-
phie P [REDACTED] geb. A [REDACTED] ist, lt. Erbschein vom
[REDACTED]. [REDACTED] 1957 zu 41 VI 1489, 63 Amtsgericht Wies-
baden.

oder doch C.

Die Beklagte wird verurteilt,

- a) in die Berichtigung des Erbbaugrundbuchs (wie oben Ziff. A 1 a) dahin einzuwilligen, daß bezüglich der auf den Namen der Klägerin eingetragenen Hälfte die Beklagte, die Klägerin und Johannes P. zu Wi. -Fr., T. weg zu 1/3 in ungeteilter Erbengemeinschaft nach Sophie P. als Eigentümer eingetragen werden.
- b) An die Erbengemeinschaft nach Sophie P., bestehend aus der Klägerin, der Beklagten und des Johannes P., 46 000 DM als Gesamtgläubiger zu zahlen, evtl. beim Amtsgericht Wiesbaden zu hinterlegen.

äußerstenfalls D.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 46 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1964 als Pflichtteil zu zahlen.

Die Beklagte hat um Zurückweisung der Berufung gebeten. Sie ist dem Vortrag der Klägerin entgegengetreten und hat u.a. sich gegenüber einem Pflichtteilsanspruch auf Verjährung, gegenüber dem Zahlungsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

Das Oberlandesgericht hat in einem Teilurteil den Anträgen A 1 und C a stattgegeben, die Anträge A 2, B abgewiesen. Die Entscheidung über den Antrag C b und D hat es einem Schlußurteil überlassen.

Gegen das Urteil des Oberlandesgerichts hat jede der Parteien das Rechtsmittel der Revision ergriffen, die Beklagte innerhalb der für die Klägerin laufenden Frist zur Begründung der Revision mit der Erklärung, falls ihre eigene Revision die Revisionssumme nicht übersteige, mache sie ihre Revision zur Anschlußrevision. Jede Partei beantragt, das Urteil, soweit es zu ihren Ungunsten ausgefallen ist, aufzuheben und nach ihren Schlußanträgen in der Berufungsinstanz zu erkennen, ferner das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist von folgenden Überlegungen ausgegangen: Die am ■. ■■■■■ 1957 verstorbene Sophie P■■■ sei auf Grund ihres am 15. Januar 1946 errichteten Testaments von ihrem Ehemann als Vorerben und bei dessen Tode am ■. ■■■■■ 1961 je zu 1/3 von den beiden Parteien und Johannes P■■■ beerbt worden. An dieser Erbfolge habe weder das Testament der Sophie P■■■ vom 2. Juni 1953 noch das Testament von Theodor P■■■ vom 21. Januar 1952 etwas geändert. Hierbei sei zu bedenken: Die beiden Testamente vom 15. Januar 1946 hätten kein gemeinschaftliches Testament gebildet. Auch hätte selbst bei dem Vorliegen eines gemeinschaftlichen Testaments dem überlebenden Ehegatten, wie dies geschehen sei, das Recht eingeräumt werden können (siehe die Bestimmung

der Testamente von 1946, der andere Ehegatte sei als befreiter Vorerbe "in weitgehendstem Maße" zu anderweiten Verfügungen über den Nachlaß berechtigt), die in seinem damaligen Testament für den Fall seines Todes getroffenen Verfügungen zu widerrufen und anderweit über den Nachlaß zu verfügen.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Berechtigung des überlebenden Ehegatten zur Errichtung anderweiter letztwilliger Verfügungen werden von keiner der Parteien angegriffen, geben auch dem Revisionsgericht zu Beanstandungen keinen Anlaß.

2. Das Berufungsgericht nimmt weiter hinsichtlich des Testaments von Theodor P. vom 21. Januar 1952 an:

Es lasse sich nicht mit Sicherheit feststellen, daß dieses die Nacherbenbestimmung im Testament der Sophie P. habe ändern wollen und geändert habe. Wenn sich auch jede Erbeinsetzung ohne ausdrückliche Erwähnung auf den gesamten Nachlaß des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes beziehe, so treffe dies in einem Falle wie dem vorliegenden nur zu, wenn der Erblasser nicht nur über seinen Nachlaß durch Einsetzung eines Erben letztwillig verfüge, sondern wenn er außerdem klar durch eine letztwillige Anordnung die ihm zugestandene Änderung der Nacherbfolge vorgenommen habe, also auch über das verfügen wolle, was ihm im Falle des Vorversterbens, hier von Sophie P., als Vorerben zufalle. An einer solchen Erklärung fehle es. Infolgedessen müsse, so sagt das angefochtene Urteil, mangels

einer entsprechenden Rechtsstellung der Beklagten dem Klagantrag A 1 entsprochen werden.

Auf der anderen Seite meint das Berufungsgericht: Die Klägerin sei auf Grund des Testaments der Sophie P. vom 2. Juni 1953 nicht Alleinerbin ihrer Mutter geworden. Dieses Testament lasse sich unter Berücksichtigung seines Wortlautes und der in Betracht zu ziehenden Umstände - hierüber verhält sich das angefochtene Urteil eingehend - nicht dahin verstehen, daß die Erblasserin mit der im Testament ausgesprochenen Zuwendung des "persönlichen Nachlasses" ihr ganzes persönliches Vermögen im Gegensatz zu dem Vermögen ihres Ehemannes Theodor P. ihrer Tochter als Alleinerbin habe vermachen wollen. Infolgedessen könne die Klägerin weder die Feststellung ihres Alleinerbrechts (Antrag B) noch von der Beklagten als Erbschaftsbesitzerin die ganze (oder teilweise) Zahlung des Erlöses aus dem Verkauf der Ackergrundstücke an sie - die Klägerin - (Antrag A 2) verlangen.

Ferner hat das Berufungsgericht erwogen: Da hinsichtlich des Nachlasses der Sophie P. die in ihrem Testament von 1946 vorgesehene Erbfolge eingetreten sei, müsse dem Antrag der Klage C a stattgegeben werden. Auch müsse die Beklagte den beim Verkauf der Ackergrundstücke erzielten Erlös an die Erbengemeinschaft herauszahlen, jedoch nur, soweit sie sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen könne. Mit Rücksicht hierauf hat es die Entscheidung

über die weiteren Anträge der Klägerin einem Schlußurteil vorbehalten.

Hier setzen die Angriffe der Rechtsmittel ein; sie vermögen jedoch nicht durchzudringen.

a) Revision der Klägerin

Ihre Auffassung, das Testament der Sophie P. vom 2. Juni 1953 enthalte eine eindeutige Erbeinsetzung, geht offenbar fehl. Das ergibt zur Genüge bereits das folgende: Das Berufungsgericht hat in seinem, der Klägerin das Armenrecht für die Berufung versagenden Beschluß vom 18. Oktober 1965 als eindeutigen Inhalt des Testaments gewürdigt, daß der Klägerin lediglich die persönlichen Dinge der Erblasserin vermacht seien. In dem Erbscheinsverfahren hat das Landgericht Wiesbaden als Beschwerdegericht im Beschluß vom 27. Februar 1963 aus dem Wortlaut des Testaments geschlossen, daß die Klägerin nicht Vollerbe ihrer Mutter werden solle. Das Oberlandesgericht Frankfurt hat auf die weitere Beschwerde der jetzigen Klägerin im Beschluß vom 19. Juli 1963 eine solche Auslegung als möglich bezeichnet.

War aber das Testament auslegungsfähig, so gehört die Auslegung grundsätzlich in den Aufgabenbereich des Tatrichters. Sie kann vom Revisionsrichter nur daraufhin überprüft werden, ob sie durch Rechtsfehler beeinflußt, ob inhaltlich die Auslegung Sprach- oder Denkgesetzen oder der Lebenserfahrung zuwider-

läuft, ob bei ihr der Sachverhalt verkannt oder gegen eine gesetzliche Auslegungsregel oder eine Verfahrensvorschrift verstoßen worden ist. Ein solcher Fehler ist indessen dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen.

Alles, was die Revision gemäß Abschnitt III 1 in Verbindung mit Abschnitt II der Revisionsbegründung ausführt, zeigt höchstens auf, daß der Tatrichter zu einer anderen Auslegung hätte kommen können, nicht aber, worauf es allein ankommt, daß er dies hätte müssen und nur unter einem vom Revisionsgericht zu beachtenden Rechtsverstoß nicht getan hat. Die Revision klammert sich bei ihren Ausführungen an den Wortlaut des Testaments, an dem jedoch nicht zu haften ist (§ 133 BGB).

Das weitere einschlägige Vorbringen der Revision scheitert daran:

Es mag dahinstehen, ob das angefochtene Urteil die Feststellung enthält, Sophie P. habe bei der Errichtung ihres zweiten Testaments geglaubt, sie könne nicht nur über ihren persönlichen Nachlaß, sondern auch über den ihres Ehemannes als Vorerbin verfügen. Denn auch eine solche Feststellung mußte das Berufungsgericht nicht notwendig zu einer Auslegung des Testaments im Sinne der Klägerin führen.

Die von der Revision aufgegriffenen ehelichen Spannungen zwischen den Eheleuten P. mußten das

Berufungsgericht ebenfalls nicht dazu führen, Sophie P. hätte die in ihrem Testament von 1946 getroffene Erbfolge durch Einsetzung eines anderen Alleinerben widerrufen wollen; auch die Errichtung einer teilweise anderslautenden letztwilligen Verfügung lag sehr wohl im Bereich des Denkbaren. Das Berufungsgericht brauchte sich daher in seiner Entscheidung damit nicht näher auseinanderzusetzen, daß Sophie P. gewußt haben soll, sie könne ihr Testament von 1946 widerrufen. Es mag sein, daß Sophie P. damit rechnete, für den Fall des Überlebens Vorerbin nach ihrem Ehemann zu werden. Daraus folgt jedoch entgegen der Ansicht der Revision nicht zwingend, Sophie P. habe bei der Errichtung ihres Testaments von 1953 zwischen dem ihr gehörenden (persönlichen) Vermögen und einem ihr im Erbwege zufallenden Vermögen unterschieden und mit den Worten "persönlicher Nachlaß" die erstere Vermögensmasse gemeint.

Mit ihrem Vortrag gemäß Abschnitt III 3 der Revisionsbegründung will die Revision in Wahrheit nichts anderes als die von ihr gewünschte Auslegung des Testaments an die Stelle der Auslegung des Berufungsgerichts setzen. Von einem Denkverstoß des Berufungsgerichts kann in diesem Zusammenhang nicht die Rede sein. Die von der Revision gemäß Abschnitt III 4 der Revisionsbegründung bekämpften Ausführungen des angefochtenen Urteils sind dahin zu verstehen, das Berufungsgericht habe bei Würdigung der Zeugenaussage L. und M. sich nicht davon überzeugen können, daß die von den Zeugen bekundeten

Äußerungen der Erblasserin Sophie P. als außerhalb der Testamentsurkunde liegende Tatsachen zu einer Auslegung des Testaments im Sinne der Klägerin hätten führen müssen. So aufgefaßt sind die Ausführungen des Berufungsgerichts frei von einem Rechtsfehler und tragen in sich auch eine dem § 286 ZPO genügende Begründung; dabei kann der Revision nicht zugegeben werden, diese Ausführungen verstießen gegen den Sprachgebrauch. Die Auslegung als solche hat zwar an sich mit einer Beweisführung und Beweisführungslast nichts zu tun; ist aber eine schriftliche Erklärung ihrem Wortlaut nach mehrdeutig, so ist es, was die Revision erkennt, Sache derjenigen Partei, die sich auf die Auslegung auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände zu ihren Gunsten beruft, solche Umstände darzutun.

Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Vernehmung der Zeugen Br., Ha. und Dr. W. abgelehnt hat, läßt einen allein vom Revisionsgericht zu beachtenden Rechtsirrtum nicht erkennen. Nähere Ausführungen hierzu erübrigen sich (Art. 1 Nr. 4 Entlg vom 15. August 1969).

Schließlich versagt auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe, wie die Sitzungsniederschrift vom 7. Juli 1967 zeige, unmittelbar an die Verhandlung der Anwälte, ohne sich zur Beratung zurückzuziehen, das angefochtene Urteil verkündet. Wie aus den §§ 159, 160 ZPO folgt, braucht die Beratung und Abstimmung die der Verkündung des Urteils vorhergeht, in der Sitzungsniederschrift nicht er-

wähnt zu werden. Daß das Berufungsgericht sein Urteil nicht nach einer Beratung verkündet hätte, kann sonach aus dem Schweigen des Protokolls nicht gefolgert werden.

Die Revision der Klägerin erweist sich mithin als unbegründet.

b) Die Revision der Beklagten ist, da die Revisionssumme nicht erreicht ist, als Anschlußrevision zu würdigen.

aa) Hierbei ist zweierlei vorab zu bemerken:

Entgegen der Auffassung der Revision durfte das Berufungsgericht das angefochtene Teilurteil erlassen. Auch in dem von der Anschlußrevision unterstellten Fall, daß das Berufungsgericht bei der Beurteilung der dem Schlußurteil überlassenen Ansprüche zu einer abweichenden Würdigung der erbrechtlichen Verhältnisse käme, wäre dadurch das Teilurteil, das andere Ansprüche als das Schlußurteil betrifft, nicht berührt worden.

Die Klägerin hat während des Berufungsverfahrens mehrfach andere Anträge gestellt und die Beklagte hat dem einige Male widersprochen. Allerdings liegt, worauf die Revision hinweist, in dem völligen Schweigen des Urteils über eine Klagänderung nicht deren Zulassung. Indessen ist hier das Berufungsgericht auf die neuen Anträge sachlich eingegangen und

hat sie damit, was genügt, stillschweigend zugelassen.

bb) Der Schwerpunkt der Revisionsangriffe richtet sich einmal gegen die Annahme des Berufungsgerichts, Theodor P. hätte neben der Einsetzung der Beklagten zur Erbin seines (eigenen) Nachlasses durch eine besondere letztwillige Erklärung, die ihm nach dem beiderseitigen Testament der Ehegatten von 1946 zugestandene Änderung der Nacherbfolge letztwillig anordnen müssen, zum anderen vorsorglich gegen die weitere Ansicht des Berufungsgerichts, es fehle auch ein sicherer Anhalt dafür, daß Theodor P. in seinem Testament eine solche Anordnung habe treffen wollen.

Demgegenüber ist zu bedenken:

Es wird allerdings in Rechtsprechung und Schrifttum für ganz überwiegend als mit § 2065 BGB vereinbar gehalten, einen Nacherben unter der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung einzusetzen, daß der Vorerbe nicht anders über den Nachlaß verfügt (statt vieler Palandt BGB 27. Aufl. § 2065 Anm. 4). Wollte man nun in dieser anderweiten Verfügung des Vorerben, hier von Theodor P. eine Verfügung über das Vermögen des Erblassers, hier Sophie P., sehen, so bestünden von vornherein durchgreifende Bedenken gegen die Ansicht der Beklagten, sie habe als Erbin von Theodor P. auch den gesamten Nachlaß der Sophie P. zu Eigentum erworben; denn dann hätte Theodor P. in seinem Testament vom 21. Januar 1952 noch

zu Lebzeiten der erst am [REDACTED] 1957 verstorbenen Sophie P[REDACTED] über deren Vermögen verfügt, und eine Verfügung von Todes wegen über fremdes Vermögen gibt es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht. Denkbar ist jedoch auch, daß der Vorerbe nicht über das Vermögen des Erblassers verfügt, sondern über sein eigenes Vermögen, in dem das des ersten Erblassers enthalten ist (vgl. Kipp JW 1920, 286; RG JW 1925, 2121, 2123). Der Vorerbe muß dann kundtun, er wolle Vollerbe sein, was er nach außen hin gemäß dem Willen des erstverstorbenen Erblassers durch die Errichtung einer letztwilligen Verfügung zum Ausdruck bringen kann. Damit macht er die Nacherbschaft zunichte und kann dann seinerseits über den ihm zugefallenen Nachlaß anderweit letztwillig verfügen. Im gegenwärtigen Streitfall war nun das Vermögen von Sophie P[REDACTED] ihrem Ehemann Theodor P[REDACTED], als er sein Testament vom 21. Januar 1952 errichtete, noch nicht angefallen und dieses Testament müßte dann als eine letztwillige Verfügung nicht über das ihm bereits gehörende Vermögen, sondern auch über eine Vermögensmasse gedeutet werden, die ihm vielleicht für den Fall, daß er seine Ehefrau überlebt, in der Zukunft anfallen wird und nur für den Fall, daß dieser Erbfall eintritt. Auch insoweit bestehen ernsthafte Bedenken, ob der Vorerbe sich bereits in einem Zeitpunkt zum Vollerben machen kann, in dem der Erblasser, dessen Vorerbe er werden soll, noch lebt. Nach § 1946 BGB kann der Erbe die Erbschaft erst annehmen, sobald der Erbfall eingetreten ist. Diese Bedenken mögen im vorliegenden Fall dadurch verstärkt werden, daß die Eheleute P[REDACTED] in ihren Te-

stamenten vom 15. Januar 1946 den "überlebenden" Ehegatten als zu anderweiten letztwilligen Verfügungen berechtigt erklärt hatten, also - jedenfalls wörtlich genommen - den jeweiligen Ehepartner zu einer Abänderung der Testamente vom 15. Januar 1946 nur für die Zeit nach dem Ableben des Erstversterbenden befugt hatten. Indessen braucht diesen Bedenken nicht bis ins letzte nachgegangen zu werden. Denn selbst wenn Theodor P. sich entgegen dem Gesagten noch zu Lebzeiten seiner Ehefrau zu ihrem Vollerben hätte machen können, was allein ihm eine Änderung und Aufhebung der Nacherbfolgeklausel in den Testamenten vom 15. Januar 1946 hätte ermöglichen können, so hätte er doch mit Deutlichkeit in seinem Testament vom 21. Januar 1952 zum Ausdruck bringen müssen, er wolle auch bezüglich des ihm etwa anfallenden Vermögens seiner Ehefrau testieren. Das ist im Interesse der Klarheit der erbrechtlichen Verhältnisse zu verlangen, wie es insofern das Berufungsgericht mit Recht getan hat. An einer solchen klaren letztwilligen Verfügung auf seiten von Theodor P. fehlt es indessen.

Bereits aus diesem Grund ist die Beklagte nicht Eigentümerin des gesamten Nachlasses von Sophie P. geworden. Mithin sind die Rügen unerheblich, mit denen die Revision die weitere Auffassung des Berufungsgerichts bekämpft, es ergebe sich auch aus außerhalb der Testamentsurkunde liegenden Umständen kein sicherer Anhalt dafür, daß Theodor P. mit seinem Testament vom 21. Januar 1952 eine Änderung der Nacherbfolge habe vornehmen wollen.

3. Mithin erweisen sich die Rechtsmittel beider Parteien als unbegründet, ohne daß weitere Ausführungen zu ihren im vorstehenden nicht berührten Vorbringen erforderlich sind. Die Revision der Klägerin ist daher ebenso wie die Anschlußrevision der Beklagten zurückzuweisen. Die Kosten sind entsprechend §§ 92, 97 ZPO beiden Parteien unter Berücksichtigung des Ausmaßes ihres Unterliegens in der Revisionsinstanz aufzuerlegen.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Keßler