

IV ZR 128/51

030

2

Verkündet am
3. April 1952
Klett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der gesch. Ehefrau Martha B [REDACTED] geb. B [REDACTED] in
I [REDACTED], D [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

g e g e n

den Angestellten Alphons B [REDACTED] in I [REDACTED],
D [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 27. März 1952 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Ascher, Raske, Dr. Hartz, Dr. Kregel
und Scheffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgerichts in Schleswig vom 24. April
1951 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Umschlag

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister und die Kinder des Rentners Adolf B. [REDACTED] und dessen Ehefrau Sophie geb. Flägel. Adolf B. [REDACTED] starb am 21. Juli 1938. Er hatte am 25. November 1928 ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament folgenden Inhalts errichtet:

"Ich, Adolf Heinrich Matthias B. [REDACTED] geb. am [REDACTED] 1858 zu L. [REDACTED], verfüge hiermit, dass meine Ehefrau, Sophiea Mariea Elisabeth B. [REDACTED] geb. F. [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1869 zu L. [REDACTED]; die alleinige Nutzniessung unseres Eigentums, Haus mit Garten und 2 grosse Holzschuppen mit sämtlichen Werkzeugen und sonstigen Inhalt, sowie Nachlass, Mobilien, Geld und alles was sonst mein Eigentum ist, ferner den grossen Lagerschuppen an der Molkebrücke mit Wagen, Schiebkarre, Nutzholz und Pällholz, die Motorschute Lübeck, ein Ruderboot und Kahn als alleiniges Eigentum verbleibt. Sie soll auch befugt sein, über die einzelnen Vermögensstücke frei zu verfügen nach meinem Tode. Eigenhändig niedergeschrieben und unterschrieben."

Am selben Tage hatten Adolf B. [REDACTED] und seine Frau ein gemeinschaftliches Testament errichtet, das folgenden Inhalt hat:

"Wir, nämlich ich, der Motorbootsbesitzer Adolf, Heinrich, Matthias B. [REDACTED] und ich, seine Ehefrau, Sophiea, Mariea, Elisabeth B. [REDACTED] geb. F. [REDACTED], setzen uns gegenseitig zu Erben ein. Der Überlebende von uns soll, so lange er lebt,

- 3 -

die alleinige Nutzniessung unseres Eigentums, Haus mit Garten, 2 Stück Holzschuppen mit sämtliches Werkzeuges und sonstigen Inhalt, sowie Nachlass als Mobilien, Geld und was sonst unser Eigentum ist, ferner den grossen Lagerschuppen an der Molkebrücke mit Wagen, Schiebkarre, Nutzholz und Pallholz, die Motorschute "Lübeck", Ruderboot und Kahn, als alleiniges Eigentum verbleibt. Er soll auch befugt sein, über die einzelnen Vermögensstücke frei zu verfügen.

D., den 25. November 1928."

Dieses Testament war von Adolf B. eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Der Zusatz "das vorstehende Testament soll auch als mein Testament gelten" nebst Datum war von der Ehefrau B. eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Nach dem Tode ihres Ehemannes erwirkte die Mutter der Parteien einen Erbschein, nach dem sie befreite Vorerbin und ihre Kinder Nacherben geworden seien. Die Witwe B. starb am 29. März 1950 im Alter von 80 Jahren. Am 12. Januar 1950 hatte sie durch notariellen Vertrag ihr Grundstück in B., D. str. 6, an die Beklagte übertragen. Dieses Grundstück war Eigentum ihres Ehemannes gewesen. Nach dem Tode ihres Ehemannes war die Witwe B. als Eigentümerin eingetragen worden. In Abteilung II war der Nacherbenvermerk eingetragen worden. In dem Übertragungsvertrag heisst es zunächst, dass die Witwe B. als befreite Vorerbin als Eigentümerin des Grundstücks, das einen Einheitswert von 9.100,--DM habe und mit einer Umstellungsgrundschuld von etwa 1.000,--DM belastet sei, eingetragen sei. Weiter heisst es dann,



dass die Beklagte ihre Mutter seit dem Tode des Vaters gepflegt und betreut und mit schätzungsweise 30 - 40,-- DM monatlich unterstützt habe, wodurch allein es der Mutter möglich gewesen sei, das Grundstück zu erhalten. Es wird dann die Überlassung mit der Maßgabe erklärt, dass Nutzungen und Lasten mit dem Tage des Vertragsschlusses auf die Beklagte übergingen. Als Gegenleistung, die die Beklagte zu erbringen habe, werden aufgeführt:

- 1) Ein der Mutter zu gewährendes Altenteil,
- 2) die auf dem Grundstück ruhende Umstellungsgrundschild von etwa 1.000,--DM sowie weitere evtl. im Grundbuch eingetragene Belastungen,
- 3) die Freistellung der Mutter von allen Lastenausgleichsforderungen.

Weiter heisst es dann, dass die bisherigen Leistungen der Beklagten auf den Wert des Grundstücks mit angerechnet werden sollten. Der Altenteil wird dahin erläutert, dass der Mutter

erstens das unentgeltliche Wohnrecht in den jetzt von ihr bewohnten Räumen zu gewähren sei, zweitens voller Unterhalt einschliesslich Verpflegung, Kleidung, Wäsche, Heizung, Pflege in gesunden und kranken Tagen, freie ärztliche Behandlung und Arzneimittel, angemessene Beerdigung und Setzung eines angemessenen Grabsteins. Der Wert des Altenteils wird mit 1.080,-- DM jährlich angegeben, wovon 240,--DM jährlich auf das Wohnrecht entfielen.

Die Beklagte ist auf Grund dieses Vertrages am 31. Januar 1950 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen worden. Der Kläger hält den Überlassungsver-

trag für nichtig, weil es sich um einen mindestens zum Teil unentgeltlichen Vertrag handle, den die Mutter gemäss § 2113 Abs 2 BGB nicht mit Wirksamkeit gegen die Nacherben habe abschliessen können. Er hat daher auf Feststellung geklagt, dass die Veräusserung des Grundstücks unwirksam sei, und ferner beantragt, die Beklagte zu verurteilen, darin einzuwilligen, dass als Eigentümer des Grundstücks in ungeteilter Nacherbengemeinschaft er und die übrigen Nacherben eingetragen würden. Die Beklagte hat in Abrede gestellt, dass es sich um einen teilweise unentgeltlichen Vertrag gehandelt habe. Sie hat weiter geltend gemacht, dass die bisher von allen Beteiligten vertretene Ansicht, die Mutter sei Vorerbin gewesen, irrig sei; in Wahrheit ergäbe sich aus dem Testament, dass die Mutter Vollerbin gewesen sei.

Das Landgericht Lübeck hat der Klage stattgegeben. Das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten den Feststellungsantrag abgewiesen und im übrigen die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Beklagte verurteilt werde zu bewilligen, dass im Wege der Berichtigung an Stelle der Beklagten allein die in der Klageschrift aufgeführten Nacherben als Eigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen würden.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten, die Klageabweisung im vollen Umfange erstrebt. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revisionsklägerin vertritt die Ansicht, das Berufungsgericht habe die Testamente unrichtig ausgelegt; die Mutter der Parteien sei nicht als Vorerbin, sondern als Vollerbin ihres Mannes eingesetzt worden.

Sie rügt hierzu, dass das Berufungsgericht die Ansicht vertrete, es bestehe zwischen den beiden vom Erblasser am selben Tage errichteten Testamenten kein Widerspruch, während in Wahrheit ein solcher Widerspruch vorhanden wäre, wenn die Auslegung des Berufungsgerichts zuträfe; denn in dem vom Erblasser allein errichteten Testament stünde der Satz: "Sie - die Ehefrau des Erblassers - soll auch befugt sein, über die einzelnen Vermögensstücke frei zu verfügen nach meinem Tode;" eine solche Verfügung wäre aber vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus nach dem gemeinschaftlichen Testament der Erblasser gemäß § 2271 Abs 2 BGB in Verbindung mit § 2104 BGB unwirksam; folgerichtig hätte also das Berufungsgericht wegen der Unvereinbarkeit der Testamente miteinander die Unwirksamkeit beider Testamente annehmen müssen. Diese Ausführungen sind nicht schlüssig. § 2271 Abs 2 BGB bestimmt, dass das Recht zum Widerruf letztwilliger Verfügungen, die ein Ehegatte in einem gemeinschaftlichen Testament derart getroffen hat, dass sie nicht ohne die Verfügungen des anderen Ehegatten getroffen worden wären (sog. wechselbezügliche Verfügungen) mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt. Hätte das Berufungsgericht den oben wiedergegebenen Satz des Testaments dahin ausgelegt, dass die Mutter der Parteien befugt sein solle, in jeder Hinsicht, also auch unentgelt-

lich oder durch letztwillige Verfügung über den Nachlass zu verfügen, dann allerdings bestünde bei der Auslegung, die das Berufungsgericht dem gemeinsamen Testament gegeben hat, ein Widerspruch zwischen den beiden Testamenten. Denn ein Vorerbe kann, auch wenn er befreiter Vorerbe ist, nicht unentgeltlich oder durch letztwillige Verfügung über die Nachlassgegenstände verfügen. Das Berufungsgericht hat aber den letzten Satz des Alleintestaments nicht so ausgelegt, wie die Revision meint. Es hat vielmehr ausgeführt, dieser Satz sei im Zusammenhang mit den anderen Anordnungen des Testaments unter dem Gesichtspunkt zu sehen, dass die Witwe nur, solange sie lebe, die Nutzungen habe bekommen sollen und dass daher die Einräumung der freien Verfügung nur bedeutete, sie solle in der lebenslänglichen Nutzung nicht beschränkt werden. Angesichts dieser Auslegung des Alleintestaments besteht der von der Revision angenommene Widerspruch zwischen den beiden Testamenten nicht.

Die Revision rügt weiter, das Berufungsgericht habe § 133 BGB insoweit verletzt, als es nicht beachtet habe, dass bei einem rechtlich nicht geschulden, einfach denkenden Mann die Nichterwähnung der Abkömmlinge dafür spreche, dass diese nicht zu Erben eingesetzt werden sollten; die Auslegungsvorschriften des § 2104 könnten nur dann Platz greifen, wenn ein Testament eindeutig ergäbe, dass der eingesetzte Erbe nur auf Zeit Erbe sein solle.

Hierzu hat das Berufungsgericht offenbar nicht verkannt, dass es ungewöhnlich ist, wenn ein Erblasser, der eine Vor- und Nacherbschaft anordnen will, zwar den Namen des Vorerben angibt, über die Person des Nacherben aber

nichts sagt; denn es tut den Hinweis der Beklagten hierauf nicht etwa als schlechthin bedeutungslos ab, sondern leitet seine Unerheblichkeit aus § 2104 BGB her. Ob dies richtig ist, erscheint zweifelhaft; denn § 2104 BGB regelt im Wege gesetzlicher Ergänzung nur den Fall des Bestehens einer Vor- und Nacherbfolge, und es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Tatsache einer solchen Regelung irgendwelche Schlüsse dahin sollte rechtfertigen können, ob Vorerbschaft oder aber Vollerbschaft vorliege. Es braucht hierauf aber nicht näher eingegangen zu werden, weil die Revision jedenfalls insoweit begründet ist, als sie die Verletzung der §§ 133, 2269 in Verbindung mit § 2104 BGB rügt. § 2269 enthält eine Auslegungsregel für den Fall, dass Ehegatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig mit der Bestimmung zu Erben eingesetzt haben, dass nach dem Tod des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll. Es soll dann im Zweifel anzunehmen sein, dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist.

In dem Testament der Eheleute B. [REDACTED] ist nun zwar von einem Dritten, an den der beiderseitige Nachlass fallen solle, nicht die Rede. Da aber das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt, dass die Eheleute B. [REDACTED] einander nicht unbeschränkt zu Vollerben hatten einsetzen, sondern, dass sie einander zugunsten ihrer Kinder hatten beschränken wollen, so hätte es auch prüfen müssen, ob nicht der Wille der Eheleute B. [REDACTED] dahin gegangen sei, dass nach dem Tode des Überlebenden Ehegatten der beiderseitige Nachlass an die Kinder fallen solle, ob nicht also der im § 2269 BGB geregelte Fall vorliegt. Denn dass

die in § 2269 genannten Voraussetzungen im Testament ausdrücklich und mit den Worten des Gesetzes angeführt sind, ist nicht erforderlich; es genügt, dass nach den allgemeinen, für die Auslegung von letztwilligen Verfügungen geltenden Regeln, ein dahingehender Wille des Erblassers festgestellt werden kann. Eine Prüfung in dieser Richtung hätte schon deswegen vorgenommen werden müssen, weil bei der sogenannten konstruktiven Nacherbfolge, wie sie § 2104 BGB vorsieht, der überlebende Ehegatte schlechter gestellt ist, als im Falle des § 2269 BGB. Es hätte also das Berufungsgericht erörtern müssen, ob die Eheleute B. eine solche Schlechterstellung gewollt haben. Es hat diese Prüfung offenbar unterlassen, weil es sich der Möglichkeit einer Anwendung des § 2269 BGB nicht bewusst war. Eine solche Anwendung steht mit dem von ihm festgestellten Willen der Eheleute B., den Überlebenden zugunsten der Kinder zu beschränken, nicht in Widerspruch. Zu einer Prüfung nach dieser Richtung hätte auch schon deswegen Anlass bestanden, weil in dem gemeinschaftlichen Testament zweimal von "unserem" Eigentum die Rede ist, was darauf schliessen lässt, dass die Eheleute B. das beiderseitige Vermögen als Einheit behandelt wissen wollten, was wiederum die Annahme einer Verfügung nach § 2269 BGB nahelegt. Auf die Möglichkeit, das Testament als sogenanntes Berliner Testament auszulegen, hat die Beklagte auch hingewiesen (vgl. Schriftsatz vom 17. November 1950 S 2). Der hiernach vorliegende Verstoß gegen §§ 133, 2269 und 2104 BGB führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zunächst nochmals zu prüfen haben, ob der Wille der Eheleute B. überhaupt

dahin gegangen ist, einander zu beschränken oder ob nicht vielmehr jeder Ehegatte den anderen zum unbeschränkten Vollerben hat einsetzen wollen. Sollte das Berufungsgericht wieder zu der Feststellung gelangen, dass die Eheleute B. einander haben beschränken wollen, so wäre festzustellen, ob diese Beschränkung soweit hat gehen sollen, dass der Überlebende nur Vorerbe werden sollte oder ob nicht ein Testament nach § 2269 BGB hat errichtet werden sollen.

Für diese Prüfung ist auf einen Gesichtspunkt hinzuweisen, dem das Berufungsgericht bisher nicht hinreichend Rechnung getragen hat. Das Berufungsgericht hat bei der Auslegung der Testamente ausschliesslich auf den Willen des Erblassers, also des Ehemanns, und nicht auf den beider Ehegatten abgestellt, und es hat - soweit ersichtlich - bei der Erforschung des Willens des Erblassers nicht beachtet, dass dieser bei der Errichtung der Testamente im Jahre 1928 auch den Fall im Auge gehabt haben wird, dass seine Frau vor ihm versterben werde. Es hätte also in den Kreis seiner Erwägungen ziehen müssen, ob es der Wille des Ehemanns B. gewesen sein konnte, sich durch das gemeinschaftliche Testament auch hinsichtlich seines eigenen Vermögens, insbesondere also wegen des Grundstücks zugunsten der Kinder, irgendwelchen Bindungen zu unterwerfen. Solche Bindungen wären im Zweifel gemäss §§ 2270 Abs 1 u 2, 2271 Abs 2 BGB anzunehmen, wenn nicht jeder Ehegatte den anderen zum vollen, in jeder Hinsicht unbeschränkten Erben hat einsetzen wollen. Sollte das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangen, keiner der Ehegatten habe sich hinsichtlich des ihm gehörigen Eigentums für den

Fall des Vorversterbens des anderen Ehegatten irgendwie binden wollen, so würde sowohl die Annahme, es sei ein Testament nach § 2269 BGB gewollt, als auch die Annahme von Vor- und Nacherbschaft entfallen.

Das Berufungsgericht wird weiter zu prüfen haben, ob es nicht den Worten "solange er lebt" eine Bedeutung beigemessen hat, die ihnen nicht zukommt. Es hat hierzu ausgeführt, der wirkliche Wille des Erblassers ergäbe sich aus der Bestimmung des gemeinschaftlichen Testaments, dass der Überlebende nur "solange er lebt" die alleinige Nutzniessung haben solle. Zwar ist das Berufungsgericht nicht davon ausgegangen, dass das Wort "nur" im Testament enthalten sei; seine Ausführungen ergeben aber, dass es ohne weiteres davon ausgegangen ist, dass die Worte "solange er lebt" nur einschränken den Sinn haben könnten. Dieser Ausgangspunkt erscheint verfehlt; denn es besteht auch durchaus die Möglichkeit, dass die Ehegatten mit diesen Worten keine Einschränkung haben machen, sondern mit ihnen nur zur Verstärkung und Klarstellung die völlige Verfügungsfreiheit des Überlebenden und dessen absolute Unabhängigkeit von den Kindern, also die unbeschränkte Vollerbschaft, haben betonen wollen.

Sollte das Berufungsgericht zu der Feststellung kommen, der Erblasser habe ein Testament im Sinne des § 2269 BGB errichten wollen, so wird es weiter zu erörtern haben, ob nicht die Voraussetzungen des § 2287 BGB (absichtlich beeinträchtigende Schenkung) gegeben sind (vgl OGH in NJW 47/48, 690). Sowohl für diesen Fall als auch für den Fall, dass das Berufungsgericht wieder

dazu gelangen sollte, Vor- und Nacherbschaft anzunehmen, wird es folgendes zu beachten haben:

In dem angefochtenen Urteil wird ausgeführt, dass die im Übertragungsvertrag vorgesehene Freistellung der Witwe Bogaske von den Lastenausgleichsabgaben nicht als Entgelt angesehen werden könne, weil nach dem Gesetzentwurf zum Lastenausgleich damit zu rechnen sei, dass die Erben der Wiwe B. [REDACTED] Schuldner der Abgabeforderung sein werden, das Grundstück selbst also der Nacherbengemeinschaft in unmittelbarem Erbgang nach dem Erblasser, also ohne Belastung mit der Abgabe zufiele, falls es nicht an die Beklagte veräußert worden wäre. Ob diese Erwägung in sich schlüssig ist, kann dahingestellt bleiben. Unzutreffend ist es jedenfalls, von der jetzt bestehenden Lage der Gesetzgebung und den jetzt vorliegenden Gesetzentwürfen auszugehen. Massgebend können vielmehr nur die Verhältnisse zur Zeit des Abschlusses des Vertrages, also Anfang 1950 sein. Es wird also zu prüfen sein, wie damals die Übernahme der Lastenausgleichsabgaben bewertet wurde. Diese Bewertung wird in der Bemessung der Grundstückspreise seinen Ausdruck gefunden haben. Erforderlichenfalls wäre dies durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu klären. Da - wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat - für die Entscheidung der Frage, ob ein entgeltlicher oder aber ein unentgeltlicher Vertrag vorliegt, nicht nur die objektiven Werte der beiderseitigen Leistungen massgebend, vielmehr auch die Vorstellungen der Vertragsparteien mit zu berücksichtigen sind, muss festgestellt werden, ob diese etwa andere Vorstellungen über den Wert der in der Über-

nahme der Lastenausgleichsforderungen bestehenden Leistung der Beklagten gehabt haben.

Mit Recht hat die Revision weiter gerügt, dass das Berufungsgericht das der Witwe B. eingeräumte Altenteilsrecht unbewertet gelassen hat. Das Berufungsgericht hat dies damit begründet, dass nach der Übertragung des Grundstücks auf die Beklagte dieser die Ertragnisse dieses Grundstücks in Höhe von 1.080,--DM jährlich zugeflossen seien, so dass die Beklagte das - nach Abzug des Wohnrechts - nur mit 840,--DM jährlich zu bewertende Altenteil aus diesen Erträgen zu leisten hatte. Dies kann aber die Ausserachtlassung der Belastung mit dem Altenteil nicht rechtfertigen. Dies würde bedeuten, dass es für die Bewertung der beiderseitigen Leistungen bei einem Grundstücksübertragungsvertrag unerheblich ist, ob das Grundstück mit einem Altenteil belastet ist oder nicht, was zweifellos nicht richtig ist. Es mag allerdings wirtschaftlich gerechtfertigt sein, das erst im Übertragungsvertrag ausbedungene Altenteilsrecht nicht als Entgelt oder als Teil der Gegenleistung anzusehen. Dann aber ist es bei der Bewertung des Grundstücks selbst als Belastung in Abzug zu bringen. Gerade wenn die Leistung aus den Erträgen des Grundstücks zu erbringen ist, diese also dem Erwerber nicht oder nur zum Teil zufließen, muss dies zu seinen Gunsten berücksichtigt werden. Wird beim Kauf eines Grundstücks, das einen bestimmten Wert hat, von den Vertragsparteien bei der Bemessung des Kaufpreises ein Abstrich von diesem Wert gemacht, weil das Grundstück mit einem Altenteil (oder sonstigem Recht) belastet ist, so wird der Vertrag dadurch nicht zu einem zum Teil unentgeltlichen.

Unbegründet sind die Revisionsangriffe, soweit sie sich dagegen richten, dass das Berufungsgericht die Unterhaltsbeträge, die die Beklagte nach ihrer Behauptung für ihre Mutter aufgewandt hat, unberücksichtigt gelassen hat. Wenn, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, die Unterhaltszahlungen weder in Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflicht, noch in der Absicht, Ersatz zu verlangen, erfolgt sind, können diese Leistungen nicht als Entgelt oder teilweises Entgelt für das Grundstück angesehen werden.

Ascher

Raske

Dr.Hartz

Kregel

Scheffler