

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 53/72

Den Parteien an Verkündungs Statt zugestellt
am 9. Dezember 1974
H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

der Hausfrau Brigitte C [REDACTED], geb. W [REDACTED],
verw. L [REDACTED], O [REDACTED] über La [REDACTED]/Hessen,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

- 1) die Hausfrau Maria K [REDACTED] geb. L [REDACTED],
[REDACTED] T [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],
- 2) die Hausfrau Margarete S c [REDACTED] geb. L [REDACTED],
[REDACTED] T [REDACTED], Os [REDACTED] [REDACTED],
- 3) die Geschäftsinhaberin Gisela H [REDACTED],
[REDACTED] N [REDACTED] bei T [REDACTED],
- 4) die Hausfrau Elisabeth B [REDACTED] geb. L [REDACTED],
[REDACTED] E.Lakewood Dr. [REDACTED] F [REDACTED]/Missouri/USA,
- 5) die Hausfrau Gabriele A [REDACTED] geb. L [REDACTED],
[REDACTED] Deputy Rd. [REDACTED] Little R [REDACTED], Ark./USA,
- 6) die Hausfrau Erika K [REDACTED] geb. L [REDACTED]
[REDACTED] Ne [REDACTED]/Donau, Be [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat ohne mündliche Verhandlung am 22. November 1974 durch die Richter Professor Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Buchholz und Knüfer

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 11. Februar 1972 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 29. Januar 1883 geborene Maria L. geborene H. (Erblasserin) war die Witwe und Alleinerbin des Dachdeckermeisters Matthias L. sen., der bis zu seinem Tode am 17. März 1945 mit ihr das ihnen gehörende Hausgrundstück T., S. straße , um das die Parteien streiten, bewohnt und von dort ein Dachdeckergeschäft betrieben hatte. Aus der Ehe sind die Klägerinnen zu 1 und 2, ferner die Tochter Franziska sowie die Söhne Nikolaus, Jakob und Matthias hervorgegangen. Nikolaus, Franziska und Jakob sind vorverstorben. Nikolaus hat keine Abkömmlinge hinterlassen, die Klägerin zu 3 ist einziger Abkömmling der Tochter Franziska und die Klägerinnen zu 4 bis 6 sind die einzigen Abkömmlinge von Jakob L. Die Beklagte ist die zweite Ehefrau des Matthias L. jun.

- 3 -

Seine erste Ehefrau hatte sich von ihm getrennt. Er wohnte danach zusammen mit der Erblasserin in der S[REDACTED]-straße [REDACTED]. Dieses Grundstück war im Kriege beschädigt worden. Es wurde nach dem Tode des Matthias L[REDACTED] sen. wieder instandgesetzt.

Durch Testament vom 26. Oktober 1952 schloß Matthias L[REDACTED] jun. seine erste Ehefrau von der Erbfolge aus und setzte eine Tochter der Klägerin zu 1 zu seiner Erbin ein. Am 28. Oktober 1952 errichtete die Erblasserin ein öffentliches Testament (1. Testament); weil sie erklärt hatte, infolge eines Schlaganfalles nicht schreiben zu können, waren zwei Zeugen hinzugezogen worden. In diesem Testament, von dem sie eine Durchschrift zurückbehielt, ordnete die Erblasserin die gesetzliche Erbfolge an und traf außerdem folgende Bestimmungen:

" Ich vermache hiermit meinem Sohn Matthias L[REDACTED] ... vorab außer seinem Erbteil:

1. meine gesamte Wohnungseinrichtung im Hause S[REDACTED]straße [REDACTED] ...,
2. meinen Anteil an dem von mir und meinem Sohn Matthias L[REDACTED] gemeinschaftlich geführten Dachdeckergeschäft nebst vorhandenen Wagen und unter Übernahme sämtlicher Aktiven und Passiven.

Ich räume meinem Sohn Matthias L[REDACTED] das Recht ein, mein Hausgrundstück ... zum Preise von 40.000,-- DM aus meinem Nachlaß zu erwerben.

Derjenige meiner Erben, welcher mit meinen vorstehenden Verfügungen nicht einverstanden ist und dieselben anfecht, soll von der Erb-



folge in meinem Nachlaß ausgeschlossen und auf den Pflichtteil beschränkt sein. "

Die Erblasserin verstarb am 2. Dezember 1955. Nach dem gemeinschaftlichen Erbschein vom 3. Juli 1956 waren die Klägerinnen zu 1 und 2 als Töchter zu je 1/5, die Klägerin zu 3 als Enkelin zu 1/5, die Klägerinnen zu 4 bis 6 als Enkelinnen zu je 1/15 und Matthias L. jun. als Sohn zu 1/5 Erben. Durch notariellen Vertrag vom 10. August 1956 ließen die Miterben in Erfüllung des ersten Testamentes das Hausgrundstück, das den Hauptgegenstand des Nachlasses bildete, an Matthias L. jun. auf. Am 25. Januar 1957 wurde er als Eigentümer eingetragen. Von dem Übernahmepreis (40.000,- DM) zahlte er an seine Miterben insgesamt 32.000,- DM (an jeden der vier Stämme 8.000,- DM aus; die restlichen 8.000,- DM verrechnete er auf seinen eigenen Erbteil. Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach der Erblasserin ist durchgeführt.

Am 4. Februar 1958 wurde die erste Ehe des Matthias L. jun. geschieden. Am 12. November 1960 heiratete er die Beklagte; auch diese Ehe blieb kinderlos. Durch Testament vom 5. August 1961 setzte er unter gleichzeitigem Widerruf des Testaments vom 26. Oktober 1952 die Beklagte zu seiner Erbin ein. Er verstarb am 30. August 1962 im Alter von 46 Jahren an einem Lungenleiden.

In dem Erbscheinverfahren 11 VI 819/62 AG Trier war die Rechtswirksamkeit des Testamentes des Matthias L. jun. vom 5. August 1961 umstritten. In dem in diesem Verfahren eingereichten Schriftsatz vom 31. Oktober 1962 berief sich die Klägerin zu 2 auf eine weitere

letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 21. März 1955 oder 1953 (2. Testament), die sie mit Schreiben vom selben Tage in der Nachlaßsache 11 IV 402/62 AG Trier vorlegte. Bei dem Schriftstück handelte es sich um die Durchschrift des ersten Testamentes der Erblasserin, auf dessen Rückseite handschriftlich geschrieben stand:

" Mein letzter Wille ist, meine Tochter Maria (= Klägerin zu 1) soll mietfrei wohnen.

Mein Haus muß nach dem Tode meines Sohnes Matthias an meine Kinder und Enkel zurückfallen.

Meine Möbel mit allem sind für unsere Töchter Maria und Gretel (= Klägerin zu 2).

T■■■■, den 21. März 1955 (oder 1953)

Witwe Maria L■■■■, S■■■■straße ■. "

Die Klägerin zu 2 gab in dem Schreiben vom 31. Oktober 1962 noch an, das zweite Testament habe sich in einem Kalender von 1955 und dieser in einem alten Heft befunden. Die Beklagte erhielt am 27. November 1962 einen Erbschein als Alleinerbin des Matthias L■■■■ jun. Am 3. Dezember 1962 wurde sie als Grundstückseigentümerin im Grundbuch eingetragen. Eine Zeitlang - bis zu ihrer Wiederverheiratung - wohnte sie noch dort und führte auch das Dachdeckergeschäft weiter.

Mit der am 26. April 1963 erhobenen Klage verlangen die Klägerinnen unter Berufung auf das zweite Testament der Erblasserin von der Beklagten die Rückauflassung des Grundstückes.

Sie haben geltend gemacht:

In dem ersten Testament habe die Erblasserin ihren Sohn Matthias besonders bevorzugt, weil sie befürchtet habe, ihr schon damals schwer kranker Sohn werde auf Grund seines Tbc-Leidens eines Tages völlig hilflos werden. Andererseits habe sie schon damals insbesondere das Grundstück ihren Kindern und Enkeln erhalten wollen. Aus diesem Grunde habe auf ihren Wunsch ihr Sohn Matthias zwei Tage zuvor eine Tochter der Klägerin zu 1 als seine Erbin eingesetzt. Später habe die Erblasserin befürchtet, ihr Haus werde nach dem Tode des Sohnes in fremde Hände, insbesondere auf dessen erste Ehefrau übergehen. Um das Hausgrundstück erneut ihren sie überlebenden leiblichen Nachkommen zu sichern, habe sie sich zur Errichtung des zweiten Testamentes entschlossen, das erst im Oktober 1962 in der Wohnung der Erblasserin in einem Küchenschrank zwischen anderen Papieren aufgefunden worden sei. Der Beklagten stehe eine "Entschädigung" für die Überlassung des Grundstücks (wenn überhaupt) allenfalls in Höhe des Übernahmepreises von insgesamt 40.000,- DM zu, der sich noch um 10.000,- DM mindere, weil das Haus inzwischen mit einer Grundschuld in dieser Höhe belastet worden sei.

Die Beklagte hat in erster Linie geltend gemacht:

Das zweite Testament der Erblasserin sei nicht rechts- wirksam. Es sei schon zweifelhaft, ob es 1955 oder 1953 ab- gefaßt worden sei. Die Erblasserin habe es zudem nicht selbst geschrieben. Das zweite Testament habe allenfalls einen recht- lich unbeachtlichen Entwurf dargestellt. Sei das zweite Te- stament der Erblasserin gültig, so müßten die Klägerinnen einen weitaus höheren Betrag als 40.000,- DM zahlen. Mit

der Festsetzung eines Übernahmepreises nur in dieser Höhe in dem ersten Testament habe die Erblasserin ihren Sohn Matthias dafür entschädigen wollen, daß dieser nach dem Kriege sowohl mit eigenen Mitteln als auch mit den Erträgen des von ihm geführten Dachdeckergeschäftes den Wiederaufbau des Grundstückes und des Betriebes finanziert habe, und ihn zugleich an dem seit 1946 erarbeiteten Vermögen beteiligen wollen. Aus diesen Gründen habe die Erblasserin den Übernahmepreis bewußt weit unter dem damaligen Verkehrswert angesetzt. Infolgedessen mußten die Klägerinnen im Falle der Rückauflassung des Grundstückes den Verkehrswert abzüglich des Übernahmepreises von 40.000,- DM an die Beklagte entrichten. Der Verkehrswert habe bei der Abfassung des ersten Testamentes (28. 10. 1952) 90.000,- DM, bei der Auflassung des Grundstückes an Matthias Lauer jun. (10. 8. 1956) 120.000,- DM, bei dessen Tod (30. 8. 1962) 160.000,- DM, im Zeitpunkt der Klageerhebung (26. 4. 1963) 180.000,- DM und am 30. 7. 1971 278.000,- DM betragen. Die Klägerinnen müßten ausgehend von dem Verkehrswert im Jahre 1956 und des Übernahmepreises Zug um Zug gegen Überlassung des Grundstückes mindestens ein Drittel des jetzigen Verkehrswertes zahlen.

Demgegenüber haben die Kläger vorgetragen, der Wiederaufbau des Hauses sei allein mit Hilfe von Nachlaßmitteln und der Einkünfte aus dem Dachdeckergeschäft vorgenommen worden. Im Tausch für die benötigten Baumaterialien seien Textilien hingegeben worden, die der verstorbene Ehemann der Erblasserin während des Krieges eingemauert gehabt habe. Der Ehemann der Beklagten sei weder mit Arbeitsleistungen noch mit Geld oder sonstigen Vermögenswerten am Wiederaufbau beteiligt gewesen. Die Erblasserin habe deshalb auch niemals $\frac{2}{3}$ des Wertes des Hauses als Vermögen des Ehemanns der Beklagten angesehen. Er habe sich bei Beendigung des Krieges

in Berlin aufgehalten und sei nur für kurze Zeit nach Trier gekommen. Dann sei er wieder nach Berlin zurückgekehrt und habe sich dort wieder längere Zeit befunden. Bis Ende 1948 sei die Erblasserin auch alleinige Inhaberin des Dachdeckereibetriebes gewesen. Erst am 1. Januar 1949 sei Matthias L. jun. Teilhaber dieses Betriebes mit einem halben Anteil geworden.

Die Beklagte hat weiterhin hilfsweise geltend gemacht, durch das Auffinden des zweiten Testamentes der Erblasserin sei die Geschäftsgrundlage für die Übertragung des Grundeigentums auf Matthias L. jun. entfallen. Die Rechtsbeziehungen der Parteien müßten deshalb an die veränderten Umstände angepaßt werden. Auch aus diesem Gesichtspunkt habe sie Anspruch auf Erstattung von ein Drittel des gegenwärtigen Verkehrswertes. Außerdem sei zu berücksichtigen, daß die Beklagte als Alleinerbin ihres Mannes zu 1/5 am Nachlaß der Erblasserin beteiligt sei und ihr zur Abgeltung dieses Miterbenanteils zusätzlich ein Betrag von mindestens 50.000,- DM gebühre.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt und die Beklagte zur Auflassung des Grundstücks an die Klägerinnen Zug um Zug gegen Zahlung von 30.000,- DM verurteilt.

Im zweiten Rechtszuge hat die Beklagte in erster Linie um Abweisung der Klage gebeten sowie hilfsweise beantragt, sie zur Auflassung des Grundstücks Zug um Zug gegen Zahlung eines angemessenen Betrages zu verurteilen; ein Betrag von 30.000,- DM solle an einen Zessionar, der Mehrbetrag an einen weiteren Zessionar gezahlt werden.

Im Wege der Anschlußberufung haben die Klägerinnen um Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrage ohne Zug-um-Zug-Leistung gebeten.

Das Oberlandesgericht hat nach dem Antrag der Anschlußberufung erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte die in der zweiten Instanz gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Oberlandesgericht hat festgestellt, daß die Erblasserin das zweite Testament selber geschrieben und unterschrieben habe. Diese Feststellung hat das Berufungsgericht auf Grund eines von einem Schriftsachverständigen erstatteten Gutachtens getroffen. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß das zweite Testament auch nicht nur einen Entwurf darstelle, sondern als letztwillige Verfügung von der Erblasserin gewollt sei. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß dieses Testament nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen habe.

Die von der Revision gegen diese tatsächlichen Feststellungen erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft. Sie sind nicht begründet.

Rechtlich hat das Berufungsgericht die Testamente der Erblasserin dahin gewürdigt, daß das erste Testament ein Vorausvermächtnis zugunsten des Matthias L. [REDACTED] jun. enthalte.

Ihm sei das Recht eingeräumt worden, den Hauptnachlaßgegenstand gegen Zahlung eines Übernahmepreises von 40.000,- DM an den Nachlaß zu übernehmen.

Dieses Übernahmerecht habe die Erblasserin in dem zweiten ergänzenden Testament eingeschränkt. Sie habe befürchtet, daß nach dem Ableben ihres an Lungentuberkulose erkrankten Sohnes Matthias das Grundstück an familienfremde Personen fallen werde. Dem habe sie vorbeugen wollen und deswegen zugunsten ihrer übrigen Kinder und ihrer Enkel eine Regelung getroffen, durch die das Haus in jedem Falle den Abkömmlingen erhalten bleiben sollte. Die erste Ehe ihres Sohnes Matthias sei zerrüttet gewesen. Die Erblasserin selbst sei mit dessen erster Ehefrau persönlich verfeindet gewesen. Aus dieser Ehe des Sohnes seien keine lebenden Abkömmlinge vorhanden gewesen und es sei auch nicht zu erwarten gewesen, daß solche daraus noch hervorgehen würden. Die Erblasserin habe unter allen Umständen angesichts des schlechten Gesundheitszustandes ihres Sohnes Matthias verhindern wollen, daß ihr Haus auf dessen erste Ehefrau ganz oder teilweise übergehen werde. Sie habe nicht damit gerechnet, daß die erste Ehe ihres Sohnes geschieden werde. Der Gedanke an eine Scheidung hätte ihren weltanschaulichen Vorstellungen nicht entsprochen. Sie sei streng katholisch gewesen. Es sei ihr allein darum gegangen, das Haus ihren Abkömmlingen zu sichern. Deshalb habe sie angeordnet, daß das Haus nach dem Tode des Matthias an diese zurückfallen müsse. Der Erblasserin sei nicht bekannt gewesen, daß ein dinglich wirkender Rückfall des Hauses an ihre übrigen Abkömmlinge nicht möglich gewesen sei. Sie habe aber in jedem Fall erreichen wollen, daß ihre Abkömmlinge die Übereignung des Hauses von den Erben des Matthias L. [REDACTED] fordern könnten. Die Erblas-

serin habe auch bewußt in dem zweiten Testament den Rückfall des Hauses an ihre Kinder und Enkel nicht von der Erstattung des von Matthias L. [REDACTED] gezahlten Übernahmepreises von 40.000,- DM oder gar eines höheren, an den Verkehrswert anknüpfenden Preises abhängig gemacht.

Auch gegen diese, den Willen und den Inhalt der in dem zweiten Testament getroffenen letztwilligen Verfügung der Erblasserin betreffenden Feststellungen hat die Revision keine durchgreifenden Verfahrensrügen erhoben. Die insoweit geltend gemachten Rügen sind unbegründet.

Rechtlich hat das Berufungsgericht in dem zweiten Testament ein zugunsten der Kinder und Enkel gemäß §§ 2191, 2174 BGB angeordnetes Nachvermächtnis gesehen.

Die Revision macht geltend, es handle sich bei dem in dem ersten Testament eingeräumten Übernahmerecht zugunsten des Matthias L. [REDACTED] jun. nicht, wie es das Berufungsgericht angenommen habe, um ein Vorausvermächtnis, sondern nur um eine Teilungsanordnung. Selbst wenn man aber ein Vorausvermächtnis annehme, könne es sich bei der in dem zweiten Testament getroffenen Verfügung nicht um ein Nachvermächtnis handeln, denn es fehle insoweit an der Identität des vermachten Gegenstandes. Matthias L. [REDACTED] jun. sei nur ein Übernahmerecht zugewandt worden; den Kindern und Enkeln dagegen in dem zweiten Testament das Grundstück selbst. Als Vermächtnis könne diese Bestimmung nicht wirksam sein. Denn es sei als gegenstandslos anzusehen, da es sich auf etwas beziehe, was nach dem Tode des Matthias L. [REDACTED] jun. nicht mehr zu dem Nachlaß der Erblasserin gehört habe.

Diese Rüge der Revision ist teils unbegründet und zum übrigen nicht erheblich. Es bestehen keine Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht die zugunsten des Matthias Lauer jun. in dem ersten Testament getroffene Verfügung als Vorausvermächtnis angesehen hat. Die Entscheidung wäre aber auch nicht anders, wenn es sich dabei nur um eine Teilungsanordnung handeln würde. Denn das in dem zweiten Testament zugunsten der Kinder und Enkel angeordnete Vermächtnis wäre auch wirksam, wenn Matthias L. jun. das Grundstück in seiner Eigenschaft als Erbe in Vollzug einer in dem Testament getroffenen Teilungsanordnung erhalten hätte.

Es mag dahingestellt bleiben, ob das zugunsten der Kinder und Enkel in dem zweiten Testament angeordnete Vermächtnis unter den hier gegebenen Umständen als Nachvermächtnis bezeichnet werden kann. Tragend ist die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Erblasserin mit ihrer in dem zweiten Testament getroffenen Bestimmung in jedem Fall erreichen wollte, daß ihre Abkömmlinge ohne zu einer Ausgleichszahlung verpflichtet zu sein, beim Tode des Matthias L. jun. von dessen Erben die Übereignung des Grundstücks sollten fordern können. Diese Bestimmung der Erblasserin enthält auf jeden Fall die Anordnung eines Vermächtnisses zugunsten der Kinder und Enkel. Mit diesem Vermächtnis hat sie Matthias L. jun. beschwert. Dieser war von ihr als Erbe berufen und mit einem Vorausvermächtnis bedacht. Er konnte nach § 2147 BGB mit einem Vermächtnis beschwert werden. Dieses Vermächtnis ist den bedachten Kindern und Enkeln nach § 2177 BGB mit dem Tode des beschwerten Erben, Matthias L. jun., angefallen.

Zu Unrecht macht die Revision demgegenüber geltend, dieses Vermächtnis sei gegenstandslos, da es sich auf etwas beziehe, was nach dem Tode des Matthias L. jun. nicht mehr zum Nachlaß der Erblasserin gehört habe. Darauf kommt es nicht an. Nach § 2169 BGB ist allein maßgebend, ob der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalls, das war der Tod der Erblasserin Maria L., zu deren Nachlaß gehörte. Das traf zu. Abgesehen davon könnte ein Gegenstand dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein, daß er nicht zur Erbschaft gehört.

Die sonach unbegründete Revision der Beklagten
ist daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt ist
in den Ruhestand
getreten. Er ist
verhindert zu un-
terschreiben

Johannsen

Dr. Buchholz

R1BGH Knüfer
ist erkrankt
und dadurch ver-
hindert zu un-
terschreiben

Johannsen