

V ZR 104/61

Verkündet am 9. Oktober 1963
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

2215 077

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

In dem Rechtsstreit

der Hausfrau Margot W [REDACTED] geb. H [REDACTED],
G [REDACTED], J [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Fuhrunternehmer Walter H [REDACTED], G [REDACTED],
J [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 10. Februar 1961 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister. Ihre Mutter ist am 22. Dezember 1947 und ihr Vater am 2. Januar 1959 gestorben.

In einem notariellen Testament vom 25. Februar 1943 haben die Eltern sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Nach dem Tode des Zuletztversterbenden sollte ihr beiderseitiger Nachlaß an die Parteien zu gleichen Teilen fallen. Die Klägerin sollte jedoch mit Rücksicht auf die Dienste, die sie im elterlichen Haushalt geleistet habe, und zum Ausgleich für die Ausbildungskosten des Beklagten ein Vorausvermächtnis in Höhe von 3 000 RM erhalten.

Das spätere privatschriftliche Testament der Eltern vom 16. August 1947 hat folgenden Wortlaut:

"§ 1.

Wir setzen uns gegenseitig als Erben ein. Der Überlebende erhält den ganzen Nachlaß des Verstorbenen und ist zur freien Verfügung über die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände und Werte berechtigt.

§ 2.

Nach dem Tode des Überlebenden Teils sollen Erben des beiderseitigen Nachlasses unsere beiden Kinder Walter und Margot sein und zwar aus dem Nachlaß des Verstorbenen als Nacherben.

§ 3.

Schlägt ein Erbe den ihm vom verstorbenen Teil zugefallenen Erbteil aus und erhebt dafür den Pflichtteilsanspruch, so geht sein Erbteil auf die anderen Miterben über und es sollen sowohl er als auch seine Abkömmlinge den überlebenden Teil nicht beerben, sondern aus dessen Nachlaß nur den Pflichtteil erhalten.

- 3 -

§ 4.

Sämtliche frühere Testamente sind mit der Errichtung dieses gemeinschaftlichen Testaments ungültig.

Nach dem Tode der Mutter hat der Vater noch zwei Testamente errichtet.

In seinem privatschriftlichen Testament vom 17. Juni 1955 hat er die Parteien zu seinen Erben eingesetzt und sodann im einzelnen bestimmt, wie sein Nachlaß zu verteilen sei. Hierbei hat er u.a. die Grundstücke aufgeführt, die jede Partei "erben" sollte. In dem Testament hat der Vater weiter die Leistungen an den Beklagten aufgezählt, die er diesem "zum Ausgleich gegen seine Schwester" angerechnet habe. Sollten diese Leistungen 10 000 DM übersteigen, so sollte der Beklagte den übersteigenden Betrag seiner Schwester schulden.

In seinem notariellen Testament vom 28. Januar 1958 hat der Vater lediglich die Aufzählung der Zuwendungen an den Beklagten geändert und ergänzt, gleichzeitig aber bestimmt, daß der Beklagte die in diesem Testament aufgeführten "Vorausempfänge" nicht auszugleichen brauche, weil er diese bereits in der "Teilungsanordnung" des früheren Testaments berücksichtigt habe.

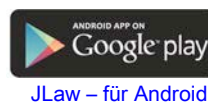
Nach dem Erbschein vom 4. August 1959 sind die Parteien je zur Hälfte Erben ihres Vaters geworden.

Auf Antrag des Beklagten wurde die Zwangsversteigerung der Nachlaßgrundstücke, als deren Eigentümer der Vater eingetragen war, zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft angeordnet.

Die Klägerin hält die Zwangsversteigerung hinsichtlich der ihr nach dem Testament ihres Vaters vom 17. Juni 1955



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

zustehenden Grundstücke für unzulässig, weil ihr insoweit gegen den Beklagten ein Auflassungsanspruch zustehe. Die Zwangsversteigerung sei, so trägt die Klägerin weiter vor, auch deshalb unzulässig, weil der Beklagte statt des Antrags auf Zwangsversteigerung Teilungsklage hätte erheben müssen und außerdem sein Erbteil und der Auseinandersetzungsanspruch von mehreren Gläubigern gepfändet und weiterhin an die Volksbank in G [REDACTED] verpfändet worden seien.

Die Klägerin hat deshalb beantragt, die Zwangsversteigerung in dem aufgeführten Umfang für unzulässig zu erklären.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Er ist der Ansicht, die Testamente des Vaters vom 17. Juni 1955 und 28. Januar 1958 seien unwirksam, weil sie gegen das bindende gemeinschaftliche Testament der Eltern vom 16. August 1947 verstießen. Er hält auch die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Gründe nicht für geeignet, die Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung zu rechtfertigen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat das gemeinschaftliche Testament der Eltern vom 16. August 1947 dahin ausgelegt, daß der Vater Alleinerbe seiner Ehefrau geworden sei und über sein Vermögen nicht nur unter Lebenden, sondern auch von Todes wegen habe verfügen können, und deshalb das spätere Testament des Vaters vom 17. August 1955 als wirksam angesehen.

Der Beklagte hat gegen das Urteil Berufung eingelegt und beantragt, unter Abänderung des Urteils die Klage abzuweisen.

Hilfsweise hat er im Wege der Widerklage die Feststellung der Unwirksamkeit der Testamente des Vaters vom 17. Juni 1955 und 28. Januar 1958 beantragt.

Die Klägerin hat Zurückweisung der Berufung und Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen und auf dessen Widerklage die Unwirksamkeit der beiden Testamente festgestellt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Was die Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung anbetrifft, so ist das Berufungsgericht dem Landgericht zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung gefolgt. Es hält die Zwangsversteigerung deshalb für unzulässig, weil der Erbteil des Beklagten sowohl von diesem verpfändet als auch von einem Gläubiger des Beklagten gepfändet und diesem zur Einziehung überwiesen worden sei und die Pfandgläubiger dem Antrag des Beklagten auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft durch Zwangsversteigerung nicht zugestimmt hätten. Insoweit ist Rechtskraft eingetreten, weil der Beklagte gegen das seine Berufung zurückweisende Urteil des Berufungsgerichts keine Revision eingelegt hat.

2. Die Entscheidung über die Widerklage, welche die von dem Landgericht im Rahmen der Klage verneinte Frage der Unwirksamkeit der beiden Testamente des Vaters vom 17. Juni

1955 und 28. Januar 1958 zum Gegenstand hat, hängt, wie die beiden Vorinstanzen richtig erkannt haben, davon ab, ob und inwieweit das gemeinschaftliche Testament der Eltern der Parteien vom 16. August 1947 wechselseitige Verfügungen enthält, mit denen der Inhalt der beiden Testamente des Vaters in Widerspruch steht. Dies war, worin den Vorinstanzen ebenfalls beizutreten ist, im Wege der Auslegung des Testaments zu ermitteln, da dessen Wortlaut nicht eindeutig ist. Hierbei sind die Vorinstanzen jedoch zu gegenteiligen Ergebnissen gekommen.

Im Gegensatz zum Landgericht ist das Berufungsgericht schon der Auffassung, daß sich die Eltern der Parteien gegenseitig nicht zu Vollerben, sondern nur zu Vorerben eingesetzt haben. Das wird zwar von der Revision nicht beanstandet, bedarf aber von Amts wegen der Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt des § 133 BGB, da sich für die Annahme einer gegenseitigen Einsetzung zu Vorerben aus dem Testament ein Anhaltspunkt nur daraus ergibt, daß es in § 2 heißt, daß die Parteien nach dem Tode des überlebenden Teils der Eltern Erben des beiderseitigen Nachlasses sein sollen "und zwar aus dem Nachlaß des Verstorbenen als Nacherben". Das Landgericht hat hierzu mit Recht ausgeführt, daß derartige in der Gesetzessprache verwendeten Rechtsbegriffe für die Allgemeinheit keinen unzweideutigen und klaren Sinn haben. Hinzu kommt, daß in § 2 von dem Nachlaß des Verstorbenen (nicht: des Vorverstorbenen) die Rede ist und sich diese Bezeichnung nach dem reinen Wortlaut des § 2 auf den überlebenden Elternteil und damit auf den zuletzt verstorbenen Vater bezieht. Die Bezeichnung der Parteien als Nacherben wäre dann lediglich dahin zu verstehen, daß sie nach dem Tod des überlebenden Elternteils Erben sein sollten. Das Berufungsgericht hat jedoch nicht lediglich auf den Wortlaut des Testaments abgestellt. Es hat sich vielmehr auch auf den Willen der beiden Erblasser berufen und sich dabei auf die

Aussage des Zeugen Dr. W. [REDACTED] (Ehemann und vorinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter der Klägerin, der als damaliger Anwaltsassessor bei der Errichtung des Testaments vom 16. August 1947 beratend mitgewirkt hat) gestützt. Dieser Zeuge habe zwar, so führt das Berufungsgericht aus, angegeben, es sei der Wille der Erblasser gewesen, den überlebenden Ehegatten freier zu stellen, als es in dem früheren Testament vom 25. Februar 1943 der Fall gewesen sei; dieses Motiv könne aber nicht richtig sein, weil dem überlebenden Ehegatten schon nach dem früheren Testament eine so freie Stellung eingeräumt gewesen sei, daß ihm eine freiere nicht mehr habe eingeräumt werden können; das Motiv der freieren Stellung sei aber auch durch das von dem Zeugen Dr. W. [REDACTED] bekundete weitere Motiv überlagert, der Nachlaß des Vorverstorbenen solle auf alle Fälle wenigstens wertmäßig den Kindern erhalten bleiben; daher sei die Anordnung der Vorerbschaft im Testament vom 16. August 1947 durchaus sinnvoll gewesen (BU S. 32). Damit hat das Berufungsgericht die Auslegungsregel des § 2269 BGB, nach welcher der überlebende Ehegatte alleiniger Vollerbe ist und die Kinder erst nach dessen Tod den beiderseitigen Nachlaß als Einheit erben, ohne Rechtsirrtum als widerlegt angesehen.

Das Berufungsgericht legt das Testament vom 16. August 1947 weiter dahin aus, daß die in ihm enthaltenen Verfügungen wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB seien, da jede Verfügung mit Rücksicht auf die andere getroffen worden sei und nach dem Willen der Erblasser mit ihr stehen und fallen sollte. Dem steht, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, nicht entgegen, daß das Berufungsgericht das Testament nach dem sogenannten Trennungsgrundsatz, also dahin ausgelegt hat, daß der überlebende Ehegatte nicht Vollerbe, sondern nur Vorerbe des zuerst versterbenden Ehegatten sein sollte (Staudinger, BGB 10./11. Aufl. § 2269 Anm. 13 in Verb. mit Anm. 9). Das Beru-

11

funksgericht geht in diesem Zusammenhang auch auf die Frage ein, ob der Wechselbezüglichkeit der Umstand entgegensteht, daß bei der Testamenterrichtung die Mutter der Parteien im Verhältnis zum Vater nur ein geringes Vermögen hatte. Es verneint diese Frage mit der Begründung, nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin habe die Mutter im Zeitpunkt der Testamenterrichtung noch einen nicht unerheblichen Vermögenserwerb durch Erbfolge nach ihrer hochbetagten Mutter zu erwarten gehabt, und mit Rücksicht auf diese Aussicht zukünftigen Vermögenserwerbes durch die Mutter könne daher nicht gesagt werden, daß die Erbeinsetzung durch sie für den Vater wertlos und für dessen eigene Entschließung nicht bestimmend gewesen sei. Auch dies ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. RG DR 1940, 723 Nr. 5; Palandt, BGB 22. Aufl. § 2270 Anm. 2; BGB RGRK 11. Aufl. § 2270 Anm. 9; Staudinger aaO § 2270 Anm. 14).

Das Berufungsgericht befaßt sich sodann im einzelnen mit den weiteren Umständen, die nach dem Vortrag der Klägerin der Wechselbezüglichkeit des Testaments vom 16. August 1947 entgegenstehen. Es geht dabei von der von der Klägerin in erster Linie hervorgehobenen Fassung des § 1 Satz 2 des Testaments aus. Bei der Auslegung dieser Stelle des Testaments sei, so führt das Berufungsgericht mit Recht aus, zu beachten, daß eine Bestimmung dieser Art regelmäßig nur zur freien Verfügung unter Lebenden, nicht aber zu einer Verfügung von Todes wegen ermächtige (KG JW 1936, 3264 Nr. 36; Staudinger aaO § 2271 Anm. 62).

Auch daraus, daß die Erblasser in dem früheren Testament vom 25. Februar 1943 bestimmt haben, daß die Parteien zu gleichen Teilen Erben sein sollten, in dem Testament vom 16. August 1947 jedoch das Verhältnis der beiderseitigen Erbteile nicht mehr bestimmt ist, vermag das Berufungsgericht nichts zugunsten der Klägerin zu entnehmen. Es stützt sich dabei mit

Recht auf die Vorschrift des § 2091 BGB, nach der mehrere Erben bei fehlender Bestimmung der Erbteile zu gleichen Teilen eingesetzt sind, und führt ergänzend noch aus, daß die beiden Testamente auch sonst Unterschiede aufwiesen, die den Schluß rechtfertigten, die spätere Testamentserrichtung sei deshalb erfolgt, um die in dem früheren Testament nicht enthaltenen Bestimmungen jetzt zu treffen.

In diesem Zusammenhang befaßt sich das Berufungsgericht noch damit, daß in dem Testament vom 16. August 1947 die Ausgleichungspflicht nicht mehr geregelt und das Vorausvermächtnis der Klägerin weggefallen ist. Dies könne, so führt das Berufungsgericht aus, darin seinen Grund haben, daß die Eltern die Ausgleichung, der nach dem Wortlaut des Testaments vom 25. Februar 1943 im wesentlichen auch das Vorausvermächtnis der Klägerin dienen sollte, nicht mehr hätten regeln, sondern dem Auseinandersetzungsverfahren hätten überlassen wollen, und zwar wahrscheinlich deshalb, weil die Vorempfänger des Beklagten nach dem Krieg immer mehr angewachsen seien; das Testament vom 16. August 1947 zwinge jedenfalls nicht zu der Annahme, daß der überlebende Ehegatte in die Lage versetzt werden sollte, seinerseits durch letztwillige Verfügung die Ausgleichungspflicht zu regeln.

Aus den bereits angeführten Gründen vermag das Berufungsgericht auch in der Würdigung der Aussage des Zeugen Dr. W. [REDACTED] der Klägerin nicht zu folgen.

Das Berufungsgericht befaßt sich schließlich mit der Frage, ob es nicht der Wille der Erblasser gewesen sei, dem überlebenden Ehegatten wenigstens das Recht einzuräumen, (ohne Änderung der Erbeinsetzung der Kinder als solche) die Größe der Erbteile zu bestimmen und den Ausgleich der Vorempfänger zu regeln. Es ist der Auffassung, daß eine solche Ermächtigung zwar mit dem Wortlaut des

Testaments in Einklang gebracht werden könne, in diesem aber keine unmittelbare Stütze finde. Daß die Erblasser eine solche Ermächtigung gewollt hätten, könnte, so führt das Berufungsgericht aus, lediglich aus der Aussage des Zeugen Dr. W. entnommen werden; dieser könne aber insoweit nicht gefolgt werden, weil schon das nach der Ansicht des Zeugen in erster Linie für den Inhalt des Testaments bestimmende Motiv (der freieren Stellung des überlebenden Ehegatten) nicht in der Weise zutreffe, wie der Zeuge annehme, sich vielmehr ein anderes ebenfalls von dem Zeugen angegebenes Motiv (der Erhaltung des Nachlasses des Vorverstorbenen) nach dem Wortlaut des Testaments als bedeutsamer herausstelle; dieser Schutzzweck, den die Erblasser im Interesse der Kinder durch die Anordnung der Nacherbschaft verfolgt hätten, ginge wieder verloren, wenn die Eltern gleichzeitig mit dieser dem Schutz der Kinder dienenden Bestimmung den Überlebenden so hätten stellen wollen, daß er die Erbteile der Kinder frei hätte bestimmen können. Eine solche Befugnis vermag das Berufungsgericht auch nicht daraus zu entnehmen, daß der Vater tatsächlich dieser Befugnis entsprechende letztwillige Verfügungen getroffen habe. Zur Begründung führt es insoweit aus: Der ganze Aufbau des Testaments vom 17. Juni 1955 und der dort gewählte Wortlaut ließen erkennen, daß der Vater hierbei nicht allein eine Ergänzung der in dem gemeinschaftlichen Testament vom 16. August 1947 mit Rücksicht auf die Verhältnisse unregelmäßigen Punkte habe herbeiführen wollen, sondern daß er, so wie er es selbst von seinem Standpunkt aus für richtig gehalten habe, eine Neuverteilung des Gesamtvermögens habe vornehmen wollen. Das Testament vom 17. Juni 1955 knüpfe an keiner Stelle an das frühere gemeinschaftliche Testament an. Deswegen lasse sich aus dem Umstand, daß der Vater das Testament vom 17. Juni 1955 errichtet habe, keine Folgerung auf den zur Zeit der Errich-

tung des Testaments vom 16. August 1947 bestehenden Willen beider Erblasser ziehen.

Aus der von ihm festgestellten Wechselbezüglichkeit der in dem gemeinschaftlichen Testament vom 16. August 1947 enthaltenen letztwilligen Verfügungen folgert das Berufungsgericht die Unwirksamkeit der Testamente des Vaters vom 17. Juni 1955 und 28. Januar 1958, weil diese keine reine Teilungsanordnungen, sondern entweder Erbeinsetzungen oder Vorausvermächtnisse enthielten, die dem gemeinschaftlichen Testament widersprächen und deshalb einen unzulässigen Widerruf dieses Testaments darstellten.

3. Die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments vom 16. August 1947 durch das Berufungsgericht kann, da sie möglich ist und, wie bereits ausgeführt, keine Verletzung von gesetzlichen Auslegungsregeln enthält, nur dann mit der Revision angegriffen werden, wenn das Berufungsgericht gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat (vgl. LM § 133 - B - BGB Nr. 1).

Die in dieser Hinsicht erhobenen Rügen sind jedoch unbegründet.

a) Die Revision macht dem Berufungsgericht zunächst zum Vorwurf, es habe unterlassen, das ganze Testament, insbesondere auch die Bestimmung in dessen § 3, im Zusammenhang zu würdigen. Eine Prüfung ergebe, so meint die Revision, daß z.B. die Fassung des § 3 verunglückt sei, doch lasse sich, zumal im Vergleich zu Nr. 4 des Testaments vom 25. Februar 1943 (die dahin lautet, daß, wenn eines der Kinder mit dem Testament nicht einverstanden ist und aus dem Nachlaß des Erstversterbenden seinen Pflichtteil fordert, es auch aus dem Nachlaß des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten soll), feststellen, was die Erblasser gewollt hätten.

Damit kann die Revision keinen Erfolg haben. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Revision auch nicht näher angegeben, inwiefern die von dem früheren Testament abweichende Fassung des § 3 des Testaments vom 16. August 1947 für die entscheidende Frage von Bedeutung ist, ob und inwieweit die in dem Testament vom 16. August 1947 enthaltenen Verfügungen, soweit sie unter § 2270 Abs. 3 fallen, wechselbezüglich sind. Im übrigen ist die Bestimmung in § 3 des Testaments vom 16. August 1947 dann sinnvoll, wenn, wie das Berufungsgericht feststellt, die Eltern sich gegenseitig nicht zu Vollerben, sondern nur zu Vorerben eingesetzt haben. Denn in diesem Fall hätten die Parteien, was die Revision auch nicht verkennt, nach § 2142 BGB bereits nach dem Tode der Mutter die Erbschaft ausschlagen können. Dafür, daß das Berufungsgericht das Testament vom 16. August 1947 nicht im Zusammenhang gewürdigt habe, sind keine Anhaltspunkte gegeben. Das Berufungsgericht hebt auch ausdrücklich hervor, daß es die einzelnen von der Klägerin zur Auslegung des Testaments vom 16. August 1947 vorgetragenen Gesichtspunkte im Zusammenhang gewürdigt habe (BU S. 29).

b) Unbegründet ist auch die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe übersehen, daß § 1 des Testaments vom 16. August 1947 ausdrücklich bestimme, der Überlebende solle zu freier Verfügung berechtigt sein, während das Testament vom 25. Februar 1943 eine solche Bestimmung nicht enthalte. Das Berufungsgericht ist gerade von dem hier in Frage stehenden Wortlaut des § 1 des Testaments vom 16. August 1947 ausgegangen und hat in dessen Würdigung ausdrücklich auch das Testament vom 25. Februar 1943 einbezogen (BU S. 27 ff). Wenn es dabei zu einem anderen Ergebnis als die Revision gekommen ist, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

c) Die Revision rügt sodann die Nichtvernehmung des in dem Schriftsatz der Klägerin vom 19. Oktober 1960 (S. 4) benannten Zeugen Wi■■■■, dem gegenüber der Vater im Herbst 1958 folgendes erklärt habe: Er habe mit seiner Ehefrau im August 1947 ein Testament gemacht und zwar dahingehend, daß der Überlebende nach dem Tode des Erstversterbenden noch über sein Vermögen unter Lebenden wie von Todes wegen verfügen könne. Die frühere Bindung, daß die Kinder je zur Hälfte Erben sein sollten, sei bewußt aufgegeben worden. Der Überlebende sollte auf das Verhalten der Kinder noch einen Einfluß ausüben können.

Bei diesem Vorgang, der zudem mehr als 11 Jahre nach dem Testament vom 16. August 1947 liegt, handelt es sich jedoch lediglich um ein Indiz, so daß das Berufungsgericht, wenn es hieraus einen sicheren Schluß auf die zu beweisende Tatsache (freie Verfügung des Vaters in dem aufgeführten Sinne) nicht glauben ziehen zu können, den Zeugen nicht zu vernehmen brauchte (Urteil des Senats vom 22. Februar 1960, V ZR 179/58 S. 12/13 unter Bezugnahme auf LM § 539 ZPO Nr. 1).

d) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei nicht richtig, daß die Eltern der Parteien in dem Testament vom 16. August 1947 den überlebenden Ehegatten gegenüber dem Testament vom 25. Februar 1943 hätten freier stellen wollen. Insoweit handelt es sich aber lediglich um unzulässige Angriffe gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts. Dem Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht hätte hinsichtlich der in dem Testament vom 16. August 1947 gegenüber dem Testament vom 25. Februar 1943 vorgenommenen Änderungen vor allem die Beweggründe prüfen müssen, steht entgegen, daß das Berufungsgericht diese Prüfung vorgenommen und

dabei ausdrücklich auf die Aussage des Zeugen Dr. Wörlein abgestellt hat, auf welche die Revision sich weiter beruft. Soweit die Revision meint, es hätte durch das spätere Testament verhindert werden sollen, daß der überlebende Ehegatte einem Dritten aus dem Nachlaß etwas schenke, übersieht sie, daß eine solche Schenkung gerade bei der von dem Berufungsgericht festgestellten Nacherbschaft mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 2113 Abs. 2 BGB, von welcher die Erblasser auch nicht nach § 2136 BGB befreien konnten, ausgeschlossen war. Schließlich hat das Berufungsgericht nicht übersehen, daß auch im Falle der Nacherbschaft dem überlebenden Ehegatten das Recht hätte eingeräumt werden können, wenigstens die Größe der Erbteile der Kinder zu bestimmen und den Ausgleich der Vorempfänge zu regeln. Es hat aber aus den bereits ausgeführten Gründen auch eine solche beschränkte Verfügungsbefugnis des überlebenden Ehegatten verneint.

d) Ein unzulässiger Angriff gegen die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts liegt auch insoweit vor, als die Revision meint, diese Befugnis des überlebenden Ehegatten ergebe sich auch daraus, daß das Testament vom 16. August 1947 über das an die Klägerin zu gewährende Vorausvermächtnis für die von ihr erbrachten Leistungen nichts enthalte. Das Berufungsgericht hat auch diesen Gesichtspunkt ausdrücklich behandelt. Wenn es aus ihm eine andere Schlußfolgerung als die Revision gezogen hat, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

f) Soweit die Revision gegenüber der Auffassung des Berufungsgerichts, der Vater habe in seinem Testament vom 17. Juni 1955 eine Neuverteilung des gesamten Vermögens vorgenommen, weil das Testament an keiner Stelle an das gemeinschaftliche Testament vom 16. August 1947 anknüpfe,

meint, dies treffe nicht zu, weil dieses Testament im einzelnen nichts verteilt habe und ihm schon deshalb das Testament vom 17. Juni 1955 nicht entgegenstehe, verkennt sie den Gedankengang des Berufungsgerichts. Dieser geht nämlich dahin, daß, wenn der Vater auf das gemeinschaftliche Testament vom 16. August 1947 Bezug genommen hätte, dies möglicherweise ein Indiz dafür hätte sein können, daß er zu den in seinen einseitigen Testamenten enthaltenen Verfügungen auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments auch befugt war. Dies hat das Berufungsgericht jedoch mit seinen angegriffenen Ausführungen verneint. Bei dieser Sachlage kommt es darauf, daß das Testament vom 16. August 1947 nichts verteilt habe, nicht an. Im übrigen ist auch die Einsetzung der Parteien in dem Testament vom 16. August 1947 lediglich als Erben eine Verteilung des Nachlasses, da sie, wie bereits ausgeführt, nach § 2091 BGB als zu gleichen Teilen erfolgt anzusehen ist.

4. Soweit das Berufungsgericht die Testamente des Vaters vom 17. August 1955 und 28. Januar 1958 mit Rücksicht auf den von ihm festgestellten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments vom 16. August 1947 für unwirksam hält, meint die Revision lediglich, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, in welchem Verhältnis die Parteien nach dem Testament vom 17. August 1955 Erben sein sollten, aus der von dem Berufungsgericht übersehenen Bestimmung des Abschnitts III dieses Testaments (nach der die Parteien die Nachlaßverbindlichkeiten zur Hälfte tragen sollten) sei zu entnehmen, daß die Parteien je zur Hälfte zu Erben eingesetzt seien, und dem stehe die weitere Testamentsbestimmung über die Zuteilung der Grundstücke nicht entgegen, weil, soweit deren Werte sich nicht deckten, Vorausvermächtnisse vorgelegen hätten. Auf alle diese Gesichtspunkte kommt es jedoch nach den Ausführungen des Berufungs-

gerichts nicht an. Dieses hat nämlich offen gelassen, ob der Vater in seinem Testament vom 17. August 1955 Vorausvermächtnisse hat anordnen oder die Erbteile der Parteien hat ändern wollen, weil in beiden Fällen die einseitigen Testamente des Vaters dem gemeinschaftlichen Testament vom 16. August 1947 widersprüchen und deshalb einen unzulässigen Widerruf dieses Testaments darstellen.

5. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Klägerin enthalten, war deren Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern