

Verkündet am 26. Februar 1958
Hirth, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

des Bierverlegers Adam K [REDACTED] in H [REDACTED],
K [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten, Revisions-
klägers und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

1. den Buchprüfer Martin K [REDACTED] in H [REDACTED]
E [REDACTED],
2. den Uhrmacher Peter K [REDACTED] in H [REDACTED]
E [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklag-
ten und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Februar 1958 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der
Bundesrichter Dr. Augustin, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe
und Dr. Freitag für Recht erkannt:

Die Revision und die Anschlußrevision
gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Karlsruhe vom 27. April 1956
werden zurückgewiesen, erstere jedoch mit der
Maßgabe, daß der Beklagte die Kosten der er-
sten Instanz zu tragen hat, während die Kosten
der Berufungsinstanz gegeneinander aufgehoben
werden.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat
der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Sie haben noch vier Schwestern:

1. Susanne K[REDACTED], Damenschneiderin in H[REDACTED]
[REDACTED], K[REDACTED] Straße [REDACTED],
2. Lenchen S[REDACTED] geb. K[REDACTED] in H[REDACTED], H[REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],
3. Marie D[REDACTED] geb. K[REDACTED] in H[REDACTED], U[REDACTED]
K[REDACTED]weg [REDACTED],
4. Paula St[REDACTED] geb. K[REDACTED] in P[REDACTED],
W[REDACTED]straße [REDACTED].

Die Eltern der Parteien, Georg K[REDACTED] und Magdalene K[REDACTED] geb. C[REDACTED], haben folgende Testamente errichtet:

1. Testament.

Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein.

Was beim Tode des Letztlebenden übrig sein wird, sollen unsere Kinder erben.

Dies habe ich, der Ehemann Georg K[REDACTED] eigenhändig geschrieben und unterschrieben.

R[REDACTED], den 11. 5. 1923

Georg K[REDACTED]

Vorstehendes Testament soll auch als mein Testament gelten.

Dies habe ich, die Ehefrau Magdalene K[REDACTED] geb. C[REDACTED], eigenhändig geschrieben und unterschrieben.

R[REDACTED], den 11. 5. 1923

Magdalene K[REDACTED] geb. C[REDACTED].

- 3 -

2. Mein Testament.

Für den Fall meines Todes treffe ich über meinen Nachlaß folgende Bestimmungen:

Erstens: Das Hauswesen und das anschließende Gartengelände soll meinem ältesten Sohn Adam zum alleinigen Eigentum übertragen werden. Dafür hat er jedem der sechs anderen Kinder ein Siebentel des Wertes von Haus und Gartengrundstück z.Zt. meines Todes auszuzahlen.

Zweitens: Meiner Tochter Susanne hat der Hauseigentümer in diesem Hause den lebenslänglichen Nießbrauch von einem Zimmer und Küche einzuräumen.

Drittens: Meine anderen Grundstücke sollen wertmäßig gleich unter meine Erben verteilt werden.

Georg K [REDACTED]

Eigenhändig von mir geschrieben und unterschrieben.

H [REDACTED] den 9. 1. 1949.

Dieses Testament ist nach meinem Wunsch geschrieben und es soll nach meinem Tod genau so geschehen.

Magdalena K [REDACTED]

Dieses von mir eigenhändig geschrieben und unterschrieben.

Magdalena K [REDACTED] geb. C [REDACTED]

H [REDACTED] den 9. 1. 1949.

Georg K [REDACTED] ist am 23. Januar 1950 verstorben. Am 12. März 1950 haben die Witwe K [REDACTED] und ihre sämtlichen Kinder folgende privatschriftliche Vereinbarung getroffen:



"Nachdem unser Vater gestorben ist, übergebe ich meinen Kindern die Äcker. Alle Kinder haben sich mit dem Vorschlag unserer Mutter einverstanden erklärt, und es wurde durch Enkel ausgelost (es folgt die Bezeichnung der auf die einzelnen Kinder entfallenden Grundstücke).

Mutter behält Haus und Garten bis sie stirbt. Obige Verlosung ist endgültig. Wertunterschiede werden bis zum 31. Dezember 1950 ausgeglichen. Die Grundstücke werden durch stadträtliche Schätzung auf ihren wirklichen Wert geschätzt."

Die Erbauseinandersetzung auf Grund dieser Vereinbarung unterblieb jedoch. Nach dem Erbschein des Notariats Heidelberg vom 28. Juni 1951 ist die Witwe Magdalena K. auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments vom 11. Mai 1923 Alleinerbin ihres Ehemannes geworden.

Durch Übergabevertrag vom 1. August 1951 hat die Witwe K. das Hausgrundstück K. Straße in H. in Größe von 7,04 a und das daran anschließende Gartengrundstück in Größe von 7,48 a dem Beklagten zum Übernahmepreis von 22 000 DM übertragen. Das Hausgrundstück (Hofreite mit Gebäuden und Garten, Lgb.Nr. 22 122/1) stand im Grundbuch von H. Bd. I R Heft 26 auf den Namen von Georg K. und dessen Ehefrau als Gesamtgut der Fährnisgemeinschaft, das Gartengrundstück (Ackerland, Lgb.Nr. 22 122) im Grundbuch von H. Bd. 22 R Heft 15 auf den Namen der Ehefrau Magdalena K. eingetragen. Nach Ziff. III des Vertrages gingen Besitz, Nutzungen und Lasten mit sofortiger Wirkung auf den Erwerber über, der auch die Soforthilfeabgabe in Höhe von jährlich 542 DM und den künftigen Lastenausgleich im Verhältnis der Steuerverte der Grundstücke übernahm. Die weiteren Bestimmungen des Vertrages lauten:

V. Der Übergabepreis wird wie folgt belegt:

1. Der Erwerber übernimmt in Anrechnung auf den Übergabepreis die Soforthilfsabgabe und den künftigen Lastenausgleich im kapitalisierten Betrag von 6 775 DM.

2. Der Restbetrag von 15 225 DM ist zahlbar 5 Jahre nach dem Tode der Übergeberin und verzinslich vom Tode der Übergeberin an mit 5 v.H. Zinsen, zahlbar am Schluß des Kalenderhalbjahres. Vorherige Zahlung ist dem Übernehmer gestattet, auch in Teilbeträgen, diese jedoch nicht unter 1 000 DM. Desgleichen ist die Übergeberin berechtigt, vor dem Fälligkeitszeitpunkt Teilzahlungen auf den Übergabepreis im Betrage bis zu 300 DM monatlich zu verlangen.

VI. Der Übergeberin bleiben lebenslänglich und unentgeltlich neben dem Übergabepreis noch folgende Rechte vorbehalten:

1. Der Übernehmer ist verpflichtet, seiner Mutter entsprechend ihren Lebensbedürfnissen Wohnung zu gewähren, und zwar schuldrechtlich bestehend in dem Recht auf ausschließliche Benutzung eines Zimmers im ersten Stock (mittleres Zimmer) mit Bad unter Mitbenutzung von Keller, Speicher, Schuppen, Waschküche und der zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen nach Bedarf der Berechtigten.

2. Der Übergeberin steht der Nießbrauch an dem Grundstück Lgb. Nr. 22 122 zu.

3. Der Übernehmer ist verpflichtet, seine Mutter in gesunden und kranken Tagen zu pflegen und auf Verlangen auch zu verpflegen. Arzt-, Krankenhaus- und Apothekerkosten trägt der Übernehmer nicht.

4. Der Übernehmer hat an seine Mutter eine lebenslängliche Leibrente von monatlich 100 LM zu zahlen, beginnend am 1. August 1951.

VII. Der Schwester des Übernehmers Fräulein Susanne K., Schneiderin in H., Straße bleibt für die Dauer des Ledigenstandes das Wohnrecht an dem übergebenen Haus anweisen vorbehalten, und zwar bestehend in dem Recht auf ausschließliche Benutzung eines Zimmers mit

Küche im Dachgeschoß, und zwar ein Raum nach Osten und ein Raum nach Westen, ferner Mitbenutzung von Keller, Speicher, Schuppen und der für den gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Anlagen, die Nebenräume aber nur gemeinschaftlich mit der Mutter. Die Berechtigte zahlt hierfür eine monatliche Vergütung von 15 DM."

Die dem Beklagten übertragenen Grundstücke sind auf Grund der in dem Vertrag enthaltenen Auflassung am 6. Dezember 1951 als Eigentum des Beklagten im Grundbuch von H. [REDACTED] Bd. 54 Heft 19 A eingetragen worden. Die Stadt H. [REDACTED] hatte am 18. April 1951 den Wert der Hausbesitzung auf 25 000 DM geschätzt. Die Witwe Magdalena K. [REDACTED] ist am 12. November 1953 verstorben.

Die Kläger tragen vor, sie seien durch den Vertrag vom 1. August 1951 benachteiligt worden. Der Verkehrswert der Grundstücke habe beim Tode der Mutter etwa 55 000 bis 60 000 DM betragen. Der Beklagte habe im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit der fast 80 Jahre alten Mutter der Parteien in sittenwidriger Weise die übrigen Geschwister um mindestens 45 000 DM geschädigt. Dieser Schaden ergebe sich aus dem Unterschied zwischen dem wirklichen Wert der Grundstücke und der vom Beklagten in dem Vertrag übernommenen Gegenleistung. Die Kläger sind auch der Auffassung, daß die Mutter zu einer Veräußerung der Grundstücke überhaupt nicht berechtigt gewesen sei. Sie haben in erster Instanz lediglich Zahlungsansprüche geltend gemacht mit dem Antrage, den Beklagten zu verurteilen, an jeden der Kläger 5 114,28 DM zu zahlen.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er behauptet, sein Vater habe gewünscht, daß er das Hausanwesen bereits zu seinen Lebzeiten übernehmen solle.

Lediglich wegen Verhinderung verschiedener Beteiligter sei es nicht mehr zu einem Übergabevertrag gekommen. Der Vertrag vom 1. August 1951 sei auf den ausdrücklichen Wunsch der Mutter abgeschlossen worden, die wiederholt darüber geklagt habe, sie könne das Haus nicht halten, das nicht genügend abwerfe, weil die beiden in dem Hause wohnenden Kläger keine Miete zahlten. Außerdem hätten sich die Kläger auch so übel gegen sie benommen, daß sie den derzeitigen Zustand nicht länger habe aufrechterhalten wollen. Die Mutter habe gemeint, er (Beklagter) solle sich dann mit den Klägern herumstreiten. Im übrigen entspreche die Übertragung der Grundstücke auch den testamentarischen Bestimmungen. Der Beklagte bestreitet, daß die Kläger durch den Vertrag in irgendeiner Form benachteiligt seien. Er weist darauf hin, daß der Vertrag erst geschlossen worden sei, nachdem man eine amtliche Schätzung eingeholt und der beurkundende Notar seinerseits noch den bei der Übernahme des Lastenausgleichs in Betracht kommenden Betrag errechnet habe. Der Übergabepreis habe den damals geltenden Preisvorschriften entsprochen. Der Beklagte beziffert seine Leistungen auf Grund des Vertrages auf insgesamt 37 500 DM, wobei er das Wohnungs- und Unterhaltsrecht für die Mutter mit 8 500 DM und das Wohnungsrecht für seine Schwester Susanne mit 7 000 DM einsetzt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Kläger Berufung eingelegt. Sie haben in erster Linie ihre früheren Anträge aufrechterhalten und hilfsweise mit der Begründung, daß der Übergabevertrag unwirksam sei, weil er eine Vorwegnahme einer unzulässigen Verfügung von Todes wegen darstelle, beantragt, den Beklagten zu verurteilen, in eine Berichtigung des Grundbuchs dahin einzuwilligen, daß als Eigentümer der

beiden dem Beklagten übertragenen Grundstücke die aus den Parteien und ihren vier Geschwistern bestehende Erbengemeinschaft in das Grundbuch eingetragen werde.

Der Beklagte hält den Vertrag für wirksam und den Berichtigungsanspruch deshalb für unbegründet. Fürsorglich macht er ein Zurückbehaltungsrecht wegen folgender Forderungen geltend:

1. Aufwendung für die Lagerhalle	6 500,-	DM
2. " " Küchenausgang	550,-	"
3. " " Autogarage	1 160,-	"
4. Zahlung mit monatlich 100 DM an Frau Magdalena K. ab 1. August 1951 bis November 1953	2 750,-	"
5. Übernahme der Soforthilfeabgabe bzw. Vermögensabgabe	6 775,-	"
6. Kosten des Vertrages vom 1. August 1951 einschließlich der Eintragungskosten	312,62	"
7. Zinszahlungen aus 15 225 DM vom 12. No- vember 1953 bis 11. Dezember 1955	<u>1 582,25</u>	<u>"</u>
	19 629,87	DM

Das Oberlandesgericht hat den Hilfsanträgen der Kläger unter Verneinung eines Zurückbehaltungsrechts des Beklagten stattgegeben, im übrigen die Berufung zurückgewiesen und die Kosten des Rechtsstreits zu 9/10 dem Beklagten, zu 1/10 den Klägern als Gesamtschuldnern auferlegt. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die gänzliche Abweisung der Klage. Die Kläger bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels und beantragen im Wege der Anschlußrevision, auch die Kosten erster und zweiter Instanz ganz dem Beklagten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision ist nicht begründet.

Gegenstand der Entscheidung im Revisionsverfahren ist lediglich der mit den Hilfsanträgen der Kläger geltend gemachte Grundbuchberichtigungsanspruch und für den Fall, daß dieser Anspruch gerechtfertigt ist, auch die Frage, ob dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zusteht.

I. Der Berichtigungsanspruch ist begründet, wenn die Übertragung der Grundstücke an den Beklagten unwirksam war. Die Beurteilung dieser Frage hängt davon ab, ob der Grundstücksübertragung eine Bindung der Mutter der Parteien an die gemeinschaftlichen Testamente entgegenstand.

1. Bei dem Testament vom 11. Mai 1923 handelt es sich, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, um ein gemeinschaftliches Testament im Sinne des § 2269 BGB, das durch das Testament vom 9. Januar 1949 eine Ergänzung erfahren hat. Diese Ergänzung besteht darin, daß hinsichtlich des Haus- und Gartengrundstücks eine besondere Bestimmung für die Auseinandersetzung getroffen und der Tochter Susanne ein lebenslängliches Wohnungsrecht im Hause eingeräumt wurde. Die Witwe K. ist danach beim Tode ihres Ehemannes Alleinerbin geworden, während sämtliche Kinder das beim Tode der Mutter vorhandene Vermögen geerbt haben. Die testamentarische Bestimmung über das Haus- und Gartengrundstück hat das Berufungsgericht als Teilungsanordnung aufgefaßt. Die rechtliche Beurteilung der Zuwendung eines bestimmten Gegenstandes an einen der Miterben kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Es kann sich um eine reine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) oder um ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB)

handeln. Die Zuwendung kann sich aber auch als eine Teilungsanordnung, die mit einem Vorausvermächtnis verbunden ist, darstellen. Die Frage, nach welchen Gesichtspunkten Teilungsanordnungen und Vorausvermächtnisse voneinander abzugrenzen sind, wird in der Rechtsprechung und im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet (vgl. RGZ 170, 163, 170; 171, 358, 362; OGHZ 1, 161, 165 = LDR 1949, 287 mit Anmerkung von Boehmer; OLG Hamburg LDR 1950, 420; BGB RGRK 10. Aufl. § 2048 Anm. 1; Staudinger BGB 11. Aufl. § 2150 Anm. 4; Kipp/Coing, Erbrecht, 10. Bearbeitung § 108 IV). Einigkeit besteht darüber, daß ein Vorausvermächtnis vorliegt, wenn der Erbe die Zuwendung neben seinem Erbteil und unabhängig von seiner Erbenstellung erhält. Schon die bloße Zuwendung des Rechts an einen Miterben, einen bestimmten Gegenstand aus dem Nachlaß zu erwerben, kann danach ein Vorausvermächtnis sein. Ein Vermächtnis liegt insbesondere vor, wenn die Zuwendung nicht auf den Erbteil anzurechnen ist. Zum Begriff der Teilungsanordnung gehört dagegen die Anrechnung der Zuwendung auf den Erbteil. Die Anordnung des Erblassers, daß eine Zuwendung auf den Erbteil anzurechnen sei, schließt jedoch die Annahme eines Vermächtnisses nicht ohne weiteres aus. Auch die Bestimmung, daß der Miterbe für einen ihm zugewendeten Gegenstand einen bestimmten Übernahmepreis abzüglich des seinem Erbteil entsprechenden Teiles an die übrigen Miterben zu zahlen hat, kann eine Begünstigung des Miterben bedeuten, wenn der Übernahmepreis besonders günstig bemessen ist. In einem solchen Fall liegt eine Teilungsanordnung und zugleich ein Vorausvermächtnis vor. Wenn dagegen der Miterbe - wie im vorliegenden Fall der Beklagte - den übrigen Miterben entsprechend ihrer Beteiligung am Nachlaß den auf jeden Erben entfallenden Teil des Wertes der ihm zuge-

wendeten Grundstücke auszuzahlen hat, so handelt es sich um eine reine Teilungsanordnung.

Die Revision beanstandet die Auslegung des Testamentes durch das Berufungsgericht lediglich insoweit, als es sich darum handelt, welcher Grundstückswert für die beim Tode des letztlebenden Elternteils zu leistenden Ausgleichszahlungen maßgebend sein sollte. Es trifft nicht zu, daß, wie die Revision meint, das Berufungsgericht eine Auslegung der Teilungsanordnung unterlassen habe. Das Oberlandesgericht hat sich vielmehr, wie die Begründung des angefochtenen Urteils ergibt, ausdrücklich mit der Frage befaßt, welcher Grundstückswert nach dem Willen der Erblasser angesetzt werden sollte. Es kommt auf Grund der Erwägung, daß in dem Testament nichts über die Wertbemessung gesagt sei, insbesondere jede nähere Bestimmung darüber fehle, ob etwa der Einheitswert, der Feuerversicherungswert oder der Ertragswert oder ein anderer ähnlicher Wert maßgebend sei, zu dem Ergebnis, das Testament müsse dahin ausgelegt werden, daß der Verkehrswert beim Tode des letztlebenden Ehegatten zugrunde zu legen sei. Diese Auslegung ist nach dem Wortlaut des Testaments möglich und verstößt auch nicht gegen Auslegungsvorschriften. Der Hinweis der Revision auf die Bestimmungen der §§ 2049, 2312 BGB, wonach bei Übernahme eines Landgutes durch einen der Miterben im Zweifel anzunehmen ist, daß das Landgut zum Ertragswert angesetzt werden soll, und in diesem Fall der Ertragswert, sofern der Erblasser keinen anderen Übernahmepreis bestimmt hat, auch für die Berechnung des Pflichtteils maßgebend ist, geht fehl, weil es sich bei dem Haus- und Gartengrundstück nicht um ein Landgut handelt. Irgendwelche Anhaltspunkte für die Annahme, daß die Eltern der Parteien als Übernahmepreis den Ertragswert im Auge gehabt hätten, liegen nicht vor.

Die Tatsache, daß die Erblasser dem Beklagten die Grundstücke nicht zu unzumutbaren oder gar unmöglichen Bedingungen zuwenden wollten und daß sie auch gewußt oder damit gerechnet haben, die sofortige Fälligkeit der Zahlungen beim Tode des Überlebenden von ihnen würde den Beklagten erheblich belasten, steht ebenso wie der Umstand, daß das zweite Testament in der Zeit der Geldknappheit errichtet wurde, als noch die Wohnungszwangswirtschaft und eine gesetzliche Regelung der Mietzinsbildung bestand, der Annahme des Verkehrswertes nicht entgegen. Die der Auslegung des Berufungsgerichts offensichtlich zugrunde liegende Auffassung, die Erblasser würden, wenn sie eine Bevorzugung des Beklagten vor den übrigen Miterben durch Festlegung eines unter dem Verkehrswert liegenden günstigeren Übernahmepreises beabsichtigt hätten, hierüber im Testament eine Bestimmung getroffen haben, so daß mangels sonstiger Anhaltspunkte der Verkehrswert in Betracht komme, ist somit frei von Rechtsirrtum.

2. Das Berufungsgericht hält den Vertrag vom 1. August 1951 für unwirksam, weil die Mutter der Parteien mit der Übertragung der Grundstücke an den Beklagten den Zweck verfolgt habe, die mit dem Tode ihres Ehemannes eingetretene Bindung an die gemeinschaftlichen Testamente zu umgehen. Es führt dazu aus: Each der Vorstellung der Erblasser hätten alle Kinder zu gleichen Teilen erben sollen. Der Beklagte habe zwar das Hausgrundstück und den Garten erhalten, aber seinen übrigen Geschwistern durch Zahlung von je $\frac{1}{7}$ des Verkehrswertes der Grundstücke beim Tode des letztlebenden Elternteils einen vollen Wertausgleich leisten sollen. Diese Zahlungen seien beim Tod der Mutter fällig gewesen. Die Witwe K. habe diese Bestimmungen dadurch ausgehöhlt und weitgehend gegenstandslos gemacht,

daß sie den unstreitig wesentlichsten Teil ihres Vermögens "vorwegnehmend" zu den Bedingungen des Vertrages auf den Beklagten übertragen habe. In dem Vertrag sei ein fester Kaufpreis vereinbart worden, unabhängig davon, welchen Wert die Grundstücke am Todestag der Mutter haben würden. Dieser Preis sei nach dem Vorbringen des Beklagten in Anlehnung an den damaligen Stopppreis für Grundstücke berechnet worden. Der Beklagte und seine Mutter seien sich jedoch beim Abschluß des Vertrages darüber klar gewesen, daß der vereinbarte Preis nur mit Rücksicht auf die damals noch geltenden Preisstopbestimmungen so niedrig gewesen sei. Beide Vertragsteile hätten damit gerechnet, daß die Preisbestimmungen ebenso aufgehoben würden, wie damals bereits alle Preisregelungen für Waren und Leistungen beseitigt gewesen seien. Tatsächlich seien die Preisvorschriften für bebaute Grundstücke auch durch die Verordnung vom 8. November 1952 (BGBl I 792) aufgehoben worden. Der Beklagte und seine Mutter hätten auch damit gerechnet, daß möglicherweise die Preisbestimmungen für Grundstücke noch zu Lebzeiten der Mutter fortfallen würden, wie es auch tatsächlich geschehen sei, und daß dann die Preise für Hausgrundstücke erheblich ansteigen würden. Sie seien sich auch bewußt gewesen, daß die Kaufpreisberechnung gemäß dem Vertrag keineswegs den Bestimmungen des Testaments vom 9. Januar 1949 entsprochen habe. Sie hätten es für möglich gehalten und gebilligt, daß der vertragliche Übernahmepreis erheblich unter dem Verkehrswert liegen konnte. Dies sei auch tatsächlich der Fall gewesen.

Das Berufungsgericht beziffert die vom Beklagten in dem Vertrag übernommenen Leistungen nach der Wertvorstellung der Vertragsteile auf insgesamt 28 600 DM, während

es den Verkehrswert der Grundstücke am Todestag der Mutter auf Grund des Gutachtens des Architekten Sc[REDACTED] auf 57 750 DM berechnet. Es führt weiter aus: Das Erbrecht der Kläger und ihrer Geschwister sei aber nicht nur dadurch beeinträchtigt worden, daß der Übernahmepreis des Beklagten nach dem Vertrage nur knapp die Hälfte des nach dem Testament zugrunde zu legenden Wertes betragen habe, sondern vor allem auch dadurch, daß die Leistungen des Beklagten, die nach dem Testament am Todestag der Mutter fällig geworden seien, nach dem Vertrag erst 5 Jahre später fällig gewesen seien. Während der Susanne K[REDACTED] in dem Testament ein unentgeltliches Nießbrauchsrecht an einem Zimmer nebst Küche eingeräumt worden sei, habe sie nach dem Vertrag eine Miete von monatlich 15 DM zu zahlen. In diesen Punkten seien die bewußten Abweichungen von den testamentarischen Bestimmungen zum einseitigen Vorteil des Beklagten besonders auffällig. Daß die Witwe K[REDACTED] sich des Inhalts des Testaments wohl bewußt gewesen sei, ergebe sich nicht nur aus einem Vergleich des Testaments mit dem Vertrag und dem eigenen Vorbringen des Beklagten, sondern auch aus dem Protokoll des Notariats H[REDACTED] vom 8. November 1950 (I H 239/50), in dem die Witwe K[REDACTED] zum Ausdruck gebracht habe, daß die Anordnungen des Testaments erst nach ihrem Tode in Kraft treten sollten, so wie aus der Vereinbarung vom 12. März 1950, wonach die Mutter Haus und Garten bis zum Tode behalten solle. Aus dem Verhalten der Erblasserin, wie es in dem Vertrag vom 1. August 1951 zum Ausdruck komme, ergebe sich, daß die Witwe K[REDACTED] die Bindung an die gemeinschaftlichen Testamente habe umgehen wollen, sich über sie hinweggesetzt, sie in wesentlichen Punkten ausgeschöhlt und teilweise gegenstandslos gemacht habe. Bei dem inneren sachlichen Zusammenhang zwischen dem Testament vom 9. Januar

1949 und dem Übergabevertrag sei deshalb davon auszugehen, daß der Übergabevertrag nur die äußere Form eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden habe, der Sache nach aber eine Vorwegnahme einer Verfügung von Todes wegen darstelle, durch die von den Bestimmungen der gemeinschaftlichen Testamente entscheidend zum Nachteil der Klüger bewußt abgewichen sei. Die Übertragung der Grundstücke an den Beklagten sei deshalb unwirksam.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen. Sie hält den Vertrag vom 1. August 1951 für wirksam, weil die Übertragung der Grundstücke an den Beklagten der Bindung des überlebenden Ehegatten an die gemeinschaftlichen Testamente nicht entgegenstehe. Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Revision den Begriff der Bindung nicht verkannt. Nach §§ 2271 Abs. 1 Satz 2, 2270 BGB kann, wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament wechselbezügliche Verfügungen getroffen haben, ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen durch eine neue Verfügung von Todes wegen seine Verfügung nicht einseitig aufheben. Das Recht des überlebenden Ehegatten zum Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung erlischt - von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmefällen abgesehen - mit dem Tode des anderen Ehegatten (§ 2271 Abs. 2 BGB). Die Bindung des überlebenden Ehegatten an ein gemeinschaftliches Testament besteht darin, daß dieser keine seiner wechselbezüglichen Verfügung widersprechenden letztwilligen Anordnungen treffen kann. Eine solche Verfügung ist nichtig. Dagegen ist der überlebende Ehegatte, soweit nicht die Voraussetzungen der auch auf gemeinschaftliche Testamente anwendbaren Vorschriften der §§ 2287, 2288 BGB (absichtliche Beeinträchtigung der Miterben) vorliegen, nicht gehindert, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über die Nachlaßgegenstände zu verfügen.

22

Der Übergabevertrag vom 1. August 1951 ist, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Nach der Rechtsprechung des Senats als Senats für Landwirtschaftssachen (vgl. z.B. Beschlüsse vom 14. Oktober 1952, V BLw 2/52, RdL 1953, 53 Nr. 17 und 5. Mai 1953, V BLw 3/53) besitzt ein Übergabevertrag, der einen Hof im Sinne der Hofeordnung für die britische Zone zum Gegenstand hat, eine doppelte Natur. Er ist einerseits nach seiner äußeren Erscheinung ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, andererseits wegen seiner unmittelbaren erbrechtlichen Wirkungen (Vorwegnahme der Hoferbfolge unter Bestimmung des Hoferben, § 7 HöfeO BrZ) einer Verfügung von Todes wegen gleichzustellen und wie eine solche zu behandeln. Dagegen ist der einen Nichthof betreffende Übergabevertrag, wie der Vertrag vom 1. August 1951, ein reines Rechtsgeschäft unter Lebenden. Ein solcher Vertrag hat, auch wenn er eine Vorwegnahme der Erbfolge enthält, keine erbrechtlichen Wirkungen. Ausnahmsweise kann jedoch auch ein solches Rechtsgeschäft - abgesehen von sonstigen Nichtigkeitsgründen - nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB unwirksam sein. Das ist der Fall, wenn durch eine unter Lebenden erfolgte Verfügung des durch ein wechselbezügliches Testament gebundenen Erblassers in offenem Widerspruch zu einem unwiderruflich gewordenen gemeinschaftlichen Testament die Erbfolge vorweggenommen, das Testierverbot des § 2271 Abs. 2 BGB umgangen und damit das wechselbezügliche Testament ausgehöhlt wird (vgl. BGH vom 8. Juli 1954, IV ZR 229/53, LM BGB § 2271 Nr. 4 und 27. November 1957, IV ZR 198/57). Ein solches Rechtsgeschäft ist der Sache nach die Vorwegnahme einer nicht zulässigen Verfügung von Todes wegen und deshalb unwirksam. Die Frage, ob die Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit des Vertrages vorliegen, unterliegt der Beurteilung des Tatrichters.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Witwe K. die auf Grund der gemeinschaftlichen Testamente bestehende Bindung durch den Übergabevertrag vom 1. August 1951 umgangen habe, ist frei von Rechtsirrtum. Die Veräußerung der Grundstücke an den Beklagten, die als solche nicht gegen die Bindung verstieß, kann entgegen der Auffassung der Revision nicht losgelöst von den vereinbarten Übernahmbedingungen betrachtet werden. Die Grundstücke waren zwar durch die gemeinschaftlichen Testamente den Kindern nicht gesichert, weil sie nur das erben sollten, was beim Tode des letztlebenden Elternteils noch vorhanden war, und im übrigen der Beklagte auf Grund der Teilungsanordnung von seinen Geschwistern die Übertragung der beiden Grundstücke verlangen konnte. Die Geschwister des Beklagten hatten jedoch einen Anspruch auf anteilige Auszahlung des Wertes der Grundstücke beim Tode der Mutter. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß nach dem in den gemeinschaftlichen Testamenten zum Ausdruck gekommenen Willen der Erblasser sämtliche Kinder wertmäßig gleich behandelt werden sollten. Die Zuwendung des Haus- und Gartengrundstücks an den Beklagten sollte dadurch ausgeglichen werden, daß der Beklagte an jeden der Miterben den auf ihn entfallenden Anteil nach dem Wert der Grundstücke beim Tode der Mutter auszus zahlen hatte. Die Witwe K. konnte die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Erbeinsetzung der Kinder durch Verfügung von Todes wegen nicht ändern, also auch nicht das Haus- und Gartengrundstück durch Verfügung von Todes wegen, insbesondere nicht unter anderen als den testamentarischen Bedingungen, dem Beklagten zuwenden und ihn damit vor seinen übrigen Geschwistern bevorzugen. Sie war jedoch berechtigt, die Grundstücke nicht nur an einen Fremden, sondern auch an den Beklagten zu veräußern, es sei

denn, daß diese Veräußerung eine Umgehung des Testierverbotes darstellte. Die dem Beklagten übertragenen Grundstücke bildeten - ebenso wie die in dem der Entscheidung vom 8. Juli 1954 zugrunde liegenden Fall - den wesentlichsten Teil des Vermögens der Erblasser. Eine Umgehung der Bindung an ein gemeinschaftliches Testament liegt vor, wenn der überlebende Ehegatte ein seiner äußeren Form nach zulässiges Rechtsgeschäft unter Lebenden vornimmt in dem Bewußtsein, daß dadurch das Testierverbot gegenstandslos wird. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Oberlandesgericht eine Umgehung des Testierverbotes vor allem aus der einseitigen Bevorzugung des Beklagten folgert, die es nicht nur darin erblickt, daß unabhängig von dem Wert der Grundstücke beim Tode der Mutter ein fester Übernahmepreis vereinbart wurde, sondern vor allem auch aus der Tatsache herleitet, daß der vom Beklagten zu zahlende Betrag entgegen der testamentarischen Regelung erst 5 Jahre nach dem Tode der Mutter fällig sein sollte und für das Wohnrecht der Susanne K., das unentgeltlich zu gewähren war, eine Entschädigung von 15 DM monatlich festgelegt wurde. Der Umstand, daß nach den Vorstellungen der Vertragsparteien, wie das Oberlandesgericht annimmt, die Gegenleistungen des Beklagten für den Erwerb der Grundstücke rund 28 600 DM betrugen und der Übernahmepreis etwa dem amtlichen Schätzungspreis und damit den am 1. August 1951 geltenden Preisbestimmungen entsprach, steht der Annahme einer Umgehung einer Verfügung von Todes wegen nicht entgegen. Ob die Feststellung des Berufungsgerichts, die Vertragsparteien hätten mit der Möglichkeit gerechnet, daß die Preisbestimmungen noch zu Lebzeiten der Mutter fortfallen und dann die Preise für Grundstücke erheblich ansteigen wür-

den, wegen Fehlens einer näheren Begründung angreifbar wäre, mag dahingestellt bleiben. Aus der von der Revision nicht beanstandeten Feststellung, Mutter und Sohn seien sich bewußt gewesen, daß die Festlegung und Berechnung des vertraglichen Übernahmeprices keineswegs den Bestimmungen des Testaments vom 9. Januar 1949 entsprach, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß die Folgerung ziehen, daß beide Teile es für möglich hielten und billigten, daß die Wertbemessung nach dem Testament über dem vertraglichen Übernahmeprice liegen würde und daß sie durch die Abweichungen von der testamentarischen Regelung die Absicht zum Ausdruck brachten, die Bindung an die gemeinschaftlichen Testamente zu umgehen und gegenstandslos zu machen. Das Berufungsgericht hätte für seine Auffassung auch noch die Tatsache anführen können, daß die Vertrags- teile eine dem Testament vom 9. Januar 1949 entsprechende Bestimmung, daß ein etwaiger höherer Grundstückswert beim Tode der Mutter für die Ausgleichszahlungen zugrunde zu legen sei, nicht in den Vertrag aufgenommen haben.

Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Mutter zum anderweitigen Verkauf der Grundstücke entschlossen gewesen sei, wenn der Beklagte sie nicht erwerben wollte, und daß mit einer solchen Verkaufsabsicht die Annahme, die Erblasserin habe die Teilungsanordnung hinsichtlich der Ausgleichszahlungen umgehen wollen, unvereinbar sei, ist nicht begründet. Der Beklagte hatte im Schriftsatz vom 28. Februar 1956 - der Schriftsatz vom 20. März 1956 ist erst nach dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung eingegangen - vorgetragen, die Witwe K. habe ausdrücklich erklärt, sie sei entschlossen, das Anwesen zu verkaufen, wenn der Beklagte es nicht nehme,

und dazu die nochmalige Vernehmung des Zeugen Kn [REDACTED] beantragt. Das Berufungsgericht hat nicht für bewiesen erachtet, daß der Beklagte zielstrebig auf den Abschluß des Vertrages gedrängt habe. Es geht vielmehr auf Grund der Aussage des Zeugen Kn [REDACTED] davon aus, daß der Übergabevertrag auf Veranlassung der Witwe K [REDACTED] abgeschlossen worden sei. Zu den angeblichen anderweitigen Verkaufsabsichten der Mutter hat das Oberlandesgericht keine Stellung genommen. Ein Rechtsverstoß kann jedoch hierin sowie in der Übergehung des Beweisantrages nicht erblickt werden, weil ein anderweitiger Verkauf in Wirklichkeit nicht stattgefunden hat, die Grundstücke vielmehr dem Beklagten übertragen worden sind. Im übrigen trifft es auch nicht zu, daß die Annahme der Umgehung einer unzulässigen Verfügung von Todes wegen mit einer Verkaufsabsicht der Mutter unvereinbar sei.

Auch die Rügen, mit denen die Revision die Schätzung des Verkehrswertes der Grundstücke durch das Berufungsgericht angreift, können keinen Erfolg haben. Das vom Berufungsgericht eingeholte Gutachten des Architekten Sc [REDACTED] weicht von dem in erster Instanz erstatteten Gutachten des Architekten Sch [REDACTED] erheblich ab. Der Sachverständige Sch [REDACTED] hat den Bau- und Bodenwert des Hausgrundstücks unter Berücksichtigung der notwendigen Reparaturen auf 39 000 DM, den Verkehrswert von Haus und Garten, indem er den Bau- und Bodenwert sowie den Ertragswert je zur Hälfte einsetzt, auf 35 800 DM geschätzt. Auf das Gartengrundstück entfallen hiervon 3 000 DM. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Sc [REDACTED], der bei der Bewertung des Gartens von den im Jahre 1953 für ähnliche Grundstücke erzielten Kaufpreisen ausgeht und bei der Bewertung des Hauses den umbauten Raum, das Aufbauverhältnis und das Alter des Gebäudes zugrunde legt und einen Betrag für notwendige Reparaturen

abzieht, beträgt der Verkehrswert für beide Grundstücke 57 750 DM, wovon auf den Garten allein 7 480 DM entfallen. Das Oberlandesgericht hat dargelegt, weshalb es dem Gutachten des Sachverständigen Sch[REDACTED] gefolgt ist. Für die Annahme der Revision, bei den vom Berufungsgericht zugrunde gelegten Wertansätzen des Sachverständigen Sch[REDACTED] sei die völlig veraltete Bauweise des Hauses, insbesondere der entsprechende Hinweis des Sachverständigen Sch[REDACTED] nicht beachtet worden, liegen keine Anhaltspunkte vor. Das Gutachten des Architekten Sch[REDACTED] hat dem Sachverständigen Sch[REDACTED] vorgelegen, der die Grundstücke in Anwesenheit der Parteivertreter und des Beklagten besichtigt hat. Im übrigen ist der Revision zuzugeben, daß bei Mietgrundstücken der Verkehrswert in der Regel weitgehend von dem Mietertrag bestimmt wird (vgl. BGHZ 10, 171, 180; 17, 236, 240). Bei der Ermittlung des Ertragswertes kann jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, daß nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Mietwerte im Jahre 1934 unter Verwandten festgelegt waren und das Haus überwiegend von dem Beklagten für gewerbliche Zwecke genutzt wird. Es mag jedoch dahingestellt bleiben, ob die Höhe des vom Berufungsgericht angenommenen Verkehrswertes wegen Nichtberücksichtigung des erzielbaren Mietertrages zu beanstanden sein würde. Die Revision stellt nicht in Abrede, daß der Verkehrswert der dem Beklagten übertragenen Grundstücke beim Tode der Mutter, der für die Ausgleichszahlungen des Beklagten maßgebend sein sollte, den vertraglichen Übernahmepreis auch bei Berücksichtigung der Übernahme des Lastenausgleichs durch den Beklagten erheblich überstieg. Dies würde selbst dann der Fall sein, wenn als Verkehrswert nur der von dem Sachverständigen Sch[REDACTED] ermittelte Betrag einzusetzen wäre. Einer genauen Festlegung des Verkehrswertes der Grundstücke bedarf

es jedoch im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht, weil die vom Berufungsgericht als entscheidend angesehen bewußten Abweichungen von den gemeinschaftlichen Testamenten, nämlich die Vereinbarung eines festen Übernahmepreises ohne Rücksicht auf den Wert der Grundstücke beim Tode der Mutter, die Hinausschiebung der Fälligkeit der Ausgleichszahlungen wie auch die Festlegung einer Entschädigung für das Wohnrecht, das der Susanne K. nach dem Tode der Mutter unentgeltlich zu gewähren war, die Annahme, daß der Vertrag vom 1. August 1951 eine Umgehung einer unzulässigen letztwilligen Verfügung darstelle, gerechtfertigt erscheinen lassen.

Dem Berichtigungsanspruch der Kläger steht auch die Tatsache nicht entgegen, daß der Beklagte auf Grund des Testaments vom 9. Januar 1949 von der Erbengemeinschaft die Übertragung der Grundstücke verlangen konnte. Es trifft nicht zu, daß, wie die Revision meint, die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe es bisher stets abgelehnt, von seinem Übernahmerecht zu den testamentarischen Bedingungen Gebrauch zu machen, tatbestands- und aktenwidrig sei. Der Beklagte hat sich zwar in den von der Revision angeführten Schriftsätzen vom 8. und 29. Februar 1956 darauf berufen, daß ihm nach dem Testament ein Anspruch auf Übertragung der Grundstücke zustehe, jedoch nicht erklärt, daß er die Grundstücke zu den testamentarischen Bedingungen (Wert der Grundstücke beim Tode der Mutter) übernehmen wolle.

II. Ein Zurückbehaltungsrecht steht dem Beklagten nicht zu.

Es ist allgemein anerkannt, daß auch gegenüber einem Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB ein Zurückbe-

haltungsrecht geltend gemacht werden kann. Dies gilt auch für einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen (§§ 1000, 273 Abs. 2 BGB). Das Zurückbehaltungsrecht kann jedoch im Einzelfall ausgeschlossen sein. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht versagt, weil erst die Befriedigung des Berichtigungsanspruchs die Erben in den Stand setze, das Haus- und Gartengrundstück zur Berichtigung etwaiger Nachlassforderungen des Beklagten zu verwerten. Die Bedenken der Revision gegen die Ablehnung des Zurückbehaltungsrechts wegen Verwendungen sind nicht begründet. Der Beklagte steht den Klägern und den übrigen Geschwistern als Miterbe gegenüber. Die Grundstücke, die Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes sind, gehören zum Nachlaß, aus dem nach § 2046 Abs. 1 BGB zunächst die Nachlassverbindlichkeiten zu berichtigen sind. Bei den Gegenforderungen des Beklagten handelt es sich um Nachlassverbindlichkeiten, zu deren Berichtigung der Nachlaß, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen ist (§ 2046 Abs. 3 BGB). Hieraus ergibt sich, daß gegenüber einem Anspruch auf Grundbuchberichtigung der zur Berichtigung verpflichtete Miterbe ein Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen, die er gegen den Nachlaß hat, nicht geltend machen kann (vgl. BGB RGRK 10. Aufl. § 273 Anm. 1 a; RG Warn Jb.Erg. 1910, 141; Gruchot 68, 66; RGZ 132, 81, 83). Dieser Auffassung steht die Tatsache, daß der Beklagte auf Grund der Teilungsanordnung die Übertragung der Grundstücke verlangen kann, nicht entgegen. Der Beklagte ist wegen dieses Anspruchs und seiner übrigen Forderungen dadurch gesichert, daß die Verwaltung des Nachlasses den Erben gemeinschaftlich zusteht (§ 2038 BGB) und die Miterben nur gemeinschaftlich über einen Nachlassgegenstand verfügen können. Der Beklagte kann deshalb seine

Ansprüche bei der Auseinandersetzung geltend machen und, wenn er eine Verwertung der Grundstücke zur Befriedigung seiner Ersatzansprüche verhindern will, seine Gegenforderungen bei den Ausgleichszahlungen, die er im Falle der Übernahme der Grundstücke an die Miterben zu leisten hat, berücksichtigen. Die Ablehnung des Zurückbehaltungsrechts durch das Berufungsgericht unterliegt danach keinen rechtlichen Bedenken.

III. Die Revision mußte deshalb als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

B. Die Anschlußrevision, die sich lediglich gegen die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts richtet, ist nicht begründet.

Die Kläger sind in erster und zweiter Instanz mit ihrem auf Zahlung gerichteten Hauptantrag unterlegen, haben jedoch mit dem in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag Erfolg gehabt. Der Wert des Hilfsanspruchs geht über den Wert des Hauptanspruchs hinaus, so daß der Streitwert im Berufungsverfahren dem Wert des Hilfsantrages entspricht. Maßgebend für die Kostenentscheidung ist der End-erfolg, den die Kläger in der Sache erzielt haben, auch wenn der Antrag, der zur Verurteilung der Beklagten geführt hat, erst im zweiten Rechtszug im Wege der Klagenhäufung in den Rechtsstreit eingeführt wurde (vgl. BGH vom 29. Januar 1957, VIII ZR 204/56, NJW 1957, 543). Da die Kläger jedoch auf Grund eines neuen Vorbringens, wozu auch die Geltendmachung eines neuen Anspruchs gehört (vgl. Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 97 Bem. III 1; Wieczorek ZPO § 97 Bem. B I a), obgesiegt haben, sind nur die Kosten

erster Instanz in vollem Umfang dem Beklagten auferlegt worden, während die Kosten der Berufungsinstanz gemäß § 97 Abs. 2 ZPO gegeneinander aufgehoben sind.

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Augustin

Dr. Piopenbrock

Dr. Freitag