

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

14
2215 087

BGB §§ 2044, 2208, 137, 2112 ff, 2096

Ein Erbauseinandersetzungsverbot des Erblassers steht der Wirksamkeit einer im Wege der Erbauseinandersetzung getroffenen Verfügung über Nachlaßgegenstände nicht entgegen, wenn sie von allen Erben (auch Nacherben) oder im Falle der Testamentsvollstreckung von dem Testamentsvollstrecker und allen Erben gemeinsam getroffen wird. Im Fall der Nacherbeinsetzung bedarf es der Mitwirkung bloßer Ersatznacherben nicht.

BGB §§ 2113, 2096

Eine Verfügung des Vorerben im Sinne von § 2113 BGB ist voll wirksam, wenn der Nacherbe zustimmt; einer Zustimmung des Ersatznacherben bedarf es nicht (Bestätigung von RGZ 145, 316).

BGB §§ 2113, 2205 ff

Die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB für den Vorerben gelten für den Testamentsvollstrecker jedenfalls dann nicht, wenn er zugleich für Vor- und Nacherben eingesetzt ist.

BGB §§ 2111, 1163, 1177

Erwirbt ein durch Nacherbeinsetzung beschränkter Miterbe durch Tilgung seiner Darlehensschuld gegenüber der Erbengemeinschaft die dafür der Erbengemeinschaft an seinem Grundstück bestellte Hypothek, so gehört seine dadurch entstehende Eigentümergrundschuld zur (Vor-) Erbschaft.

BGH, Urt. v. 25. September 1963 - V ZR 130/61 - OLG Frankfurt
IG Frankfurt

14

V_ZR 130/61

Verkündet
am 25. September 1963
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. des Studienassessors Paul A [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Anneliese A [REDACTED] geb. L [REDACTED],
beide wohnhaft in F [REDACTED] ([REDACTED]), Am Li [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
- Streithelferin der Beklagten:
Frau Marie W [REDACTED] geb. von S [REDACTED]-E [REDACTED],
F [REDACTED] am [REDACTED]-E [REDACTED], als Testamentsvollstreckerin
über den Nachlaß der Frau Marie Si [REDACTED] geb. W [REDACTED] -
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Landwirt Ingo S t [REDACTED],
2. die Ehefrau Herta E [REDACTED] geb. St [REDACTED],
beide wohnhaft in T [REDACTED] b. B [REDACTED] (Obb.),

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 25. September 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 16. März 1961
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen; die Kosten
der Streithilfe trägt die Streithelferin.

Von Rechts wegen

14

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob eine auf dem Grundstück der Beklagten lastende Grundschuld von 25 000 DM den Klägern zusteht.

Bestellt wurde das Grundpfandrecht im März 1930 von den damaligen Grundstückseigentümern (Miteigentümer zu je 1/2), den kinderlosen Eheleuten (Prokurist, später Verlagsbuchhändler) Werner Si[REDACTED] - dem Bruder der Mutter der Kläger (Onkel) - und Maria Auguste geb. W[REDACTED] (Tante), und zwar als Darlehenshypothek von 25 000 TGM zugunsten der Erbengemeinschaft nach dem 1924 verstorbenen Vater von Onkel und Mutter, Wilhelm Si[REDACTED] (Großvater). Die Erbengemeinschaft nach dem Großvater bestand aus seinen beiden Kindern - nämlich dem Onkel selbst und der Mutter der Kläger, Frau Emma Helene St[REDACTED] geschiedene zur Hellen geb. Si[REDACTED] (Mutter) - sowie aus Emma Helenes erstehelicher Tochter Ingeborg zur Hellen, jetzt Frau F[REDACTED] (Stiefschwester). Die Parteien streiten darüber, ob der Onkel unbeschränkter Miterbe war (so die Beklagten) oder ob auf Grund eines der zahlreichen Testamente des Großvaters die Kläger zu seinen Nacherben berufen sind (so die Kläger).

Bei einer Teilauseinandersetzung des großväterlichen Nachlasses im Herbst 1930, die der Testamentsvollstrecker nach dem Großvater mit Zustimmung der Erben vornahm, wurde die Darlehensschuld des Onkels mit seiner etwa gleichhohen Auseinandersetzungquote verrechnet. Die Parteien streiten darüber, ob das Grundpfandrecht dadurch in die (etwaige) Vorerbschaft fiel (so die Kläger) oder freies Vermögen des Onkels (und der Tante) wurde (so die Beklagten).

1948 wurde das Grundpfandrecht laut rechtskräftiger Entscheidung im Umstellungsverfahren im Verhältnis 1 : 1 auf Deutsche Mark umgestellt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Durch notariellen Vertrag vom 2. Dezember 1952 vereinbarten Onkel und Tante mit der damaligen Testamentsvollstreckerin des Großvaters, "um die rechtlichen Verhältnisse der Hypothek zu klären", die Umwandlung des Grundpfandrechts in eine zu Lebzeiten von Onkel und Tante unverzinsliche und unkündbare Buchgrundschuld für den Onkel als Vorerben mit Nacherbenbeschränkung zugunsten von Emma Helenes Nachkommen aus der zweiten Ehe, nämlich der beiden Kläger. Diese Veränderungen wurden alsbald von den Klägern genehmigt und im Grundbuch eingetragen.

1955 starb der Onkel, 1956 die Tante, die ihn allein beerbt hat.

Von der Testamentsvollstreckerin der Tante haben die Beklagten das Grundstück 1957 kaufweise zu je 1/2 Mit Eigentum erworben.

Als bald nach diesem Verkauf hat diese Testamentsvollstreckerin gegenüber den Klägern und der Testamentsvollstreckerin des Großvaters die Anfechtung des Vertrags von 1952 wegen Irrtums erklärt. Die Rechtswirksamkeit dieser Anfechtung ist umstritten.

Die Kläger haben die Grundschuld noch im selben Jahr 1957 gekündigt und die vorliegende Klage erhoben auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück aus der Grundschuld wegen 25 000 DM Kapital nebst Zinsen seit dem Tod der Tante.

Die Testamentsvollstreckerin der Tante ist den Beklagten als Streitgehilfin beigetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Grundschuld nicht zur Vorerbschaft gehöre. Das Oberlandesgericht hat der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag weiter; die Kläger bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Mit Recht verneint das Berufungsgericht ein Gegenrecht der Beklagten aus §§ 378, 379 BGB, weil sie die Grundschuldvaluta beim beurkundenden Notar eingezahlt haben, statt sie beim Amtsgericht zu hinterlegen. Die Revision greift dies nicht an.

II.

Zutreffend nimmt das Berufungsgericht (BU S. 13/16) an, daß die Kläger Nacherben des Onkels am großväterlichen Nachlaß geworden sind.

Nach der rechtsirrtumsfreien und von der Revision nicht beanstandeten tatrichterlichen Auslegung der großväterlichen Testamente sind durch die letztwilligen Verfügungen von 1915 und 1916 hinsichtlich des Erbteils des Onkels (3/8) die Mutter als Nacherbin (§ 2100 BGB) und für den - eingetretenen - Fall, daß die Mutter vor dem Onkel stirbt (sie starb 1951), ihre Kinder aus der Strebelschen Ehe, das sind die Kläger, als Ersatznacherben (§§ 2096, 2100 BGB) berufen worden, und eine Aufhebung dieser Verfügungen durch spätere Testamente ist nicht erfolgt.

Im vorangegangenen gemeinschaftlichen Testament der Großeltern vom 29. Dezember 1899, das allerdings die unbeschränkte Erbeinsetzung von Mutter und Onkel (zu je 1/2) enthielt, sieht das Berufungsgericht deshalb kein Gültigkeitshindernis für die Nacherbenbeschränkung, weil die Bindungswirkung dieses noch kurz vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs errichteten Testaments nach altem Recht zu beurteilen sei, nämlich nach § 8 IV 1 der Frankfurter Stadtreformation in der Fassung der Verordnung vom 10. September 1611, und dieses Recht im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 2271 Abs. 2 BGB) - das insoweit dem nach herrschender Meinung ausgelegten Gemeinen Recht folgt (vgl. Neumann/Levi, Frankfurter Privatrecht, Frankfurt am Main 1897, S. 210) - eine Bindung des überlebenden Ehegatten auch an wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments verneine. Zwar sei der Großvater danach verpflichtet gewesen, das von der Großmutter Ererbte herauszugeben; das hat er aber ausweislich seines Testaments von 1905 durch Auszahlung des großmütterlichen Vermögens an die Kinder getan. Es kann offen bleiben, ob das Frankfurter Stadtrecht über die Grenzen des heutigen Oberlandesgerichtsbezirks Frankfurt hinaus in Geltung war (vgl. dazu Neumann/Levi aaO S. II/III; Frankfurter Stadtrecht, Frankfurt am Main 1955, Vorbemerkungen) und deshalb einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz unterliegt (§ 549 ZPO; daß es heute nicht mehr in Geltung ist, steht nicht entgegen, BGHZ 24, 253). Denn die Nachprüfung ergibt, daß die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zutrifft (vgl. Art. 1 und Art. 214 Abs. 2 EGBGB, sowie über das Altrecht Neumann/Levi aaO S. 208/211).

Da die Mutter vor dem Onkel starb, ist die Ersatznacherbeinsetzung praktisch geworden (§ 2096 in Verb. mit § 2100 BGB): der Erbteil des Onkels fiel den Klägern als Nacherben an (§ 2139 BGB), und zwar nach der wiederum unbedenklichen

Annahme des Berufungsgerichts (je nach der Auslegung der letztwilligen Bedenkung der Tante durch den Großvater) entweder mit dem Tod des Onkels (1955) oder spätestens mit dem Tod der Tante (1956).

Die Revision erhebt gegen all das keine Beanstandungen.

III.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts (BU S. 10/12, 17/21) gehörte die umstrittene Grundschild seit der Teilaus-einandersetzung im Herbst 1930 zu dem mit Nacherbschaft belasteten Vermögen des Onkels (Vorerbschaft). Dem ist nicht in vollem Umfang, aber insoweit zuzustimmen, als der Mit-eigen-tumsanteil des Onkels belastet war.

a) Zutreffend geht das Berufungsurteil davon aus, daß Hypothekenforderung und Hypothek zum ungeteilten Nachlaß des Großvaters gehörten; denn sie wurden durch ein Rechts-geschäft (Darlehensgewährung durch die Erbengemeinschaft mit Hypothekenbestellung) erworben, das sich auf den Nachlaß bezog (§ 2041 Satz 1 Fall 3 BGB).

b) Zutreffend hält das Berufungsgericht die Verrech-nung der Darlehensschuld des Onkels mit seiner Teilungsquote im Herbst 1930 nicht deshalb für unwirksam, weil sie gegen ein testamentarisches Auseinandersetzungsverbot des Großvaters (§ 2044 BGB) verstieß.

Das Oberlandesgericht führt aus: Auch wenn man mit der herrschenden Meinung einem solchen Verbot hinsichtlich der Verfügung des Testamentsvollstreckers (§ 2205 Satz 2 BGB)

dingliche Wirkung beimesse (§ 2208 BGB), so bedeute dies nur, daß der Testamentsvollstrecker Auseinandersetzungsverfügungen nicht gegen den Willen auch nur eines Miterben treffen könne. Für den Fall jedoch, daß Erben und Testamentsvollstrecker über die Auseinandersetzung einig seien, könne ein Erblasser die Auseinandersetzung nicht mit dinglicher Wirkung ausschließen, da sonst dem § 137 BGB zuwider die zum Nachlaß gehörenden Gegenstände (insoweit) dem rechtsgeschäftlichen Verkehr überhaupt entzogen wären.

Dem ist beizutreten.

Sieht man zunächst von einer Testamentsvollstreckung ab, so kann der Ausschluß der Erbauseinandersetzung durch den Erblasser (§ 2044 BGB) zweierlei Bedeutung haben. Entweder es soll nur der Anspruch des einzelnen Miterben gegen die übrigen auf Erbauseinandersetzung (§ 2042 Abs. 1 BGB) ausgeschlossen werden; dann ist eine Erbauseinandersetzung im Einverständnis aller Miterben schon deshalb rechtswirksam möglich, weil sie gar nicht gegen den Willen des Erblassers verstößt. Oder die Ausschlußanordnung hat den weitergehenden Sinn, daß der Erblasser eine Erbauseinandersetzung auch dann nicht wünscht, wenn alle Miterben einverstanden sind. In diesem Fall widerspricht eine Erbauseinandersetzung im Einverständnis aller Miterben zwar dem Willen des Erblassers; da es sich jedoch bei der Ausschlußanordnung des Erblassers nicht um ein gesetzliches, gerichtliches oder behördliches Verbot (§§ 134, 135, 136 BGB), sondern um ein rechtsgeschäftliches Verbot handelt, kann es nach § 137 BGB die Verfügungsbefugnis nicht dinglich beschränken (Satz 1 aaO), sondern nur eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht der Erben begründen (Satz 2), deren Verletzung die dingliche Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts nicht berührt (Planck/

Ebbecke, BGB 4. Aufl. § 2044 Anm. 3; BGB RGRK 11. Aufl. § 2044 Anm. 1; Staudinger/Lehmann, BGB 11. Aufl. § 2044 Anm. 3; Ehard/Eder bei Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 7044 Anm. 1; Palandt/Keidel, BGB 22. Aufl. § 2044 Anm. 1; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Aufl. § 116 IV 3 c; Bartholomeyczik, Erbrecht 5. Aufl. S. 221; Lange, Erbrecht S. 581 zu Fußnoten 10 und 11). Die Ausschlußanordnung hat in diesem Fall den Rechtscharakter einer Auflage (§§ 1940, 2192 ff BGB); die Zuwiderhandlung könnte deshalb allenfalls zu schuldrechtlichen Ansprüchen eines nach § 2194 BGB Vollziehungsberechtigten führen (vgl. wegen der Rechtsfolgen des Verstoßes gegen eine Unterlassungspflicht das Senatsurteil BGHZ 37, 147), wofür indessen im vorliegenden Fall nichts dargetan ist.

Die Schranke des § 137 BGB gegenüber einem Auseinsetzungs ausschluß durch den Erblasser muß auch dann gelten, wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist. In diesem Fall ist die Befugnis zur Verfügung über die Nachlaßgegenstände grundsätzlich den Erben entzogen und dem Testamentsvollstreckker übertragen (§§ 2205 Satz 2, 2211 Abs. 1 BGB). Unterliegt der Nachlaßgegenstand jedoch ausnahmsweise nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers (§ 2208 BGB), so steht dem Erben die Verfügungsbefugnis zu (§ 2211 Abs. 1 BGB). Mit dem Berufungsurteil kann dahingestellt bleiben, ob diese Verfügungsbefugnis des Erben auch dann besteht, wenn der Testamentsvollstreckker von der Verwaltung des Nachlaßgegenstandes nicht allgemein ausgeschlossen ist, sondern nur von einer bestimmten Verfügung über ihn, wie etwa einer Verfügung zum Zweck der Erbauseinandersetzung - ein Ausschluß, dem die im Berufungsurteil belegte herrschende Meinung wegen § 2208 BGB dingliche Wirkung beilegt. Denn jedenfalls müssen in diesem Fall Erben und Testamentsvollstreckker zusammen über den Nachlaßgegenstand dinglich verfügen können; sonst wäre eine Verfügung über den Nachlaßgegenstand - wenn auch nur in der

beschränkten Richtung einer Auseinandersetzungsmaßnahme -
überhaupt nicht möglich, und das verstieße gegen § 137 Satz 1 Bg.

Im vorliegenden Fall erfolgte die Abweichung vom Auseinandersetzungsverbot des Erblassers nach der unbeanstandeten Feststellung des Tatrichters im ausdrücklichen Einverständnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Miterben (BU S. 11) einschließlich der Mutter, die zugleich Vorerbin hinsichtlich ihres eigenen Erbteils und Nacherbin hinsichtlich des Erbteils des Onkels war (BU S. 17). Das genügt, um der Auseinandersetzung das in der Ausschlußanordnung des Erblassers begründete Wirksamkeitshindernis zu nehmen. Insbesondere war im Hinblick auf die Nacherbenbeschränkung nicht noch außer der Zustimmung der Primär-Nacherbin (Mutter) auch die der Ersatznacherben (Kläger) erforderlich; die Erwägungen, die insoweit von Rechtsprechung und herrschender Lehre für die Zustimmung nach §§ 2113, 2120 BGB angestellt werden (unten c), treffen in vollem Umfang auch für die Zustimmung zur Abweichung von einem Auseinandersetzungsverbot des Erblassers zu.

Die Bemerkung des Oberlandesgerichts (BU S. 18), die Kläger hätten mit ihrer tatsächlich erteilten Zustimmung ihre Rechte als Ersatzerben nicht aufgeben wollen, bezieht sich entgegen der Meinung der Revision auf die Vereinbarung von 1952 und nicht auf die Teilauseinandersetzung von 1930, wie der folgende Hinweis auf die Eintragung ihrer Rechte im Grundbuch ergibt; so aufgefaßt ist sie nicht zu beanstanden. Würde sie sich auf die Auseinandersetzung von 1930 beziehen, so würde das Berufungsurteil nicht auf ihr beruhen.

c) Ein Wirksamkeitshindernis liegt nach der zutreffenden Annahme des Berufungsgerichts auch nicht darin, daß der Vorerbe in der Verfügung über zur Erbschaft gehörende Grundstücksrechte beschränkt ist (§ 2113 Abs. 1 BGB). Denn

diese Beschränkung gilt nicht für den hier handelnden Testamentsvollstrecker, jedenfalls dann, wenn er, wie hier, zugleich für Vor- und Nacherben eingesetzt ist (KG RJA 1913, 252 = Recht 1915 Nr. 1117; OLG 30, 199, 200; 34, 298; DR 1943, 90; Dresden OLG 35, 371, 372 = LZ 1916, 962; OLG Neustadt NJW 1956, 1881; Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2205 Anm. 7 b; Staudinger/Seybold, BGB 11. Aufl. § 2112 Randn. 6; Staudinger/Dittmann aaO § 2205 Randn. 5 und 47; BGB RGRK 11. Aufl. § 2113 Anm. 1, § 2205 Anm. 19; Erman/Hense, BGB 3. Aufl. § 2113 Anm. 2; Palandt/Keidel, § 2205 Anm. 2 d). Im übrigen wird auch im Fall des § 2113 BGB der Mangel der Verfügungsbefugnis durch die Zustimmung des Nacherben geheilt, wobei die des Primär-Nacherben genügt und die der Ersatznacherben nicht erforderlich ist (RGZ 145, 316; KG JW 1937, 1553, 1554; BayObLG 1959, 493, 497 m. Nachw.; 1960, 407/410; OLG Neustadt aaO; Staudinger/Seybold § 2096 Randn. 10, § 2113 Randn. 9; BGB RGRK § 2113 Anm. 40; Erman/Hense, § 2096 Anm. 4; Ehard/Eder bei Siebert/Soergel § 2096 Anm. 3; Palandt/Keidel, § 2102 Anm. 3, § 2113 Anm. 1; Bartholomeyczik S. 238; a.A. zu Unrecht Zilkens, JW 1935, 513, Kipp/Coing, § 49 IV 8).

d) Was die Wirkungen jener Verrechnung von Darlehensschuld und Auseinandersetzungsquote im Herbst 1930 anlangt, so wurde in schuldrechtlicher Hinsicht nach der rechtsirrtumsfreien Auffassung des Berufungsgerichts (BU S. 11/12) die Darlehensforderung der Erbengemeinschaft getilgt. In § 387 BGB sieht das Oberlandesgericht mit Recht kein Hindernis im Hinblick auf den vertraglichen Charakter der Verrechnung (Testamentsvollstrecker und Erben wirkten zusammen). Eine andere, vom Berufungsgericht nicht erörterte Frage ist, ob diese Tilgungswirkung trotz der Nacherbenbeschränkung endgültig eintrat (wofür die Zustimmung der Nacherbin zu

der Teilauseinandersetzung 1930 sprechen könnte) oder ob sie wegen des Charakters der Vorerbschaft als Sondervermögen nur bis zum Eintritt des Nacherbfalls galt und dann wieder entfiel (darüber unten V c); diese Frage kann im vorliegenden Zusammenhang auf sich beruhen, da auch bei Bejahung des späteren Wiederauflebens der Darlehensforderung für die Rechtswirkungen der hier interessierenden, noch vor dem Nacherbfall eingetretenen Rechtsvorgänge (Auseinandersetzung 1930, Vertrag 1952) davon ausgegangen werden muß, daß die Darlehensforderung getilgt ist.

e) In sachemrechtlicher Hinsicht nimmt das Berufungsgericht an, daß durch die Verrechnung der Darlehensforderung die ihr zu Grunde liegende Hypothek nach §§ 389, 1163 Abs. 1 Satz 2, 1177 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Grundsuld geworden sei (BU S. 11), welche, da sie auf den beiden ideellen Miteigentumsanteilen von Onkel und Tante lastete, als Gesamthypothek den Miteigentümern gemeinschaftlich zugestanden habe (§ 1172 Abs. 1 BGB); ein Übergang der auf dem Miteigentumsanteil der Tante lastenden Hypothek auf den Onkel gemäß § 1173 Abs. 2 BGB sei nicht anzunehmen, da bei dem wirtschaftlichen Zusammenhang von Darlehensaufnahme und Erbauseinandersetzung davon auszugehen sei, daß die Tante im Verhältnis zum Onkel zur Ausgleichung nicht verpflichtet sei (§ 426 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 BGB), sondern lediglich nach außen hin Mitschuld und Mithaftung übernommen habe; auf diese Frage komme es jedoch nicht an, da die Rechtsverhältnisse an der Grundsuld in der Vereinbarung von 1952 neu geregelt worden seien.

Diese Würdigung trifft für die Auseinandersetzung von 1930 nur hinsichtlich der Belastung des Miteigentumsanteils des Onkels zu, für den Miteigentumsanteil der Tante jedoch nicht (für die Vereinbarung von 1952 siehe unten V).

Die Hypothek wurde von vornherein an dem ganzen Grundstück begründet, das im Miteigentum von Onkel und Tante stand. Infolgedessen war sie rechtlich wie eine Gesamthypothek an mehreren Grundstücken (§§ 1132, 1172 ff BGB) zu behandeln (so im Anschluß an RGZ 146, 363, 365/66 das Senatsurteil vom 12. April 1961, V ZR 91/59: LM BGB § 1132 Nr. 1 = NJW 1961, 1352 = MDR 1961, 673; ebenso Staudinger/Scherübl, BGB 11. Aufl. § 1132 Randn. 3 b; Erman/Westermann, BGB 3. Aufl. § 1132 Anm. 4; Baur bei Soergel/Siebert § 1132 Anm. 4 sowie Sachenrecht § 43 I 3; Westermann, Sachenrecht 4. Aufl. § 109 II 1; Wolff/Raiser, Sachenrecht 10. Aufl. § 148 Fußn. 5; anders noch Planck/Strecker, BGB 5. Aufl. § 1132 Anm. 1 a ⁷). Insbesondere galt für sie die vom Berufungsgericht übersehene Bestimmung des § 1173 Abs. 1 (RGZ 146 aaO, Leitsatz), die gegenüber § 1163 und § 1172 BGB Sondervorschriften enthält. Sie besagt für den Fall der Belastung eines Miteigentumsgrundstücks folgendes: Befriedigt einer von mehreren Miteigentümern eines insgesamt mit einer Hypothek belasteten Grundstücks den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Miteigentumsanteil; die Hypothek an den übrigen Miteigentumsanteilen erlischt (§ 1173 Abs. 1 Satz 1 BGB); der Befriedigung des Gläubigers durch den Miteigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Miteigentümer übertragen wird oder wenn sich Forderung und Schuld in der Person des Miteigentümers vereinigen (aaO Satz 2). Da ein Ausgleichsanspruch des Onkels gegen die Tante im Sinne von § 1173 Abs. 2 BGB vom Tatrichter ohne Rechtsirrtum verneint wird, kommt die Bestimmung des § 1173 Abs. 1 Satz 1 zum Zug: Durch die in der Verrechnung liegende Tilgung der Hypothekenforderung ist die Hypothek am Miteigentumsanteil des Onkels in voller Höhe von 25 000 DM auf diesen übergegangen und die Hypothek am Miteigentumsanteil der Tante in voller Höhe erloschen.

Zu demselben Ergebnis käme man auch, wenn man in der Verrechnung von Darlehen und Teilungsquote nicht eine vertragliche Tilgung der Hypothekenforderung sehen würde (oben c), sondern die rechtsgeschäftliche Übertragung von Hypothekenforderung und Hypothek (beides ist nur zusammen möglich, § 1173 Abs. 2 BGB) von der Erbengemeinschaft auf den Onkel. Eine derartige Übertragung des Gläubigerrechts auf den passiv Beteiligten wäre begrifflich möglich, und zwar nicht nur beim dinglichen Recht, das sich dadurch aus einer Hypothek in eine Grundschild verwandeln kann (§ 1177 BGB), sondern auch bei der persönlichen Forderung, die dadurch wegen Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person erlischt (RG JW 1929, 178; BGH Beschluß vom 2. Oktober 1953, IV ZB 66/53, insoweit nicht in NJW 1953, 1865, aber in NJW 1954, 1429 mitgeteilt; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Aufl. § 76 zu Fußn. 2; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts 5. Aufl. I. Band S. 237 zu Fußn. 1). Sowohl jener Übergang des dinglichen Rechts als auch dieses Erlöschen des obligatorischen Rechts erfüllt den Tatbestand des § 1173 Abs. 1 Satz 2 BGB, der ebenso wie Satz 1 aaO dazu führt, daß das Grundpfandrecht am Anteil des Onkels auf diesen übergang und am Anteil der Tante erlosch.

(Auch die Annahme eines Verzichts der Erbengemeinschaft auf die Hypothek würde nicht zu einem Grundpfandrecht des Onkels auf beiden Miteigentumshälften führen, § 1175 BGB; sie scheitert auch daran, daß der nach § 1168 BGB erforderliche Vollzug im Grundbuch fehlt.)

Soweit hiernach das Grundpfandrecht bestehen blieb, nämlich am Miteigentumsanteil des Onkels, ist es nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts nach § 1177 BGB zur Grundschild geworden.

f) In der Beurteilung der erbrechtlichen Auswirkung jener Verrechnung ist dem Berufungsgericht für die Belastung des Miteigentumsanteils des Onkels voll beizutreten: Die Grundsuld von 25 000 GM stand als Surrogat eines Nachlaßgegenstands (§ 2111 BGB) dem Onkel von vornherein (Herbst 1930) nur als Vorerben zu mit der Nacherbenbeschränkung zugunsten der Mutter und ersatzweise zugunsten der Kläger.

Die Nacherbenbeschränkung scheitert entgegen der Meinung der Revision nicht schon daran, daß die Erbauseinandersetzung ohne jeden Vorbehalt erfolgte. Die Testamentsvollstreckerschaft war vom Erblasser nicht nur hinsichtlich des Vorerben, sondern ausdrücklich auch zur Wahrnehmung der Rechte der Nacherben angeordnet; sie ist deshalb durch die gegenüber dem Onkel als Vorerben erfolgte Auseinandersetzung noch keineswegs erloschen, auch nicht hinsichtlich der diesem zugewiesenen Nachlaßgegenstände. Daß die zur Nacherbin des Onkels berufene Mutter der Auseinandersetzung zustimmte, beseitigte nur das im Auseinandersetzungsverbot des Erblassers liegende Wirksamkeitshindernis (oben b) und das etwaige Wirksamkeitshindernis aus § 2113 Abs. 1 BGB (oben c), aber nicht die Nacherbenbeschränkung hinsichtlich des Grundpfandrechts. Wäre diese Beseitigung die Folge der Mitwirkung des Nacherben bei einer Erbauseinandersetzung vor dem Nacherbfall, so wäre eine solche Mitwirkung, die im Umfang des § 2113 BGB (abgesehen vom Fall der Testamentsvollstreckung) zur wirklichen Zuteilung der Nachlaßgegenstände erforderlich ist (vgl. RGZ 75, 363, 366; KG SA 66, 302 Nr. 153; Planck/Flad § 2113 Anm. 1 b; BGB RGRK § 2112 Anm. 13; Staudinger/Seybold § 2112 Randn. 17), und damit eine Erbauseinandersetzung mit einem Vorerben überhaupt praktisch in Frage gestellt; die Möglichkeit der Erbauseinandersetzung mit einem Vorerben ist aber anerkannt (vgl. wegen der Wirkungen einer solchen Auseinandersetzung die genannten Belegstellen sowie KG OLG 8, 321; Dresden OLG 35, 371, 373; Staudinger/Seybold 2113 Randn. 6).

Positiv ergibt sich die Nacherbenverhaftung des Grundpfandrechts aus § 2111 BGB. Nach dieser Bestimmung gehört zu der mit Nacherbenbeschränkung versehenen Erbschaft (Vorerbschaft) unter anderem dasjenige, was der Vorerbe durch ein Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt. Mit Mitteln der Erbschaft in diesem Sinne sind auch diejenigen Gegenstände erworben, die der Vorerbe im Wege der Auseinandersetzung aus dem Nachlaß erhält (Senatsurteil vom 3. Dezember 1958, V ZR 98/57, MDR 1951, 290 = FamRZ 1959, 111 = RdL 1959, 127 im Anschluß an RGZ 89, 53, 58/60). Wenn auch eine Nacherbschaftsverhaftung von Gegenständen über den Rahmen des § 2111 BGB hinaus wegen des Ausnahmecharakters dieser Vorschrift abgelehnt wird (vgl. unten V b), so hindert das doch nicht, daß bei Beantwortung der Frage, was unter den gesetzlichen Tatbestand des "Erwerbs durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft" fällt, nicht ein formaler, sondern ein wirtschaftlicher Maßstab angelegt wird. Schon RGZ 89, 53, 58/60 hebt ab auf eine durch den mehr wirtschaftlichen Begriff "mit Mitteln" gerechtfertigte freiere Auffassung und den mit § 2113 offenbar verfolgten Zweck, den Nacherben gegen eine Verkümmern seiner Rechte durch Verringerung der Erbschaftsmasse zu schützen; die Entscheidung betont anschließend, in den nicht seltenen Fällen der Auseinandersetzung eines Vorerben mit seinen Miterben dürfe die in § 2113 BGB, § 52 GBO vorgesehene dingliche Sicherung des Nacherben nicht zu einem bloß persönlichen, ungesicherten Geldanspruch "verflüchtigt" werden. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise spricht aber entscheidend für eine Einbeziehung der vorliegenden Grundschuld in die Vorerbschaft der auch vom Berufungsurteil (S. 20) in den Mittelpunkt gestellte Umstand, daß der Onkel das Grundpfandrecht durch eine auf rechtsgeschäftlichem Weg mit Nachlaßmitteln erfolgte Entschuldung erlangt hat, nämlich durch die Verwendung seines Auseinandersetzungsguthabens zur Verrechnung mit seiner

114

Darlehensschuld. In diesem maßgebenden Punkte besteht kein Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und dem bisher schon in gleichem Sinn entschiedenen Fall, daß auch das entschuldete Grundstück selbst zum Nachlaß gehörte. Demgegenüber ist unwesentlich, daß es sich rechtskonstruktiv nicht um eine unmittelbare rechtsgeschäftliche Übertragung der Hypothek handelt, sondern um einen Übergang kraft Gesetzes als Folge des die Hypothekenforderung tilgenden Rechtsgeschäfts. Wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt, bestehen gegen die Anwendung des § 2111 BGB auch wegen der Sicherheit des Rechtsverkehrs keine Bedenken, da die Nacherbenbeschränkung ins Grundbuch eingetragen worden muß (§ 52 GBO) und beim Fehlen dieser Eintragung ein gutgläubiger Erwerb nach § 2113 Abs. 3 in Verb. m. § 892 BGB geschützt ist.

Zu Unrecht will die Revision die Nacherben auf einen schuldrechtlichen Wertersatzanspruch aus § 2134 BGB beschränkt wissen. Diese Vorschrift kommt erst zum Zug, wenn ein Surrogat für den verbrauchten Erbschaftsgegenstand im Sinne von § 2111 BGB nicht mehr vorhanden ist.

Hiernach war das Grundpfandrecht in voller Höhe am Miteigentumsanteil des Onkels seit der Teilauseinandersetzung 1930 ein der Nacherbenbeschränkung unterliegender Erbschaftsgegenstand.

IV.

Diese Grundsuld wurde bei der Währungsreform 1948 im Verhältnis 1 : 1, also auf 25 000 DM umgestellt, wie rechtskräftig feststeht.

V.

a) Die mit Zustimmung der Kläger getroffene Vereinbarung von 1952 zwischen dem Onkel, der Tante und der Testamentsvollstreckerin des Großvaters stellt hinsichtlich des Miteigentumsanteils des Onkels, was das Bestehen und den ziffernmäßigen Umfang der Grundschuld sowie die Rechtsinhaberschaft und Verfügungsbefugnis daran betrifft, nur eine (materiell-rechtlich überflüssige) Bestätigung der bereits außerhalb des Grundbuchs im Herbst 1930 eingetretenen Rechtslage dar. Insoweit bewirkte die Verlautbarung der Grundschuld im Grundbuch keine Rechtsänderung, sondern eine Grundbuchberichtigung. Rechtsändernd waren Vereinbarung und Grundbucheintrag hinsichtlich dieser Eigentumshälfte nur, soweit das bisherige Briefrecht in ein Buchrecht umgewandelt und abändernde Bestimmungen über Verzinsung und Fälligkeit der Post getroffen wurden.

Hinsichtlich dieses Miteigentumsanteils stand die Grundschuld zunächst nach wie vor 1952 dem Onkel als Vorerben zu. Entweder mit seinem Tod 1955 oder spätestens mit dem Tod der Tante 1956 fiel die Grundschuld durch Eintritt des Nacherbfalles den Klägern als Nacherben an (§ 2139 BGB, oben II). (Das Berufungsgericht geht ersichtlich von der Nichtvererblichkeit des Nacherbrechts der Mutter aus, § 2108 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB, was angesichts des Gesamteinhalts der großväterlichen Testamente einleuchtend, jedenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist; vgl. hierüber Senatsurteil vom 23. Januar 1963, V ZR 82/61: NJW 1963, 1150 = FamRZ 1963, 290 = MDR 1963, 487).

b) Am Miteigentumsanteil der Tante dagegen, an dem die frühere Hypothek von 25 000 GM im Herbst 1930 erloschen war (oben III e), wurde durch die Vereinbarung von 1952

und ihren Grundbuchvollzug eine Grundschild in gleicher Höhe von 25 000 DM neu begründet.

Ob die Begründung dieser Grundschild allerdings derart möglich war, daß sie dem Onkel als Vorerben und der Mutter, ersatzweise den Klägern als Nacherben zustand, ist zweifelhaft. Die Neuschaffung von Vorerbschaftsvermögen nach Eintritt des Erbfalls außerhalb des Rahmens des § 2111 BGB wird als unmöglich angesehen (RG HRR 1928, 1592; KGJ 40, 183, 185 ff; JFG 7, 270, 272 ff; BGB RGRK § 2112 Anm. 2). Offenbleiben mag, ob eine Ausnahme für solche Fälle gemacht werden könnte, wo nicht die bewußte Schaffung völlig neuer Werte in der Hand des Vorerben als solchen in Frage steht, sondern nur eine Klarstellung des bisher jedenfalls in der Sicht der Beteiligten unklaren Umfangs des Vorerbschaftsvermögens, wie etwa beim Abschluß eines Vergleichs oder bei einer Vereinbarung der vorliegenden Art, die nach ihrem ausdrücklichen Ausspruch (in den Einleitungsworten II) geschlossen wurde, "um die rechtlichen Verhältnisse der Hypothek zu klären". Denn falls hiernach die Grundschild am Miteigentumsanteil der Tante als Vorerbschaftsgegenstand begründet werden konnte, so besteht seit 1952 eine einheitliche, wie ein Gesamtgrundpfandrecht zu beurteilende Grundschild von 25 000 DM an beiden Miteigentumsanteilen, die bis zu seinem Tod 1955 dem Onkel als Vorerben zustand und spätestens seit dem Tod der Tante 1956 den Klägern als Nacherben zusteht, wie das Berufungsgericht annimmt. Konnte jedoch die Grundschild am Miteigentumsanteil der Tante nicht als Vorerbschaftsgegenstand begründet werden, so sind Vereinbarung und Grundbucheintrag hinsichtlich des Miteigentumsanteils der Tante auslegungsbedürftig. Zur Auslegung ist das Revisionsgericht selbständig berufen, beim Grundbucheintrag ohnehin (BGHZ 37, 147, 149 mit Nachweisen), bei der Vereinbarung deshalb, weil das Berufungsurteil eine Auslegung überhaupt nicht vornimmt.

und daher insoweit eine Lücke enthält (vgl. Senatsurteil vom 13. Juli 1960, V ZR 90/59, NJW 1960, 1248 = WM 1960, 787 mit Nachweisen). Die Auslegung ergibt dann, daß die Grundschuld für den Onkel als durch seinen Tod auflösend befristet begründet wurde und für die Mutter und die Kläger aufschiebend bedingt derart, daß sie (mit dem Tod des Onkels oder spätestens) mit dem Tod der Tante dann, wenn die Mutter diesen Zeitpunkt überlebte, von der Mutter und dann, wenn die Mutter ihn nicht erlebte, von den Klägern erworben werden sollte. Derart befristete und bedingte Grundpfandrechtsbestellungen sind möglich. Nach Sachlage ist auch anzunehmen, daß ein derartiger Inhalt der Vereinbarung dann, wenn der ihrem Wortlaut entsprechende Weg (Vorerbschaftsvermögen) rechtlich nicht gangbar war, dem Willen aller an der Vereinbarung von 1952 Beteiligten entsprach. Sonach besteht das Grundpfandrecht spätestens seit 1956 wieder als einheitliche Gesamtbelastung auf beiden Miteigentumsanteilen, und zwar zugunsten der Kläger.

c) Ohne Erfolg berufen sich die Beklagten wie in den Vorinstanzen auf die Anfechtung der Vereinbarung von 1952 wegen Irrtums.

Soweit sie irrigerweise angenommen haben wollen, das Hypothekendarlehen sei schon vom Großvater zu seinen Lebzeiten gegeben und hypothekarisch gesichert worden, kann ein solcher Irrtum bei der nach § 119 BGB gebotenen verständigen Würdigung für die Vereinbarung nicht ursächlich gewesen sein. Denn die Frage, ob Darlehensforderung und Hypothek vom Großvater oder nach seinem Tod von seiner Erbengemeinschaft begründet wurden, ist für die zwischen den Parteien unstrittene Rechtslage gleichgültig: Im ersten Fall wären Hypothekenforderung und Hypothek beim Tod des Großvaters auf die Erbengemeinschaft übergegangen, und der Onkel hätte

als Miterbe bei diesem Erbfall einen Gesamthandsanteil daran erworben. Im zweiten Fall erwarb er diesen Gesamthandsanteil bereits mit der Begründung von Hypothekenforderung und Hypothek. In beiden Fällen unterlag sein Gesamthandsanteil an Hypothekenforderung und Hypothek von vornherein der Nacherbenbeschränkung, und diese setzte sich bei der Teilauseinandersetzung 1930 an der ihm zufallenden Grundschuld an seinem Miteigentumsanteil fort.

Auch bei einem etwaigen Irrtum über die Anwendbarkeit des § 2143 BGB fehlt es an der Ursächlichkeit im Sinne von § 119 BGB. § 2143 BGB setzt allerdings ein schon zu Lebzeiten des Erblassers begründetes Rechtsverhältnis voraus. Aber die Bestimmung war auf die Hypothekenforderung und Hypothek in keinem Fall anwendbar; denn auch wenn die Rechte schon in der Person des Großvaters begründet worden wären, wäre durch seinen Tod keine Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit und Belastung eingetreten, weil auf Gläubigersseite die Gesamthandsgemeinschaft der Erben und auf Schuldner-Eigentümer-Seite der Onkel als bloßer Miterbe neben anderen stand. Eine Vereinigung der Aktiv- und der Passivbeteiligung in einer Person entstand in jedem Fall nicht durch den Tod des Großvaters. Sie konnte allenfalls in Betracht kommen bei der Teilauseinandersetzung im Herbst 1930, wenn man in ihr nämlich nicht eine Tilgung, sondern eine Übertragung der Hypothekenforderung nebst Hypothek von der Erbengemeinschaft auf den Onkel sehen wollte (darüber oben III c Ende). In diesem Fall käme allerdings ein Wiederaufleben der Forderung mit dem Nacherbfall in Betracht, zwar nicht nach § 2143 BGB unmittelbar, aber nach dem dieser Vorschrift zu Grunde liegenden allgemeineren Rechtsgedanken; ein Irrtum über die Anwendbarkeit des § 2143 BGB bedeutete also noch keinen Irrtum über die Rechtslage.

Der Glaube von Onkel und Tante an die Einsetzung von Mutter und Klägern als Nacherben hinter dem Onkel war nicht irrig, sondern entsprach der wirklichen Rechtslage (oben II).

Geirrt haben die Vertragsschließenden von 1952 oder ein Teil von ihnen hiernach allenfalls über die Belastung des Miteigentumsanteils der Tante mit dem Grundpfandrecht, indem sie die Belastung noch für bestehend hielten, während sie in Wirklichkeit 1930 erloschen war (oben III e). Auf einen solchen Irrtum haben sich die Beklagten jedoch bisher nicht berufen. Und selbst wenn man ihn nach dem Gesamtvortrag als mitbehauptet ansehen wollte, wäre nicht dargetan, daß die Tante - auf sie allein kommt es rechtlich an - ihre Willenserklärungen von 1952 bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte. Gegen eine solche Ursächlichkeit spricht, daß nach dem, soweit ersichtlich, nicht konkret bestrittenen Vortrag der Kläger über die Entstehungsgeschichte der Vereinbarung (Berufungsbegründung S. 2 ff = GA 80 ff) der offenbar zugleich für die Tante federführende Onkel den Willen hatte, den Klägern, deren Nacherbrecht er nicht bezweifelte, das "Anrecht auf 25 000 DM an dem Wert unseres Hauses " (Schreiben des Onkels vom 29. Oktober 1950) zu sichern, daß man damals wie schon 1930 den Miteigentumsanteil der Tante als eine Art wirtschaftliches Anhängsel des Anteils des Onkels ansah und daß die Vereinbarung gerade den Zweck verfolgte, rechtlich klare Verhältnisse zu schaffen, wobei man sich der Schwierigkeit und bisherigen Ungklärtheit der Rechtslage (im allgemeinen, wenn auch vielleicht nicht gerade in dem hier in Betracht kommenden Punkt im besonderen) durchaus bewußt war. Jedenfalls ist der erforderliche positive Nachweis der Ursächlichkeit dieses Irrtums von den Beklagten weder durch eine Lebenserfahrung noch sonstwie erbracht.

VI.

Nach allem hat das Berufungsgericht im Ergebnis rechts-
irrtumsfrei die dingliche Haftung der Beklagten aus der
Grundschild in vollem Umfang bejaht. Die Revision war als
unbegründet mit der Kostenfolge aus §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1
ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Piopenbrock

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger