

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2207 094

BGB §§ 2033, 2042 ff, 74^a ff, 752

Über einen Erbteil kann auch in Bruchteilen verfügt werden (Bestätigung von RG Warn. 1913 Nr. 234).

Wird ein (am Nachlaß A beteiligter) Miterbe (B) von mehreren Personen gemeinschaftlich beerbt, so kann jede von diesen bei der Auseinandersetzung des Nachlasses ihres Erblassers (B) die Übertragung eines ihrer Erbquote entsprechenden Bruchteils seines Erbteils (am Nachlaß A) auf sich verlangen.

BGH, Urt. v. 28. Juni 1963 - V ZR 15/62

OLG } Saarbrücken
LG }

V_ZR_15/62

Verkündet

am 28. Juni 1963

Gymalla, Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Witwe Anneliese J [REDACTED] geb. S [REDACTED] in
M [REDACTED], T [REDACTED] Allee [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] ..

gegen

1. den Ingenieur Carl J [REDACTED] in M [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

2. den Kaufmann Erwin J [REDACTED] in T [REDACTED],
S [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs

auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1963

unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster,
Dr. Rothe, Dr. Mattern und Ofterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil

- 1a -

des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Saarbrücken vom 5. Dezember 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der kinderlose, kriegsvermißte und auf 31. Dezember 1951 für tot erklärte Ehemann der Klägerin, Dipl.-Ing. Hans J. [REDACTED], und die Beklagten sind Brüder. Ihr Vater, der Bauunternehmer Dipl.-Ing. Peter J. [REDACTED] (Vater), ist am 29. Juli 1949 gestorben. Er hinterließ ein eigenhändiges Testament vom 20. Juli 1947, durch welches er u.a. seine drei Söhne als Erben einsetzte, die Nachlaßauseinandersetzung bis zum Ableben seiner Ehefrau (der Stiefmutter der Söhne) ausschloß und bestimmte:

"Ersatzerben eines jeden Erben sind seine Abkömmlinge.

Sind solche nicht vorhanden, so wächst der Anteil des weggefallenen Erben den übrigen eingesetzten Erben zu gleichen Teilen an."

Wenige Tage vor Testamentserrichtung, durch notariellen Vertrag vom 15. Juli 1947, war zwischen dem Vater und den drei soweit nötig durch Pfleger vertretenen Söhnen eine Kommanditgesellschaft zur Fortführung des väterlichen Bauunternehmens mit dem Vater als persönlich haftendem Gesellschafter und den Söhnen als Kommanditisten gegründet worden. Der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters mit dessen Erben fortgesetzt wird, bei den Kommanditisten insoweit, als die Erben Abkömmlinge eines Kommanditisten sind, sowie daß Nichtabkömmlinge des Vaters am Schluß des Geschäftsjahres aus der Gesellschaft ausscheiden (§ 5).

Der Sohn Hans wurde kraft Gesetzes von der Klägerin als Witve zu 1/2 und von den Beklagten als Brüdern zu je 1/4 beerbt.

Die Parteien streiten darum, ob mit dem Tode von Hans (1951) dessen $\frac{1}{3}$ -Erbteil am Nachlaß des Vaters an die Klägerin und die Beklagten zusammen als Erbeserben oder an die Beklagten allein als Nacherben gegangen ist.

Die Klägerin begehrte Verurteilung zur Einwilligung in die Auseinandersetzung des Nachlasses Hans dahin, daß ihr $\frac{1}{6}$ und jedem der Beklagten $\frac{1}{12}$ Anteil am Nachlaß des Vaters übertragen werde, im Berufungsverfahren hilfsweise Feststellung, Hans sei von ihr zu $\frac{1}{2}$ und von den Beklagten zu je $\frac{1}{4}$ beerbt worden und die dadurch entstandene Erbengemeinschaft sei zu $\frac{1}{3}$ am Nachlaß des Vaters beteiligt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage als unbegründet abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter; die Beklagten bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Gegen die Zulässigkeit des Hauptklageantrags bestehen keine Bedenken, Er richtet sich auf teilweise Auseinandersetzung des Nachlasses Hans, nämlich, soweit dazu der Erbteil von Hans am Nachlaß des Vaters gehört, und enthält die für eine Erbteilungsklage nötige konkrete Angabe des Inhalts dieser begehrten Teilausinandersetzung (Auseinandersetzungplan) dahin, daß der $\frac{1}{3}$ -Erbteil Hans am Nachlaß des Vaters zur Hälfte auf die Klägerin und zu je $\frac{1}{4}$ auf die Beklagten übertragen werden solle.

Beim Hilfsantrag bestehen Bedenken gegen die Bejahung

eines Feststellungsinteresses (§ 256 ZPO) der Klägerin insoweit, als die Beerbung Hans durch die Klägerin (zu 1/2) und die Beklagten (zu je 1/4) in Betracht kommt; denn diese Rechtslage ist nach dem Tatbestand des Berufungsurteils (S. 3 unten) nicht umstritten. Der Senat legt indessen den Hilfsantrag abweichend von seinem mißverständlichen Wortlaut dahin aus, daß Gegenstand des Feststellungsbegehrens nur die Erbfolge nach dem Vater ist (zweiter Satzteil des Hilfsantrags) und daß die Erbfolge nach Hans (erster Satzteil) nur die Begründung für jenes Begehren abgeben soll. So hat ihn ersichtlich auch das Berufungsgericht aufgefaßt; denn es bezeichnet das Verhalten der Beklagten zum Hilfsantrag ohne Einschränkung als bestreitend (BU S. 13), und das kann sich angesichts jener Feststellung im unstreitigen Sachverhalt über die Erbfolge nach Hans nur auf die Erbfolge nach dem Vater beziehen; das Berufungsurteil enthält auch weder eine Begründung noch einen Anhaltspunkt dafür, daß es hätte die Erbfolge nach Hans selbständig beurteilen und darüber rechtskraftfähig entscheiden wollen. Hiernach ist auch das Berufungsurteil dahin auszulegen, daß nur die Erbfolge nach dem Vater, nicht auch die nach Hans mit dem von der Klägerin geltend gemachten Inhalt rechtskraftfähig verneint worden ist. Für den ferneren Verlauf des Rechtsstreits empfiehlt sich eine klarstellende Änderung des Antragswortlauts.

Hinsichtlich der Erbfolge nach dem Vater hat das Berufungsgericht das Feststellungsinteresse zum Hilfsantrag zutreffend bejaht. Der von der Beklagten in der Vorinstanz ins Feld geführte Umstand, daß das eigentliche (gemeint: wirtschaftliche) Ziel der Klägerin eine Herauszahlung sei (BU S. 8), ergibt nichts dagegen.

II.

Auf Grund der durch die Todeserklärung begründeten, von den Beklagten nicht entkräfteten gesetzlichen Vermutung (§ 9 Abs. 1 VerschG i.V.m. Art. 5 III des Saarländischen Rechtsangleichungsgesetzes vom 22. Dezember 1956, Amtsblatt des Saarlandes S. 1667) ist davon auszugehen, daß Hans J. [REDACTED] bis zu dem im Todeserklärungsbeschuß festgestellten Todeszeitpunkt, nämlich bis zum 31. Dezember 1951 gelebt hat und an diesem Tage gestorben ist, daß er also den 1949 gestorbenen Vater überlebt hat. Infolgedessen ist Hans J. [REDACTED] 1949 nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Testament neben seinen beiden Brüdern zu $\frac{1}{3}$ Miterbe am Nachlaß des Vaters geworden; hiervon gehen beide Parteien und ersichtlich auch das Berufungsgericht zutreffend aus.

Die Kernfrage des vorliegenden Rechtsstreits, ob die Klägerin am Nachlaß des Vaters (ihres Schwiegervaters) erbbeteiligt ist, hängt davon ab, ob dieser in seinem Testament den Sohn Hans (ihren Ehemann) zum unbeschränkten Miterben (Voll-Miterben) eingesetzt hat oder nur zum Vor-Miterben mit dem Beklagten als Nacherben auf den Tod des Vor-erben. War Hans unbeschränkter Miterbe des Vaters, so gehörte sein $\frac{1}{3}$ -Erbteil am väterlichen Nachlaß zu seinem eigenen Nachlaß und wurde deshalb 1951 mit dem übrigen Vermögen von Hans auf die Erben von Hans vererbt (§ 1922 BGB), nämlich auf die Klägerin zu $\frac{1}{2}$ (= vom Gesamtnachlaß des Vaters wirtschaftlich $\frac{1}{6}$) und auf die Beklagten zu je $\frac{1}{4}$ (= vom Gesamtnachlaß des Vaters wirtschaftlich je $\frac{1}{12}$). War Hans nur Vor-Miterbe, so schied sein Erbteil am väterlichen Nachlaß bei seinem Tod aus seinem Vermögen wieder aus und fiel zu je $\frac{1}{2}$ (= wirtschaftlich je $\frac{1}{6}$ vom Gesamtnachlaß des Vaters) an die Beklagten als Nacherben des Vaters (§ 2139 BGB).

Das Berufungsgericht sieht einen Fall der Vor- und Nacherbeinsetzung als gegeben an: Die Bezeichnung "Ersatzerbe" im Testament sei für Laien nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig. Zur Auslegung seien neben dem Testamentstext der Gesellschaftsvertrag sowie die unbestrittenen Tatsachen heranzuziehen, daß Hans J. [REDACTED] kinderlos und vermißt und Erwin J. [REDACTED] in Kriegsgefangenschaft war, sowie daß Gesellschaftsvertrag und Testament auf gleichzeitige Entwürfe desselben Notars - das Testament auf einen Erbvertragsentwurf - zurückgehen. Der Notar habe nach einer vorherigen Rücksprache mit dem Erblasser, dessen Absichten entsprechend, den Erbvertragsentwurf formuliert und dabei von sich aus den Ausdruck "Ersatzerbe" im technischen Sinne des § 2096 BGB und nicht im Sinne einer Nacherbschaft (§ 2100 BGB) in den Entwurf des Erbvertrags eingesetzt, aber später mit dem Erblasser nicht mehr über den Inhalt des Testaments verhandelt. Hinsichtlich des damals seit mehreren Jahren vermißten Sohnes Hans habe es für den Vater nach der Lebenserfahrung nahegelegt, ihn für den Fall, daß er noch lebe, als Erben einzusetzen, aber "für den gegenteiligen Fall des in der Gefangenschaft bereits erfolgten oder auch noch zu befürchtenden Todes" für ihn einen Ersatzerben im technischen Sinne zu bestellen. Ähnlich sei beim Gesellschaftsvertrag verfahren worden. Aus beiden Rechtsgeschäften sei ersichtlich, daß nur die Abkömmlinge am Nachlaß des Vaters und an der Gesellschaft beteiligt werden sollten, um so mehr als auch die Ehefrau des Vaters weder vor noch nach seinem Tode an der Gesellschaft beteiligt gewesen sei. Bei dieser Sachlage sei es bedeutungslos, daß in dem Beschluß über die Todeserklärung als Todeszeitpunkt der 31. Dezember 1951, also ein nach dem Tod des Erblassers liegender Zeitpunkt festgestellt worden sei. Es könne mangels jeglicher Anhaltspunkte und mangels jeglicher Vernunftsgründe nicht angenommen werden, daß der

Erblasser für diesen Fall an Stelle des Vermißten dessen Ehefrau am Nachlaß beteiligt wissen wollte. Die Todeserklärung sei nach dem Ableben des Vaters erfolgt. Hätte dieser vorausgesehen, daß in der gerichtlichen Todeserklärung kraft gesetzlicher Vermutung ein nach dem Erbfall liegender Zeitpunkt für den Tod seines Sohnes festgestellt worden würde, so würde er auch für diesen Fall die Regelung gewollt haben, daß an Stelle des Vermißten dessen Brüder treten sollten. Dieser hypothetische Wille sei aus der Bestimmung, daß bei Wegfall eines kinderlosen Sohnes dessen Anteil den übrigen eingesetzten Erben anwachsen solle, in Verbindung mit den genannten Umständen mit genügender Sicherheit zu schließen. Diesem Ergebnis stehe nicht entgegen, daß in dem Testament für alle Erben eine Eratzerbenschaft angeordnet sei. Der Erblasser habe annehmen dürfen, daß der zu Hause befindliche Sohn Carl ihn überleben und die Erbschaft antreten werde, und daß der in Gefangenschaft befindliche Sohn Erwin zurückkehren, jedenfalls aber dort nicht nach seinem, des Vaters, Tode versterben würde, daß aber bei einem etwaigen Vorversterben auch dieses Sohnes in der Gefangenschaft, da er kinderlos - und nach dem Tatbestand des Berufungsurteils unverheiratet - war, sein Anteil einem eingesetzten Erben anwachsen würde. Auch daß zu dem Zeitpunkt, in dem der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, der Sohn Hans möglicherweise schon tot war, habe der Erblasser in Kauf nehmen können, da dann der Gesellschaftsvertrag jedenfalls mit den beiden anderen Söhnen zustande gekommen wäre und ebenso wie der bereits verstorbene Sohn Hans auch dessen Erben für eine Beteiligung an der Gesellschaft ausgefallen wären. Somit müsse angenommen werden, daß der testamentarisch immerhin als Erbe eingesetzte Sohn Hans bis zu dem für ihn festgesetzten Todestag Vorerbe gewesen und dann seine Brüder als Nacherben an seine Stelle getreten seien.

Die Angriffe der Revision hiergegen haben im Ergebnis Erfolg.

a) Ohne Rechtsirrtum geht das Berufungsgericht allerdings von der Auslegungsbedürftigkeit der einschlägigen Bestimmungen des Testaments aus. Der Testamentswortlaut arbeitet zwar mit Ausdrücken (Ersatzerbe, weggefallener Erbe, Anwachsung), die in der Gesetzessprache eine festgelegte - von der Auslegung des Berufungsgerichts abweichende - Bedeutung haben: sie werden vom Gesetz nur benutzt für Fälle (Erbverzicht, Erbausschlagung, Erbunwürdig^{er}klärung), wo der Erstberufene entweder von vornherein nicht Erbe geworden ist oder die zunächst erlangte Erbenstellung mit Rückwirkung wieder verloren hat (§§ 2094, 2096 BGB; geht der Wille des Erblassers dahin, daß sowohl der Erstberufene als auch der Zweitberufene in zeitlicher Aufeinanderfolge seine Erben sein sollen, so spricht das Gesetz weder von Wegfall noch von Anwachsung noch vom Ersatzerben, sondern vom Nacherben, § 2100 BGB; nach gesetzlicher Dispositivvorschrift enthält zwar die Einsetzung als Nacherbe im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe, § 2102 Abs. 1 BGB; doch gilt nicht auch das Umgekehrte, vielmehr soll bei Zweifeln nur Ersatzerbeinsetzung angenommen werden, § 2102 Abs. 2 BGB). Der Erblasser hat diese Ausdrucksweise des Testaments nicht selbst geprägt, sondern aus einem Erbvertragsentwurf übernommen, den er sich von einem Notar hatte fertigen lassen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß der Erblasser die Ausdrücke nur im Sinne, des gesetzlichen Sprachgebrauchs gemeint haben kann; gebraucht von einem juristischen Laien sind sie auch unter den geschilderten Umständen nicht eindeutig und daher der Auslegung fähig und bedürftig. Zu Unrecht vornimmt die Revision schon in diesem Zusammenhang eine Feststellung des Berufungsgerichts dahin, daß die im Testament benutzte Ausdrucksweise für diesen konkreten Erblasser (Vater J. [REDACTED]) mehrdeutig und er sich nicht über deren technische Bedeutung im klaren gewesen sei; derartige Überlegungen sind erst im Rahmen der Auslegung anzustellen.

und setzen daher die Auslegungsbedürftigkeit bereits voraus.

b) Die Auslegung selbst, die das Berufungsgericht jener Testamentsbestimmung gibt, begegnet jedoch unter dem Gesichtspunkt des § 133 BGB rechtlichen Bedenken.

Bei der zur Zeit der Testamentserrichtung gegebenen Sachlage sind hinsichtlich des Inhalts der Zweitberufung (der Abkömmlinge und bei deren Fehlen der übrigen Brüder) insbesondere folgende Möglichkeiten des Willens des Vaters J. denkbar:

1. Die (Abkömmlinge und bei ihrem Fehlen die) Brüder sollten dann an die Stelle eines Sohnes (oder mehrerer Söhne) treten, wenn er vor dem Vater stirbt (die Fälle des Erbverzichts, der Erbausschlagung und der Erbn unwürdiggklärung scheiden nach Sachlage aus). Bei dieser Auslegung läge reine Ersatzerbeinsetzung vor (§ 2096 BGB). Der Zweitberufungsfall wäre nicht eingetreten; beim Tod des Vaters 1949 wären alle drei Söhne dessen unbeschränkte Miterben zu je 1/3 geworden, und der Erbteil von Hans wäre beim Tod von Hans 1951 auf die Klägerin und die Beklagten als Erbeserben übergegangen (§ 1922 BGB). Die Klägerin wäre also als Erbeserbin am Nachlaß des Vaters beteiligt.

2. Die (Abkömmlinge und bei ihrem Fehlen die) Brüder sollten in jedem Fall an die Stelle eines Sohnes bei dessen Tode treten, gleich ob er vor oder nach dem Vater stirbt. Bei dieser Auslegung läge sowohl Ersatzerbeinsetzung (für den Fall des Vorversterbens eines Sohnes) als auch Nacherbeinsetzung (für den Fall des Vorversterbens des Vaters) vor (§§ 2100, 2102 Abs. 1, 2106 BGB). Die Ersatzerbeinsetzung wäre nicht praktisch geworden, da alle Söhne den Vater überlebt haben; mit dem Tod des Vaters 1949 wären alle drei

Söhne dessen Miterben zu je $\frac{1}{3}$ geworden, jedoch nur als Vorerben. Hinsichtlich des Sohnes Hans wäre bei seinem Tod 1951 der Nacherbfall eingetreten, der Erbteil Hans wäre also in diesem Zeitpunkt den beiden Brüdern als Nacherben angefallen (§ 2139 BGB). Mindestens ein weiterer Nacherbfall würde beim Tod des Erstversterbenden der beiden Beklagten eintreten mit der Wirkung, daß dessen Erbteil (und zwar im Zweifel das ursprüngliche Erbteilsdrittel zusätzlich der von Hans angewachsenen Drittelhälfte, § 2110 Abs. 1 BGB) an seine Abkömmlinge, hilfsweise an den überlebenden Bruder fällt (der dann alle Erbteile nach dem Vater in seiner Hand vereinigen würde; je nach dem Vorhandensein von Abkömmlingen würden sich noch weitere Nacherbfälle ergeben). Die Klägerin wäre am Nachlaß des Vaters nicht beteiligt.

3. An die Stelle eines vor dem Vater versterbenden Sohnes hätten (die Abkömmlinge, hilfsweise) die Brüder treten (wie im Fall 1); das gleiche sollte gelten, wenn der eine oder der andere der beiden bei Testamentserrichtung noch nicht aus dem Kriege heimgekehrten Söhne (Hans und Erwin) zwar nach dem Vater verstirbt, jedoch ohne nach Hause zurückgekehrt zu sein. Bei dieser Auslegung lägen Ersatzerbeinsetzung und zu Lasten von Hans und Erwin zugleich aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung (vgl. § 2106 Abs. 1 BGB) vor. Beim Tod des Vaters 1949 wären die drei Söhne Miterben geworden; beim Tod von Hans 1951 wäre der Erbteil Hans infolge Eintritts des Nacherbfalles an die Beklagten als Nacherben gefallen; da Erwin heimgekehrt ist, könnte ein weiterer Nacherbfall nicht eintreten. Die Klägerin wäre am Nachlaß des Vaters nicht beteiligt.

4. Der Erblasser wollte, bei Regelung im übrigen wie im Fall 3, die bedingte Nacherbenbeschränkung nur zu Lasten des damals vermisten Sohnes Hans, nicht auch zu Lasten des

dannals bekanntermaßen in Kriegsgefangenschaft befindlichen Sohnes Erwin. Das Ergebnis wäre das gleiche wie im Fall 3.

(Zu 3 und 4: Eine Anordnung, daß die beim Tod des Vaters erlangte Erbenstellung eines überlebenden Sohnes bei dessen späterem Tod, etwa in Kriegsgefangenschaft, rückwirkend auf den Zeitpunkt des Todes des Vaters wieder zugunsten der Brüder entfallen solle, wäre rechtlich nicht möglich, § 158 BGB.)

Von diesen vier Auslegungsmöglichkeiten scheint der Tatrichter die vierte im Auge zu haben (Ersatzerbeinsetzung im allgemeinen, dazu bedingte Nacherbeinsetzung zu Lasten Hans). Dem Wortlaut des Testaments entspricht allein die Auslegung im ersten Sinne (nur Ersatzerbeinsetzung, keine Nacherbeinsetzung); der Wortlaut ist zwar keineswegs allein maßgebend, muß aber selbstverständlich bei der Auslegung mitberücksichtigt werden (§ 133 BGB; vgl. RQZ 131, 78, 81). Das Berufungsgericht ist sich der Bedeutung dieses Wortlauts bewußt. Es geht ausdrücklich davon aus, daß auch der Notar bei der Formulierung des Verfügungsentwurfs den Ausdruck "Ersatzerbe" im genannten technischen Sinne des § 2096 BGB verstanden hat und daß diese Formulierung den Absichten des Erblassers entsprach (BU S. 11). Die hieran anknüpfenden Erwägungen des Berufungsurteils sind jedoch unter dem Gesichtspunkt des § 133 BGB rechtlich fehlerhaft. Wenn es das Oberlandesgericht als naheliegend bezeichnet, daß der Vater auch den Fall eines (erst) "noch zu befürchtenden Todes" des Sohnes Hans regeln wollte, so ist unklar, ob es hiermit nur den Fall gemeint hat, daß Hans zwar nach Testamentserrichtung, aber noch vor dem Vater sterben würde, oder auch den Fall, daß Hans nach dem Vater sterben würde. Meinte es den Ausdruck im letzteren,

weiteren Sinne, so ist der Satz des Berufungsurteils in sich widerspruchsvoll, da hierin zwangsläufig eine Nacherbinsetzung läge, während das Berufungsgericht auch diesen Fall ausdrücklich unter den Begriff der Bestellung eines Ersatzerben im technischen Sinne einreicht. Meinte es jenen Ausdruck im ersteren, engeren Sinne (Tod Hans zwischen der Testamentserrichtung und dem Tod des Vaters), so gibt diese Erwägung nichts her für die Frage, was der Vater für den zur Entscheidung stehenden Fall gewollt hat, daß der Sohn Hans nach ihm (in Kriegsgefangenschaft) stirbt; aber gerade mit auf diese Erwägung - neben dem Gesellschaftsvertrag - stützt das Berufungsgericht die seiner Auslegung zugrunde liegende Annahme (BU S. 12), daß der Vater ohne zeitliche Differenzierung nur die Abkömmlinge am Nachlaß und an der Gesellschaft beteiligt wissen wollte, die Ehefrau des vermißten Sohnes Hans jedoch auch für den Fall nicht, daß Hans erst nach seinem Vater sterben würde. Damit entfällt die eine Hauptstütze für die Auslegung des Berufungsgerichts.

Aber auch die andere Stütze, nämlich die Berufung auf den Gesellschaftsvertrag, ist nicht tragfähig. Allerdings enthält der Gesellschaftsvertrag, was die Stellung als Gesellschafter betrifft, in § 5 Abs. 1 und 2 eine grundlegende Bevorzugung der Abkömmlinge des Vaters gegenüber etwaigen Erben, die nicht Abkömmlinge sind, indem er (in Verbindung mit der etwa gleichzeitig verfüigten Erbsetzung der Söhne durch den Vater im Testament) eine Fortsetzung der Gesellschaft nur mit solchen Gesellschaftererben vorsieht, die Abkömmlinge des Vaters sind; insoweit ist dem Berufungsgericht beizutreten. Aber der Gesellschaftsvertrag sieht, womit sich der Patrichter nicht auseinandersetzt, jedenfalls in seinem Wortlaut für die jenigen Erben oder insbesondere Erbeserben, die nicht Abkömmlinge sind und deshalb die Gesellschaft nicht mit fort.

führen sollen, einen Ausschluß ihres aus der Unvererblichkeit des Gesellschaftsanteils an sie entstehenden Abfindungsanspruchs nicht vor, obwohl dies schon damals von der Rechtsprechung zugelassen war und noch heute ist (RGZ 145, 289, 293; 171, 345, 350; BGHZ 22, 186, 195); die Nichtabkömmlinge sind also durch den Gesellschaftsvertrag keineswegs von den im Gesellschaftsanteil verkörperten Vermögenswerten ausgeschlossen, sondern nur auf eine bestimmte Art ihrer Realisierung beschränkt (Abfindungsanspruch, nicht fortdauernde Gesellschafterstellung); § 5 Abs. 3 aaO sieht auch die Möglichkeit vor, daß Nichtabkömmlinge vorübergehend, nämlich bis zum Ende des Geschäftsjahrs, Gesellschafterstellung einnehmen. Auch die Ausscheidungsbestimmungen des Gesellschaftsvertrags geben daher keinen Anhaltspunkt für die Annahme, daß der Vater die nicht aus Abkömmlingen bestehenden Erben seiner Söhne im allgemeinen oder des Sohnes Hans im besonderen von der Beteiligung als Erbeserbe am väterlichen Nachlaß habe ausschließen wollen.

Wenn das Berufungsgericht aus jener Ersatzerbenklausel des Testaments und diesen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags herleitet, der Vater habe nur Abkömmlinge von ihm an seinem Nachlaß (und an der Gesellschaft) "beteiligt" wissen wollen, so leidet diese Feststellung an einer ähnlichen Unklarheit, wie seine oben behandelte Würdigung der Ersatzerbenklausel für sich allein. Meint sie nur eine Beteiligung als unmittelbarer Vaterserbe, so ergibt sie für den zur Entscheidung stehenden Fall nichts; weil die Klägerin nach dem Vater nicht die Stellung einer unmittelbaren Erbin, sondern nur die einer Erbeserbin (über den Sohn Hans) in Anspruch nimmt. Meint jene Feststellung aber - wofür die daran anknüpfende Endfolgerung (s. unten) spricht - auch eine

Beteiligung als Erbeserbe, so wird sie von den zugrunde liegenden Erwägungen nach dem oben Ausgeführten nicht getragen.

Unter diesen Umständen fehlt es an einer ausreichenden Grundlage für die abschließende Feststellung des Berufungsgerichts: bei dieser Sachlage sei der späte für den Tod von Hans festgestellte Zeitpunkt bedeutungslos; mangels jeglicher Anhaltspunkte und mangels jeglicher Vernunftgründe könne nicht angenommen werden, daß der Vater für einen solchen Fall anstelle des Vermissten dessen Frau habe am Nachlaß beteiligt wissen wollen; hätte der Vater diese zeitliche Feststellung vorausgesehen, so hätte er auch für diesen Fall eine Nacherbfolge der Beklagten in den Erbteil von Hans bestimmt, und zwar anders als bei den beiden anderen Söhnen einschließlich Erwin. Für einen (wirklichen oder auch nur) hypothetischen Willen des Vaters zur Sonderbehandlung des Sohnes Hans geben weder der Testamentswortlaut noch der Gesellschaftsvertrag noch die im Anschluß daran angestellten Erwägungen des Berufungsgerichts über den Willen des Vaters zur Zurücksetzung der Nichtabkömmlinge gegenüber den Abkömmlingen den geringsten Anhaltspunkt (anscheinend waren zur Zeit der Testamentserrichtung von keinem der drei Söhne Abkömmlinge vorhanden oder zu erwarten, jedenfalls ist Gegenteiliges bisher nicht festgestellt). Nach der Lebenserfahrung besteht zwar die Möglichkeit, daß ein Testator in der damaligen Lage des Vaters J. bei kriegs-abwesenden Kindern für den Fall, daß sie nicht mehr zurückkehren, die Nachfolgefrage anders, und zwar ungünstiger regeln will als für die noch oder wieder zu Hause befindlichen und deshalb der Beteiligung an der Verwaltung und Mehrung seines Vermögens fähigen Kinder, indem er nicht darauf abstellt, ob jene vor oder nach ihm sterben, sondern darauf, ob sie zurückkehren oder nicht, und bei ihrer Nichtrückkehr

in jedem Fall die Nachfolge so gestalten will, als seien sie schon vor ihm gestorben. Eine derartige Erwägung träfe jedoch im vorliegenden Fall nicht allein für den Sohn Hans, sondern in gleichem Maße für den Sohn Erwin zu, bei dem das Berufungsgericht jedoch eine Nacherbenbelastung nicht annimmt. Wieso der Erblasser mit einem Versterben des Sohnes Erwin nach dem Vater in Kriegsgefangenschaft "jedenfalls" nicht habe zu rechnen brauchen, ist einmal nicht ersichtlich; zum andern kommt es im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung nicht darauf an, welche Entwicklungsmöglichkeit der Testator bedenken konnte, sondern welche Regelung er für die tatsächlich nicht bedachten Fälle getroffen hätte, wenn er sie bedacht hätte; und in dieser Richtung ergibt das Berufungsurteil keinen Grund zur Differenzierung zwischen den Brüdern Hans und Erwin. Die Annahme, daß der Vater in der Nachfolgefrage den kriegsgefangenen Sohn (Erwin) von dem vermißten (Hans) verschieden und mit dem zu Hause befindlichen (Carl) gleich behandeln wollte, ist zwar keineswegs unmöglich; dazu bedarf es aber konkreter Anhaltspunkte anderer Art, als die vom Berufungsgericht angeführten sind. In dieser Richtung konnte von Bedeutung sein, ob der Vater bei Testamentserrichtung den Sohn Hans noch für lebend oder schon für (wahrscheinlich) tot hielt, sowie welche persönliche Einstellung der Vater zur Klägerin als der nächsten in Betracht kommenden Angehörigen seines Sohnes Hans hatte, etwa ob sein Verhältnis zu ihr besonders herzlich war, wie die Klägerin unter Beweis gestellt hat, oder ob er andererseits mit ihrer anderweitigen Wiederverheiratung rechnete, wie die Beklagten unter Beweis gestellt haben.

Darüber hinaus läßt sich die vom Berufungsgericht vorgenommene Testamentsauslegung bereits aus einem anderen Grunde mit den bisherigen Erwägungen nicht halten. Zur

unmittelbaren Auslegung in diesem Sinne wäre erforderlich, daß ein auf eine Nacherbeinsetzung gerichteter Wille des Vaters im Testamentstext einen wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat; das ist weder vom Berufungsgericht angenommen worden, noch ersichtlich. Zur ergänzenden Auslegung, die das Berufungsgericht vornimmt, wäre erforderlich, daß das Testament eine Lücke enthält, indem ein bestimmter, dann eingetretener Fall vom Erblasser nicht bedacht und deshalb nicht geregelt wurde, aber in einem bestimmten Sinne geregelt worden wäre, wenn der Erblasser ihn bedacht hätte. Der eingetretene Fall, daß der Sohn Hans vor seiner Kriegsheimkehr, aber nach dem Vater starb, ist allerdings im Testament nicht besonders geregelt. Das Berufungsurteil enthält jedoch keine klare Feststellung, daß der Erblasser an diese Möglichkeit der künftigen Entwicklung nicht gedacht habe; die oben gewürdigte Wendung von dem "noch zu befürchtenden Tode" geht eher in gegenteiliger Richtung; auch die Lebenserfahrung spricht eher dafür, daß ein Testator in derartiger Lage, zumal angesichts der zu vererbenden erheblichen Werte und der Inanspruchnahme eines Notars, jene keineswegs außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegende künftige Entwicklungsmöglichkeit in den Kreis seiner Erwägungen mit einbezogen hat, ohne daß dem, wie die Revisionsantwort meint, Pictäts-erwägungen entgegenzustehen brauchten.

Nach allem wird das Berufungsurteil von der bisherigen Begründung nicht getragen.

III.

Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO).

Was den Hauptantrag (Erbteilungsklage) betrifft, so ist zunächst unrichtig die dem erstinstanzlichen Urteil zugrundeliegende Annahme, er scheitere schon daran, daß

der Vater die Auseinandersetzung seines Nachlasses bis zum Abloben seiner Ehefrau ausgeschlossen habe. Das Klagebegehren richtet sich nämlich entgegen der Auffassung des Landgerichts (das Berufungsgericht läßt offen) nicht auf Auseinandersetzung des Nachlasses des Vaters, sondern nur auf die des Nachlasses des Sohnes Hans. Auseinandergesetzt werden soll die nach dem Klagevortrag aus den Partien bestehende Erbengemeinschaft nach Hans, und zwar hinsichtlich des als Nachlaßgegenstand im Nachlaß Hans befindlichen $\frac{1}{3}$ -Erbschlags Hans am Nachlaß des Vaters. Über einen Erbschlag kann nicht nur im ganzen verfügt werden (§ 2033 Abs. 1 BGB), sondern nach herrschender und zutreffender Auffassung auch in Bruchteilen (§§ 741 ff BGB; RG Warn 1913 Nr. 234; KGJ 46 A 181 = Recht 1915 Nr. 1568; BayObLG 1921, 10 17 = DJZ 1921 Sp. 836; LG Landau NJW 1954, 1647; RGRK BGB 11. Aufl. § 2063 Anm. 6; Planck/Ebbecke, BGB 4. Aufl. § 2033 Anm. 1; Soergel/Ehard/Eder, BGB 9. Aufl. § 2033 Rdn. 2; Erman/Bartholomeyczik, BGB 3. Aufl. § 2033 Anm. 1 d; Staudinger/Lehmann, BGB 11. Aufl. § 2033 Rdn. 3; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Bearb. § 114 VI zu und in Fußn. 6; Lange, Erbrecht S. 545 zu und in Fußn. 2; für den hier in Betracht kommenden Fall der Bruchteilsverfügung zugunsten von bisherigen Miterben bejahend auch Kretzschmar, ZBlFG 1918, 9 ff). Diese Zerlegung kann ohne Verminderung des Werts in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile erfolgen (Klägerin $\frac{1}{2}$, Beklagte je $\frac{1}{4}$). Sie ist deshalb der auch für die Erbteilung gesetzlich vorgeschriebene Weg (§§ 2042 Abs. 2, 2047 Abs. 1, 752 BGB). Damit ändert sich - immer bei Unterstellung, daß die Klägerin Erbsorbin nach dem Vater ist - von diesem $\frac{1}{3}$ -Erbschlag des Sohnes Hans am Nachlaß des Vaters der Rechtsträger: während dieser Erbschlag bisher ungeteilt der Erbengemeinschaft nach Hans (Gesamthandsgemeinschaft zwischen der Klägerin und den Beklagten) zustand, steht er künftig der Klägerin in Höhe von

1/2 (= im wirtschaftlichen Ergebnis 1/6 vom Gesamtnachlaß des Vaters) und den beiden Beklagten in Höhe von je 1/4 (=wirtschaftlich 1/12 vom Gesamtnachlaß des Vaters) zu. Aber diese Veränderungen ändern nichts am Fortbestand der Erbengemeinschaft als solcher nach dem Vater; diese Erbengemeinschaft besteht dann als Gesamthandsgemeinschaft zwischen den beiden Beklagten als überlebenden unmittelbaren Erben des Vaters (zu je 1/3) und den Parteien als Erbsorben (zu 1/6 + 1/12 + 1/12) fort, wobei für den vorliegenden Rechtsstreit die Frage offen bleiben kann, ob hinsichtlich der letzteren durch Zerlegung des Erbteils Hans gebildeten Erbteilsteile unter den Beteiligten eine Bruchteilsgemeinschaft innerhalb jener Gesamthandsgemeinschaft besteht (so die herrschende Meinung, dagegen Kretzschmar aaO S. 11 sowie Kehrer, BWNotZ 1957, 262). Der Hinweis der Beklagten und des Landgerichts, daß die Umwandlung von Gesamthandseigentum in Bruchteilseigentum eine Art der Erbauscinandersetzung darstelle, geht fehl; denn es soll nicht hinsichtlich der zum Nachlaß des Vaters gehörigen einzelnen Nachlaßgegenstände (Komplementär-Anteil des Vaters an der Familiengesellschaft, Grundstücke des Vaters) das bisherige Gesamthandseigentum der Erbengemeinschaft nach dem Vater in Bruchteilseigentum der einzelnen Miterben umgewandelt werden, sondern der Erbteil des einen Gesamthänders (Sohn Hans) unter dessen Erben aufgeteilt werden (vgl. dazu KG aaO.) Begehrt die Klage also keine Auseinandersetzung des Nachlasses des Vaters, so steht ihr dessen Teilungsverbot nicht entgegen. Daß das wirtschaftliche Endziel der Klägerin auf eine vorzeitige Abfindung wegen ihrer beanspruchten Beteiligung am Nachlaß des Vaters gerichtet sein mag, macht ihr weniger weitgehendes gegenwärtiges Klagbegehren nicht unstatthaft.

Bedenken gegen die Teilungsklage könnten sich allerdings unter dem Gesichtspunkt der Unstatthaftigkeit einer Teilauseinandersetzung ergeben. Der Nachlaß Hans besteht unstreitig nicht nur aus jedem $\frac{1}{3}$ -Erbteil am Nachlaß des Vaters, sondern auch aus weiteren Nachlaßgegenständen, nämlich Hausrat, Lebensversicherung und dem Kommanditistenanteil an der Familiengesellschaft; nach dem Vortrag der Beklagten hat mindestens hinsichtlich des Kommanditistenanteils noch keine Auseinandersetzung stattgefunden. Ein auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränktes Auseinandersetzungsverlangen ist nur dann statthaft, wenn besondere Gründe es rechtfertigen und die Belange der Erbengemeinschaft nicht beeinträchtigt werden (RGZ 95, 325, 326/27; RGRK BGB 11. Aufl. § 2042 Anm. 18). Ein besonderer Grund für die Teilauseinandersetzungsklage kann jedoch im vorliegenden Fall darin liegen, daß die Zugehörigkeit des Erbteils nach dem Vater zum Nachlaß Hans allein umstritten ist, während über die Auseinandersetzung des Nachlasses Hans im übrigen kein Streit besteht. Auch ist bisher nicht ersichtlich, daß die Belange der Erbengemeinschaft durch eine Teilauseinandersetzung beeinträchtigt würden.

IV.

Nach allem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache wie geschehen an den Tatrichter zurückzuverweisen, der unter Berücksichtigung der obigen Erwägungen nach etwaiger weiterer tatsächlicher Aufklärung erneut über den Inhalt des Testaments zu befinden haben wird. Führt die unmittelbare und ergänzende Auslegung zu keinem Ergebnis, so ist bloße Ersatzerbeinsetzung (oben IIb Fall 1), nicht auch Nacherbe-

einsetzung (Fälle 2-4) anzunehmen (§ 2102 Abs. 2 BGB).

Dr. Augustin Schuster Rothe Mattorn Offterdinger