

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 2069, 2108 Abs. 2

Ist der Nacherbe ein Abkömmling des Erblassers, so genügt dies allein noch nicht ohne weiteres zu der Annahme, daß der Erblasser die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft nicht gewollt hat; doch wird hier im Einzelfall ein solcher Wille zur Unvererblichkeit besonders häufig sein (Bestätigung von RGZ 169, 38).

Wenn der Erblasser für den Fall, daß der Nacherbe den Nacherbfall erlebt, die Weitervererbung seines Nachlasses auf dessen (auch familienfremde) Erben hingenommen hat, so spricht dies nicht gegen die Annahme, der Erblasser habe für den Fall, daß der Nacherbe schon zwischen Erbfall und Nacherbfall stirbt, die Weitervererbung nicht gewollt (Abweichung von RG aaO).

BGH, Urt. v. 23. Januar 1963 - V ZR 82/61 - OLG Oldenburg
LG Aurich

10
V ZR 82/61

Verkündet
am 23. Januar 1963
Symalla, 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 Ehefrau Gesine S [REDACTED] geb. S [REDACTED] in B [REDACTED]
über L [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Gerhard A [REDACTED] in B [REDACTED]
über L [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 23. Januar 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Augustin,
Schuster, Dr. Piepenbrock und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Oldenburg vom 28. März 1961 aufgehoben. Die
Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Eltern der Beklagten, Eheleute Geerd S. [REDACTED] und G. [REDACTED] geb. D. [REDACTED], haben durch notarielles gemeinschaftliches Testament vom 25. Juni 1928 sich gegenseitig zu Vorerben (§ 1) und den Sohn Albert zum Nacherben eingesetzt (§ 2); der Beklagten, für den Fall ihres Vorversterbens ihren Abkömmlingen, wurde ein Geldvermächtnis von 2 000 Goldmark zugewandt (§ 3), das vier Jahre nach dem Tod des längstlebenden Elternteils zahlbar sein und dann, wenn ein Elternteil den Nachlaß zur Abwendung einer Notlage belasten werde, sich um die Hälfte des angeliehenen Betrags mindern solle (§§ 4, 6).

Der Vater starb am 23. August 1928, der Sohn Albert 1934, dessen einziges Kind Gerhard 1935. Alberts Witwe Gretchen heiratete in zweiter Ehe den Kläger und starb 1956. Beerbt wurde Albert 1934 von seiner Witwe und seinem Kind, das Kind 1935 von der Witwe und die Witwe 1956 vom Kläger. Die Mutter S. [REDACTED] ist am 15. Mai 1959 gestorben.

Durch notarielle Urkunden vom 27. Mai 1954 und 16. Juli 1954 hat die Mutter das vom Vater hinterlassene Hausgrundstück an die Beklagte veräußert und aufgelassen sowie mit einer Höchstbetragshypothek von 10 000 DM für die Beklagte belastet; gleichzeitig hat sie anerkannt, der Beklagten für Pflege, Betreuung und Unterhalt seit 1935 6 000 DM und für künftige lebenslängliche Pflege und Betreuung ein tägliches Entgelt von 3,50 DM zu schulden. Hypothek und Eigentumswechsel wurden in der Folgezeit im Grundbuch eingetragen.

Der Kläger hält als Rechtsnachfolger des Nacherben Albert S. [REDACTED] die Übereignung und Hypothekenbelastung



des Grundstücks für unwirksam, weil seine Zustimmung fehle und eine (nach dem Testament zum Eingriff in die Nachlaßsubstanz berechtigende) Notlage der Mutter S. [REDACTED] nicht vorgelegen habe. Er klagt auf 1. Auflassung und Herausgabe des Grundstücks an ihn, 2. Löschung der Hypothek.

Die Beklagte hat Klageabweisung begehrt und fürsorglich ein Zurückbehaltungsrecht wegen Zahlungsansprüchen von 10 000 DM und Zins aus Pflege und Unterhalt der Mutter sowie aus Pflichtteil geltend gemacht.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Auflassungs- und Herausgabeklage (Antrag 11) stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten hiergegen zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung dieses Klagteils weiter; der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Die von der Beklagten angezweifelte Testierfähigkeit des Vaters bei Testamentserrichtung wird vom Berufungsgericht bejaht. Ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten wird teils aus materiellrechtlichem, teils aus verfahrensrechtlichem Grunde verneint. Ein Rechtsirrtum ist insoweit weder geltend gemacht noch ersichtlich.

Das umstrittene Übereignungsgeschäft zwischen der Beklagten und ihrer Mutter hält das Oberlandesgericht

10

nach § 2113 Abs. 1 BGB für unwirksam, weil es das Nacherbenrecht des Klägers als Erbeserben des Sohnes Albert beeinträchtigt. Die Vererblichkeit dieses Nacherbenrechts ergebe sich aus § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB; ein anderer Wille des Erblassers Geerd S. [REDACTED] sei nicht erwiesen.

Gegen diese letztere Annahme wendet sich die Revision mit Erfolg.

II.

Nach dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern ist mit dem Tod des Vaters 1928 dessen Vermögen, zu dem das umstrittene Grundstück gehörte, auf die Mutter als alleinige Vorerbin übergegangen (§ 1922 Abs. 1 BGB), und der Sohn Albert erwarb an diesem väterlichen Nachlaß ein Anwartschaftsrecht als alleiniger Nacherbe (vgl. zuletzt Senatsurteil BGHZ 37, 319, 325/26).

Bei Anwendung der gesetzlichen Regelvorschrift des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB ging dieses Nacherbenrecht mit Alberts Tod (1934) auf seine Erben, Witwe Gretchen und Kind Gerhard, als Mitnach(erbes)erben über, das Mitnacherbenrecht des Kindes Gerhard bei dessen Tod (1935) auf seine Erbin, Witwe Gretchen, die damit beide Nacherbteile wieder in einer Hand vereinigte, und bei deren Tod (1956) auf den Kläger als ihren Alleinerben. In diesem Falle ist die Auflassung des Grundstücks an die Beklagte im Jahr 1954 nach § 2113 Abs. 1 BGB unwirksam, das Eigentum am Grundstück steht seit dem Tode der Mutter dem Kläger zu, der zuge-sprochene Klagteil ist begründet, nämlich die Auflassungsklage nach § 2113 Abs. 1 BGB (anstelle einer Grundbuch-

berichtigungsklage, vgl. RG Warn 1929 Nr. 44) und die Herausgabeklage nach § 985 BGB.

Das gilt jedoch nicht, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Vererblichkeit des Nacherbenrechts nicht wollte (§ 2108 Abs. 2 Satz 1 Schlußhalbsatz BGB). In diesem Falle ist die Nacherbeinsetzung mit dem Tod des Nacherben Albert (1934) und eine dann nach § 2069 BGB in Betracht kommende stillschweigende Einsetzung von dessen Sohn Gerhard als Ersatznacherben mit dessen Tod (1935) gegenstandslos geworden; da ein Fall des § 2104 BGB hier nicht angenommen werden kann (vgl. RG JW 1907, 259), ist spätestens in diesem Zeitpunkt (1935) die Belastung der Vorerbin mit der Nacherbenbeschränkung weggefallen, die Mutter also (ebenso wie im Fall des § 2142 Abs. 2 BGB) Vollerbin des Vaters und damit - jedenfalls unter Lebenden (vgl. § 2286 BGB) - voll Verfügungsberechtigt über das umstrittene Nachlaßgrundstück geworden; die Beklagte hat durch die Auflassung von 1954 und ihre anschließende Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch das Eigentum am Grundstück rechtswirksam erworben; dem Kläger steht ein Nacherbenrecht nicht zu, der zugesprochene Klageteil ist unbegründet. (Der Kläger stünde hier auch dann nicht besser, wenn man einen Fall des § 2104 BGB bejahen würde; denn das würde wahrscheinlich dazu führen, daß mit dem Tode der Mutter 1958 die Beklagte Alleinerbin des Vaters geworden wäre, und jedenfalls nicht zu einer Erbberechtigung des Klägers.)

Bisher nicht erwogen, aber ebenfalls möglich ist schließlich noch eine mittlere Lösung, daß der Erblasser eine Vererbung des Nacherbenrechts von Albert zwar gewollt hat, aber beschränkt auf einen Teil der (Erbes-) Erben hinter dem Nacherben (vgl. KG OLG 26, 310; OLG Hamm

JMBLNRW 1952, 46). Im vorliegenden Fall käme etwa in Betracht, daß der Erblasser eine Vererbung der Anwartschaft von Albert auf dessen Sohn Gerhard allein (seinen Enkel) oder auf ihn und die Witwe Gretchen (Enkel und Schwiegertochter) gewollt hat, nicht aber weiter auf den familienfremden Kläger (zweiten Ehemann der verwitweten Schwiegertochter). Bedenken aus dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sind nicht ersichtlich; denn da dem Erblasser die Wahl zwischen Vererblichkeit und Unvererblichkeit überhaupt freisteht (§ 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB), muß ihm auch dieser Mittelweg offenstehen. Auch rechtskonstruktiv bestehen gegen eine derartige Beschränkung der Vererblichkeit des Nacherbonrechts jedenfalls dann keine Bedenken, wenn man den vor dem Nacherbfall eintretenden Wegfall der gewünschten Nacherbeserben als auflösende Bedingung der an sich vererblichen Nacherbeinsetzung ansieht. Auch in diesem Fall ist die Klage schon mangels Aktivlegitimation des Klägers unbegründet.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt also davon ab, ob ein auf Ausschluß oder Beschränkung der Vererblichkeit gerichteter Wille des Erblassers anzunehmen ist. Erblasser ist der Vater; da es sich jedoch um ein gemeinschaftliches Testament handelt, ist die Ermittlung der Willensrichtung beider Eltern von Bedeutung (BGH LM BGB § 2078 Nr. 3). In Betracht kommt zunächst unmittelbare, hilfsweise ergänzende Testamentsauslegung (unten III, 3 c).

III.

1. Daß die Eltern einen solchen gegen die Vererblichkeit sprechenden Willen ausdrücklich erklärt hätten, wird vom Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint.

Wenn die Beklagte unter Beweis gestellt hat, die Mutter habe bei Testamentserrichtung immer gesagt: "Unsere Kinder sollen es haben", und der Vater habe dem zugestimmt, so können diese Äußerungen allerdings neben anderen Umständen als Anzeichen für einen gegen unbeschränkte Vererbung des Nacherbenrechts gerichteten Willen des Vaters erheblich sein (unten 3, c); einen ausdrücklichen Vererblichkeitsausschluß enthalten sie für sich allein entgegen der Meinung der Revision jedoch nicht.

2. Auch durch den Umstand allein, daß der Nacherbe ein Abkömmling des Erblassers ist, wird die Vererblichkeitsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB noch nicht beseitigt.

Der Senat folgt hierin der herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum (RGZ 142, 171; 169, 38 = DR 1942, 1187 mit insoweit zustimmender Anmerkung Schiedermaier; BGH Urteil vom 19. Mai 1952, IV ZR 213/51; BayObLGZ 1961, 132, 136; Protokolle zum BGB V S. 6726; Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2108 Anm. 3; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Bearb. § 47 IV 2 b; BGB RGRK 11. Aufl. § 2108 Anm. 9; Staudinger/Seybold, BGB 11. Aufl. § 2108 Rdn. 7; Erman/Hense, BGB 3. Aufl. § 2108 Anm. 3; Siebert/Ehard/Eder, BGB 9. Aufl. § 2108 Anm. 3; Palandt/Keidel, BGB 20. Aufl. § 2108 Anm. 3; Koppf, NJW 1961, 1797, 1799; anders KG in KGJ 52, 73 Nr. 19, Kipp, Erbrecht 8. Aufl. § 90 Fußn. 22; vgl. auch KG DR 1942, 1749 und Bartholomeyczik, Erbrecht 5. Aufl. § 41 IV 2 c). Allerdings ist nach § 2069 BGB beim Wegfall eines bedachten Erblasserabkömmlings im Zweifel anzunehmen, daß dessen Abkömmlinge entsprechend der gesetzlichen Erbfolge bedacht sind, und diese Bestimmung gilt auch für die Einsetzung als Nacherbe (Senatsurteil BGHZ 33, 60, 61). Aber § 2069 BGB

10

geht dem § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht vor. Dabei kommt es kaum auf die mehr theoretische Erwägung an, daß die Berufung eines Ersatznacherben trotz Vererblichkeit des Nacherbenrechts sinnvoll sein könne, nämlich für andere Wegfallsfälle als Tod (Erbausschlagung, Erbunwürdigkeit; dagegen mit beachtlicher Begründung Schiedermair aaO); es mag offen bleiben, ob die Vererblichkeitsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB auch gegenüber einer ausdrücklichen Ersatznacherbeneinsetzung gilt (verneinend Schiedermair aaO; RG bejaht für beide Fälle gleichermaßen). Maßgebend ist vielmehr, daß die Lebenserfahrung und typische Interessenlage nicht ausreicht, um beim Fehlen einer ausdrücklichen Erblasserverfügung als Regel anzunehmen, der Erblasser wolle einer Berufung der Abkömmlinge als Ersatznacherben (§ 2069 BGB) den Vorzug geben vor der gesetzlichen oder gewillkürten Weitervererbung der Nacherbenanwartschaft durch den Nacherben selbst (§ 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB). Die erstere Lösung (Ersatzerbfolge der weiteren Abkömmlinge) dient mehr dem Verbleib des Erblasservermögens über den Nacherbfall hinaus innerhalb der Familie, die letztere Lösung (Vererbung des Anwartschaftsrechts auf die Nacherbenerben) dient mehr dem eigenen Interesse des unmittelbar berufenen Nacherben, dessen Kreditfähigkeit erhöht wird (über die Unterschiede in den Wirkungen, insbesondere in der Haftung für Nachlassschulden, s. Raape, DNotZ 1935, 626 ff). Nach der Lebenserfahrung läßt sich nicht sagen, daß es einem Erblasser, der einen Abkömmling als Nacherben einsetzt und für die Zeit nach dessen Tod keine ausdrückliche Bestimmung trifft, in der Regel mehr auf die Vermögenserhaltung im Familienbesitz ankomme als auf die Stärkung der Kreditfähigkeit des unmittelbar Eingesetzten.

Der Wille des Erblassers, das Vermögen auch über die Person des unmittelbaren Nacherben hinaus im Familien-

besitz zu erhalten und deshalb nach dem Tode des unmittelbaren Nacherben dessen Abkömmlinge, nicht dessen Erben zum Zug kommen zu lassen, wird allerdings bei Berufung eines Abkömmlings besonders häufig im Vordergrund stehen (ebenso RGZ 169 aaO S. 42 unten). Der Senat hält es in diesem Punkt abweichend vom Reichsgericht (RGZ 169 aaO S. 43) und Schiedermair (aaO) nicht für richtig, das Anwartschaftsrecht des Nacherben vor dem Nacherbfall seinem Vollrecht nach erlebtem Nacherbfall parallel zu setzen und anzunehmen, die Beerbung durch die Erben des Nacherben habe der Erblasser dann, wenn der Nacherbe schon zwischen Erbfall und Nacherbfall stirbt, ebenso hinnehmen wollen wie dann, wenn der Nacherbe den Nacherbfall erlebt. Vielmehr : besteht für einen Erblasser gerade in der Frage, ob sein Vermögen nach dem Tode des als Nacherben eingesetzten Abkömmlings weiter in der Familie bleiben oder von diesem nach Gutdünken (oder nach gesetzlicher Erbfolge) weitergegeben werden soll, nach der Lebenserfahrung typischerweise ein wesentlicher Unterschied, je nachdem der Nacherbe vor oder nach dem Nacherbfall stirbt. Diese Erwägung reicht indessen auch nach Auffassung des erkennenden Senats nicht aus, um die gesetzliche Regel des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB für die Nacherbeninsetzung eines Abkömmlings allgemein außer Kraft zu setzen. Sie fordert allerdings besonders sorgfältige Berücksichtigung bei der gebotenen Prüfung des Erblasserwillens im Einzelfall (darüber unten 3 b und c).

3. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer Nachprüfung nicht stand.

a) Das gilt zunächst von der Erwägung (BU S. 14 Mitte), § 3 des Testaments weise eindeutig darauf hin, daß beide Eltern bei Testamentserrichtung die Vererblichkeit des Nacherbenrechts gewollt hätten, weil die Nacherbein-

setzung ein Entgelt für jahrelange Arbeit des Nacherben ohne Vergütung auf dem elterlichen Besitztum sein sollte. Hierbei hat das Berufungsgericht den Begriff der Eindeutigkeit verkannt, der der Überprüfung durch das Revisionsgericht zugänglich ist (Senatsurteil BGHZ 32, 60). Daß die Eltern frühere Arbeit des Sohnes entgelten wollten, konnte zwar als mögliches Anzeichen für einen Willen zur Vererbung der Nacherbenanwartschaft gewertet werden; zwingend war ein solcher Schluß jedoch keineswegs.

b) Daß sich ein Erblasserwille zur Beschränkung der Vererblichkeit des Nacherbenrechts auf blutsverwandte Abkömmlinge aus dem Sippengedanken nicht rechtfertigen lasse (BU S. 16 oben), ist nach der in Bezug genommenen Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 169 aaO) nur in dem Sinne richtig, daß die Abkömmlingseigenschaft des Nacherben für sich allein zum Nachweis jenes Willens nicht ausreicht. Dagegen kann sie im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen des Einzelfalls sehr wohl geeignet sein, jenen Willen zum Verbleiben des Vermögens in der Familie und zur Beschränkung der Vererblichkeit darzutun (oben 2). Ein derartiges hinreichendes Eingehen auf den besonderen Sachverhalt läßt das Berufungsgericht aber vermissen (unten c).

c) Mit Recht betont die Revision, daß es auch für den Vererblichkeitsausschluß (§ 2108 Abs. 2 Satz 1 Ende - diese Bestimmung stellt eine Auslegungsregel dar, RGZ 142 aaO -) nicht nur auf den Willen ankommt, den die Erblasser (hier die Eltern) bei Testamentserrichtung wirklich gehabt (und erklärt) haben, sondern auch auf den hypothetischen Willen, den sie damals gehabt (und erklärt) hätten, wenn sie die von ihnen tatsächlich nicht vorausgeschene Entwicklung der Verhältnisse bedacht hätten, vorausgesetzt, daß in der Testamentsurkunde ein wenn auch noch so unvollkommener Anknüpfungspunkt dafür zu finden ist (RGZ 142 aaO, 169 aaO; BGH LM BGB § 2084 Nr. 5).

Als solcher Anknüpfungspunkt für den Willen zum Ausschluß der Vererbung des Nacherbenrechts mindestens auf Familienfremde kommt bereits in Betracht, daß sämtliche Verfügungen des Testaments zugunsten der nächsten Familienangehörigen (Ehegatte, Sohn, Tochter, Abkömmlinge der Tochter) getroffen sind.

Für die Auslegung kann aus dem weiteren Testamentsinhalt eine Rolle spielen, daß die Erblasser bei der Vermächtnisnehmerin für den Fall vorzeitigen Todes (durch Ersatzberufung von deren Abkömmlingen) ausdrücklich Vorsorge getroffen haben, beim Nacherben jedoch nicht; ferner daß das Vermächtnis bei entsprechender Belastung des Nachlasses durch den Vorerben im Notfalle sich vermindern oder ganz wegfallen konnte. Als unstreitig oder von der Beklagten unter Beweis gestellte Umstände außerhalb der Testamentsurkunde, die vom Tatrichter auf ihre Erheblichkeit zum Nachweis eines tatsächlichen oder hypothetischen Unvererblichkeitswillens zu prüfen waren, aber nicht geprüft worden sind, kommen in Frage: daß der - damals 30jährige - Sohn bei Testamenterrichtung noch unverheiratet und kinderlos war, so daß ein späteres Abwandern des Vermögens in familienfremde Hände außerhalb der normalen Voraussehbarkeit lag; daß die Sohneslinie schon fast ein Vierteljahrhundert vor dem Tod der Mutter ausgestorben ist; daß die Sohneswitwe wieder geheiratet hat; daß die jahrelange Arbeit des Sohnes für die Eltern, die nach dem Testament den Anlaß für die Bedenkung des Sohnes vor der Tochter gegeben hat, später in der jahrelangen Pflege der überlebenden Mutter durch die Tochter ein Gegenstück gefunden hat. Daß die Eltern nicht nur dem Sohn, sondern auch der Tochter zugetan waren und den Willen zu gerechter Bedenkung beider Kinder noch während der notariellen Testamenterrichtung zum Ausdruck gebracht haben, ist von der Beklagten behauptet und unter Beweis gestellt, vom

Berufungsgericht jedoch als unerheblich bezeichnet worden (BU S. 14/15); auch dies bedarf der tatrichterlichen Überprüfung im Zusammenhang mit den genannten übrigen, bisher noch nicht gewürdigten Umständen. (Dazu, daß die Beklagte die Stelle ihres verstorbenen Bruders als Nacherbe einnimmt, kann die Testamentsauslegung - abgesehen vom Fall des § 2104 BGB, s. oben II - nicht führen; das ist auch von der Beklagten zu ihrer Rechtsverteidigung weder geltend gemacht noch erforderlich.)

Das Oberlandesgericht hebt darauf ab, daß nach der eigenen Erklärung der Beklagten in der mündlichen Verhandlung eine Vererbung der Anwartschaft vom Sohn auf den Enkel gewollt gewesen sei. Aber das besagt nur, daß der Enkel dann, wenn er den Nacherbfall erlebt hätte, Erbe geworden wäre und infolgedessen, wie zu ergänzen, das erworbene Vermögen ohne Rücksicht auf den Willen der Eltern an seine Erben weiter vererbt hätte (und zwar wäre bei Beschränkung des Vererblichkeitswillens auf den Abkömmling der Enkel allein Erbe geworden, nicht zusammen mit seiner Mutter, wie die Revision gegenüber der Annahme des Berufungsgerichts zutreffend ausführt). Tatsächlich hat der Enkel den Nacherbfall nicht erlebt. Das Berufungsgericht meint zwar, es bestehe kein Anhalt dafür, daß dem Erblasser das, was er für jenen Erlebensfall hingenommen habe (die von seinem Willen unabhängige Weitergabe des Vermögens vom Enkel auf dessen Erben und Erbeserben), nicht auch für diesen Fall des Nichterlebens erträglich erschienen wäre. Aber eine allgemeine Gleichsetzung des Erblasserwillens im einen und anderen Fall wurde bereits (oben 2 Schlußabsatz) abgelehnt; zwar stellt das Berufungsgericht hier auf den Erblasserwillen im konkreten Einzelfall ab, doch kann auch diese Einzelwürdigung von jenem rechtsirrigen allgemeinen Gedanken

beeinflusst sein, zumal das Berufungsgericht besondere Umstände des Einzelfalls zur Begründung nicht anführt. Jene Gleichsetzung leuchtet gerade besonders wenig ein bei den Umständen des vorliegenden Falles, wo Ehegatten sich gegenseitig zum Vorerben und das eine von zwei Kindern, weil es bisher wirklich oder vermeintlich zu kurz gekommen war, zum Nacherben einsetzen, während sie das andere Kind nur mit einem Geldvermächtnis bedenken: Für den Fall, daß der Sohnessohn die Mutter überlebte, liegt zwar die Annahme nahe, daß die Eltern gegen die Weitervererbung auf dessen Erben nichts einzuwenden hatten, auch wenn auf diese Weise das Vermögen später, etwa wie hier durch Tod des Enkels und Wiederheirat der verwitweten Schwiegertochter, in familienfremde Hände gelangen würde. Für den Fall dagegen, daß die Sohneslinie vor dem Tod der Mutter ausstirbt und die einzige von dorthier noch vorhandene Angehörige (Schwieger-tochter) sogar noch zu Lebzeiten der Mutter wieder anderweit heiratet, ist ein solcher Weitervererbungswille weniger wahrscheinlich. Auch diese Erwägungen des Berufungsgerichts tragen die Verneinung eines Unvererblichkeitswillens nicht.

IV.

Um die hiernach nötige weitere Aufklärung des Sachverhalts zu ermöglichen, war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils wie geschehen an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Mattern