



*Rechtsprechung aktuell:  
Neue Entwicklungen im Erbrecht (2024)*

Skript zum Nachweis von  
5 Fortbildungsstunden  
im Selbststudium gemäß § 15 Abs. 4 FAO

Herzlich Willkommen zu Ihrer Fortbildung gemäß § 15 Abs. 4 FAO!

Bitte widmen Sie sich den in diesem Skript dargelegten Entscheidungen innerhalb der vorgesehenen Zeit von 5 Stunden. Nach Bearbeitung dieses Materials erreichen Sie über die Seminarseite die Lernerfolgskontrolle, die im Multiple-Choice-Format stattfindet. Die Lernerfolgskontrolle fokussiert sich ausschließlich auf den Inhalt des Skripts.

Im Anschluss an die Online-Lernerfolgskontrolle leiten wir Sie zur Zahlungsseite weiter, wo Sie die Kursgebühr entrichten können. Nach erfolgreichem Abschluss der Kontrolle und Eingang Ihrer Zahlung senden wir Ihnen spätestens am nächsten Werktag die für den Nachweis Ihrer Fortbildung nötigen Unterlagen per E-Mail zu.

*Sollten Sie die erforderliche Mindestpunktzahl in der Lernerfolgskontrolle (mindestens 70% korrekte Antworten) nicht erreichen, bieten wir Ihnen die Möglichkeit, Ihr Studium des Skripts zu vertiefen und die Lernerfolgskontrolle erneut und ohne zusätzliche Kosten zu absolvieren.*

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg bei Ihrer Fortbildung!

**Ihr Team von  
Hanse Seminare**

---

## Entscheidung 1 - OLG Hamm Urteil vom 27.10.2022 – 10 U 28/19

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 11.02.2019 verkündete Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aus dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Die Kläger, Y. C., geboren am 00.00.0000, und U. C., geboren am 00.00.0000, sind die beiden Kinder der am 00.00.0000 in DD verstorbenen Erblasserin, S. C., geborene Q., geboren am 00.00.0000, und des Beklagten, geboren am 00.00.0000 in B./Griechenland. Die Erblasserin und der Beklagte waren seit 2011 verheiratet, lebten jedoch zum Zeitpunkt des Todes der Erblasserin voneinander getrennt. Ein Ehescheidungsverfahren war nicht anhängig. Aus einer ersten Ehe hat der Beklagte noch zwei erwachsene Söhne. Die Erblasserin ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge von den beiden Klägern zu je  $\frac{1}{4}$  und von dem Beklagten zu  $\frac{1}{2}$  beerbt worden. Das Amtsgericht erteilte den Parteien am 29.05.2017 einen gemeinschaftlichen Erbschein, der diese Erbquoten ausweist.

Die 10. Strafkammer des Landgerichts Bielefeld verurteilte den Beklagten durch Urteil vom 19.05.2017 – 10 Ks 446 Js 299/16 – 1/17 – wegen heimtückischen Mordes an seiner Ehefrau zu lebenslanger Haft. In dem Strafurteil stellte die Strafkammer des Landgerichts fest, dass sich der Beklagte am Morgen des 00.00.0000 gegen 07.45 Uhr maskiert mit einer Sturmhaube und bewaffnet mit einer Schrotflinte des Kalibers 12 dem Haus seiner Ehefrau in DD, I.-straße ..., genähert hatte. Nachdem die Ehefrau des Beklagten das Grundstück mit ihrem PKW nichtsahnend verlassen hatte, gab der Beklagte, der entschlossen war, seine Ehefrau zu töten, zunächst einen ungezielten Schuss ab, um sie zum Anhalten zu bewegen. Die Ehefrau des Beklagten verlor nach mehreren Fahrmanövern die Kontrolle über ihr Fahrzeug und kam vom Weg ab. Das führte dazu, dass der PKW auf einem ansteigenden Seitenstreifen stehen blieb. Der Beklagte trat an die Fahrertür heran und schoss aus einer Entfernung von einem bis drei Metern zweimal kurz hintereinander auf die Brust seiner Ehefrau. Es handelte sich jeweils um eine Schrotladung von neun Schrotten (Kaliber 8,6 mm), die abgeschossen worden war. Der erste abgegebene Schuss riss ein etwa faustgroßes Loch in die geschlossene Seitenscheibe der Autotür, wobei sich die Schrote breit verteilten. Eine Schrotkugel oder ein Glasfragment traf den Kiefer des Opfers, während weitere Splitter im Bereich des rechten Schlüsselbeins durch die Haut drangen. Die Schrote des zweiten Schusses drangen durch das Brustbein in den Körper des Opfers ein und traten am Rücken wieder aus. Hierdurch wurden sowohl der Herzbeutel als auch die Körperhauptschlagader der Frau eröffnet, so dass sie binnen weniger Sekunden verstarb. Der Beklagte flüchtete nach Abgabe der Schüsse vom Tatort, wobei er die bei der Tat getragene Sturmhaube und ein mitgeführtes Langwaffenfutteral in der Nähe zurückließ. Mit dem Auto fuhr er zu seinem Unternehmen, der O. GmbH & Co. KG in V., wo er gegen 09.00 Uhr ankam.

Am Tatort wurden zwei Patronenhülsen, die Sturmhaube und das Langwaffenfutteral aufgefunden, an denen sich DNA-Anhaftungen befanden, die dem Beklagten zugeordnet wurden. Der Beklagte ließ sich im Strafverfahren dahin ein, dass er am 00.00.0000 von seiner Wohnung in V. aus kurz nach 08.00 Uhr mit seinem PKW Richtung X. losgefahren sei, um einen Kunden aufzusuchen. Er habe kurz vor der Anschlussstelle X.-Ost der BAB 2 bemerkt, dass er ein Musterteil nicht dabei gehabt habe und habe deshalb die Autobahn verlassen und sei zu seiner Firma in V. gefahren, wo er kurz vor 09.00 Uhr angekommen sei. Erst von der Polizei habe er vom Tod seiner Frau erfahren.

Das Schwurgericht überzeugte sich aufgrund der Indizienlage von der Täterschaft des Beklagten und maß dabei dem Umstand, dass sämtliche am Tatort aufgefundenen Gegenstände, d.h. die Patronenhülsen, die Sturmhaube und das Gewehrfutteral, DNA-Anhaftungen des Beklagten trugen, entscheidende Bedeutung bei. Ein weiteres Indiz für die Täterschaft des Beklagten stellte nach der Überzeugung der Strafkammer die Art und Weise der Tatbegehung dar. Da der Beklagte Jäger sei, habe er sich – so das Schwurgericht – eine entsprechende Tatwaffe besorgen können. Auch sei er mit den Örtlichkeiten und dem Tagesablauf seiner Ehefrau vertraut gewesen. Wegen der weiteren Einzelheiten zu den strafgerichtlichen Feststellungen des Tathergangs und der Beweiswürdigung wird auf die Gründe des Urteils der Strafkammer vom 19.05.2017 Bezug genommen.

Die von dem Beklagten eingelegte Revision gegen das Urteil des Schwurgerichts wurde mit Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 01.02.2018 als unbegründet verworfen.

Der Beklagte beantragte am 24.11.2020 die Wiederaufnahme des Strafverfahrens. Durch Beschluss des Landgerichts Münster vom 14.04.2021 – 2 Ks 30 Js 842/20 – 4/21 – wurde dieser Antrag als unzulässig verworfen. Mit Beschluss vom 14.10.2021 – III-4 Ws 95/21 OLG Hamm – verwarf das Oberlandesgericht Hamm die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet. Mit Schriftsatz vom 15.06.2021 stellte der Beklagte beim Landgericht Münster einen weiteren Wiederaufnahmeantrag, den das Landgericht Münster durch Beschluss vom 06.01.2022 ebenfalls als unzulässig verwarf. Hiergegen legte der Beklagte am 13.01.2022 sofortige Beschwerde ein und begründete diese mit Schriftsatz vom 28.03.2022. Durch Beschluss vom 09.06.2022 verwarf das Oberlandesgericht Hamm – III-4 Ws 31/22 OLG Hamm – die sofortige Beschwerde als unbegründet. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die Beschlüsse des Landgerichts Münster vom 14.04.2021, Bl. 594 ff. d.A., und vom 06.01.2022, Bl. 704 d.A., sowie des Oberlandesgerichts Hamm vom 14.10.2021, Bl. 660 d.A., und vom 09.06.2022, Bl. 819 d.A., Bezug genommen. Der Beklagte erhob unter dem 08.08.2022 Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Hamm vom 09.06.2022. Wegen des Inhalts der Verfassungsbeschwerde wird auf Bl. 872 ff. d.A. Bezug genommen.

Die Kläger haben Anfechtungsklage zur Geltendmachung der Erbunwürdigkeit des Beklagten erhoben. Dazu haben sie vorgetragen, der Beklagte habe die Erblasserin vorsätzlich getötet. Wegen der näheren Einzelheiten haben sie sich die Feststellungen und die Beweiswürdigung des Schwurgerichts in dem Strafurteil vom 19.05.2017 zu Eigen gemacht.

Der Beklagte ist dem entgegengetreten und hat seine Täterschaft abgestritten mit der Begründung, das Urteil der Strafkammer des Landgerichts Bielefeld sei fehlerhaft. Er, der Beklagte, sei nicht am Tatort gewesen. Der Nachweis, dass er mit seinem PKW dort gewesen sei, sei nicht erbracht worden. Als er um 08:00 Uhr am Tattag losgefahren sei, um zur BAB 2 zu gelangen, habe er ein Fahrzeug mit serbischen Kennzeichen bei einer Panne an der Straßenseite wahrgenommen. Er habe angehalten, um dem Fahrzeugführer, dem in Serbien wohnhaften Zeugen H. N., seine Hilfe anzubieten. Diesen Zeugen habe er erst im Nachhinein ermitteln können. Nachdem er die BAB 2 an der Abfahrt X.-Ost verlassen habe, sei ihm an der F.-straße ... ein grüner LKW mit einem Silo-Anhänger begegnet. Im Übrigen sei es für eine dritte Person sehr leicht möglich gewesen, die auf ihn hinweisenden Spuren am Tatort zu legen, um den Verdacht auf ihn zu lenken.

Das Landgericht hat den Beklagten in dem angefochtenen Urteil antragsgemäß für erbunwürdig erklärt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, es stehe aufgrund der rechtskräftigen Feststellungen der 10. Strafkammer des Landgerichts Bielefeld in dem Urteil vom 19.05.2017 zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Beklagte die Erblasserin vorsätzlich und widerrechtlich getötet habe. Das Gericht sei an die Feststellungen der Strafkammer zwar nicht gebunden, diese seien jedoch schlüssig, in sich widerspruchsfrei, detailliert und in jeder Hinsicht überzeugend. Damit sei der Beklagte erbunwürdig im Sinne des § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Die Kläger seien als Miterben anfechtungsberechtigt nach § 2341 BGB. Die Anfechtungsklage sei auch rechtzeitig im Sinne der §§ 2340 Abs. 3, 2082 BGB erhoben worden. Die Jahresfrist des § 2082 BGB beginne, wenn sich der Erbunwürdige einer Straftat schuldig gemacht habe, frühestens mit der Verkündung des entsprechenden Strafurteils. Die Klageerhebung am 20.02.2018 sei daher fristgerecht erfolgt. Das Vorbringen des Beklagten zu dem Fahrzeug mit serbischem Kennzeichen sei nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt und daher gemäß § 296 a ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der an seinem Antrag auf Abweisung der Klage festhält. Er rügt, dass das Landgericht sich pauschal den Feststellungen der Strafkammer angeschlossen habe. Das Landgericht habe keine Ausführungen dazu gemacht, warum es die von ihm angebotenen Beweise nicht erhoben habe. Das Urteil der Strafkammer sei fehlerhaft, weil es sich im Wesentlichen nur darauf gestützt habe, dass auf Gegenständen am Tatort die DNA des Beklagten gefunden worden sei, es in den vorgegebenen Zeitfenstern möglich gewesen sei, vom Wohnort des Beklagten zum Tatort und anschließend zu seinem Unternehmen in V. zu fahren und es auszuschließen sei, dass die DNA-Spuren gelegt worden seien. Einen Beleg dafür, dass der Beklagte die DNA an den am Tatort aufgefundenen Gegenständen selber hinterlassen habe, gebe es aber nicht. Es sei für Jedermann ohne weiteres möglich gewesen, die Patronenhülsen, das Gewehrfutteral und die Sturmhaube dort zu platzieren. Die Zivilkammer des Landgerichts habe keine eigenen Feststellungen dazu getroffen, ob es dem Beklagten überhaupt möglich gewesen sei, mit seinem Fahrzeug T. von seiner Wohnung zum Tatort und von dort zu seiner Firma zu gelangen und dabei gegen 08.20 Uhr den LKW an der F.-straße wahrzunehmen, der dort rangiert habe. Sein Fahrzeug sei zudem von Zeugen noch um 07.15 Uhr an seiner Wohnanschrift gesehen worden. Dass er kurz nach Verlassen seiner Wohnung auf den aus Serbien stammenden Zeugen N. getroffen sei, habe das Landgericht nicht berücksichtigt. Weiterhin trägt der Beklagte vor, am Tattag sei zwischen 08.01 Uhr und 09.18 Uhr auf der BAB 2 in Fahrtrichtung A. ein vier Kilometer langer Stau gewesen, der auch zu erheblichen Verkehrsbelastungen auf den Ausweichrouten geführt habe.

Im weiteren Verlauf des Berufungsverfahrens hat der Beklagte sodann vorgetragen, er habe um 08.20 Uhr nicht an der F.-straße einen LKW mit FQ.-Aufschrift gesehen, sondern zuvor an der R.-straße. Es habe sich um einen LKW der FQ. G. eG gehandelt, den M. W., die Geschäftsführerin seines Unternehmens, habe ermitteln können. Ferner trägt der Beklagte vor, es sei ausgeschlossen, dass die aufgefundenen Patronenhülsen bei der Tatauübung verfeuert worden seien, denn die sichergestellten, jedoch unstrittig zwischenzeitlich vernichteten Projektile stimmten nicht mit den Patronenhülsen überein. Zudem müssten die Hülsen aus zwei verschiedenen Waffen abgefeuert worden sein. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf das von dem Beklagten in Auftrag gegebene Gutachten E. vom 08.09.2020, Bl. 308 ff. d.A., Bezug genommen. Diese Ergebnisse seien bestätigt worden durch ein weiteres Gutachten. Danach seien die Hülsen mit hoher Wahrscheinlichkeit aus zwei verschiedenen Waffen-Typen abgefeuert worden. Die Schrotkugeln, die die Erblasserin getötet haben, könnten jedoch nicht aus den am Tatort aufgefundenen Hülsen stammen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das von dem Beklagten in Auftrag gegebene Gutachten P. vom 10.10.2020, Bl. 413 d.A., und dessen weitere gutachterliche Stellungnahme vom 28.03.2022, Bl. 764 d.A., verwiesen. Schließlich trägt der Beklagte vor, auch die Ergebnisse des Einsatzes von Mantrailer-Hunden könnten nicht zu seinen Lasten verwertet werden.

Der Beklagte hat am 08.07.2022 eine persönliche Stellungnahme verfasst, in der er im Wesentlichen den Lebensgefährten der Erblasserin, D. J., belastet. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Erklärung, Bl. 835 ff. d.A., Bezug genommen.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 11.02.2019 – 19 O 203/18 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen,

hilfsweise,

das Urteil aufzuheben und das Verfahren an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen.

Sie verteidigen die landgerichtliche Entscheidung und verweisen zur näheren Begründung auf die von der Strafkammer in dem Strafurteil gemachten Ausführungen. Ergänzend tragen sie vor, es könne dahinstehen, ob der Beklagte mit seinem eigenen oder einem anderen PKW zum Tatort und von dort zu seinem Betrieb gefahren sei. Die Zeitstempel im Navigationssystem bzw. im Notrufsystem des T. des Beklagten ließen keine sicheren Rückschlüsse zu. Die Kläger bestreiten daher die Behauptung des Beklagten, er sei erst um 08.02 Uhr von zu Hause losgefahren. Ferner bestreiten sie, dass der Beklagte am Tattag auf der F.-straße gewesen sei und dort einen FQ.-LKW wahrgenommen habe. Ein LKW der FQ. K. AG sei dort erst um 08.46 Uhr eingetroffen. In der Klageerwidlung sei von einem in die R.-straße abbiegenden LKW nicht die Rede gewesen. Selbst wenn der Beklagte einen LKW um 08.20 Uhr an der R.-straße gesehen habe, sei es gleichwohl möglich, rechtzeitig bis 09.00 Uhr zur Firma des Beklagten zu gelangen. Zu berücksichtigen sei, dass der Beklagte den Vorfall mit dem Zeugen N. in dem gesamten Strafverfahren nicht erwähnt habe. Ermittlungsansätze für die Behauptung des Beklagten, ein Dritter habe der Erblasserin nach dem Leben getrachtet, hätten sich im Strafverfahren nicht ergeben. Dass die Beweismittel lanciert worden seien, sei nur eine theoretische Möglichkeit. Ein Dritter hätte nach Ausführung der Tat nicht die Zeit gehabt, Spuren zu legen, denn unstrittig sei die Mutter der Erblasserin sofort nach Abgabe der Schüsse zum Tatort gelaufen. Dem vorgelegten Gutachten E. sei nicht zu folgen, weil die Tatsachen, an die angeknüpft werde, nicht sicher feststünden. Die Feststellungen in dem Gutachten P. seien unzutreffend. Es sei durchaus möglich, dass die im Körper der Erblasserin aufgefundenen Projektile aus dem dritten abgegebenen Schuss stammten, wobei die dritte Patronenhülse in der Waffe verblieben sei. Die Kläger bestreiten die Ausführungen des Beklagten in dessen persönlicher Stellungnahme mit näheren Ausführungen. Insbesondere bestreiten sie, dass D. J. die Tötung der Erblasserin geplant oder ausgeführt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat den Beklagten gemäß § 141 ZPO persönlich angehört. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf das Sitzungsprotokoll vom 27.10.2022 nebst Berichterstattevermerk Bezug genommen.

II.

1. Die Berufung des Beklagten ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.

2. In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg. Eine Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und die Zurückverweisung an das Landgericht kommt nicht in Betracht, denn der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, § 538 Abs. 1 ZPO.

a) Die von den Klägern erhobene Anfechtungsklage gemäß § 2342 BGB ist zulässig.

aa) Die Kläger sind anfechtungsberechtigt. Gemäß § 2341 BGB ist jeder anfechtungsberechtigt, dem der Wegfall des Erbunwürdigen zustattenkommt. Das trifft auf die Kläger zu, denn sie haben ihre Mutter gemäß §§ 1924, 1931 BGB neben dem Beklagten zu je  $\frac{1}{4}$  beerbt, während der Beklagte hälftiger Miterbe ist. Bei Wegfall des Beklagten wegen Erbunwürdigkeit wären die Kläger Miterben zu je  $\frac{1}{2}$ .

bb) Die Anfechtungsklage ist auch fristgerecht erhoben worden. Nach § 2340 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 2082 BGB kann die Anfechtungsklage nur binnen Jahresfrist erfolgen. Diese Frist ist hier von den Klägern eingehalten worden. Die Frist beginnt gemäß § 2082 Abs. 2 S. 1 BGB mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund zuverlässige Kenntnis erlangt. Das war hier nicht schon unmittelbar nach der Tat am 00.00.0000 der Fall. Die erforderliche Kenntnis von dem Anfechtungsgrund, welche die Frist in Gang setzt voraus, dass die Klageerhebung auch zumutbar ist. Im Fall einer strafrechtlichen Verurteilung des Erbunwürdigen ist dies erst mit Verkündung des Strafurteils der Fall (OLG Koblenz, Urteil vom 16. Januar 2004 – 8 U 1467/02 –, juris; Hau in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Auflage, § 2340 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 6). Ab diesem Zeitpunkt bestanden im vorliegenden Fall aufgrund der Beweiswürdigung des Strafgerichts keine begründeten Zweifel mehr an einer Täterschaft des Beklagten, während diese zuvor noch offen war. Die Strafkammer musste zahlreiche Indizien würdigen, um sich die volle Überzeugung von der Täterschaft des Beklagten zu bilden. Es wäre den Klägern mithin nicht zuzumuten gewesen, bei der bis zur Verkündung des Strafurteils bestehenden Beweislage bereits die Anfechtungsklage zu erheben. Die Kläger haben die Anfechtungsklage innerhalb der Jahresfrist, die mit Verkündung des Strafurteils am 19.05.2017 begann, und demgemäß erst am 20.05.2018 abliefe, erhoben. Die Klage ist, nachdem der Bundesgerichtshof die Revision des Beklagten mit Beschluss vom 01.02.2018 als unbegründet verworfen hatte, rechtzeitig am 21.02.2018 bei dem Landgericht DD eingegangen und dem Beklagten am 26.03.2018 zugestellt worden.

cc) Der Kläger zu 2), U. C., ist trotz seiner zwischenzeitlich eingetretenen Volljährigkeit postulatiionsfähig im Sinne von § 78 Abs. 1 ZPO, denn er wird weiterhin im Berufungsverfahren durch die Rechtsanwälte L., Z. & Kollegen aus DD anwaltlich vertreten. Gemäß § 86 ZPO wird die Vollmacht durch eine Veränderung in der Prozessfähigkeit des Vollmachtgebers oder seiner gesetzlichen Vertretung nicht aufgehoben. Der Erwerb der Prozessfähigkeit durch den Eintritt der Volljährigkeit (§ 51 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 BGB) hat demnach keine Auswirkungen auf die Parteistellung und die Vollmacht (BeckOK ZPO/Piekenbrock, 46. Ed. 1.9.2022, ZPO § 86 Rn. 3). Das bedeutet, dass die Vollmacht nicht erlischt, wenn der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen – wie hier Rechtsanwalt ZF. als gesetzlich bestellter Vormund der Kläger – die Prozessvollmacht erteilt hat und der Minderjährige während des Prozesses volljährig wird (vgl. Althammer in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 86 Rn. 9; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 01.03.2004 – 16 WF 221/03 –, juris). Unabhängig davon hat Rechtsanwalt ZF. in der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2022 auch anwaltlich versichert, von dem Kläger zu 2) ausdrücklich bevollmächtigt worden zu sein.

b) Die Anfechtungsklage ist begründet. Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das Landgericht den Beklagten hinsichtlich des Nachlasses seiner Ehefrau für erbunwürdig erklärt.

aa) Die Erbunwürdigkeit des Beklagten folgt aus § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Danach ist erbunwürdig, wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet hat. Unter den Begriff der vorsätzlichen und widerrechtlichen Tötung im Sinne des Strafrechts fallen Taten gemäß §§ 211, 212 StGB. Das

Landgericht hat die Voraussetzungen für die Erbuwüdigkeit des Beklagten angenommen. Dazu hat es die Akte 10 Ks 1/17 446 Js 299/16 LG Bielefeld beigezogen und sich ausschließlich auf die Feststellungen der Strafkammer in dem Urteil vom 19.05.2017 bezogen, durch das der Beklagte wegen Mordes an seiner Ehefrau zu lebenslanger Haft verurteilt worden ist. Der Beklagte bestreitet nach wie vor seine Täterschaft und rügt insoweit allerdings zu Recht, dass das Landgericht eine eigene Beweiswürdigung nicht angestellt und keine Ausführungen dazu gemacht hat, aus welchen Gründen es die von ihm angebotenen Beweise nicht erhoben hat.

Soweit sich die in § 2339 Abs. 1 BGB aufgeführten Unwürdigkeitsgründe – wie im vorliegenden Fall – zugleich als Straftatbestände erweisen, ist eine strafrechtliche Verurteilung allein noch keine hinreichende Voraussetzung zur Annahme der Erbuwüdigkeit. Der Zivilrichter muss sich seine Überzeugung grundsätzlich selbst bilden und ist regelmäßig auch nicht an einzelne Tatsachenfeststellungen eines Strafurteils gebunden. Allerdings darf er bei einem engen rechtlichen und sachlichen Zusammenhang von Zivil- und Strafverfahren rechtskräftige Strafurteile nicht völlig unberücksichtigt lassen. Der Zivilrichter ist vielmehr gehalten, sich mit den Feststellungen in dem Strafurteil auseinanderzusetzen, die für seine eigene Beweiswürdigung relevant sind (Hau in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Auflage, § 2339 BGB (Stand: 03.04.2020) Rn. 7; BGH, Urteil vom 11. März 2015 – IV ZR 400/14 –, BGHZ 204, 258-20; BGH, Beschluss vom 16. März 2005 – IV ZR 140/04 –, juris). Es ist dazu zulässig, die Akten eines anderen Rechtsstreites als Beweisurkunde heranzuziehen und die tatsächlichen Feststellungen des dortigen Urteils zu verwerten.

Deshalb stellt auch ein rechtskräftiges Strafurteil grundsätzlich eine Beweisurkunde dar, auf die der Tatrichter seine Überzeugung durchaus stützen kann. Für die notwendige eigene Beweiswürdigung kann es als Beweisurkunde im Sinne des §§ 415 ff. ZPO herangezogen und ausgewertet werden (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 23. Dezember 2014 – 28 U 166/13 –, juris; BGH, Urteil vom 06. Juni 1988 – II ZR 332/87 –, juris). Im vorliegenden Fall haben die Kläger eine Abschrift des Strafurteils vorgelegt (Anlage KGuk 3 zum Schriftsatz vom 20.02.2018). Die Parteivertreter haben sich in der mündlichen Verhandlung mit der Verwertung des ihnen bekannten Strafurteils einverstanden erklärt (Bl. 106 f. d.A.). Auch der Senat stützt seine Überzeugung davon, dass der Beklagte die Erblasserin getötet hat, auf die überzeugenden Feststellungen des Schwurgerichts in dem Strafurteil vom 19.05.2017.

Der Umstand, dass die Akten eines anderen Rechtsstreites als Beweisurkunde herangezogen werden können, rechtfertigt es allerdings nicht, die zum Beweis des Gegenteils angebotenen Beweise nicht zu erheben. Dadurch würde der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verletzt. Verlangt die Partei, dass die von ihr benannten Beweise erhoben werden, kann dies nicht unter Hinweis auf die Feststellungen im Strafurteil abgelehnt werden (BGH, Urteil vom 6. Juni 1988 – II ZR 332/87 –, juris). Allerdings erhöht die Vorlage des Strafurteils die Darlegungslast der Partei, die einen vom Strafurteil abweichenden Sachverhalt vortragen will (OLG München, Beschluss vom 16. April 2007 – 9 U 3865/06 –, juris). Denn in der Regel wird den strafgerichtlichen Feststellungen zu folgen sein, sofern nicht gewichtige Gründe für deren Unrichtigkeit vorgebracht werden (KG Berlin, Urteil vom 25. Januar 2006 – 11 U 6883/97 –, juris; OLG Fl., Urteil vom 11. Januar 1991 – 19 U 105/90 –, juris).

Diesen erhöhten Anforderungen wird das Vorbringen des Beklagten nicht gerecht. Gewichtige Gründe, die gegen die Richtigkeit der Feststellungen der Strafkammer sprechen, hat der Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Seine Einwendungen gegen die Feststellungen der Strafkammer sind vielmehr unerheblich. Einer eigenen Beweisaufnahme durch den Senat bedurfte es daher nicht.

bb) Im Einzelnen:

(1) Auch nach Auffassung des Senats ist das wichtigste Indiz für die Täterschaft des Beklagten der Umstand, dass DNA-Anhaftungen des Beklagten an den beiden am Tatort gefundenen

Patronenhülsen, der Sturmhaube und dem Langwaffen-Futteral festgestellt worden sind. Die Strafkammer hat dies als das „gewichtigste Indiz“ angesehen und die Verurteilung des Beklagten maßgeblich darauf gestützt (Seite 31 des Urteils). Dem ist zu folgen.

(a) Der Beklagte hat zwar eingewendet, dass an einer Patronenhülse nur DNA-Material am Rande der Nachweisbarkeit aufgefunden worden sei und dass an der zweiten Patronenhülse und der Sturmhaube DNA-Material mehrerer Personen gefunden worden sei, ohne dass aufgeklärt worden sei, von welcher Person diese DNA stamme. Ergänzend hat er noch vorgetragen, an der Erblasserin oder am Fahrzeug sei unstreitig keine DNA des Beklagten festgestellt worden.

Diese Einwendungen sind nach Auffassung des Senats nicht geeignet, die Feststellungen des Schwurgerichts in Frage zu stellen. Der Beklagte hat keine Anhaltspunkte vorgetragen, die gegen die Richtigkeit der Feststellungen der Strafkammer sprechen. Insbesondere hat er nicht hinreichend nachvollziehbar dargelegt, aus welchem Grund die festgestellten DNA-Spuren für eine Zuordnung zu dem Beklagten nicht ausreichend gewesen sein sollten. Aus der von dem Beklagten vorgelegten Stellungnahme des XY. CK. vom Institut für Rechtsmedizin der Uniklinik Fl. vom 17.08.2017 (Anl. B 1, Bl. 29 ff. d.A.) geht vielmehr hervor, dass nur spekulativ begründet werden könne, dass bei der Auswertung der DNA-Anhaftungen im Ermittlungsverfahren die erforderlichen Standards nicht eingehalten worden seien. Das reicht aber für den erforderlichen substantiierten Vortrag dazu, dass das Strafurteil in diesem Punkt unrichtig ist, nicht aus.

Der Senat muss auch nicht der Anregung des Beklagten in dem Schriftsatz vom 14.10.2020, Bl. 305 d.A., nachgehen, ein Sachverständigengutachten zu der Frage einzuholen, was für eine Art von DNA an den Hülsen, der Sturmhaube und dem Gewehrfutteral aufgefunden worden sei. Der Beklagte führt zur Begründung lediglich an, die Feststellungen „dürften ebenfalls weiter Klarheit bringen, genauso wie die Aufklärung darüber, ob dieselbe Art von DNA auf den unterschiedlichen Gegenständen aufgefunden wurde oder beispielsweise auf dem einen Gegenstand Speichel und auf dem anderen Hautspuren.“ Welche Relevanz diese Feststellungen im vorliegenden Fall haben könnten, legt der Beklagte jedoch nicht nachvollziehbar dar. Insoweit liefe die Einholung eines Sachverständigengutachtens auf einen im Zivilprozess unzulässigen Ausforschungsbeweis hinaus.

(b) Der weitere Einwand des Beklagten, es sei nicht auszuschließen, dass die am Tatort aufgefundenen Patronenhülsen, die Sturmhaube und das Gewehr-Futteral dort von einer unbekannt Person platziert worden seien, um ihn zu belasten, ist ebenfalls unerheblich. Das gilt auch vor dem Hintergrund seines ergänzenden Vortrags, es könne sich bei den aufgefundenen Gegenständen um solche handeln, die er bei seinem Auszug aus dem Haus der Erblasserin dort zurückgelassen habe, wo sie für Dritte frei zugänglich gewesen seien. Diese spekulative Behauptung stellt die Richtigkeit der Annahme der Täterschaft des Beklagten nicht in Frage. Einer Beweisaufnahme dazu bedurfte es nicht.

Nach den überzeugenden Feststellungen der Großen Strafkammer des Landgerichts Bielefeld ist das absichtliche Legen der Spuren durch eine dritte Person auszuschließen (Seite 36 f. des Urteils). Auch das Landgericht Münster hat dies in dem Beschluss vom 14.04.2021 als bloß theoretische Möglichkeit verworfen. Dem schließt sich der Senat an, denn der Beklagte hat keine überzeugende Erklärung dafür vorgetragen, wie es diesem Dritten gelungen sein könnte, geeignete Spurenträger zu beschaffen und am Tatort so zu platzieren, dass sie als belastendes Beweismaterial in Frage kommen.

Selbst wenn die Gegenstände aus dem Haus der Erblasser gestammt hätten, wäre deren Beschaffung für eine dritte Person mit erheblichem Aufwand und mit einem erheblichen Entdeckungsrisiko verbunden gewesen. Gegen die Behauptung des Beklagten spricht auch, dass nach den Feststellungen der Strafkammer an den Spurentägern kein vollständiges DNA-Profil festgestellt werden konnte. Gegen die Annahme, dies sei durch eine bewusste Reinigung der Gegenstände vor der



Auslegung geschehen, spricht wiederum, dass fremde DNA-Teilprofile detektiert worden seien. Ergänzend hat das Landgericht Münster zu Recht darauf hingewiesen, dass es eines noch größeren Aufwandes bedurft hätte, die Spuren zu legen, wenn man zugunsten des Beklagten unterstelle, dass die sichergestellten Hülsen nicht der Tat zuzuordnen seien. Ein Dritter hätte neben der Tatwaffe und Tatmunition zusätzlich noch bereits verfeuerte Hülsen mit der DNA des Beklagten beschaffen müssen, glaubhaft legen und die tatsächlich verfeuerten Hülsen beseitigen müssen. Vor dem Hintergrund, dass der exakte Tatort für den Täter schon deshalb nicht vorhersehbar war, weil die Erblasserin, nachdem sie den Täter wahrgenommen hatte, noch mehrere Fahrmanöver durchgeführt hat bis sie mit ihrem Fahrzeug zum Stillstand kam, erscheint es ausgeschlossen, dass ein Dritter die Spurenlager absichtlich gelegt hat, um den Beklagten zu belasten. Es kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Mutter der Erblasserin sofort nach Abgabe des dritten Schusses das Haus verlassen hat und zum Wagen der Erblasserin gelaufen ist und schon um 07.57 Uhr einen Notruf abgesetzt hat (S. 17 des Urteils). Deshalb erscheint es ausgeschlossen, dass ein Dritter – wie der Beklagte vorträgt – die Spurenlager absichtlich lanciert hat. Dazu hätte schlicht die Zeit gefehlt, wenn der Dritte sich nicht einem unkalkulierbaren Entdeckungsrisiko hätte aussetzen wollen. Schließlich haben auch die polizeilichen Ermittlungen keinen konkreten Hinweis auf die Anwesenheit einer anderen Person zur Tatzeit unmittelbar am Tatort ergeben.

(c) Gegen die weitere Behauptung des Beklagten, die Patronenhülsen und die anderen Spurenlager hätten schon länger am Tatort gelegen, weil sie von den Kindern zum Spielen verwendet worden seien, spricht der Umstand, dass von der Strafkammer aufgrund der Aussage des Zeugen KOK Gl. dem widersprechende Feststellungen getroffen worden sind. Danach hätten die Patronenhülsen erst kurz an ihrem Fundort obenauf gelegen (S. 25 des Urteils). Sämtliche Spurenlager seien nach der nachvollziehbaren Einschätzung des Zeugen erst „vor kurzem an ihren Fundort gelangt“, da sie jeweils auf dem Untergrund gelegen hätten und nicht durch Blätter oder Ähnliches bedeckt oder verunreinigt gewesen seien (S. 36 des Urteils). Vor diesem Hintergrund ist das Vorbringen des Beklagten, das die Aussage des Zeugen nicht zu entkräften vermag, unerheblich.

(d) Der im vorliegenden Rechtsstreit wiederholte Einwand des Beklagten, es seien keine Schmauchspuren an seinem Körper bzw. an seinen Kleidungsstücken gefunden worden, ist schließlich auch unerheblich. Der Senat folgt insoweit den Ausführungen der Großen Strafkammer, nach denen diese Tatsache zwar nicht die Feststellung stützt, dass der Beklagte die tödlichen Schüsse auf die Erblasserin abgegeben hat, dieser Feststellung andererseits aber auch nicht entgegen steht (vgl. S. 56 des Urteils).

(2) Der Beklagte trägt weiterhin vor, gegen die Feststellung seiner Täterschaft spreche, dass es für ihn in dem in Betracht kommenden Zeitfenster unmöglich gewesen sei, von seiner Wohnung in V. zum Tatort und zurück nach V. zu fahren, wo er noch vor 09.00 Uhr in seinem Unternehmen angekommen sei. Demgegenüber hat das Schwurgericht festgestellt, dass der Beklagte um 07.45 Uhr am Tatort in DD, I-Straße ... gewesen sei und gleichwohl um 09.00 Uhr mit seinem Fahrzeug T. in seinem Unternehmen O. in V., NU.-straße # angekommen sei. Gegenüber diesen Feststellungen der Strafkammer, denen sich der Senat anschließt, ist das Vorbringen des Beklagten unerheblich.

(a) Der Beklagte behauptet, er sei um 08.00 Uhr mit seinem PKW T. von seiner Wohnung TT.-straße ... in V. über die BAB 2 in Richtung X. gefahren, um einen Kunden aufzusuchen. Die Richtigkeit dieser Behauptung werde dadurch belegt, dass sein Fahrzeug um 07.00 Uhr bzw. um 07.15 Uhr von Zeugen an seiner Wohnanschrift gesehen worden sei. Die Elektronik in seinem T. habe um 08.02 Uhr einen Zeitstempel gesetzt, der dafür spreche, dass das Fahrzeug erst um diese Uhrzeit gestartet worden sei.

Es braucht nicht aufgeklärt zu werden, ob dieser Vortrag zutreffend ist. Denn es kommt nicht darauf an, ob der Beklagte tatsächlich mit seinem eigenen PKW T. am Tatort gewesen ist. Wie bereits die Strafkammer lässt es der Senat offen, mit welchem Fahrzeug der Beklagte zum Haus der Erblasserin

gefahren ist. Es erscheint durchaus denkbar, dass der Beklagte weder sein eigenes noch eines seiner Firmenfahrzeuge, sondern ein ganz anderes Fahrzeug zur Tatbegehung benutzt hat. Deshalb ist auch die Behauptung des Beklagten unerheblich, sein Fahrzeug sei noch nach 07.00 Uhr an seiner Wohnanschrift von Zeugen gesehen worden. Ebenso kommt es nicht darauf an, dass die Software in seinem PKW um 08.02 Uhr einen Zeitstempel gesetzt hat. Nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen der Großen Strafkammer lässt dieser Zeitstempel keine Rückschlüsse auf die Betriebszeiten des Fahrzeugs zu, da offen ist, ob die Software eine Funktion hat (S. 48 des Urteils).

(b) Der Beklagte hat nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht mit Schriftsatz vom 11.01.2019 vorgetragen, er habe am Tattag auf dem Weg von seiner Wohnung nach X. am Straßenrand ein liegen gebliebenes Fahrzeug mit serbischen Kennzeichen gesehen und dem Fahrer seine Hilfe angeboten. Den Fahrer habe er mit Hilfe einer Detektei ermitteln lassen. Dieses Vorbringen hat das Landgericht zu Recht gemäß § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassen, denn ein Grund für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gemäß § 156 ZPO hat nicht vorgelegen und ist vom Beklagten auch nicht angegeben worden. Das Auffinden eines neuen Zeugen führt jedenfalls nicht dazu, dass zwingend wieder zu eröffnen ist (§ 156 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 580 ZPO).

Mit diesem Vorbringen ist der Beklagte im Berufungsverfahren aber gemäß § 531 ZPO ausgeschlossen. Dieser Ausschluss folgt zwar nicht aus § 531 Abs. 1 ZPO, denn danach bleiben nur Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, ausgeschlossen. Das Vorbringen des Beklagten ist allerdings nicht gemäß § 296 ZPO als verspätet zurückgewiesen worden, sondern gemäß § 296 a ZPO unberücksichtigt geblieben. Es handelt sich jedoch um neuen Vortrag, der gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO unzulässig ist (vgl. Heßler in: Zöller, ZPO, § 531 Rn. 7). Nach dieser Vorschrift ist neuer Vortrag in der Berufungsinstanz nur zuzulassen, wenn er vor dem Landgericht nicht geltend gemacht worden ist, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht. Das kann hier jedoch mangels Erklärung des Beklagten nicht festgestellt werden. Einen Grund dafür, dass der Zeuge erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung benannt worden ist, hat der Beklagte nicht dargelegt. Er hat nicht einmal dazu vorgetragen, warum der Vorfall nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren von ihm erwähnt worden ist, obwohl er sich dadurch – im Falle der Bestätigung durch den Zeugen – hätte entlasten können. Aber weder in dem Schriftsatz vom 11.01.2019, in dem der Zeuge erstmals benannt worden ist, noch in dem weiteren Schriftsatz vom 24.01.2019 findet sich eine Erklärung für die nicht nachvollziehbare prozessuale Vorgehensweise des Beklagten.

(c) Der Beklagte hat zum Beleg dafür, dass er zur Tatzeit nicht am Tatort gewesen sei, vorgetragen, er habe am Tattag auf der Fahrt zu seinem Kunden bemerkt, dass er ein Muster nicht dabei gehabt habe und habe deshalb die Autobahn BAB 2 an der Anschlussstelle X.-Ost wieder verlassen. Auf der Rückfahrt sei ihm um 8.20 Uhr ein FQ.-LKW begegnet. Es sei daher ausgeschlossen, dass er in dem Zeitfenster zwischen der Tat um 07.55 Uhr und seiner Ankunft in der Firma um kurz vor 09.00 Uhr die Strecke von DD nach V. zurückgelegt haben könnte.

Dieser Vortrag ist ebenfalls unerheblich, denn er stellt die Feststellungen des Schwurgerichts zur Täterschaft des Beklagten nicht in Frage. Das Vorbringen ist nicht zum Beleg dafür geeignet, dass der Beklagte tatsächlich am Tattag um 08.20 Uhr dem FQ.-LKW begegnet ist, so dass er nicht von DD nach V. hätte gefahren sein können.

Mit der Berufungsbegründung hatte der Beklagte vorgetragen, dass er nach dem Verlassen der BAB 2 in CJ. auf der F.-straße in Höhe des Hauses Nr. ... um 8.20 Uhr einen grünen FQ.-LKW der FQ. K. AG bemerkt habe. Dieser habe durch einen Rangiervorgang die Straße blockiert. Nachdem die Kläger darauf hingewiesen hatten, dass nach den polizeilichen Ermittlungen der LKW erst um 8.46 Uhr an der F.-straße gewesen sei, hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 14.10.2020 sein Vorbringen gewechselt.

Abweichend hat er vorgetragen, er habe einen anderen LKW, nämlich einen weißen Silozug der FQ. G. eG gesehen, der in einen kleinen geteerten Weg namens R.-Straße ca. 600 m nach der Einmündung ZP.-straße abgebogen sei und ihn zum Anhalten gezwungen habe. Dort sei ein Hof um 08.26 Uhr am Tattag mit Flüssiggas beliefert worden. Hinsichtlich der Sichtung des LKW an der F.-straße verbleibe es bei dem bisherigen Vortrag, wobei damit gemeint sei, dass die Begegnung mit dem LKW gegen 08.20 Uhr gewesen sei.

Dieses widersprüchliche Vorbringen ist nicht geeignet, die Täterschaft des Beklagten in Zweifel zu ziehen. Der Beklagte hat keine nachvollziehbare Erklärung für den Wechsel seines Vortrags vorgebracht. Allein der Verweis im Schriftsatz vom 06.07.2021 darauf, dass er sich auf den Beweisantrag seines Verteidigers und die Ermittlungsergebnisse der Polizei im Ermittlungsverfahren verlassen habe (Bl. 581 d.A.), reicht für eine plausible Erklärung nicht aus.

Selbst wenn er, was kaum nachvollziehbar ist, im Strafverfahren von dem Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen nicht informiert gewesen sein sollte, kann für den vorliegenden Rechtsstreit nicht angenommen werden, dass der Beklagte einen grünen, auf der F.-straße rangierenden Lastzug mit einem in die R.-straße einbiegenden weißen Silo-LKW verwechselt hat. Insoweit bestehen bereits erhebliche Zweifel daran, dass der Beklagte wahrheitsgemäß gemäß § 138 Abs. 1 ZPO vorgetragen hat.

Ungeachtet dessen ist das Vorbringen weder in der einen noch in der anderen, vom Beklagten hilfsweise vorgetragene Alternative (s. Bl. 674 d.A.) geeignet, ihn zu entlasten. Deshalb kommt es auf die angebotenen Beweise nicht an. Der Beklagte hat zwar dargelegt, dass sich am Tattag gegen 08.20 Uhr ein FQ.-LKW an der Einmündung der R.-straße, hilfsweise an der F.-straße befunden hat. Das belegt indessen nicht, worauf auch der 4. Strafsenat des Oberlandesgerichts Hamm in seinem Beschluss vom 14.10.2021 – III-4 Ws 95/21 OLG Hamm – entscheidend abgestellt hat, dass auch der Beklagte an einem der beiden Orte zum selben Zeitpunkt gewesen ist. Es ist durchaus denkbar, dass sich der Beklagte anderweitig die Kenntnis darüber verschafft hat, zu welchem Zeitpunkt ein FQ.-LKW im Raum X. – CJ. – V. unterwegs gewesen ist. Diesen Vorhalt kann der Beklagte nicht ohne weiteres beiseite tun, denn sein eigenes Vorbringen belegt, dass es M. W., der Geschäftsführerin seines Unternehmens, offenbar möglich gewesen ist, die Fahrtrouten der FQ.-LKW im Nachhinein zu ermitteln.

(d) Weiterhin ist auch die erstmals mit der Berufungsbegründung vorgetragene Behauptung des Beklagten, am Tattag sei auf der Autobahn BAB 2 ein 4 km langer Stau gewesen unerheblich. Es kommt auch auf die weitere Behauptung, in V. sei die AH.-straße gesperrt gewesen, wodurch es in der gesamten Umgebung zu erhöhtem Verkehrsaufkommen gekommen sei (Bl. 212 d.A. / Anl. B 2, Bl. 216 d.A.), nicht an. Beide Tatsachenbehauptungen können dahinstehen, denn selbst wenn sich diese als wahr erwiesen, wäre schon deshalb nicht ausgeschlossen, dass der Beklagte am Tattag in dem vorgegebenen Zeitfenster zwischen 08.00 Uhr und 09.00 Uhr von DD nach V. gelangt ist, weil er ortskundig ist und einen anderen Weg als über die Autobahn hätte benutzen können.

(3) Es kommt auch nicht auf die von dem Beklagten vorgelegten waffentechnischen Gutachten an. Einer weiteren Beweisaufnahme bedarf es insoweit nicht.

(a) Der Beklagte trägt mit der Berufung vor, die im Fahrzeug und dem Körper der Erblasserin aufgefundenen Schrotkugeln stammten nicht aus den am Tatort aufgefundenen zwei Patronenhülsen (Bl. 89, 206 d.A.). Mit Schriftsatz vom 14.10.2020, Bl. 297 d.A., hat der Beklagte zur Untermauerung dieser Behauptung das Gutachten E. (Bl. 308 d.A.) vorgelegt, wonach ausgeschlossen sei, dass die sichergestellten Patronenhülsen bei der Tausübung verfeuert worden seien, da die sichergestellten Hülsen und Projektile nicht übereinstimmten. Die Größe der aufgefundenen vier Schrote, die – unstrittig – inzwischen vernichtet worden sind, passe nicht zu den Hülsen. Darüber hinaus hat der Beklagte mit weiterem Schriftsatz vom 28.10.2020 (Bl. 408 d.A.) das Gutachten P. vorgelegt (Bl. 413

d.A.), wonach die Schrotkugeln nicht aus den Hülsen stammen könnten, die am Tatort gefunden worden seien. Ferner hat der Beklagte unter Verweis auf das Gutachten P. vorgetragen, dass die am Tatort gefundenen Patronenhülsen aus zwei verschiedenen Waffen stammen müssen.

(b) Diese Behauptungen sind indessen für die Frage der Täterschaft des Beklagten unerheblich und können die Feststellungen in dem Strafurteil nicht durchgreifend in Frage stellen.

Es kann dahinstehen, ob die Untersuchungsmethoden der beiden Gutachter wissenschaftlich überprüfbar Anforderungen genügen (vgl. OLG Hamm Beschluss vom 14.10.2021 – III-4 Ws 95/21 – Bl. 664, OLG Hamm, Beschluss vom 09.06.2022 III- 4 Ws 31/22 (Bl. 820 R) und LG Münster, Beschluss vom 06.01.2022 – 2 Ks – 30 Js 460/21 (Bl. 713)). Dass die im Fahrzeug und im Körper der Erblasserin aufgefundenen Projektile angeblich nicht zu den am Tatort gefundenen Patronenhülsen passen, steht der Täterschaft des Beklagten nicht entgegen. Es ist denkbar, dass bei dem dritten Schuss eine andere Laborierung (Befüllung der Patronenhülsen) benutzt worden ist, als bei den ersten beiden abgegebenen Schüssen. Deshalb ist es möglich, dass die aufgefundenen Projektile – wie vom Landgericht Münster in dem Beschluss vom 14.04.2021 angenommen – von dem dritten Schuss stammten. Eine dritte Patronenhülse ist am Tatort zwar nicht gefunden worden. Das lässt jedoch nur den Schluss zu, dass diese Hülse nicht ausgeworfen wurde, sondern in der Waffe geblieben ist, weil der Beklagte nach dem tödlichen Schuss nicht erneut nachladen musste (S. 26 des Urteils). Dann ist die Hülse deshalb nicht aufgefunden worden, weil der Beklagte die Waffe mitsamt der darin befindlichen Patronenhülse vom Tatort mitgenommen hat. Der Einwand des Beklagten, dies sei ein anderer, von den Feststellungen des Strafurteils abweichender Sachverhalt, ist demgegenüber unzutreffend, da die Strafkammer durchaus festgestellt hatte, dass der Beklagte die Tatwaffe vom Tatort mitgenommen hat.

Die Annahme des Beklagten, die Hülsen müssten aus zwei verschiedenen Waffen stammen, entlastet ihn nicht. Denn selbst wenn sich diese Behauptung als richtig erweisen sollte, ist die Täterschaft des Beklagten nicht ausgeschlossen. Es bleibt ohne weiteres denkbar, dass der Beklagte zur Tatausführung mehr als nur eine Waffe benutzt hat. Diese Annahme ist – anders als zur Begründung der Verfassungsbeschwerde ausgeführt – nicht bloße Spekulation (vgl. Bl. 890). Das Mitführen der zweiten Waffe ersparte dem Beklagten immerhin das Nachladen neuer Patronen.

Schließlich sind auch die Ausführungen in dem Gutachten P. zum Standpunkt des Schützen unerheblich. Die in dem Gutachten beschriebene höhere Schussposition mag zutreffen, denn es erscheint möglich, dass der Beklagte – wie von den Klägern vorgetragen – den tödlichen Schuss von dem ansteigenden Seitenstreifen aus abgegeben hat, an dem das Fahrzeug der Erblasserin zum Stehen gekommen ist (vgl. S. 15 des Urteils). Es kann aber auch so gewesen sein, wie die Staatsanwaltschaft Münster in ihrer Stellungnahme ausgeführt hat (Bl. 612 d.A.), dass der Beklagte eine kürzere Schrotflinte eingesetzt hat. Das stünde aber im Einklang mit dem Inhalt des Gutachten P..

(4) Das Vorbringen des Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit ist nicht zuletzt deshalb unerheblich, weil sich der Beklagte nicht damit auseinandergesetzt hat, dass Feststellungen der Strafkammer zu seiner Täterschaft auf einer Gesamtwürdigung aller Tatumstände beruhen. Der Beklagte hatte ein nachvollziehbares Tatmotiv, war mit den Örtlichkeiten und den Gewohnheiten der Erblasserin vertraut, um eine günstige Tatgelegenheit abzupassen und hatte als Jäger Zugang zu Waffen, mit deren Umgang er vertraut war. Der Senat schließt sich insoweit den überzeugenden Ausführungen im Strafurteil an (S. 43 f. des Urteils).

(5) Schließlich kommt es auch nicht auf das Vorbringen des Beklagten in seiner persönlichen schriftlichen Stellungnahme bzw. den Ausführungen in seiner Anhörung gemäß § 141 ZPO entscheidend an. Der Beklagte hat erstmals umfangreich seine Ansicht dargelegt, dass der Lebensgefährte der Erblasserin, D. J., der Täter wäre. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf den

Berichterstattevermerk vom 27.10.2022 verwiesen. Die Kläger haben dieses Vorbringen dezidiert bestritten.

Auf die Richtigkeit der gegen D. J. erhobenen Beschuldigungen kommt es im vorliegenden Rechtsstreit nicht an, denn der Beklagte war mit seinem Vorbringen – worauf der Senat hingewiesen hat – im Berufungsverfahren ausgeschlossen. Nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsverfahren nur zuzulassen, wenn sie im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind, ohne dass dies auf Nachlässigkeit der Partei beruht. Der Beklagte hatte weder im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren noch in dem erstinstanzlichen Zivilverfahren detaillierte Beschuldigungen gegen D. J. erhoben, obwohl sich dieser Ansatz – zumindest aus der Perspektive des Beklagten – von vornherein geradezu hätte aufdrängen müssen.

Eine hinreichende Erklärung dafür, dass dies nicht auf Nachlässigkeit beruhte, hat er nicht abgegeben. Im Rahmen seiner persönlichen Anhörung hat der Beklagte angegeben, er habe schon früh auf Herrn J. hingewiesen, hätte aber nicht gewusst, dass er ihn beschuldigen dürfe. Seine Verteidiger, denen er vertraut habe, hätten ihm jedoch geraten zu schweigen. Dieses Vorbringen stellt aber keine plausible Erklärung dafür dar, dass der Beklagte nach dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens seine Verteidigungsstrategie nicht geändert hat und im vorliegenden Rechtsstreit nicht schon erstinstanzlich vor dem Landgericht den D. J. als Täter ausdrücklich benannt hat.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

## Entscheidung 2 - OLG Hamm Urteil vom 19.12.2022 – 22 U 97/17

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 18.07.2017 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen (Az. 4 O 314/14) abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, das Grundstück Flur 01, Flurstücke Nr. 01, 02 und 03 in der Gemarkung B, eingetragen im Grundbuch des Amtsgericht Lüdenscheid, Blatt 01 auf den Kläger rückaufzulassen und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu beantragen und zu bewilligen.

Im Übrigen bleibt die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung des Klägers wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Beklagte kann die Vollstreckung in der Hauptsache durch Sicherheitsleistung in Höhe von 70.000 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Mit notariellem Vertrag vom 20. November 2013 (Bl. 10 ff. d.A.) übertrug der 0000 geborene Kläger, der zuvor einen schweren Herzinfarkt erlitten hatte, sein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück A-Straße 00 in B auf die Beklagte, seine Schwester. Als Gegenleistung bestellte diese dem Kläger ein Wohnrecht an bestimmten Räumen des Hauses und verpflichtete sich, ihn lebenslang zu betreuen und zu pflegen. Die Beklagte wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

In der Folgezeit kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien. Ab Februar oder März 2014 erbrachte die Beklagte keine Pflegeleistungen mehr. Im März 2014 erklärte der Kläger den Rücktritt von dem Vertrag, weil die Beklagte von ihm Miete verlange und ihn bedrängt und genötigt habe. Die Streitigkeiten mündeten in einem Zerwürfnis der Parteien.

Die Beklagte bewohnt das Haus derzeit zusammen mit ihren beiden Kindern, deren Partnern und zwei Enkelkindern. Seit dem Tode ihres Ehemannes, der das Haus ebenfalls bewohnt hatte, bezieht die Beklagte eine Witwenrente in Höhe von 360,00 Euro monatlich; sie wird von ihren Kindern finanziell unterstützt.

Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Urteil, auf welches wegen des zugrundeliegenden Tatbestandes, der erstinstanzlich gestellten Anträge und der Einzelheiten der Entscheidungsgründe verwiesen wird, die Klage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung, hilfsweise auf Rückauflassung des mit notariellem Übertragungsvertrag vom 20.11.2013 vom Kläger auf die Beklagte übertragenen Grundbesitzes A-Straße 00 in B abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die mit anwaltlichem Schreiben des Klägers vom 28.08.2014 erklärte Anfechtung seiner auf Abschluss des Übertragungsvertrages gerichteten Willenserklärung weder wegen Erklärungsirrtums noch wegen Drohung durchgreife und mangels Geschäftsunfähigkeit des Klägers zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses der Übertragungsvertrag nebst Auflassung auch nicht gemäß § 105 BGB nichtig sei.

Ein Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks stehe dem Kläger gegen die Beklagte nicht zu. Mangels Vorliegens eines in § 7 des Übertragungsvertrages geregelten Rücktrittsgrundes sei der Kläger weder wirksam von dem Übertragungsvertrag zurückgetreten, noch greife sein mit anwaltlichem Schreiben vom 28.08.2014 erklärter Widerruf wegen groben Undanks durch, da in dem Übertragungsvertrag vom 20.11.2013 keine Schenkung liege.

Der Senat hat die gegen das landgerichtliche Urteil eingelegte Berufung des Klägers mit Urteil vom 17. Januar 2019 zurückgewiesen. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks gemäß § 323 Abs. 1 BGB. Zwar habe die Beklagte die im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Grundstücksübertragung stehende Pflegeverpflichtung nicht mehr erfüllt. Der Kläger hätte aber von der Beklagten unter Fristsetzung konkrete Pflegeleistungen verlangen müssen. Daran fehle es. Eine Rückabwicklung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 3 BGB scheide ebenfalls aus. Da der Kläger in erheblicher Weise die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der Beklagten verletzt habe, sei der Rücktritt vom Vertrag nicht zur Vermeidung untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbarer Folgen geboten. Vielmehr erscheine es unbillig, wenn das schuldhaft pflichtwidrige Handeln des Klägers diesem die Möglichkeit eröffne, sich von dem Vertrag zu lösen.

Auf die hiergegen eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 9. Juli 2021 - V ZR 30/20 - das Urteil des Senats insoweit aufgehoben, als die Berufung hinsichtlich des Hilfsantrags (Rückauflassung und Zustimmung zur Eigentumsübertragung) zurückgewiesen worden ist und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass in Anbetracht der „heillosen Zerrüttung“ der Parteien ein Anspruch aus § 313 Abs. 3 BGB wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht komme. Die Vorschrift des § 313 Abs. 3 BGB sehe bei Wegfall der Geschäftsgrundlage die Rechtsfolge der Auflösung des Vertrags vor, wenn eine Anpassung nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar sei (§ 313 Abs. 3 BGB). Eine vertragliche Regelung im notariellen Kaufvertrag, die allein dem Kläger das Risiko einer Zerrüttung zuweise, finde sich nicht, insbesondere nicht in § 7, der - nicht abschließend - anderweitige Rücktrittsgründe vorsehe. Eine ergänzende Vertragsauslegung komme vor diesem Hintergrund nicht in Betracht. Dennoch scheide ein Anspruch auf Rückauflassung aus, wenn es der Beklagten gelinge, darzulegen und zu beweisen, dass der Kläger allein für die Zerrüttung verantwortlich und daher nicht schutzwürdig sei. Sei danach ein Wegfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen, müsse vorrangig geprüft werden, ob eine Vertragsanpassung in Form von Geldzahlungen dem Kläger - insbesondere wegen der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten - unmöglich oder unzumutbar sei, was der Kläger darzulegen und zu beweisen habe. Gelingen dem Kläger dies, müsse der Vertrag mit Wirkung ex nunc aufgelöst werden mit der Folge, dass die Beklagte das Grundstück zurückzuübertragen hätte und von ihrer Pflegeverpflichtung befreit würde.

Mit Blick auf die im Übrigen rechtskräftige Entscheidung des Senats vom 19. Januar 2019 beantragt der Kläger nunmehr noch,

unter Abänderung des am 18.07.2017 verkündeten Urteils der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen (Az. 4 O 314/14) die Beklagte zu verurteilen, das Grundstück Flur 01, Flurstücke Nr. 01, 02 und 03 in der Gemarkung B, eingetragen im Grundbuch des Amtsgericht Lüdenscheid, Blatt 01 auf ihn rückkaufzulassen und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zu beantragen und zu bewilligen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird ergänzend auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Wegen der Angaben der in im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 28.11.2022 angehörten Parteien wird auf den Inhalt des Berichterstattervermerks vom 28.11.2022 verwiesen.

II.

Die Berufung des Klägers ist im zuletzt noch rechtshängigen Umfang begründet.

1. Dem Kläger steht gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Rückauffassung des streitgegenständlichen Hausgrundstücks und Zustimmung zur Eigentumsübertragung aus § 313 Abs. 3 BGB zu.

a. Mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 9. Juli 2021 - V ZR 30/20 (im Folgenden Revisionsurteil) - ist für das vorliegende Verfahren gemäß § 563 Abs. 2 ZPO zugrunde zu legen, dass ein Anspruch auf Rückübertragung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage des Grundstücksübertragungsvertrags mit Pflegeverpflichtung dann in Betracht kommt, wenn das Verhältnis zwischen dem Übertragenden und dem Übernehmenden „heillos zerrüttet“ ist.

Dass ein derartiges „tiefgreifendes Zerwürfnis“ der Parteien vorliegt, hat die Beklagte zuletzt mit Schriftsatz vom 25.02.2022 (Bl. 500 d.A.) unstreitig gestellt.

b. Weiter ist nach dem Revisionsurteil für den Senat bindend festgestellt, dass keine - insoweit vorrangige - vertragliche Regelung besteht, die das Risiko des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wegen eines „tiefgreifenden Zerwürfnisses“ - entweder ausdrücklich, konkludent oder auf Grund ergänzender Auslegung - regelt. Der Bundesgerichtshof hat im Revisionsurteil klargestellt, dass eine solche vorrangige Regelung weder dem notariellen Vertrag entnommen werden kann, noch eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht kommt, weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Parteien - hätten sie die Möglichkeit der Zerrüttung ihres Verhältnisses bedacht - das Risiko einer solchen Entwicklung allein dem Kläger zugewiesen hätten.

c. Der Senat kann nach Anhörung der Parteien im Senatstermin am 28.11.2022 nicht feststellen, dass die Zerrüttung dem Kläger allein anzulasten ist.

aa. Der Bundesgerichtshof geht im Revisionsurteil davon aus, dass sich in der Regel durch eine Beweisaufnahme kaum aufklären lasse, ob der Anteil des einen oder des anderen an der eingetretenen Zerrüttung überwiege. Allerdings könne sich die betroffene Person nach Treu und Glauben dann nicht auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, wenn sie nicht schutzwürdig sei. Ausgehend davon hat der Senat vorliegend zu prüfen, ob die Zerrüttung ausnahmsweise dem Kläger allein anzulasten ist. Für die Umstände ist - nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil - die Beklagte darlegungs- und beweispflichtig.

bb. Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls hat Beklagte jedoch bereits nicht schlüssig darzulegen vermocht.

Der Senat vermag auf Grundlage der Angaben der Beklagten im Senatstermin nicht auszuschließen, dass es in der Vergangenheit zumindest zwei Vorfälle gegeben hat, die maßgeblich zur Zerrüttung des Verhältnisses beigetragen haben, ohne dass der Kläger einen - bezogen auf den konkreten Vorfall - nachvollziehbaren Anlass für das Verhalten der Beklagten gegeben hätte.

(1) So hat die Beklagte im Rahmen ihrer Anhörung im Senatstermin angegeben, dass sie und ihr Ehemann mit dem Besuch einer Bekannten des Klägers in dessen - vom Wohnungsrecht umfassten - Wohnbereich nicht einverstanden gewesen seien, weil der Kläger ihnen in der Vergangenheit die



Zahlung von Betriebskosten schuldig geblieben sei. Ihr - der Beklagten - Ehemann habe die Bekannte des Klägers deshalb des Hauses verwiesen.

(a) Einen - nachvollziehbaren - Anlass für die gegenüber der Bekannten des Klägers ausgesprochene Wohnungsverweisung hat die Beklagte nicht anzugeben vermocht.

Zwar mag die von der Beklagten vertretene Ansicht, dass der Kläger - trotz Fehlens einer ausdrücklichen Umlagevereinbarung im notariellen Kaufvertrag - die auf die vom Wohnrecht betroffenen Räume entfallende verbrauchsabhängigen Betriebskosten grundsätzlich zu zahlen hat, zutreffend sein (vgl. BGH, Urt. v. 21. Oktober 2011 - V ZR 57/11, BeckRS 2011, 27335 Rn. 5, beck-online). Es ist auch unstrittig, dass der Kläger an die Beklagte seit dem Jahre 2014 keine verbrauchsabhängigen Betriebskosten gezahlt hat. Ebenso unstrittig ist indes, dass die Beklagte die Betriebskosten in der Vergangenheit gegenüber dem Kläger nicht abgerechnet und die Forderung dem Grunde und der Höhe nach - entsprechend den Regelungen der §§ 556 ff. BGB, die für die Abrechnung der Betriebskosten auch dann analog anwendbar sind, wenn keine Vorauszahlungen des Wohnrechtinhabers vereinbart sind (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2018 - V ZR 60/17 -, NZM 2018, 675, beck-online) - konkretisiert hat.

Aber selbst wenn die Beklagte die Betriebskosten gegenüber dem Kläger abgerechnet hätte, wäre sie nicht berechtigt gewesen, dem Kläger - allein unter Hinweis auf vom Kläger nicht gezahlte Betriebskosten - den Empfang von Besuch in seinem Wohnbereich zu untersagen und Besucher des Hauses zu verweisen.

(b) Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass dieser - unstrittige - Vorfall in erheblichem Maße zu der eingetretenen Zerrüttung des Verhältnisses der Parteien beigetragen hat. Denn der Vorfall war ausweislich des Protokolls des Amtsgerichts - Familiengericht - in Lüdenscheid (Az. 5 F 1397/16) vom 12.12.2016 (Anlage K 1 zum Schriftsatz vom 29.12.2017, Bl. 374 ff. d.A.) zumindest mitursächlich dafür, dass das Gewaltschutzverfahren vom Kläger eingeleitet wurde.

(2) Auch hat die Beklagte den Vorwurf des Klägers, sie blockiere - zu Unrecht - eine Umbaumaßnahme im vom Wohnrecht umfassten und vom Kläger bewohnten Bereich des Hauses, nicht zu entkräften vermocht.

(a) Nach Anhörung der Parteien im Senatstermin am 28.11.2022 ist unstrittig geblieben, dass der Kläger die Zusage einer Übernahme der Kosten für den behindertengerechten Umbau eines in den von seinem Wohnrecht umfassten Zimmern gelegenen Waschraums von seiner Versicherung und dem Sozialamt erhalten hat. Dieser Umbau soll u.a. den Einbau einer barrierefreien Dusche umfassen. Unstrittig geblieben ist weiter, dass der Umbau bislang nicht erfolgen konnte, weil es an einer - von der Behörde bei der Betreuerin des Klägers eingeforderten - Zustimmung der Beklagten als Eigentümerin des Hauses fehlt.

(b) Die Beklagte hat plausible Gründe, weshalb die Zustimmung bislang nicht erteilt worden ist, nicht darzulegen vermocht.

Ihre - vom Dolmetscher übersetzten - Angaben hierzu blieben trotz wiederholter Nachfragen vage und in sich widersprüchlich. So hat die Beklagte im Rahmen ihrer Anhörung im Senatstermin am 28.11.2022 zunächst angegeben, sie und ihr Mann seien seinerzeit mit dem Umbau einverstanden gewesen und hätten ohnehin ein anderes Bad nutzen wollen. Auf weitere Nachfrage hat die Beklagte dann aber im weiteren Verlauf ihrer Anhörung erklärt, sie sei gar nicht gefragt worden, ob sie mit dem Umbau einverstanden sei, und habe auch nicht gewusst, dass überhaupt ein Umbau stattfinden solle. Dies steht jedoch in Widerspruch zu ihrer vorangegangenen Angabe, sie sei mit dem Umbau einverstanden gewesen, denn wenn sie von dem geplanten Umbau nichts gewusst haben will, hätte

sie naturgemäß mit einem solchen auch nicht einverstanden sein können. Schließlich steht die Angabe, sie habe von dem Umbau nichts gewusst, in Widerspruch zu ihrer späteren Angabe im Rahmen ihrer Anhörung, sie habe Kontakt zu der Ehefrau des Handwerkers - eines Cousins - gehabt, der den Umbau habe durchführen sollen. Ihre widersprüchlichen Angaben hat die Beklagte auch auf nochmalige Nachfrage des Senats nicht plausibel zu erklären und aufzulösen vermocht.

Der Senat sieht auch im Übrigen keinen plausiblen Grund, der die Beklagte berechtigen würde, die Zustimmung zu dem behindertengerechten Umbau des Bades zu verweigern. Zwar ist der Wohnrechtsinhaber nach §§ 1093, 1037 BGB - ohne Zustimmung des Eigentümers - grundsätzlich nicht berechtigt, bauliche Veränderung an den vom Wohnungsrecht umfassten Räumen vorzunehmen, worunter auch der Umbau eines Waschraums fällt. Allerdings ist in diesem Zusammenhang die Wertung des im Wohnungsmietrecht geregelten § 554 BGB zu berücksichtigen, wonach der Vermieter grundsätzlich bauliche Veränderungen der Mietsache erlauben muss, die dem Gebrauch durch Menschen mit Behinderungen dienen, es sei denn, dass die bauliche Veränderung dem Vermieter auch unter Würdigung der Interessen des Mieters nicht zugemutet werden kann. Der Senat hält die Interessenlage im Falle des behindertengerechten Umbaus der von einem Wohnungsrecht umfassten Räume für vergleichbar mit derjenigen im Wohnungsmietrecht. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass mit dem - aufgrund des Gesundheitszustands des Klägers, der derzeit unstreitig in Pflegegrad 3 eingestuft ist - notwendigen behindertengerechten Umbau, abgesehen von den mit der Durchführung der Baumaßnahmen eintretenden Unannehmlichkeiten wie Baulärm oder Verschmutzungen, keine wirtschaftlichen Nachteile für die Beklagte verbunden sind. Vielmehr würde der von dem Umbau betroffene Waschraum, der nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien im Termin bisher nur über rudimentäre sanitäre Anlagen verfügt, mit dem Einbau einer Dusche eine für die Beklagte kostenlose „Aufwertung“ erfahren.

(c) Der Senat kann auf Grundlage der Angaben der Parteien nicht ausschließen, dass auch der vorgenannte Vorfall, der sowohl schriftsätzlich als auch im Rahmen der beiden Senatstermine zur Sprache gekommen ist, zu dem Zerwürfnis der Parteien beigetragen hat.

d. Der Kläger kann die Auflösung des Vertrags nach § 313 Abs. 3 S. 2 BGB verlangen. Eine - insoweit vorrangige - Vertragsanpassung ist dem Kläger nicht zumutbar (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB).

aa. Der Senat ist nach Anhörung der Parteien im Senatstermin davon überzeugt, dass dem Kläger eine Vertragsanpassung aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten nicht zumutbar ist (§ 313 Abs. 3 Satz 1 BGB).

(1) Nach den bindenden Vorgaben im Revisionsurteil hat der Senat zu prüfen, ob eine Vertragsanpassung durch Geldzahlung der Beklagten anstelle der Sach- und Dienstleistungen in Betracht kommt, entweder in Form einer Rentenzahlung, wenn sie gesichert ist, oder in Form eines Kapitalbetrags, was die Zahlung eines „nachträglichen Kaufpreises“ bedeuten würde.

(2) Nach den Angaben der Beklagten im Senatstermin, wonach sie lediglich eine Witwenrente in Höhe von 360,00 Euro monatlich bezieht, wäre ihr eine Zahlung an den Kläger weder in Form einer Rente noch in Form eines Kapitalbetrags als „nachträglicher Kaufpreis“ möglich. Eine derartige Zahlungsverpflichtung würde das wirtschaftliche Leistungsvermögen der Beklagten erheblich überschreiten und wäre nicht gesichert.

Zwar mag die Beklagte von ihren Kindern und ihrem Schwiegersohn finanziell unterstützt werden, insbesondere, was das Haus betreffende Ausgaben angeht. Es mag auch sein, dass ihre Kinder und ihr Schwiegersohn aufgrund ihres Einkommens wirtschaftlich in der Lage wären, Zahlungen an den Kläger in Form einer Rentenzahlung oder eines Kapitalbetrags zu erbringen, und dass ihre Tochter und ihr Schwiegersohn sich hierzu gegenüber der Beklagten ausdrücklich bereit erklärt haben. Dieser

Umstand muss jedoch bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Beklagten und der Zumutbarkeit einer Vertragsanpassung für den Kläger außer Betracht bleiben. Denn in einem etwaigen Urteil des Senats könnte allein eine materiell-rechtliche Zahlungspflicht der Beklagten festgestellt werden, so dass eine etwaige Zwangsvollstreckung auch nur in ihr Vermögen erfolgen könnte. Selbst wenn sich die Tochter und der Schwiegersohn materiell-rechtlich verpflichten würden, für eine Zahlungsverpflichtung der Beklagten einzustehen, etwa im Wege einer Schuld(mit)übernahme i.S.v. §§ 414 ff. BGB, würde dieser Umstand nichts daran ändern, dass der Kläger aus einem etwaigen Urteil des Senats ihnen gegenüber nicht vollstrecken könnte, sondern erneut klagen müsste, wenn die Verwandten nicht zahlen. Dass dem Kläger das Eingehen eines solchen Risikos nicht zumutbar wäre, liegt auf der Hand.

Vor diesem Hintergrund verfährt auch der Verweis der Beklagten auf die mögliche dingliche Sicherung einer Rentenzahlungspflicht durch Eintragung einer Reallast im Grundbuch nicht. Eine derartige Vertragsanpassung wäre dem Kläger ebenfalls nicht zumutbar. Denn die Bestellung einer Reallast vermag eine fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beklagten nicht zu ersetzen. Sie gewährt dem Kläger lediglich einen dinglichen Anspruch auf Befriedigung wegen jeder einzelnen Leistung, der § 1147 BGB (analog) durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück geltend zu machen ist (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 9. April 1981 - BReg 2 Z 21/81 -, Rn. 24, juris; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, BGB § 1107 Rn. 13). Eine mögliche Zwangsvollstreckung in das Grundstück mit der Folge einer etwaigen Zwangsversteigerung würde jedoch dem Interesse des Klägers am Erhalt des Hausgrundstücks und seiner „eigenen vier Wände“, in denen er nach eigenen Angaben „seinen Lebensabend verbringen“ will, zuwiderlaufen, zumal der Kläger, der - unbestritten - lediglich eine Rente in Höhe von monatlich 610,00 Euro bezieht und dem im Übrigen ratenfreie Prozesskostenhilfe gewährt worden ist, offensichtlich nicht über die finanziellen Mittel verfügt, das Hausgrundstück selbst zu erstehen.

bb. Nach alledem ist der Vertrag - unter Zugrundelegung der für den Senat bindenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil - aufgrund der den Charakter des Vertrages prägenden, als Dauerschuldverhältnis einzuordnenden Pflegeverpflichtung - mit Wirkung ex nunc aufzulösen (§ 313 Abs. 3 Satz 2 BGB). Folge ist, dass die Beklagte an den Kläger das Grundstück zurückzuübertragen hat und von ihrer Pflegeverpflichtung befreit wird (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2021 - V ZR 30/20 -, Rn. 16, juris).

(1) Die insoweit notwendige Kündigungserklärung des Klägers (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 1987 - V ZR 91/86 -, BGHZ 101, 143-153, Rn. 28) liegt vor.

Zwar hat der Kläger gegenüber der Beklagten nie ausdrücklich eine „Kündigung“ erklärt, sondern - mit Schreiben vom 25.03.2014 (Bl. 21 d.A.) - den „Rücktritt“ vom Übertragungsvertrag und - mit weiterem Schreiben vom 28.08.2014 (Bl. 22 ff. d.A.) - die „Anfechtung“ und den „Widerruf wegen groben Undanks“. Eine ausdrückliche Kündigungserklärung ist auch während des laufenden Rechtsstreits nicht erfolgt.

Allerdings hat der Kläger bereits vorgerichtlich zu verstehen gegeben, dass er an den Rechtsfolgen des mit der Beklagten geschlossenen notariellen Vertrages nicht festhalten möchte und die Rückauflassung des Grundstücks begehrt. Die Erklärungen des Klägers können daher gemäß §§ 133, 157 BGB dahingehend ausgelegt werden, dass die - gegenüber einer Rückabwicklung des Vertrages aufgrund Rücktritts, Anfechtung oder Widerrufs weniger einschneidenden - Rechtsfolgen einer Vertragsauslösung von dem Willen des Klägers (mit) umfasst sind. Sein diesbezügliches Begehren hat der Kläger mit Antragstellung im Senatstermin am 28.11.2022, in der nach den vorgenannten Maßstäben eine (nochmalige) konkludente Kündigungserklärung enthalten ist, bekräftigt.

(2) Die Abwicklung des Vertrages richtet sich nach den für eine Kündigung (aus besonderem Grund) geltenden Abwicklungsfolgen und -wirkungen (vgl. Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, § 313 Störung der Geschäftsgrundlage, Rn. 44b m.w.N.). Danach sind, worauf auch der Bundesgerichtshof im Revisionsurteil für den Senat bindend verwiesen hat, die Rücktrittsregelungen nicht entsprechend anwendbar. Die vom V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs als einschlägig angesehene Kündigung führt dazu, dass die vor der Kündigungserklärung erbrachten Leistungen sowie die bereits vor der Kündigung fällig gewordenen, noch nicht erloschenen Ansprüche unberührt bleiben. Für diese Leistungen bleibt auch der Rechtsgrund des gekündigten Schuldverhältnisses bestehen, so dass sie grundsätzlich nicht nach Bereicherungsrecht zurückzugewähren sind (vgl. Böttcher in: Erman BGB, Kommentar, § 314 Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund, Rn. 20; BeckOGK/Martens, 1.10.2022, BGB § 313 Rn. 148; MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 48).

(a) Der Kläger kann von der Beklagten die Rückübertragung des der Beklagten zugewendeten Eigentums an dem Hausgrundstück verlangen. Jedenfalls hat er zu weiteren etwaigen Ansprüchen nichts vorgetragen.

(b) Die Beklagte ist wegen der Beendigung des Vertrages aufgrund Kündigung nicht mehr zur Pflege und Betreuung des Klägers verpflichtet.

(c) Weitere - im Rahmen eines konkludent geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB zu berücksichtigenden - Ansprüche der Beklagten gegenüber dem Kläger bestehen demgegenüber nicht.

(aa) Die seitens der Beklagten geltend gemachten, mit dem Grunderwerb verbundenen Kosten (Notarkosten und Grundbuchkosten) sind nicht erstattungsfähig.

Zwar mag auch im Falle einer Vertragsauflösung mit Wirkung ex nunc grundsätzlich die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen nicht ausgeschlossen sein, was ausdrücklich aus der Wertung des § 314 Abs. 4 BGB folgt. Hielte man § 314 Abs. 4 BGB im vorliegenden Fall für anwendbar, würden Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche der Beklagten gegenüber dem Kläger jedoch ausscheiden. Denn § 314 Abs. 4 BGB regelt den Fall, dass dem Kündigenden, hier also dem Kläger, Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche gegenüber dem Kündigungsgegner, hier der Beklagten, zustehen, insbesondere dann, wenn letztere(r) durch die Verletzung vertraglicher Pflichten - schuldhaft - den wichtigen Grund für die Kündigung gesetzt hat (sog. „Auflösungsverschulden“, vgl. MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 49; BeckOGK/Martens, 1.10.2022, BGB § 314 Rn. 84). Im vorliegenden Fall verlangt jedoch - umgekehrt - die Beklagte Schadens- und Aufwendungsersatz vom Kläger. Selbst wenn man in diesem Falle § 314 Abs. 4 BGB für einschlägig erachten würde, wären Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche der Beklagten dennoch ausgeschlossen. Denn ist bei beiderseitiger Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses die Kündigung des Dauerschuldverhältnisses durch einen Vertragsteil wirksam, hat der andere Teil, der am Vertrag festhält, wegen des ihm durch die Kündigung entstandenen Schadens keinen Ersatzanspruch; seinem Schadensersatzverlangen steht der Einwand treuwidrigen Verhaltens (§ 242 BGB) entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 1965 - VII ZR 202/63 -, BGHZ 44, 271-279, Rn. 29 - 32; BGH, Urteil vom 11. Februar 1981 - VIII ZR 312/79 -, Rn. 46, juris MüKoBGB/Gaier, 9. Aufl. 2022, BGB § 314 Rn. 50). Wie oben dargelegt, ist vorliegend davon auszugehen, dass beide Parteien einen Anteil an dem eingetretenen Zerwürfnis zu tragen haben; eine alleinige Verantwortlichkeit des Klägers hat die Beklagte nicht darzulegen vermocht. Dieses Ergebnis entspricht auch der - für den Senat bindenden - Wertung des Bundesgerichtshofs im Revisionsurteil, wonach ein Wegfall der Geschäftsgrundlage bei einem Übertragungsvertrag mit Pflegeverpflichtung im Falle einer eingetretenen Zerrüttung der Parteien grundsätzlich anzunehmen ist, ohne dass es darauf ankäme, welche Vertragspartei welchen Anteil an dem Zerwürfnis trägt, es sei denn, eine Vertragspartei wäre aufgrund feststehender alleiniger Verantwortung ausnahmsweise nicht schutzwürdig. Dieser Grundsatz würde unterlaufen, würde man den Parteien im Rahmen der

Rechtsfolge gegenseitige Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüche (aus § 314 Abs. 4 BGB) auch dann zugestehen, wenn - wie hier - beide Parteien die Zerrüttung zu verantworten haben.

Ansprüche aus §§ 994, 996 BGB scheiden schon deshalb aus, weil die Beklagte zum Zeitpunkt der Verwendungsvornahme Eigentümerin des streitgegenständlichen Hausgrundstücks war und das Eigentum nicht rückwirkend, sondern, wie oben dargelegt, mit Wirkung ex nunc verliert. In diesem Falle fehlt es an dem Vorliegen einer notwendigen Vindikationslage (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1984 - IVa ZR 75/83 -, Rn. 18, juris; vgl. Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Auflage 2022, vor § 994, Rn. 2).

(bb) Soweit die Beklagte Erstattung der Kosten für den Austausch des Brauchwasserspeichers der Zentralheizung in Höhe von 3.380,67 Euro geltend macht, besteht - aus den genannten Gründen - ebenfalls kein Anspruch, zumal die Beklagte als Eigentümerin - auch gegenüber dem Kläger - zum Austausch des Speichers auf eigene Kosten verpflichtet war.

(cc) Schließlich besteht kein Anspruch der Beklagten gegenüber dem Kläger auf Erstattung der seit 2014 angefallenen verbrauchsabhängigen Betriebskosten.

Zwar mag der Kläger, wie bereits oben dargelegt, zur Zahlung der auf die vom Wohnrecht betroffenen Räume entfallenden verbrauchsabhängigen Betriebskosten grundsätzlich verpflichtet sein. Allerdings hat die Beklagte die Höhe der auf den Kläger entfallenden Betriebskosten nicht substantiiert dargelegt. Da in dem Gebäude - unstreitig - keine entsprechenden Messeinrichtungen vorhanden sind, wäre konkreter Vortrag dazu notwendig gewesen, welche angefallenen Betriebskosten in welcher Höhe auf welcher Grundlage dem Kläger zuzurechnen sind. Diesen Anforderungen ist die Beklagte indes nicht ansatzweise gerecht geworden; sie hat die Kosten lediglich pauschal auf „über 14.000,00 Euro“ geschätzt, ohne dem Senat entsprechende Schätzungsgrundlagen mitzuteilen. Der Senat hat mit Verfügung vom 16.05.2022 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der bisherige Sachvortrag der Parteien zu etwaigen Ausgleichsforderungen und wechselseitigen Verpflichtungen aus dem streitgegenständlichen Vertrag den Anforderungen nicht genügt und Gelegenheit zur abschließenden Stellungnahme eingeräumt. Mit Terminsverfügung vom 25.08.2022 ist ihnen unter Fristsetzung aufgegeben worden, abschließend unter Vorlage von Belegen zu etwaigen Ausgleichsforderungen vorzutragen. Konkretisierender Vortrag der Beklagten ist jedoch daraufhin nicht erfolgt; vielmehr hat die Beklagte im Schriftsatz vom 25.10.2022 die Ansicht vertreten, weiterer Sachvortrag hierzu sei nicht veranlasst.

Überdies kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beklagte seit 2014 ihrerseits einen überwiegenden Teil der Wohnfläche des Hauses zusammen mit ihren Familienmitgliedern - kostenlos - bewohnt und insoweit Nutzungen i.S. eines erheblichen Wohnvorteils aus dem übertragenen Eigentum gezogen hat (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 1994 - V ZR 113/93 -, Rn. 17, juris). Der Wert dieser Nutzungen würde die von der Beklagten geltend gemachten Betriebskostenzahlungen der Höhe nach erheblich übersteigen, was im Rahmen einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu einem Ausschluss der entsprechenden Nachforderung führen würde.

e. Die Entscheidung des Senats ist aufgrund der Bindungswirkungen des Revisionsurteils veranlasst.

Die zugrunde liegende Rechtsauffassung des Revisionsgerichts überzeugt den Senat indessen nicht:

Die Annahme des Revisionsgerichts, dass bei einem Grundstücksübertragungsvertrag mit Pflegevereinbarung „typischerweise beide Vertragsparteien mit ihrem Verhalten zu der Zerrüttung des Verhältnisses beitragen und ein eindeutiger Schwerpunkt der Verursachung hierfür auch durch eine Beweisaufnahme regelmäßig nicht bestimmt werden kann“, begegnet nach den Erfahrungen des Senats als Tatsachengericht erheblichen Bedenken. Danach ist der Übertragende im Falle eines

Übertragungsvertrags mit Pflegeverpflichtung zumeist eine zumindest absehbar hilfsbedürftige, oftmals auch (hoch) betagte Person. Die zur Entscheidung angestandenen Sachverhalte haben wiederholt zu Tage treten lassen, dass pflegebedürftige Personen mit steigendem Alter starrsinnig, zunehmend realitätsfern und - für den Pflegenden - schwerer zugänglich werden und/oder sich von diesem entfremden. Zumeist werden sie leichter beeinflussbar durch Dritte, die von außen auf sie einwirken und sie in dem in ihnen aufkommenden Wunsch, sich vom Vertrag mit dem Pflegenden zu lösen, unterstützen.

Die Auffassung des Revisionsgerichts, der Übernehmende müsse den „Ausnahmefall“ beweisen, dass die Zerrüttung dem Übertragenden „allein anzulasten“ sei, trägt den vorgenannten Umständen nicht genügend Rechnung. Vielmehr wird sie letztlich dazu führen, dass eine zur Vertragsauflösung führende Zerrüttung vom Übernehmenden, möglicherweise veranlasst und gelenkt durch Dritte, im Falle eigener Vertragsreue praktisch risikolos „provoziert“ werden kann. Denn es wird angesichts der vom Revisionsgericht vertretenen Beweislast in der Praxis der Ausnahmefall sein, dass wegen eines zur Überzeugung des Gerichts feststehenden alleinigen Verschuldens des Übertragenden die Anwendung des § 313 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist.

Nach Ansicht des Senats findet die Auffassung des Revisionsgerichts auch keine hinreichende gesetzliche Stütze. So ist im Falle des Bestehens eines Rücktrittsrechts ein Rücktritt nach § 323 Abs. 6 BGB nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner nachweist, dass der Gläubiger allein oder „weit überwiegend“ verantwortlich ist (vgl. hierzu etwa BeckOGK/Looschelder BGB § 323 Rn. 333); eine alleinige Verantwortung des Gläubigers ist also gerade nicht erforderlich.

Die vom Revisionsgericht befürwortete Beweislastverteilung steht zudem im Widerspruch zu der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Falle des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks nach §§ 530 ff. BGB, die einen Sonderfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage regeln (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 - X ZR 108/03; NJW-RR 2006, 699, beck-online, Rn. 18). Im Falle des Schenkungswiderrufs ist der Schenker als Anspruchsteller für die Umstände, aus denen der grobe Undank hergeleitet werden kann, also ein dem Beschenkten anzulastendes Fehlverhalten, darlegungs- und beweispflichtig (vgl. nur BGH, Urteil vom 11. Juli 2000 - X ZR 89/98 -, NJW 2000, 3201, beck-online). Dabei ist zu sehen, dass ein Schenkungsvertrag - anders als der vorliegende Übertragungsvertrag mit Pflegeverpflichtung - keine Gegenleistung des Beschenkten vorsieht. Es stellt aus Sicht des Senats einen auch mit Billigkeitsgesichtspunkten nicht aufzulösenden Wertungswiderspruch dar, wenn die Anforderungen, die an die Darlegungs- und Beweislasten für den Wegfall der Geschäftsgrundlage im Falle eines mit gegenseitigen Leistungspflichten belegten Vertrages für den jeweiligen Anspruchsteller gestellt werden, deutlich geringer sein sollen als diejenigen des Anspruchstellers im Falle einer - unentgeltlichen - Schenkung, soweit es - wie vorliegend allein streitgegenständlich - um die Rückforderung des Übertragungsgegenstandes (und nicht um die bloße Anpassung des Vertrages) geht. Hinzu kommt, dass bei einem Schenkungswiderruf wegen groben Undanks in die Gesamtwürdigung auch die persönlichen Lebensumstände und ein Fehlverhalten des Schenkers einzubeziehen sind. Aus diesem Grunde kann nach den Umständen des Einzelfalls selbst eine tätliche Auseinandersetzung zwischen Schenker und Beschenktem nicht genügen, um einen Schenkungswiderruf zu begründen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 - X ZR 48/17, beck-online, Rn. 36 - 41).

Es erschließt sich dem Senat nicht, warum in der streitgegenständlichen Konstellation demgegenüber gewichtige, das Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme offensichtlich verletzende Handlungsweisen des Klägers, die der Senat im aufgehobenen Urteil festgestellt hat (vgl. dort 2 b) bb) (2) (c)), der Anwendung des § 313 Abs. 3 BGB nicht entgegen stehen sollen.

2. Trotz des Unterliegens des Klägers mit dem Hauptantrag sind die Kosten des Rechtsstreits einschließlich des Revisionsverfahrens nach § 91 Abs. 1 ZPO vollständig der Beklagten aufzuerlegen.

Ein Teilunterliegen des Klägers insoweit, als der Hauptantrag abgewiesen worden ist und er nur mit dem Hilfsantrag Erfolg hat, liegt nicht vor, weil Haupt- und Hilfsantrag denselben Gegenstand i.S.v. § 45 Abs. 1 S. 3 GKG betreffen (vgl. BeckOK ZPO/Jaspersen, 46. Ed. 1.9.2022, ZPO § 91 Rn. 64).

Für die Festsetzung des Streitwerts hatte keine Zusammenrechnung des hilfsweise geltend gemachten Anspruchs mit dem Hauptanspruch nach § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG zu erfolgen. Denn eine Zusammenrechnung scheidet nach § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG aus, wenn Haupt- und Hilfsanspruch denselben Gegenstand betreffen, in diesem Fall ist nur der Wert des höheren Anspruchs maßgebend. Bei dem Begriff des Gegenstands in § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG handelt es sich um einen selbständigen kostenrechtlichen Begriff, der eine wirtschaftliche Betrachtung erfordert (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2004 - IV ZR 287/03 -, NJW-RR 2005, 506). Eine Zusammenrechnung hat dort zu erfolgen, wo eine wirtschaftliche Werthäufung entsteht und nicht ein wirtschaftlich identisches Interesse betroffen ist (BGH, Beschluss vom 12. April 2010 - II ZR 34/07 - juris Rn. 4). Nach der in der Rechtsprechung entwickelten „Identitätsformel“ besteht zwischen dem Gegenstand des Haupt- und eines Hilfsantrags wirtschaftliche Identität, wenn beiden, das durch die Antragstellung hergestellte Eventualverhältnis hinweggedacht, nicht gleichzeitig stattgegeben werden könnte, sondern die Verurteilung nach dem einen Antrag notwendigerweise die Abweisung des anderen nach sich zöge (vgl. BGH, Urteil vom 8. August 2017 - X ZR 101/16, NJW-RR 2017, 1453, beck-online). So liegt der Fall hier, da dem Kläger entweder die mit Hauptantrag geltend gemachte Grundbuchberichtigung (wegen Nichtigkeit der Auflassungserklärung des Klägers) oder aber die mit Hilfsantrag geltend gemachte Rückauflassung hätte zugesprochen werden können, so dass die Verurteilung nach dem einen Antrag - das Eventualverhältnis hinweggedacht - notwendigerweise die Abweisung des anderen Antrags gefolgt wäre. Beide Anträge betreffen daher - gebührenrechtlich - denselben Gegenstand.

3. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

### Entscheidung 3 - OLG Celle Beschluss vom 17.4.2023 – 6 W 37/23

Tenor:

Der angefochtene Beschluss wird geändert und der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 vom 28. September 2021 zurückgewiesen.

Beschwerdewert: 615.333,33 €.

Gründe:

A.

Die Beteiligte zu 3 wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die Feststellung des Amtsgerichts, es sei der gemeinschaftliche Erbschein zu erteilen, der als Miterben zu je 1/2 die Beteiligten zu 1 und 2 ausweist, die ehemaligen Nachbarn der Erblasserin.

Seit dem 22. Mai 1970 war die am ... 1920 geborene und am ... 2021 verstorbene Erblasserin in zweiter Ehe mit dem am ... 1911 geborenen und am ... 1982 verstorbenen J. W. verheiratet. Die am ... 1939 geborene Beteiligte zu 3 ist dessen Tochter aus erster Ehe und die Mutter der am ... 1966 ehelich geborenen Beteiligten zu 4 (Geburtsurkunde vom ... 1966, Bl. 12 d. A.).

Die Erblasserin und ihr zweiter Ehemann schlossen den notariellen Ehe- und Erbvertrag vom 23. Juni 1970 (Bl. 55-58 der Testamentsakten 6 IV 1008/19 Amtsgericht Syke). Die Eheleute vereinbarten Gütertrennung. Der Ehemann setzte die Erblasserin und die Beteiligte zu 3 zu gleichen Teilen als Erben ein. Als Vorausvermächtnis wandte er der Erblasserin das – wenn sie nicht wiederheiratet lebenslängliche – Nießbrauchsrecht an dem Grundstück in B. zu. Die Erblasserin setzte den Ehemann als Alleinerben ein. Der Überlebende der Ehegatten setzte jeweils die Beteiligte zu 3 als „Alleinerbin“ ein und bestimmte:

„Ersatzerben sind deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen.“

Der Ehemann der Erblasserin verstarb am ... 1982.

Die Erblasserin und die Beteiligte zu 3 schlossen den notariellen Vertrag zur „Erbauseinandersetzung mit Erbverzicht“ vom 16. September 2019 (Bl. 38-44 der Testamentsakten). In der Urkunde ist festgestellt, dass die Erblasserin und die Beteiligte zu 3 Erben des Ehemanns der Erblasserin zu je 1/2-Anteil sind und zum Nachlass nur noch der Grundbesitz in B. mit einem Verkehrswert von ca. 250.000 € gehört. Diese Erbengemeinschaft setzten die Vertragsbeteiligten dahin auseinander, dass die Beteiligte zu 3 alleinige Eigentümerin wird und die Erblasserin auf ihren Nießbrauch verzichtet. Weiter heißt es im Vertrag:

„§ 3 Ausgleichszahlungen/Gegenleistungen

3.1.1 Ausgleichszahlungen zwischen den Beteiligten werden nicht vereinbart.

3.1.2 Gemäß Erbvertrag zwischen J. W. und (der Erblasserin) vom 23. Juni 1970 ... ist Schlusserbe nach dem Tode des Längerlebenden von ihnen die (Beteiligte zu 3). (Der Ehemann der Erblasserin) ist bereits verstorben, sodass (die Beteiligte zu 3) Alleinerbin nach der (Erblasserin) werden würde. (Die Erblasserin) möchte jedoch neu über ihren Nachlass verfügen.



3.1.3 Als Gegenleistung für die heutige Zuwendung und den Verzicht auf den Nießbrauch verzichtet daher die (Beteiligte zu 3), hiermit für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge auf alle Erbsprüche beim Tode der (Erblasserin). Diese nimmt den Verzicht an.

3.1.4. Der Verzicht kann nur von den Erschienenen gemeinsam wieder aufgehoben oder geändert werden.

3.1.5 Der Notar hat die Erschienenen ausdrücklich über die Folgen dieses Vertrages belehrt.“

In seiner Kostenrechnung für diese Beurkundung vom 26. September 2019 setzte der Notar als Geschäftswert 350.000 € an (Bl. 15 d. A.).

Mit notariell beurkundetem Testament vom 25. Oktober 2019 (Bl. 60-64 der Testamentsakten) widerrief die Erblasserin unter Verweis auf die notariellen Urkunden vom 23. Juni 1970 und 16. September 2019, „soweit rechtlich möglich“, sämtliche früheren Verfügungen von Todes wegen, setzte die am ... 1968 geborene Beteiligte zu 1 und die am ... 1947 geborene Beteiligte zu 2 als Erben zu je 1/2 ein und ordnete Vermächnisse an.

Am ... 2021 verstarb die Erblasserin.

Die Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt,

der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je 1/2 ausweist.

Den Nachlasswert hat sie mit 923.000 € angegeben.

Die Beteiligte zu 3 hat der Erbscheinserteilung widersprochen und geltend gemacht, der Zuwendungsverzicht sei unwirksam.

Das Amtsgericht hat Beweis erhoben in der Sitzung vom 19. Oktober 2022 (Bl. 90 ff. d. A.) durch Vernehmung des Notars Dr. S. und der Beteiligten zu 4 als Zeugen.

Mit Beschluss vom 19. Dezember 2022 (Bl. 122 ff. d. A.) hat das Amtsgericht festgestellt, es sei ein Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je ½ ausweist. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, das Testament der Erblasserin vom 25. Oktober 2019 sei wirksam, weil der notarielle Vertrag vom 16. September 2019 einen wirksamen Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 3 für sich und ihre Abkömmlinge enthalte.

Gegen diesen Beschluss, auf dessen Einzelheiten der Senat zur näheren Sachdarstellung verweist, wendet die Beteiligte zu 3 sich mit ihrer Beschwerde, mit der sie ihr erstinstanzliches Ziel weiterverfolgt.

B.

Die Beschwerde ist begründet.

I.

Der Senat hat in vollem Umfang zu prüfen, ob der angekündigte Erbschein richtig ist.

Zwar hat die Beteiligte zu 4 bisher nicht geltend gemacht, Alleinerbin der Erblasserin geworden zu sein.

Doch hat „im Erbscheinsverfahren ... das Beschwerdegericht die Richtigkeit des angekündigten Erbscheins auch insoweit zu prüfen, als der Beschwerdeführer durch eine Unrichtigkeit des Erbscheins nicht beschwert sein kann“. „Gegenstand des Beschwerdeverfahrens im Falle eines Feststellungsbeschlusses nach § 352 e FamFG ... ist der vom Nachlassgericht angekündigte Erbschein, für dessen Erlass es die Tatsache als festgestellt erachtet hat. Hierbei handelt es sich ... um einen unteilbaren Verfahrensgegenstand, über den der Beschwerdeführer nicht disponieren kann und der deshalb unter allen erbrechtlichen Gesichtspunkten zu Überprüfung durch das Beschwerdegericht gestellt ist.“ (Beschluss des BGH vom 16. Dezember 2015 zu IV ZB 13/15, zitiert nach juris, dort Rn. 18).

II.

Es sind nicht die Tatsachen für festgestellt zu erachten (§ 352 e Abs. 1 Satz 1 FamFG), die erforderlich sind, den von der Beteiligten zu 1 am 28. September 2021 beantragten gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligten zu 1 und 2 als Miterben zu je 1/2 ausweist.

Die Erblasserin ist allein von der Beteiligten zu 4 beerbt worden, weil die Beteiligte zu 3 durch notariellen Vertrag mit der Erblasserin vom 16. September 2019 wirksam auf ihre Einsetzung als alleinige Schlusserbin der Erblasserin aus dem notariellen Erbvertrag vom 23. Juni 1970 verzichtet hat, sodass die Erbschaft der Beteiligten zu 4 als Ersatzerbin angefallen und die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 aus dem notariellen Testament vom 25. Oktober 2019 gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

1. Für den eingetretenen Fall, dass ihr Ehemann vorverstirbt, hat die Erblasserin mit diesem erbvertragsmäßig (§ 2278 Abs. 1 BGB) bestimmt, dass die Beteiligte zu 3, die Tochter des Ehemanns der Erblasserin aus dessen erster Ehe, ihre „Alleinerbin“ wird und ferner:

„Ersatzerben sind deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen“.

2. Diese Erbeinsetzungen sind nicht nach § 7 des Erbvertrages entfallen, wonach ein Abkömmling der Eheleute „mit seinem gesamten Stamm von allen ... Zuwendungen ausgeschlossen und auf den Pflichtteil beschränkt sein“ soll, wenn er „aus dem Nachlaß des betreffenden Elternteils seinen Pflichtteil verlang(t)“. Ein solches Pflichtteilsverlangen ist weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

3. Der Ehemann der Erblasserin verstarb am ... 1982.

4. Auf diese Erbeinsetzung hat die Beteiligte zu 3 mit notariellem Vertrag vom 16. September 2019 gegenüber der Erblasserin wirksam verzichtet.

a) Nach § 2352 Satz 1, 2 BGB kann derjenige, der „durch (Erbvertrag) als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist, ... durch Vertrag mit dem Erblasser auf die Zuwendungen verzichten“.

Der Erbvertrag, den die Erblasserin mit dem Vater der Beteiligten zu 3 geschlossen hat, enthält die Zuwendung der Erblasserin an die Beteiligte zu 3, sie als Alleinerbin für den eingetretenen Fall einzusetzen, dass der Vater der Beteiligten zu 3 vorverstirbt.

b) § 3 des notariellen Vertrages vom 16. September 2019 enthält in wenigen, einfachen und für alle Beteiligten klar verständlichen Worten die Erklärung, dass die Beteiligte zu 3 nach dem „Erbvertrag ... vom 23. Juni 1970 ... Alleinerbin nach der (Erblasserin) werden würde (; diese) ... jedoch neu über ihren Nachlass verfügen (möchte und die Beteiligte zu 3) hiermit für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge auf alle Erbansprüche beim Tode“ der Erblasserin „verzichtet“.

Die Erklärung bringt klar und deutlich zum Ausdruck, dass die Beteiligte zu 3 „als Gegenleistung für die heutige Zuwendung und den Verzicht auf den Nießbrauch“ „auf alle Erbansprüche beim Tode der Erblasserin“ „verzichtet“.

c) Die umfangreichen Schriftsätze der Beteiligten zu 3 enthalten nichts für die Feststellung, dass sie bei Abschluss des Vertrages über dessen Inhalt im Unklaren war und die behaupteten Belehrungs- oder Beurkundungsmängel für den Abschluss des Vertrages ursächlich geworden sind.

Sinn und Zweck der Regelung in § 3 sind eindeutig.

Die Beteiligte zu 3, die nicht wissen konnte, ob sie die Erblasserin überlebt, wollte mit dem notariellen Vertrag die Erbaueinandersetzung für den Nachlass ihres Vaters herbeiführen, damit sie das Grundstück für sich nutzen oder verwerten kann. Durch den notariellen Vertrag verschaffte sich die Beteiligte zu 3 die Möglichkeit, noch zu ihren Lebzeiten über den Nachlass ihres Vaters verfügen zu können. Eine Unkenntnis oder ein Irrtum der Beteiligten zu 3 über den Wert des sonstigen Vermögens der Erblasserin war insoweit unerheblich.

d) Der Wirksamkeit des Verzichts steht nicht entgegen, dass der Notar die Vertragsüberschrift „Erbaueinandersetzung mit Erbverzicht“ gewählt hat. § 3 des Vertrages enthält nicht den Begriff „Erbverzicht“, sondern die Begriffe „Verzicht“ und „verzichtet“. Der Oberbegriff Verzicht gilt nicht nur für einen Erbverzicht im engeren Sinne des § 2346 BGB, sondern auch für einen Zuwendungsverzicht im Sinne des § 2352 BGB.

e) Dieser Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 3 hat zur Folge, dass ihr die Erbschaft nicht angefallen ist.

Er entkleidet als abstraktes Verfügungsgeschäft die betreffende Verfügung von Todes wegen im Umfang des Verzichts ihrer Wirkung, hebt sie aber nicht auf. Der Anfall der Zuwendung unterbleibt, wie wenn der Bedachte den Erbfall nicht erlebt hätte (Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2352 Rn. 4).

5. Mit dem Eintritt des Erbfalls am 24. Februar 2021 ist die Erbschaft der Beteiligten zu 4 angefallen, weil die Beteiligte zu 3 aufgrund ihres Verzichts als Erbe weggefallen ist (siehe oben) und für einen solchen Wegfall die Erblasserin und der Vater der Beteiligten zu 3 im Erbvertrag vom 23. Juli 1970 angeordnet haben, dass „Ersatzerben ... deren ehelichen Abkömmlinge stammesweise zu gleichen Teilen“ sind, hier allein die Beteiligte zu 4, das einzige Kind der Beteiligten zu 3, das aus der Ehe mit dem Dipl.-Ing. H. S. stammt (Bl. 12 d. A.).

6. Der Zuwendungsverzicht der Beteiligten zu 3 aus dem notariellen Vertrag vom 16. September 2019 erstreckt sich nicht auf die Beteiligte zu 4, die an dem notariellen Vertrag nicht beteiligt war.

Zwar enthält § 3 des notariellen Vertrages vom 16. September 2019 die Erklärung der Beteiligten zu 3, „für sich persönlich und für ihre Abkömmlinge auf alle Erbansprüche“ beim Tod der Erblasserin zu verzichten.

Doch hat diese Erklärung nicht zur Folge, dass die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 entfällt. Denn § 2352 Satz 3 BGB bestimmt nur, „die Vorschriften der §§ 2347 bis 2349 (BGB) finden Anwendung“.

a) Die Voraussetzungen des § 2349 BGB liegen nicht vor.

Diese Vorschrift lautet:

„Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt wird.“

Die Beteiligte zu 3 ist aber weder ein „Abkömmling“ noch ein „Seitenverwandter“ der Erblasserin, sondern nur deren Stieftochter. Auf die Stiefkinder eines Erblassers findet § 2349 BGB keine direkte Anwendung.

b) Im vorliegenden Fall kommt keine entsprechende Anwendung des § 2349 BGB auf die Beteiligte zu 4 als Abkömmling der „Stieftochter“ in Betracht.

Bei der Frage, auf wen sich ein Zuwendungsverzicht erstreckt, sind mindestens drei Fälle zu unterscheiden:

1. Der Verzichtende ist mit dem Erblasser, mit dem er den Zuwendungsverzichtsvertrag schließt, im Sinne des § 2349 BGB verwandt („Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers“). Dann findet § 2349 BGB auf den Zuwendungsverzichtsvertrag unmittelbare Anwendung.

2. Der Verzichtende ist nicht mit dem Erblasser, sondern mit demjenigen, der die erbvertragliche Bindung herbeigeführt hat (beim gemeinschaftlichen Testament der vorverstorbenen Ehegatte oder beim Erbvertrag die vorverstorbenen Erbvertragsparteien, die mit dem Erblasser bindende letztwillige Verfügungen getroffen hat) als „Abkömmling“ oder „Seitenverwandter“ verwandt (z. B. ein Kind aus erster Ehe des Vorverstorbenen).

3. Für den Verzichtenden besteht keine Verwandtschaft nach Nr. 1 oder 2 (z. B. das Patenkind des vorverstorbenen Erblassers).

Für die Fallgruppe Nr. 3 ist unstreitig, dass § 2349 BGB keine entsprechende Anwendung findet (Staudinger/Schotten, BGB, Neubearbeitung 2022, § 2352 Rn. 76 m. w. N., zitiert nach juris).

Für die Fallgruppe Nr. 2 wird eine analoge Anwendung teilweise für zulässig gehalten (Staudinger/Schotten a. a. O. und Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Auflage 2023, § 2352 Rn. 5 m. w. N.).

Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung des § 2349 BGB auf die Fallgruppe Nr. 2 liegen zur Überzeugung des Senats nicht vor.

aa) Für die Analogie gelten folgende Grundsätze:

Sie ist die Übertragung der für einzelne bestimmte Tatbestände im Gesetz vorgesehene Regel auf einen anderen, aber rechtsähnlichen Tatbestand, von dem angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber bei einer Interessenabwägung nach den Grundsätzen, von denen er sich bei Erlass der herangezogenen Norm hat leiten lassen, zum gleichen Abwägungsergebnis gekommen wäre (BGH, NJW 2021, 1942). Sie überschreitet die Grenze des möglichen Wortsinnes, die für die eigentliche, auch die extensive Auslegung eine Schranke darstellt und setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (BGHZ 149, 165, 174). Bei der Einzelanalogie wird die Rechtsfolge einer Norm auf einen vergleichbaren Fall übertragen. Bei der Rechtsanalogie wird aus mehreren Rechtssätzen ein übergeordnetes Prinzip herausgearbeitet und sodann auf ähnliche gelagerte Fälle angewendet (Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023 Einleitung vor § 1 Rn. 48 m. w. N.).

Eine Lücke im Gesetz liegt nicht schon vor, wenn es für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält. Sie ist nur bei einer planwidrigen Unvollständigkeit gegeben. Dabei muss der dem Gesetz

zugrundeliegende Regelungsplan im Wege historischer und teleologischer Auslegung ermittelt werden. Die Regelungslücke kann von Anfang an bestanden haben. Hier sind zwei Unterarten zu unterscheiden, die bewusste und die unbewusste Regelungslücke. Die erste liegt vor, wenn der Gesetzgeber eine Frage offengelassen hat, um sie der Entscheidung durch Rechtsprechung und Lehre zu überlassen, die zweite, wenn der Gesetzgeber ein regelungsbedürftiges Problem übersehen oder nicht entsprechend den Vorgaben ranghöheren Rechts geregelt hat. Eine nachträgliche Lücke kann durch wirtschaftliche oder technische Änderungen entstehen. Sie kann auch dann zu bejahen sein, wenn das Recht zwar formell eine Regelung enthält, diese aber wegen einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse offensichtlich nicht sachgerecht ist. Die Feststellung einer Lücke ist danach ein wertender Vorgang. Die Ausfüllung der Regelungslücke muss entsprechend den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht vorgenommen werden. Sie geschieht in der Regel durch Analogie (Grüneberg, a. a. O., Rn. 55 f. m. w. N.).

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze gilt für den vorliegenden Fall:

Zu § 2352 BGB heißt es im „Gesetzentwurf der Bundesregierung“ (Bundesdrucksache 16/8954 vom 24.04.2008):

„Zu Nummer 31 (§ 2352 BGB)

Nach § 2352 BGB kann ein Verzicht auch für Zuwendungen, die auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen, vereinbart werden. Ein solcher Zuwendungsverzicht erstreckt sich – im Gegensatz zu einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht nach § 2346 BGB – nicht auf Abkömmlinge des Verzichtenden.

In der Praxis kann aber der Erblasser bei Erbeinsetzungen oder Vermächtnissen, die in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag bindend angeordnet wurden, das Bedürfnis haben, sich davon wieder zu lösen, weil er z. B. den Erben oder Vermächtnisnehmer bereits zu Lebzeiten durch eine Zuwendung abfinden will. Der Erblasser kann hier einen Zuwendungsverzicht mit dem Begünstigten vereinbaren. Dabei ist regelmäßig gewollt, dass sich dieser Zuwendungsverzicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. Andernfalls kann dies zu ungerechten Ergebnissen führen, insbesondere wenn der Erbe für seinen Verzicht vollständig abgefunden wird und danach seine Abkömmlinge an seiner Stelle erben (Doppelbegünstigung des Stammes des Verzichtenden).

Daher hat die Rechtsprechung durch einen Rückgriff auf die allgemeinen Vermutungsregeln die Möglichkeit geschaffen, eine solche Doppelbegünstigung des Stammes zu vermeiden, indem der Zuwendungsverzicht unter bestimmten Voraussetzungen doch wieder auf Abkömmlinge erstreckt wird:

Ist der Verzichtende für seinen Verzicht vollständig abgefunden worden und hat der Erblasser keinen Ersatzerben ausdrücklich eingesetzt, kämen also die Abkömmlinge des Verzichtenden aufgrund der Auslegungsregel des § 2069 BGB zum Zuge; so besteht nach Ansicht der Rechtsprechung eine Vermutung dahingehend, dass die Abkömmlinge von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollen (ausführlich dazu Schotten in Staudinger, 1997, § 2352 Rn. 31 ff.).

Dem bestehenden praktischen Bedürfnis, den Zuwendungsverzicht auch auf die Abkömmlinge zu erstrecken, soll künftig durch eine ausdrückliche Regelung entsprochen werden. Die Verweisung in § 2352 BGB-E wird auf § 2349 BGB erweitert. Damit wird vermutet, dass sich der Zuwendungsverzicht künftig auf die Abkömmlinge erstreckt, unabhängig davon, ob der Verzichtende für seinen Verzicht abgefunden wird oder nicht. Will der Erblasser diese Folge ausschließen, muss er künftig ausdrücklich bestimmen, dass diese vermutete Erstreckung nicht gilt.

Die vorgeschlagene Regelung stärkt die Testierfreiheit des Erblassers.“

Zum Gesetzgebungsverfahren gilt ferner:

„In der Gesetzesbegründung und bei den Beratungen zur Erbrechtsreform 2010 wurde – soweit ersichtlich – das Problem nicht thematisiert; auch in der Sachverständigenanhörung vor dem Rechtsausschuss wurde § 2349 BGB nur am Rande erwähnt ... Selbst wenn die Frage im Rechtsausschuss erörtert worden sein sollte ..., dürfte der Gesetzgeber die Vielschichtigkeit der Probleme, die bei der Anwendung des allein auf die gesetzliche Erbfolge zugeschnittenen § 2349 BGB im Rahmen der gewillkürten Erbfolge entstehen, kaum in ausreichender Weise im Blick gehabt haben; anderenfalls hätte er bemerken müssen, dass die gesetzliche Neuregelung bei einer streng am Wortlaut ausgerichteten engen Auslegung in viel zu vielen Fällen ihren Zweck, nämlich dem Zuwendungsverzicht endlich zu einem geeigneten Mittel der Rechtsgestaltung zu machen, verfehlt hätte.“ (Staudinger/Schotten a. a. O., § 2352 Rn. 76 m. w. N.).

Die für die Analogie angeführten Gründe überzeugen den Senat nicht.

Die Annahme, ein sachlicher Grund, warum sich der Zuwendungsverzicht nur bei Verwandten des Erblassers und nicht auch bei Verwandten des meist vorverstorbenen Ehegatten auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken soll, sei nicht ersichtlich (Staudinger/Schotten, a. a. O., Rn. 75), ist nicht tragfähig, weil die Gründe für die erbvertragliche Bindung und die ausdrücklich erfolgte Ersatzerbenanordnung auch aus Sicht des Vorverstorbenen zu beurteilen ist, der an der Vereinbarung der erbvertraglichen Bindung beteiligt war.

Das weitere Argument, eine Differenzierung hinsichtlich der Person des Verzichtenden zwischen eigenen Verwandten einerseits und den Verwandten des meist vorverstorbenen Ehegatten bzw. eingetragenen Lebenspartners des Erblassers oder sonstiger Personen andererseits hätte zur Folge, dass der Zweck der gesetzlichen Regelung, den Zuwendungsverzicht zu einem geeigneten Mittel der Rechtsgestaltung zu machen, zu einem wesentlichen Teil verfehlt würde, insbesondere würden Regelungen bei der immer öfter anzutreffenden Patchworkfamilie erschwert oder sogar unmöglich gemacht (Staudinger/Schotten a. a. O.), überzeugt nicht, weil der Wille des Vorverstorbenen übergegangen wird, der den Erblasserwillen durch wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament oder durch Erbvertrag gebunden hat. Bei der „Vielschichtigkeit der Probleme“ ist eine Entscheidung des Gesetzgebers erforderlich, die nicht vorliegt. Obwohl offensichtlich war, dass für die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit sich ein Zuwendungsverzicht auf Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken soll, zwischen dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht im Sinne der §§ 2346, 2349 BGB und einem Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB erhebliche Unterschiede bestehen, hat der Gesetzgeber nur für die Fallgruppe Nr. 1 eine Entscheidung dahin getroffen, dass allein auf den Willen des noch lebenden Erblassers abzustellen ist. Das kann gerechtfertigt sein, weil es sich um seine eigenen Abkömmlinge oder Seitenverwandten handelt und hier eher die Annahme gerechtfertigt ist, dass der vorverstorbenen Ehegatte dem überlebenden Ehegatten freie Hand lassen wollte.

Für die Fallgruppen zu Nrn. 2 und 3 hat der Gesetzgeber keine Entscheidung getroffen. Insoweit enthält das Gesetz nicht die vom Amtsgericht angenommene „Systematik“, ob und wenn ja in welcher Weise insbesondere der Wille desjenigen zu berücksichtigen ist, der die erbvertragliche Bindung mit herbeigeführt hat und vorverstorben ist.

Zum einen beschränkt sich § 2352 Satz 3 BGB darauf, § 2349 BGB für anwendbar zu erklären, ohne anzuordnen, dass die Vorschrift entsprechende Anwendung findet. Es war offensichtlich, dass diese Verweisung keine Personen erfasst, die nicht mit dem Erblasser, hier der Erblasserin, verwandt sind. Das können Stiefkinder oder Dritte sein (z. B. das Patenkind des vorverstorbenen Ehegatten als Ersatzerbe).

Bei Stiefkindern ist keine analoge Anwendung gerechtfertigt, weil nicht nur auf den Willen der Parteien des Zuwendungsverzichtsvertrages, sondern auch auf denjenigen der vorverstorbenen Partei des Erbvertrages abzustellen ist, die mit dem Erbvertrag eine erbvertragliche Bindung für Personen herbeigeführt hat, die nicht mit der anderen Partei des Erbvertrages verwandt sind, sondern nur mit ihr.

7. Im Übrigen spricht für die Entscheidung des Senats folgende ergänzende Auslegung.

a) Zum einen hat der Senatsbeschluss keine „Doppelbegünstigung des Stammes des Verzichtenden“ zur Folge. Die Beteiligte zu 3 ist nicht „vollständig“ oder „vollwertig“ abgefunden worden (vgl. zu einer ergänzenden Auslegung des Erblasserwillens für den Fall, dass eine analoge Anwendung des § 2349 BGB nicht erfolgt: Staudinger/Schotten, a. a. O., § 2352 Rn. 77 m. w. N.).

b) Zum anderen wird für den Fall der entsprechenden Anwendung des § 2349 BGB die Ansicht vertreten, es gebiete die Testierfreiheit des Erblassers, dass dieser die Erstreckungswirkung in der Verfügung von Todes wegen, auf der die Zuwendung beruht, als anderweitige Bestimmung im Sinne des § 2349 BGB („sofern nicht ein anderes bestimmt wird“) ausschließen kann, was durch ggfls. ergänzende Auslegung festzustellen ist (so Grüneberg/Weidlich, a. a. O., § 2352 Rn. 5, a. A. Staudinger/Schotten, a. a. O., Rn. 70 und 74).

c) Die nach diesen beiden Meinungen erforderliche ergänzende Auslegung ergibt, dass die Erblasserin und ihr Ehemann die Erstreckungswirkung des Zuwendungsverzichts auf die Beteiligte zu 4 ausgeschlossen hätten, wenn sie bei Abschluss des Erbvertrages den eingetretenen Fall bedacht hätten, dass die im Zuwendungsverzichtsvertrag vereinbarte Abfindung sich nur auf die Vermögenswerte bezieht, die aus dem Nachlass des Ehemanns stammen, aber nicht auf das sonstige Vermögen der Erblasserin. Denn der Ehemann der Erblasserin hat das Erbrecht seiner Tochter, der Beteiligten zu 3, durch den Nießbrauch zugunsten der Erblasserin an dem o. g. Grundstück und durch die Pflichtteils Klausel (§ 7 des Erbvertrages) erheblich eingeschränkt und als Ausgleich dafür vorgesehen, dass beide Eheleute („jeder von uns“) die Beteiligte zu 3 als alleinige Schlusserbin einsetzen, was in der Abfindungsvereinbarung keine ausreichende Berücksichtigung gefunden hat. Nach dem Willen des Ehemannes der Erblasserin sollten seine Enkel erben, wenn die Beteiligte zu 3 vor Eintritt des Erbfalls wegfällt. Diese ausdrückliche und nicht auf § 2069 BGB beruhende Ersatzerbfolge sollte nicht dadurch umgangen werden, dass die Beteiligte zu 3 eine Abfindung erhält, die sich auf die Vermögenswerte beschränkt, die aus dem Nachlass des Ehemanns der Erblasserin stammen, sondern sollte das Vermögen der Erblasserin insgesamt umfassen, soweit keine Vermächtnisanordnung eingreift.

Die vereinbarte Abfindung war als Gegenleistung nicht angemessen, weil unstreitig ist, dass das Vermögen der Erblasserin mehr als 900.000 € betrug.

Der erbrechtliche Stamm der Beteiligten zu 3 wird nicht doppelt begünstigt, weil die Beteiligte zu 3 ohne Verzichtsvertrag beim Schlusserbfall sowohl die darin vereinbarte Abfindung als auch das restliche Vermögen der Erblasserin als Alleinerbin erhalten hätte.

8. Die Anordnung aus dem notariellen Testament der Erblasserin vom 25. Oktober 2019, sämtliche früheren Verfügungen von Todes wegen zu widerrufen und die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben zu je 1/2 einzusetzen, ist nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Nach dieser Vorschrift ist „eine spätere Verfügung von Todes wegen unwirksam“, „soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde.“

Wie bereits ausgeführt ist, ist die Beteiligte zu 4 durch den Erbvertrag vom 23. Juni 1970 vertragsmäßig als Ersatzerbin bedacht worden, sodass die Erblasserin diese Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 nicht mehr einseitig widerrufen konnte und die abweichende Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 das Erbrecht der Beteiligten zu 4 beeinträchtigen würde, weil sie dann den Nachlass der Erblasserin nicht vollständig erhielte.

III.

Eine Kostenentscheidung war entbehrlich.

Für das erfolgreiche Beschwerdeverfahren fallen keine Gerichtsgebühren an.

Es war nicht anzuordnen, dass die Beteiligten zu 1 und 2 als Beschwerdegegner der Beteiligten zu 3 als Beschwerdeführerin die zur Durchführung des Verfahrens erforderlichen Kosten erstattet. Eine solche Anordnung entspräche weder billigem Ermessen (§ 81 Abs. 1 FamFG) noch liegen die Voraussetzung für eine Kostenentscheidung nach § 81 Abs. 2 FamFG vor. Die Entscheidung hing von einer schwierigen Auslegung der notariell beurkundeten Erklärungen vom 23. Juni 1970 und 16. September 2019 ab.

Der Beschwerdewert wurde gem. § 36 Abs. 1, § 61 Abs. 1 Satz 1 GNotKG auf 615.333,33 € festgesetzt (= 2/3 von 923.000 €). Das Interesse der Beteiligten zu 3 war darauf gerichtet, am Nachlass der Erblasserin als Alleinerbin beteiligt zu werden. Dessen Wert hat die Beteiligte zu 1 mit 923.000 € angegeben (Bl. 2 d. A.). Ein Drittel war wegen der eingeschränkten Funktion des Erbscheins (nur Legitimationswirkung) abzuziehen.



#### Entscheidung 4 - BGH Beschluss vom 22.3.2023 – IV ZB 12/22

Tenor:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 21. April 2022 wird auf Kosten der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen.

Der Geschäftswert für das Rechtsbeschwerdeverfahren wird auf 200.000 € festgesetzt.

Gründe:

I. Die Beteiligten erstreben eine Klärung der Erbfolge im Erbscheinsverfahren.

Der Erblasser ist am 3. Juli 2018 verstorben, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Die Beteiligte zu 1 ist die Witwe des Erblassers, der Beteiligte zu 2 ein gemeinsames Kind. Sämtliche Abkömmlinge des Erblassers schlugen durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft aus. Die fristgerecht beim Nachlassgericht eingegangene Erklärung des Beteiligten zu 2 lautet auszugsweise:

„Ich, (...), schlage die Erbschaft hiermit aus allen in Betracht kommenden Gründen aus.“

Daraufhin beantragte die Beteiligte zu 1 zunächst einen Erbschein, durch den sie als Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausgewiesen werden sollte. Nachdem das Nachlassgericht die Beteiligte zu 1 darauf hingewiesen hatte, dass sie gemäß § 1931 Abs. 1 BGB nur Alleinerbin sei, soweit weder Erben der ersten und zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden seien, focht der Beteiligte zu 2 seine Ausschlagungserklärung durch notariell beglaubigte Erklärung fristgerecht wegen Irrtums an, die auszugsweise wie folgt lautet:

„In der Nachlasssache (...) fechte ich, (...), die Ausschlagungserklärung (...) wegen Irrtums an.

Ich und meine Geschwister haben die Erbschaft ausgeschlagen, weil wir davon ausgingen, dass somit unsere Mutter, (...), Alleinerbin ist und somit auch als Alleineigentümerin der Eigentumswohnung (...) eingetragen wird. Nunmehr erhielt ich Kenntnis darüber, dass durch die Ausschlagungserklärung sämtlicher Kinder unseres Vaters dessen Halbgeschwister erben.

Diese Halbgeschwister sind weder meiner Mutter, meinen Geschwistern oder mir namentlich bekannt. Auch mein Vater hatte zu diesen Halbgeschwistern keinen Kontakt. Erst mit der Mitteilung des Nachlassgerichts (...) erfuhr ich durch meine Mutter am 2. Oktober 2018, dass die Halbgeschwister meines Vaters durch meine Erbausschlagung erben.

(...)“

Daraufhin beantragte die Beteiligte zu 1 einen gemeinschaftlichen Erbschein für sie und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu 1/2.

Sodann wies das Nachlassgericht darauf hin, dass es die Anfechtungserklärung nicht als wirksam erachte, da es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum handele, und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Hierauf ergänzte der Beteiligte zu 2 seine Anfechtungserklärung durch weitere notariell beglaubigte Erklärung unter anderem wie folgt:

„Bei der Ausschlagung der Erbschaft ging ich davon aus, dass die Erbschaft der übrig bleibenden Miterbin, meiner Mutter, übertragen wird. Mir war nicht bekannt, dass die Erbschaft durch meine

Ausschlagung demjenigen anfällt, welcher berufen gewesen wäre, wenn ich und meine Geschwister zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätten.

(...).“

Ferner erklärten die Beteiligten mit anwaltlichem Schreiben, der Beteiligte zu 2 sei im Zeitpunkt der Ausschlagung der Auffassung gewesen, dass durch seine Ausschlagung und diejenige seiner Geschwister die Erbteile der Beteiligten zu 1 übertragen würden. Er sei also der Auffassung gewesen, dass diese Erbteile ihr anwachsen würden.

Den Erbscheinsantrag hat das Nachlassgericht zurückgewiesen. Im Rahmen der dagegen gerichteten Beschwerde hat das Oberlandesgericht Ermittlungen zur Identität der Erben zweiter Ordnung durchgeführt, die ergeben haben, dass der Erblasser neben Halbgeschwistern auch eine Vollschwester hatte. Daraufhin hat der Beteiligte zu 2 seine Anfechtungserklärung dahingehend ergänzt, dass ihm auch nicht bekannt gewesen sei, dass sein Vater eine Vollschwester gehabt habe. Sodann hat das Oberlandesgericht die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten, mit der sie den Erbscheinsantrag weiterverfolgen.

II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2022, 525 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, der Beteiligte zu 2 sei nicht neben der Beteiligten zu 1 zur Erbfolge gelangt, da er die Erbschaft wirksam ausgeschlagen habe. Die Wirkung der Ausschlagung sei nicht durch seine Anfechtungserklärung beseitigt worden. Die Anfechtung sei unwirksam, da sich anhand seines Vorbringens ein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund nicht feststellen lasse. In der ex-post-Sicht sei es offensichtlich, dass sich der Beteiligte zu 2 bei seiner Ausschlagungserklärung in einem Rechtsirrtum befunden habe. Die allgemeine Begründung der Anfechtung, der Beteiligte zu 2 habe darüber geirrt, dass neben seiner Mutter noch Erben zweiter Ordnung zur Erbfolge gelangen können, sei aus Rechtsgründen unbeachtlich, da es sich um einen bloßen Motivirrtum handle. In diesen Fällen habe der Ausschlagende nicht über die primäre Rechtsfolge (Verlust der Erbenstellung), sondern über eine weitere, von Gesetzes wegen eintretende Rechtsfolge, nämlich den Anfall bei einer bestimmten Person geirrt. Die Vorstellungen und die Willensrichtung des Ausschlagenden seien für den rechtlichen Maßstab, was als unmittelbare und was als mittelbare Rechtsfolge angesehen werden könne, bedeutungslos. Die primäre Rechtsfolge der Ausschlagung sei nach § 1953 Abs. 1 BGB der Wegfall des Ausschlagenden. Dies bringe weitere Rechtsfolgen hervor, nämlich den Anfall der Erbschaft oder des Erbteils bei anderen Personen, weil das BGB einen erbenlosen Nachlass nicht kenne.

§ 1953 Abs. 2 BGB stelle insoweit nicht mehr als eine bereits durch § 1953 Abs. 1 BGB vorgegebene Rechtsfolge klar. Wem die Erbschaft/der Erbteil nunmehr anfalle, bestimme sich nicht nach § 1953 Abs. 2 BGB, sondern vielmehr allein nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge oder den Regeln der gewillkürten Erbfolge betreffend Ersatzerbfolge und Anwachsung. § 1953 Abs. 2 BGB besage nicht mehr, als dass anstelle des Ausschlagenden eine andere Person an seine Stelle trete. Hierüber irre der Ausschlagende aber nicht. Er irre darüber, welche Person dies sei. Soweit schriftsätzlich vorgetragen worden sei, der Beteiligte zu 2 habe die Vorstellung gehabt, sein Erbteil werde seiner Mutter anwachsen beziehungsweise er übertrage hiermit seinen Erbteil, werde dies in der obergerichtlichen Rechtsprechung als relevanter Irrtum diskutiert. Für derartige Feststellungen biete der Vortrag der – rechtlich vertretenen – Beteiligten aber keinerlei Anhaltspunkte, weshalb auch eine amtswegige Sachaufklärung keine Grundlage habe. Soweit der Beteiligte zu 2 zusätzlich geltend mache, ihm sei unbekannt gewesen, dass sein Vater (Halb-)Geschwister gehabt habe, sei dieser tatsächliche Irrtum für die Ausschlagungserklärung jedenfalls nicht kausal geworden, da der Beteiligte zu 2 diese infolge seines Rechtsirrtums auch bei Kenntnis von der Existenz der (Halb-)Geschwister abgegeben hätte.

III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Antrag auf Erteilung eines Erbscheins für die Beteiligte zu 1 und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu 1/2 unbegründet ist, da der Beteiligte zu 2 infolge der Ausschlagung der Erbschaft nicht zur Erbfolge gelangt ist. Die Wirkung der Ausschlagung ist nicht durch die Anfechtung der Ausschlagungserklärung beseitigt worden.

1. Ursprünglich war der Beteiligte zu 2 als Sohn des Erblassers nach gesetzlicher Erbfolge gemäß §§ 1924 Abs. 1, 1931 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 1371 Abs. 1 BGB Miterbe. Seine Miterbenstellung hat er jedoch rückwirkend verloren (§ 1953 Abs. 1 BGB), indem er gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft nach §§ 1944 Abs. 1, 1945 Abs. 1 BGB erklärt hat. Da die Erwartung des Beteiligten zu 2, dass der Nachlass in vollem Umfang an die Beteiligte zu 1 fallen werde, keinen Niederschlag in der Ausschlagungserklärung gefunden hat, liegt darin keine Bedingung im Rechtssinne, die gemäß § 1947 BGB die Unwirksamkeit der Ausschlagung zur Folge hätte (vgl. OLG Düsseldorf ZEV 2019, 469 Rn. 14; ZEV 2018, 85, 86 [juris Rn. 20]; Staudinger/Otte, BGB (2017) § 1954 Rn. 5 [Stand: 30. April 2021] m.w.N.; Eickelberg, ZEV 2018, 489, 490 f.).

2. Die Wirkung der Ausschlagung ist nicht durch die Anfechtungserklärung des Beteiligten zu 2 beseitigt worden (§ 142 Abs. 1 BGB).

Die form- (§ 1955 Abs. 1 Satz 2, § 1945 Abs. 1, § 129 Abs. 1 BGB) und fristgerecht (§ 1954 Abs. 1, Abs. 2 BGB) gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1955 Satz 1 BGB) erklärte Anfechtung ist unwirksam, da sich anhand des Vorbringens des Beteiligten zu 2 kein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund feststellen lässt.

Die Ausschlagung der Erbschaft kann ebenso wie deren Annahme nur nach den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unter Lebenden gemäß §§ 119 ff. BGB angefochten werden. Die Sonderregeln der §§ 1954, 1955 und 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung der Ausschlagungserklärung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 – IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rn. 19 m.w.N.).

Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Beschwerdegericht zu Recht angenommen, dass sich der Beteiligte zu 2 bei Abgabe der Ausschlagungserklärung nicht in einem allein in Betracht kommenden Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB befand. Ein Inhaltsirrtum kann zwar auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt aber nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt (vgl. Senatsurteil vom 29. Juni 2016 – IV ZR 387/15, ZEV 2016, 574 Rn. 11; Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 – IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rn. 19; st. Rspr.). Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (Senatsurteil vom 29. Juni 2016 aaO; Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 aaO; jeweils m.w.N.).

Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist der Beteiligte zu 2 keinem Irrtum über die unmittelbaren Rechtswirkungen der Ausschlagung erlegen, soweit er geltend macht, er sei bei Abgabe der Ausschlagungserklärung davon ausgegangen, dass somit seine Mutter Alleinerbin sei. Dass er sich über die konkrete Person des Nächstberufenen geirrt hat, begründet unabhängig davon, welche rechtlichen oder tatsächlichen Fehlvorstellungen dem zugrunde lagen, z.B. irrige Annahme einer Anwachsung beim verbleibenden Miterben oder Irrtum über Inhalt der gesetzlichen Erbfolge im deutschen Erbrecht, lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum. Es ist daher ohne Bedeutung, ob dem Beteiligten zu 2 auch unbekannt war, dass sein Vater (Halb-)Geschwister hatte.

a) Die hier maßgebliche Frage, ob im Falle einer sogenannten „lenkenden Ausschlagung“, bei der es dem Ausschlagenden gerade um den Eintritt des Anfalls an einen bestimmten Dritten ankommt, ein Irrtum darüber, wem der Erbteil infolge der Ausschlagung anfällt, einen Irrtum über die mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsfolgen darstellt, ist umstritten. Eine Auffassung sieht den Irrtum über die nächstberufene Person stets als einen Irrtum über die unmittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung und damit als einen beachtlichen Inhaltsirrtum an (OLG Düsseldorf ZEV 2019, 469 Rn. 22; ZEV 2018, 85, 87 [juris Rn. 34]; wohl auch, im Ergebnis aber offenlassend OLG Frankfurt ZEV 2021, 507 Rn. 22, 24 f.; ebenfalls offengelassen von OLG Brandenburg ZEV 2022, 716 Rn. 16; BeckOGK/ Rehberg, BGB § 119 Rn. 105 [Stand: 1. September 2022]; MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. § 1954 Rn. 7; NK-BGB/Feuerborn, 4. Aufl. § 119 Rn. 51; NK-BGB/Ivo, 6. Aufl. § 1954 Rn. 7 f.; J. Schmidt in Erman, BGB 16. Aufl. § 1954 Rn. 3c; Staudinger/Singer, BGB (2021) § 119 Rn. 73; Ivo, ZEV 2017, 518, 519; Keim, ErbR 2022, 978 f.; ders., ErbR 2021, 1012, 1013 ff.; ders., ZEV 2020, 393, 400 f.). Eine andere Auffassung geht in diesen Fällen hingegen – wie auch das Beschwerdegericht – nur von einem Irrtum über die mittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung und damit von einem unbeachtlichen Motivirrtum aus (vgl. KG ZEV 2020, 152 Rn. 26 f.; OLG Frankfurt ZEV 2017, 515 Rn. 16 ff.; OLG Hamm FGPrax 2011, 236, 236 f. [juris Rn. 7]; OLG München NJW 2010, 687 [juris Rn. 14]; OLG Schleswig ZEV 2005, 526 [juris Rn. 10 f.]; OLG Hamm ZEV 1998, 225; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 150, 151 [juris Rn. 33]; FamRZ 1997, 905 juris Rn. 17; OLG Stuttgart OLGZ 1983, 304, 306 f. [juris Rn. 24]; KG KGJ 35 A Nr. 19 00002; BeckOGK/Heinemann, BGB § 1954 Rn. 25 Stand: 15. Dezember 2022; BeckOK-BGB/Siegmann/Höger, § 1954 Rn. 7 [Stand: 1. Mai 2022]; Grüneberg/Weidlich, BGB 82. Aufl. § 1954 Rn. 5; Staudinger/Otte, BGB (2017) § 1954 Rn. 6 [Stand: 30. April 2021]; Naczinsky in Soergel, BGB 14. Aufl. § 1954 Rn. 3; Muscheler in Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung 5. Aufl. § 22 Rn. 22.101a; Krätzschel in Krätzschel/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht 12. Aufl. § 16 Rn. 20; Reul in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis 3. Aufl. § 5 Rn. 11; Eickelberg, ZEV 2018, 489, 495; Kollmeyer, ZEV 2021, 509; ders., ZEV 2017, 517, 518; Musielak, ZEV 2016, 353, 356; Wendt, ErbR 2021, 562, 567).

b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Wenn sich der Ausschlagende bei Abgabe der Ausschlagungserklärung über die nach seinem Wegfall an seiner Stelle in die Erbfolge eintretende konkrete Person irrt, ist dies nur ein Irrtum über eine mittelbare Nebenfolge der Ausschlagungserklärung aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften. Es liegt ein Motivirrtum vor, der nicht zur Anfechtung berechtigt.

aa) Dafür sprechen Systematik und Wortlaut des § 1953 BGB. Unmittelbare Rechtsfolgen der Ausschlagung sind danach der Wegfall der Erbenstellung bei dem Ausschlagenden und der Anfall bei einer anderen Person. Wer die Person des Nächstberufenen ist, regelt § 1953 BGB nicht unmittelbar.

(1) Die Ausschlagung bewirkt, dass der Ausschlagende die ihm zugedachte Rechtsstellung aufgibt (§ 1953 Abs. 1 BGB) und diese Rechtsstellung dem Nächstberufenen anfällt (§ 1953 Abs. 2 BGB). Das steht mit dem Grundsatz des Vonselbsterwerbs in Einklang, wonach die erbrechtliche Sukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB mit dem Erbfall kraft Gesetzes eintritt (vgl. BeckOGK/Preuß, BGB § 1922 Rn. 43 [Stand: 1. Februar 2023]).

Davon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, wer Erbe nach § 1953 Abs. 2 BGB und Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers ist. Die konkrete Bestimmung der nachrückenden Person regelt § 1953 Abs. 2 BGB nicht. Sie richtet sich nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB) oder im Rahmen der gewillkürten Erbfolge vorrangig nach der Testamentsauslegung und nachrangig nach den §§ 2069, 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB. § 1953 Abs. 2 BGB stellt sich lediglich als Vorgabe für die weitere Rechtsanwendung dar. Ein Irrtum darüber führt damit, anders als die Rechtsbeschwerde meint, lediglich zu einer fehlerhaften Anwendung der Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge, nicht jedoch über die wesentliche und unmittelbare Rechtswirkung der Ausschlagung (vgl. KG ZEV 2020, 152 Rn. 27; OLG Frankfurt ZEV 2017, 515 Rn. 16;

OLG Hamm FGPrax 2011, 236, 237 [juris Rn. 7]). Einer Differenzierung, ob der Ausschlagende in diesem Zusammenhang die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge verkennt und dies aus rechtlichen Gründen oder aus tatsächlichen Gründen etwa wegen Unkenntnis der Existenz eines Geschwisterteils des Erblassers geschieht, bedarf es insofern nicht.

(2) Dafür spricht auch der Sinngehalt des Wortes „ausschlagen“. Dieser beinhaltet für den juristischen Laien, dass der Ausschlagende nicht mehr Erbe sein will und er durch die Ausschlagung seine Erbenstellung an eine andere Person verliert (vgl. OLG Schleswig ZEV 2005, 526 [juris Rn. 11 ff.]), nicht aber, dass anstelle des Ausschlagenden ein bestimmter Dritter Erbe werden soll.

bb) Dass das deutsche Erbrecht keinen herrenlosen Nachlass kennt (vgl. BeckOGK/Heinemann, BGB § 1953 Rn. 2 [Stand: 15. Dezember 2022]; BeckOK-BGB/Siegmann/Höger § 1953 Rn. 1 [Stand: 1. Mai 2022]; MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. § 1953 Rn. 1; NK-BGB/Ivo, 6. Aufl. § 1953 Rn. 1), steht der Annahme, § 1953 Abs. 2 BGB mache die Begünstigung einer bestimmten Person zu einer nachrangigen, mittelbaren Folge, nicht entgegen. Der Umstand, dass die konkrete Person des Nächsterberufenen nach den Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge ermittelt werden muss, führt nicht dazu, dass der Nachlass herrenlos wird. § 1953 Abs. 2 BGB fingiert den Anfall der Erbschaft für den endgültigen Erben auf den Zeitpunkt des Erbfalls (vgl. Senatsurteil vom 30. November 2022 – IV ZR 60/22, ZEV 2023, 103 Rn. 22 m.w.N.).

cc) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist die Anfechtung auch weder dadurch gerechtfertigt, dass der Ausschlagende den Anfall der Erbschaft an eine bestimmte Person als das primäre Ziel seiner Ausschlagung und seinen Wegfall als bloßes Mittel zu diesem Zweck erachtet, noch durch eine sonstige an der Vorstellung oder Willensrichtung des Ausschlagenden ausgerichtete wertende Betrachtung (a.A. OLG Düsseldorf ZEV 2018, 85, 87 [juris Rn. 34]). Eine Rechtsfolge wird nicht dadurch zu einer unmittelbaren, dass sie der Hauptgrund für die Erklärung der Ausschlagung war (KG ZEV 2020, 152 Rn. 27; Lange, ZEV 2022, 527, 528; a.A. Keim, ErbR 2021, 1012, 1013 f.). Eine andere Betrachtung würde – wovon auch das Beschwerdegericht ausgegangen ist – der gesetzlichen Konzeption der §§ 119 ff. BGB und der §§ 1942 ff. BGB nicht gerecht (ebenso KG aaO). Die Rechtsfolge anhand der Vorstellung und Absicht des Ausschlagenden, mit der Ausschlagung falle die Erbschaft einer bestimmten anderen Person an, zu qualifizieren, führte sie zudem dem Inhalt der Ausschlagungserklärung zu, der hier allerdings ausschließlich darin besteht, die Erbschaft nicht anzunehmen (vgl. Musielak, ZEV 2016, 353, 355 f.). Die unmittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung beruhen nicht auf der Willensentschließung des Ausschlagenden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juni 2008 – V ZB 150/07, NJW 2008, 2442 Rn. 18 zur GrundstücksZwangsversteigerung), sondern ergeben sich aus § 1953 BGB.

dd) Die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit im vorliegenden Fall ist überdies im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, wovon auch das Beschwerdegericht unter Bezugnahme auf § 1953 Abs. 3 BGB zutreffend ausgeht. Soweit die Rechtsbeschwerde hiergegen einwendet, der Anfechtende müsse die gewollte Lenkungswirkung belegen und plausibel machen und es lasse sich im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine schnelle Klärung der Sachlage herbeiführen (vgl. Keim, ErbR 2022, 978, 979; ders., ErbR 2021, 1012, 1015), verfängt dies nicht. Die erweiterte Anfechtungsmöglichkeit widerspräche der besonderen Interessenlage bei der Ausschlagung, den durch den Vonselbsterwerb (§ 1922 Abs. 1 BGB) herbeigeführten Schwebezustand durch Annahme oder Fristablauf nach verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigen. Die denkbaren Beweggründe, die Veranlassung zu einer Ausschlagungserklärung geben können, sind zudem unüberschaubar (vgl. BeckOK-BGB/Wendtland, § 119 Rn. 37.1 [Stand: 1. Februar 2023]). Es gilt daher, die Anfechtbarkeit wegen eines Rechtsfolgenirrtums auf die Fälle zu begrenzen, in denen sich – anders als hier – die Rechtsfolge, auf die sich der Irrtum bezieht, nach der gesetzlichen Regelung und Systematik unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft bzw. der Willenserklärung ergibt, und hierdurch die Stabilität des Erbschaftserwerbs zu erzielen (vgl. Schmidt, ErbR 2022, 929, 930 f.).

ee) Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Leitbild des historischen Gesetzgebers bestätigen den strengen Umgang mit der Anerkennung von Ausschlagungsanfechtungen und die Verantwortung des Ausschlagenden, sich vor Abgabe der Erklärung über die Umstände des Erbfalls rechtlich und tatsächlich kundig zu machen. So besagen die Motive, dass eine allgemeine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrtums nicht zugelassen sei. Dem Irrtum des Ausschlagenden, welcher sich immer nur als ein Irrtum in den Motiven darstellen werde, einen besonderen Einfluss beizumessen, werde sich nicht rechtfertigen lassen (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 272; vgl. auch Wendt, ErbR 2021, 562, 566). Nach allgemeinen Grundsätzen bleibe es Sache des Ausschlagenden, sich vor seiner Entscheidung die vollständige Kenntnis von den letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu verschaffen. Ihm könne nicht gestattet werden, weil er seine Lage wegen ihm unbekannt gebliebener letztwilliger Verfügungen des Erblassers verkannt habe, nachträglich die Rechte derjenigen, an welche in Folge seiner Ausschlagung ein Anfall erfolgt sei, in Frage zu stellen (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan aaO S. 273).

ff) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde folgt ein anderes Verständnis nicht daraus, dass der Senat in seinen Entscheidungen vom 5. Juli 2006 (IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210) zu § 2306 Abs. 1 BGB in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung und vom 29. Juni 2016 (IV ZR 387/15, ZEV 2016, 574) zu § 2306 Abs. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung einem die Erbschaft annehmenden Erben ein Anfechtungsrecht zugestanden hat, weil der Erbe nicht gewusst hatte, dass er das Pflichtteilsrecht im Falle der Ausschlagung nicht verliert (ebenso KG ZEV 2020, 152 Rn. 30). Unmittelbare und wesentliche Wirkung der Erklärung einer Annahme der Erbschaft ist danach, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnimmt und er das von § 2306 Abs. 1 BGB eröffnete Wahlrecht verliert, sich für den möglicherweise dem Werte nach günstigeren Pflichtteilsanspruch zu entscheiden. Dieser Verlust des Pflichtteilsrechts als Rechtsfolge der Erbschaftsannahme ist zwingende Folge des Einrückens in die Erbenstellung durch die Annahme der Erbschaft (Senatsurteil vom 29. Juni 2016 aaO Rn. 21; Senatsbeschluss vom 5. Juli 2006 aaO Rn. 22).

Mit einem Irrtum über das pflichtteilsrechtliche Wahlrecht ist der vorliegende Fall des Irrtums über die nach Ausschlagung nächstberufene Person nicht vergleichbar. Das Wahlrecht und die Entstehung des Pflichtteilsrechts sind in § 2306 Abs. 1 BGB zwingend und unmittelbar mit der Ausschlagungserklärung verknüpft. Dass die Pflichtteilsberechtigung daneben auch deren Feststellung in Person des Ausschlagenden nach § 2303 BGB sowie die Zuwendung eines beschwerten oder beschränkten Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 BGB voraussetzt (vgl. Keim, ZEV 2020, 393, 400), ändert an dieser Verknüpfung nichts. Die zur Bestimmung des Nächstberufenen heranzuziehenden Regelungen der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge stellen dagegen keine unmittelbare Rechtsfolge der Ausschlagung dar. Im Übrigen betreffen die Rechtsfolgen der §§ 2303, 2306 Abs. 1 BGB die Person des Ausschlagenden selbst, während die Weiterleitung an den Nächstberufenen eine Rechtsfolge betrifft, die allein in dessen Person eintritt und damit den Ausschlagenden nicht berührt. Die Zulassung der Anfechtung bei einem Irrtum über das pflichtteilsrechtliche Wahlrecht und die Nichtzulassung bei einem Irrtum über die nach Ausschlagung nächstberufene Person erscheinen schließlich auch aufgrund der Erwägungen des historischen Gesetzgebers gerechtfertigt, wonach - anders als nach dem Grundsatz, dass eine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrtums nicht zuzulassen sei - für den Pflichtteilsberechtigten hiervon abgewichen werden müsse (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 272, 273; dazu Wendt, ErbR 2021, 562, 566).

## Entscheidung 5 - BGH Urteil vom 9.12.2022 – V ZR 68/22

Tenor:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts - 2. Zivilsenat - vom 21. Dezember 2021 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu seinem Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Nachlassverwalter über den Nachlass der am 24. April 2017 verstorbenen M. K. (im Folgenden Erblasserin). Deren drei Kinder schlugen die Erbschaft aus. Die Erblasserin war Erbbauberechtigte an einem in H. belegenen Grundstück. Am 10. März 2017 schloss sie mit dem Beklagten einen notariellen Erbbaurechts-Überlassungsvertrag (im Folgenden auch: Vertrag). Als Gegenleistung sollte der Beklagte an die Erblasserin eine monatliche Leibrente zahlen. Eine weitere Zahlung von 150.000 € war drei Monate nach dem Ableben der Erblasserin zu gleichen Teilen an ihre drei Kinder zu leisten, denen gemäß § 328 BGB ein direkter Anspruch gegen den Beklagten zustehen sollte. Außerdem verpflichtete sich der Beklagte, die laufende Zahlung auf verschiedene mit einer Grundschuld gesicherte Darlehen zu übernehmen. Am 21. März 2017 wurde zur Sicherung des Anspruchs des Beklagten auf Übertragung des Erbbaurechts eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen. Nachdem der Beklagte in der Folgezeit die nach dem Tod der Erblasserin geschuldeten 150.000 € nicht gezahlt hatte, erklärte der Kläger nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist mehrfach den Rücktritt von dem Vertrag und forderte den Beklagten erfolglos auf, eine notarielle Löschungsbewilligung im Hinblick auf die Vormerkung abzugeben. Den Beschluss vom 2. September 2020, mit dem das Nachlassgericht eine der Rücktrittserklärungen genehmigte, hat der Beklagte angefochten.

Mit der Klage verlangt der Kläger von dem Beklagten - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - die Zustimmung zur Löschung der Vormerkung. Der Beklagte beruft sich auf ein Zurückbehaltungsrecht und beantragt mit seiner Hilfswiderklage für den Fall, dass der Kläger mit seiner Rücktrittserklärung durchdringt, diesen Zug um Zug zur Zahlung eines Betrages i.H.v. 174.704,88 € zu verurteilen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Hilfswiderklage abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2022, 343 veröffentlicht ist, steht dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung gemäß § 894 BGB nicht zu. Alle von dem Kläger bislang abgegebenen Rücktrittserklärungen seien unwirksam und hätten deshalb nicht zum Erlöschen des in dem Vertrag geregelten Anspruchs auf Übertragung des Erbbaurechts und deshalb auch nicht zum Erlöschen der akzessorischen Vormerkung geführt. Zwar lägen die Voraussetzungen des § 323 Abs. 1 BGB für den Rücktritt grundsätzlich vor, da der Beklagte der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Pflicht zur Zahlung von 150.000 € an die drei Kinder der Erblasserin nicht nachgekommen sei. Die

Rücktrittserklärungen seien auch nicht deswegen unwirksam, weil sie jeweils der Zustimmung der begünstigten Kinder bedürft hätten. Bei einem Vertrag zugunsten Dritter bleibe der Versprechensempfänger selbst bei Unwiderruflichkeit des Bezugsrechts ohne Zustimmung des Dritten zum Rücktritt von dem Vertrag berechtigt. Deshalb könne offenbleiben, ob eine solche Zustimmung vorliegend erteilt und ob den Kindern ein unwiderrufliches Bezugsrecht eingeräumt worden sei.

Die Rücktrittserklärungen könnten aber deshalb keine Wirkung entfalten, weil im Zeitpunkt ihrer Abgabe (§ 1831 BGB) eine nachlassgerichtliche Genehmigung nicht vorgelegen habe; gegen den Genehmigungsbeschluss vom 2. September 2020 habe der Beklagte Beschwerde eingelegt, so dass die für die Wirksamkeit erforderliche Rechtskraft (§ 40 Abs. 2 FamFG) nicht eingetreten sei. Die Genehmigungspflicht folge wegen der in §§ 1975, 1915 BGB enthaltenen Verweisung aus der vormundschaftsrechtlichen Norm des § 1812 Abs. 1 BGB. Eine Verfügung im Sinne dieser Vorschrift sei gegeben, weil der Rücktritt zu dem Erlöschen der dem Nachlass aus dem Vertrag zustehenden Ansprüche, insbesondere der dort geregelten Gegenleistung führe. Der Zweck der Nachlassverwaltung, nämlich die Befriedigung der Nachlassgläubiger, stehe der Anwendung des § 1812 BGB nicht entgegen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sei die Nachlassverwaltung gerade nicht den übrigen Verwaltungen wie der Zwangsverwaltung nach dem Zwangsversteigerungsgesetz oder der Insolvenzverwaltung nach der Insolvenzordnung gleichzustellen. Die Genehmigungspflicht mache die Gläubigerbefriedigung auch weder unmöglich noch praktisch undurchführbar. Sie ermögliche dem Nachlassgericht lediglich eine laufende Kontrolle der Tätigkeit des Nachlasspflegers und diene sowohl dem Schutz der Erben als auch der Nachlassgläubiger. Die damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen seien hinnehmbar.

II.

Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Begründung des Berufungsgerichts trägt die Abweisung der auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung gerichteten Klage nicht.

1. Wie das Berufungsgericht zutreffend sieht, setzt ein Anspruch aus § 894 BGB voraus, dass der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht. Da es sich bei der Vormerkung um ein streng akzessorisches Sicherungsmittel eigener Art handelt (vgl. nur Senat, Urteil vom 14. Januar 2022 - V ZR 245/20, NJW 2022, 1167 Rn. 5, 24), ist das Grundbuch in Ansehung einer eingetragenen Vormerkung unrichtig, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht (mehr) besteht (vgl. Senat, Urteil vom 28. Oktober 1988 - V ZR 94/87, NJW-RR 1989, 201). Es kommt deshalb entscheidend darauf an, ob der Kläger wirksam von dem Vertrag zurückgetreten ist. Dies wäre nicht der Fall, das Grundbuch wäre also richtig und die Klage damit unbegründet, wenn - so das Berufungsgericht - die Rücktrittserklärungen des Klägers der Genehmigung des Nachlassgerichts bedürft hätten und eine solche - rechtskräftige (§ 40 Abs. 2 FamFG) - Genehmigung im Zeitpunkt der Rücktrittserklärungen tatsächlich nicht vorgelegen hätte.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es aber bereits an der Genehmigungsbedürftigkeit des Rücktritts von dem Vertrag vom 10. März 2017. Das in § 1812 BGB (vgl. auch § 1849 BGB in der ab dem 1. Januar 2023 geltenden Fassung) für bestimmte Verfügungen vorgesehene Genehmigungserfordernis besteht bei der Nachlassverwaltung nicht.

a) Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist richtig. Nach der in § 1975 BGB enthaltenen Legaldefinition handelt es sich bei der Nachlassverwaltung um eine „Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger“. Gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1 BGB finden auf die Pflegschaft grundsätzlich die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften Anwendung, zu denen auch § 1812 BGB gehört. Nach § 1812 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vormund über eine Forderung oder über ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, sowie über ein Wertpapier des Mündels nur mit Genehmigung des Gegenvormunds verfügen, sofern nicht nach den §§ 1819 bis 1822



BGB die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich ist. Ist ein Gegenvormund nicht vorhanden, tritt nach § 1812 Abs. 3 BGB an die Stelle der Genehmigung des Gegenvormunds grundsätzlich die Genehmigung des Familiengerichts. Kommt es im Zusammenhang mit der Nachlassverwaltung auf eine gerichtliche Genehmigung an, entscheidet anstelle des Familiengerichts das Nachlassgericht (§ 1962 BGB). Mit dem Berufungsgericht kann auch davon ausgegangen werden, ohne dies abschließend entscheiden zu müssen, dass es sich bei einem Rücktritt, der zu dem Erlöschen eines Rechts des Mündels bzw. hier des Nachlasses führt, um eine Verfügung i.S.d. § 1812 Abs. 1 BGB handelt (vgl. allgemein zu dem Begriff der Verfügung im Zusammenhang mit Gestaltungsrechten Staudinger/Veit, BGB [2020], § 1812 Rn. 5 f.; BeckOK BGB/Bettin [1.8.2022], § 1812 Rn. 8; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl., § 1812 Rn. 20; BeckOGK/Fröschle [1.1.2022], § 1812 Rn. 48; Grüneberg/Götz, BGB, 81. Aufl., § 1812 Rn. 7).

b) Allerdings wird die Frage, ob § 1812 BGB auf Verfügungen des Nachlassverwalters Anwendung findet, unterschiedlich beantwortet. Während die überwiegende Ansicht davon ausgeht, dass das auf den Vormund zugeschnittene Genehmigungserfordernis für den Nachlassverwalter nicht besteht (vgl. OLG Hamm, NJWE-FER 1996, 37; MüKoBGB/Küpper, 9. Aufl., § 1985 Rn. 2; ders., ZEV 2022, 343, 349 ff. in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des Berufungsgerichts; Erman/Horn, BGB, 16. Aufl., § 1985 Rn. 1; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl., § 1985 Rn. 2; Jauernig/Stürner, BGB, 18. Aufl., §§ 1984, 1985 Rn. 2; HK-BGB/Hoeren, 11. Aufl., § 1985 Rn. 3), wird dies von der Gegenauffassung, der auch das Berufungsgericht folgt, bejaht. Da die Nachlassverwaltung eine Pflegschaft sei, müsse aufgrund der in § 1915 Abs. 1 BGB angeordneten Verweisung auch § 1812 BGB anwendbar sein (vgl. NK-BGB/Krug, 6. Aufl., § 1975 Rn. 22; Soergel/Magnus, BGB, 14. Aufl., § 1985 Rn. 3; Staudinger/Dobler, BGB [2020], § 1985 Rn. 34; Joachim in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl., § 1985 Rn. 4).

c) Die besseren Argumente sprechen für die erste Ansicht.

aa) Dass bei wortlautgetreuer Anwendung der in § 1915 Abs. 1 BGB für Pflegschaften angeordneten Verweisung auf die Vorschriften der Vormundschaft die Vorschrift des § 1812 BGB auch bei der Nachlassverwaltung, einem Fall der Pflegschaft heranzuziehen wäre, genügt nicht, um ein Genehmigungserfordernis zu bejahen. Vielmehr muss die Besonderheit beachtet werden, dass die Nachlassverwaltung eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger darstellt (§ 1975 BGB). Deshalb sind auf sie die allgemeinen Vorschriften über die Nachlasspflegschaft nur anzuwenden, soweit dem nicht der Zweck der Nachlassverwaltung entgegensteht (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Juli 2017 - IV ZB 6/17, NJW-RR 2017, 1034 Rn. 12; siehe auch bereits RGZ 135, 305, 307).

bb) Die Anwendung des § 1812 BGB verträgt sich mit diesem Zweck nicht, so dass die Vorschrift bei einer Nachlassverwaltung entsprechend teleologisch zu reduzieren ist.

(1) Die Aufgabe des Nachlassverwalters unterscheidet sich grundlegend von der Aufgabe eines Vormunds oder auch eines Nachlasspflegers bei einer zur Sicherung des Nachlasses angeordneten Nachlasspflegschaft (§ 1960 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB). Während der Vormund vorrangig die Interessen des Mündels und der Nachlasspfleger vorrangig die Interessen des Nachlasses - insbesondere auch die Interessen der unbekannt Erben (§ 1960 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB) - im Blick haben und den Vermögensstamm des Mündels bzw. des Nachlasses sichern müssen, ist die Nachlassverwaltung auf die Gläubigerbefriedigung durch Vermögensverwertung gerichtet. Dafür müssen unter anderem Forderungen beglichen und auch Wertpapierbesitz verwertet werden. Die Rechtsstellung des Nachlassverwalters ähnelt insoweit der des Insolvenzverwalters (vgl. Senat, Beschluss vom 28. November 1962 - V ZB 9/61, BGHZ 38, 282, 284). Ebenso wie dieser handelt er als Partei kraft Amtes, während beispielsweise der Nachlasspfleger nur als gesetzlicher Vertreter der (unbekannten) Erben agiert (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 1988 - VIII ZR 277/87, NJW 1989, 2133, 2134 mwN). Unterläge der Nachlassverwalter - anders als der Insolvenzverwalter - den Beschränkungen des § 1812

BGB, wäre er in seiner Amtsführung erheblich beeinträchtigt (vgl. Küpper, ZEV 2022, 349, 350; Burghardt, ZEV 1996, 136, 138). So müsste er beispielsweise bei jedem Verkauf eines Wertpapiers eine Genehmigung des Nachlassgerichts einholen. Bei einseitigen Rechtsgeschäften, zu denen ein Rücktritt zählt, kommt erschwerend hinzu, dass die Genehmigung im Zeitpunkt ihrer Vornahme nach § 1831 BGB rechtskräftig sein muss (vgl. auch hierzu Küpper, ZEV 2022, 349, 350). Dies kann zu nicht unerheblichen Verzögerungen führen, wie der hier zur Entscheidung stehende Fall nachdrücklich belegt.

(2) Das Absehen von einer Genehmigungspflicht nach § 1812 BGB bei der Nachlassverwaltung widerspricht auch nicht dem Schutzzweck dieser Vorschrift. Sie ist die zentrale Norm zum Schutze des Mündels und des Betreuten vor Veruntreuung von Geld oder Wertpapieren durch den Vormund bzw. den Betreuer (vgl. BT-Drs. 19/24445 S. 283 zu § 1849 BGB in der ab dem 1. Januar 2023 geltenden Fassung). Ein vergleichbares Schutzbedürfnis besteht auch bei der gemäß § 1960 Abs. 1 BGB zur Sicherung des Nachlasses angeordneten Nachlasspflegschaft, bei der die Anwendung von § 1812 BGB nicht in Frage gestellt wird (vgl. OLG Köln, WM 1986, 1495; OLG Frankfurt a.M., WM 1974, 473; MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl., § 1960 Rn. 70; BeckOGK/Heinemann, BGB 1.9.2022, § 1960 Rn. 166; BeckOK BGB/Siegmann/Höger [1.5.2022], § 1960 Rn. 13; Grüneberg/Weidlich, BGB 81. Aufl., § 1960 Rn. 14). Der Nachlassverwalter soll aber das Nachlassvermögen nicht treuhänderisch für die Erben verwalten, sondern gerade zur Befriedigung der Gläubiger einsetzen. Insoweit besteht kein Anlass, seine Tätigkeit dem Genehmigungsvorbehalt des § 1812 BGB zu unterstellen.

(3) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist es nicht widersprüchlich, § 1812 BGB bei der Nachlassverwaltung nicht anzuwenden, während die §§ 1821 f. BGB bei der Nachlassverwaltung Anwendung finden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 1999 - XI ZR 67/99, NJW 2000, 1108, 1109). Diese Genehmigungserfordernisse betreffen nämlich Rechtsgeschäfte, die für die Erben besonders bedeutsam sind (unter anderem: Verfügungen über Grundstücke), während ihre Genehmigungsbedürftigkeit den Nachlassverwalter nicht übermäßig einschränkt, da sie aus dem üblichen Rahmen herausfallen (vgl. Küpper, ZEV 2022, 349, 350). Dagegen betrifft § 1812 BGB eine Vielzahl von Rechtsgeschäften. Die sehr weit gehende Fassung hat den Gesetzgeber im Rahmen der am 1. Januar 2023 in Kraft tretenden Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts sogar - allerdings nur mit Blick auf die Vormundschaft und die Betreuung - dazu bewogen, die Vorschrift enger zu fassen (vgl. § 1849 BGB nF und dazu BT-Drs. 19/24445 S. 283; siehe auch jurisPK-BGB/M. Herberger, 10. Aufl., § 1849 Rn. 17 ff.). Bei der Nachlassverwaltung ist sie überhaupt nicht anwendbar.

(4) Die bei der Nachlassverwaltung gebotene Kontrolle des Nachlassverwalters durch das Nachlassgericht ist auch bei Nichtanwendung des § 1812 BGB gewährleistet. Abgesehen von dem Genehmigungserfordernis in den Fällen des § 1821 f. BGB hat der Nachlassverwalter aufgrund der in § 1975, § 1915 Abs. 1 BGB angeordneten Verweisung nach § 1802 BGB ein Verzeichnis über den vorhandenen Nachlass aufzunehmen und gem. §§ 1840, 1841 BGB Rechnung zu legen, die das Nachlassgericht zu prüfen hat (§ 1843 BGB). Zudem hat er auf Verlangen dem Nachlassgericht jederzeit Auskunft zu erteilen (§ 1839 BGB).

(5) Dass das Nachlassgericht nach § 1825 Abs. 1 BGB (ab dem 1. Januar 2023 gemäß § 1860 BGB nF nur auf Antrag) die Möglichkeit hätte, dem Nachlassverwalter eine allgemeine Ermächtigung zu erteilen, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Nach § 1825 Abs. 2 BGB soll die Ermächtigung nur erfolgen, wenn sie zum Zwecke der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erforderlich ist. Da im Hinblick auf den Zweck der Nachlassverwaltung eine solche Ermächtigung stets zu erteilen wäre, wäre es ein nicht gerechtfertigter Formalismus, wenn der Nachlassverwalter diese zur Vermeidung des Genehmigungserfordernisses einholen müsste. Richtigerweise bedarf es daher von vornherein keiner Genehmigung (so auch Küpper, ZEV 2022, 349, 350).

3. Da es hiernach bereits an der Genehmigungsbedürftigkeit fehlt, kann offen bleiben, ob der erstmalig im Revisionsverfahren gehaltene Vortrag des Klägers zu einer zwischenzeitlich erfolgten Genehmigung in dem Beschluss des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 6. März 2022 und zu dem sich hieran anschließenden (erneuten) Rücktritt vom 16. März 2022 trotz der Regelung des § 559 Abs. 1 Satz 1 ZPO von dem Senat noch berücksichtigt werden könnte (vgl. zu den Voraussetzungen allgemein Senat, Urteil vom 3. April 1998 - V ZR 143/97, NJW-RR 1998, 1284; BGH, Urteil vom 13. Oktober 2020 - II ZR 133/19, WM 2020, 2179 Rn. 31 mwN).

III.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

1. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ausführt, liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 323 Abs. 1 BGB im Ausgangspunkt vor. Der Vertrag vom 10. März 2017 ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne dieser Vorschrift. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Pflicht zur Zahlung der 150.000 € an die Kinder der Erblasserin trotz Nachfristsetzung nicht erfüllt.

2. Der Rücktritt ist des Weiteren nicht deshalb unwirksam, weil es sich bei dem Vertrag vom 10. März 2017 um einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) handelt und die Rücktrittserklärungen von dem Kläger, der als Nachlassverwalter die Rechte der Erbin der Versprechensempfängerin (der Erblasserin) wahrnimmt (vgl. § 1984 Abs. 1, § 1985 Abs. 1 BGB), und nicht von den begünstigten Kindern der Erblasserin abgegeben wurden. Ebensowenig hat es auf die Wirksamkeit des Rücktritts Einfluss, dass die Begünstigten als „Dritte“ i.S.d. § 328 Abs. 1 BGB möglicherweise dem Rücktritt nicht zugestimmt haben. Letzteres hat das Berufungsgericht zu Recht offengelassen, weil es hierauf nicht ankommt.

a) Allerdings ist umstritten, ob überhaupt und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen bei einem Vertrag zugunsten Dritter der Versprechensempfänger im Falle von Leistungsstörungen im Deckungsverhältnis das Rücktrittsrecht (hier: gemäß § 323 Abs. 1 BGB) geltend machen kann.

aa) Nach einer nur vereinzelt vertretenen Auffassung ist entweder der Versprechensempfänger gemeinsam mit dem Dritten (vgl. Papanikolaou, Schlechterfüllung beim Vertrag zugunsten Dritter, 1977, S. 70 f.) oder sogar nur der Dritte zum Rücktritt wegen Nichtleistung durch den Versprechenden berechtigt (vgl. MüKoBGB/Gottwald, 9. Aufl., § 335 Rn. 10; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl., § 328 Rn. 45; Dörner, Dynamische Relativität, 1985, S. 309; bei Unentziehbarkeit des Rechts des Dritten auch BeckOK BGB/Janoschek [1.8.2022], § 328 Rn. 21).

Für Letzteres wird angeführt, dass Gläubiger des im synallagmatischen Verhältnis stehenden Anspruchs der Dritte sei. Zwar könne im Regelfall auch der Versprechensempfänger die Leistung an den Dritten fordern (§ 335 BGB). Dieses Recht sei aber zum einen abdingbar, zum anderen handle es sich nicht um einen eigenen Anspruch des Versprechensempfängers, sondern nur um eine gesetzlich vorgesehene Ermächtigung, die Leistung an den Dritten zu fordern (vgl. Hadding in FS Gernhuber, 1993, S. 153, 161 f.).

bb) Andere nehmen dagegen an, der Versprechensempfänger als „Herr des Synallagmas“ bleibe berechtigt, den Rücktritt zu erklären. Der Rücktritt beziehe sich auf das gesamte Vertragsverhältnis. Darüber zu entscheiden, ob das Vertragsverhältnis Bestand haben soll, sei Sache der Vertragsschließenden, nicht des Dritten, dem lediglich ein Anspruch auf die Leistung zuteil werde. Dies gelte auch bei Unwiderruflichkeit des Rechts des Dritten (vgl. BeckOGK/Looschelders, BGB [1.11.2022], § 323 Rn. 271; BeckOGK/Mäsch, BGB [1.10.2022], § 328 Rn. 48 ff.; jurisPK-BGB/Schinkels,

9. Aufl., § 328 Rn. 33; NK-BGB/Preuß, 4. Aufl., § 328 Rn. 18; Staudinger/Klumpp, BGB [2020], § 328 Rn. 81 ff. und § 335 Rn. 23 ff.; Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 499 ff.; Raab, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, 522; für den Fall der Kündigung und Bezugsberechtigung bei einem Versicherungsvertrag BGH, Urteil vom 2. Dezember 2009 - IV ZR 65/09, NJW-RR 2010, 544 Rn. 14; offen gelassen in BGH, Urteil vom 8. Februar 2006 - IV ZR 205/04, NJW 2006, 1434 Rn. 39 f.). Der Dritte sei im Zweifel nur berechtigt, sogenannte forderungsbezogene Rechte, wie z.B. Schadensersatz wegen Verzugs, geltend zu machen. Im Einzelfall müsse allerdings geprüft werden, ob der Versprechensempfänger sein Rücktrittsrecht an den Dritten abgetreten oder diesen zur Ausübung des Rücktrittsrechts ermächtigt habe (vgl. BeckOGK/Looschelders, BGB [1.11.2022], § 323 Rn. 271). Die Parteien könnten zudem stillschweigend vereinbaren, dass dem Dritten auch das Rücktrittsrecht zustehen soll (vgl. BeckOGK/Mäsch, BGB [1.10.2022], § 328 Rn. 48; Staudinger/Klumpp, BGB [2020], § 328 Rn. 82).

cc) Eine weitere Auffassung hält zwar ebenfalls den Versprechensempfänger für berechtigt, den Rücktritt zu erklären. Wenn allerdings die Rechtsposition des Dritten so verfestigt sei, dass sie weder geändert noch aufgehoben oder widerrufen werden könne, bedürfe der Rücktritt zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung des Dritten (vgl. RGZ 101, 275, 276 f.; Staudinger/Schwarze, BGB [17.9.2021], § 323 Rn. D 20; Erman/Bayer, BGB, 16. Aufl., § 328 BGB Rn. 38; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 328 Rn. 6; HK-BGB/Martin Fries/Reiner Schulze, 11. Aufl., § 328 Rn. 11; Jauernig/Stadler, BGB, 18. Aufl., § 328 Rn. 17; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 12. Aufl., Rn. 300). Auch könne eine Auslegung des Vertrages ergeben, dass der Dritte selbst zurücktreten könne (vgl. Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 328 Rn. 6; Erman/Bayer, BGB, 16. Aufl., § 328 BGB Rn. 38; Jauernig/Stadler, BGB, 18. Aufl., § 328 Rn. 17). Möglich bleibe zudem eine Abtretung an den Dritten (vgl. Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 328 Rn. 6).

b) Der Senat erachtet die zweite Auffassung für überzeugend. Das Recht, im Falle von Leistungsstörungen von dem Vertrag zurückzutreten, steht bei einem Vertrag zugunsten Dritter grundsätzlich dem Versprechensempfänger und nicht dem Dritten zu. Auch eine Zustimmung des Dritten ist zur Wirksamkeit des Rücktritts nicht erforderlich, selbst wenn dessen Recht unwiderruflich ist. Nicht ausgeschlossen ist allerdings eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem, dass das Rücktrittsrecht dem Dritten zustehen soll. Möglich ist es zudem, dass der Versprechensempfänger sein Rücktrittsrecht an den Dritten abtritt oder diesen zur Ausübung des Rücktrittsrechts ermächtigt.

aa) Ein Vertrag zugunsten Dritter i.S.d. § 328 Abs. 1 BGB ist dadurch gekennzeichnet, dass es zu einem Auseinanderfallen von Gläubiger- und Vertragspartnerstellung kommt. Auch wenn dem Dritten ein eigenes Forderungsrecht gegenüber dem Versprechenden eingeräumt wird, ändert dies nichts daran, dass der Vertrag zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger geschlossen wird. Infolgedessen stehen dem Dritten Gestaltungsrechte, die sich - wie das Rücktrittsrecht - auf den Vertrag als solchen beziehen, im Ausgangspunkt nicht zu. Geltend machen kann der Dritte grundsätzlich nur die Rechte, die der Durchsetzung der versprochenen Leistung dienen oder die an ihre Stelle treten, wie z.B. einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung oder Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzung (vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Januar 1985 - VII ZR 63/84, BGHZ 93, 271, 277 zu § 325 BGB aF; OLG Köln, NJW-RR 1997, 542).

bb) An dieser grundlegenden Zuweisung der Rechte an den Versprechensempfänger auf der einen und an den Dritten auf der anderen Seite ändert sich nichts, wenn das Recht des Dritten unwiderruflich ausgestaltet ist. Würde man die Ausübung des Rücktrittsrechts in diesem Fall von der Zustimmung des Dritten abhängig machen, schränkte dies die Stellung des Versprechensempfängers als Vertragspartner des Versprechenden zu stark ein. Das (berechtigte) Interesse des Dritten, den ihm eingeräumten Anspruch auf die Leistung durch den Rücktritt des Versprechensempfängers nicht entzogen zu bekommen, wirkt nicht auf das Außenverhältnis der Vertragsparteien zurück. Stellt sich

der Rücktritt im Innenverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten als pflichtwidrig dar, kann dies lediglich im Innenverhältnis (Valutaverhältnis) Schadensersatzansprüche des Dritten begründen (vgl. zu der gebotenen Unterscheidung zwischen dem Außenverhältnis und dem Innenverhältnis auch BeckOGK/Looschelders, BGB [1.11.2022], § 323 Rn. 271; Staudinger/Klump, BGB [2020], § 328 Rn. 83 ff.). Dass der Dritte in der Folge das Insolvenzrisiko des Versprechensempfängers trägt, ist nicht unbillig, weil der Dritte sein Recht aus dem Valutaverhältnis ableitet (vgl. hierzu auch BeckOGK/Lieder, BGB [1.9.2022], § 398 Rn. 199.1 im Zusammenhang mit der Abtretung).

cc) Dafür, dass vertragsbezogene Gestaltungsrechte wie das Rücktrittsrecht auch bei Unwiderruflichkeit des Rechts des Dritten von dem Versprechensempfänger geltend gemacht werden können, ohne dass es für die Wirksamkeit im Außenverhältnis auf eine Zustimmung des Dritten ankommt, spricht zudem die auf die parallele Problematik bei einer Forderungsabtretung (§ 398 BGB) bezogene höchstgerichtliche Rechtsprechung. Auch bei einer Forderungsabtretung ist zwischen dem Vertragsverhältnis des Zedenten mit dem Schuldner und dem Forderungsrecht des Zessionars zu unterscheiden, so dass sich gleichermaßen die Frage stellt, ob der Zessionar der Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Zedenten zustimmen muss. Dies wird in der Literatur zum Teil verlangt (vgl. etwa Staudinger/Schwarze, BGB [17.9.2021], § 323 Rn. D 17; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 398 Rn. 20). Diese Auffassung hat der Senat jedoch abgelehnt und entschieden, dass - vorbehaltlich einer Abtretung auch des Rücktrittsrechts - der Zedent das Rücktrittsrecht allein ausüben kann (vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, 2641 f. zu § 326 BGB aF; siehe auch BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - I ZR 160/17, NZM 2019, 547 Rn. 42). Dies muss folgerichtig bei einem Rücktritt durch den Versprechensempfänger entsprechend gelten, weil es keinen Grund gibt, die Frage hier anders zu entscheiden (so auch BeckOGK/Looschelders, BGB [1.11.2022], § 323 Rn. 271).

dd) Dass der Versprechensempfänger hiernach regelmäßig ohne Zustimmung des Dritten bei Leistungsstörungen den Rücktritt von dem Vertrag erklären kann, schließt abweichende Vereinbarungen nicht aus. Vielmehr ist es unbedenklich, wenn in dem Vertrag zwischen dem Versprechensempfänger und dem Versprechenden ausdrücklich oder konkludent vereinbart wird, dass das Rücktrittsrecht im Falle von Leistungsstörungen dem Dritten zustehen soll. Von der Vertragsfreiheit wird es auch umfasst, wenn der Versprechensempfänger sein Rücktrittsrecht an den Dritten abtritt (§§ 398, 413 BGB) oder diesen zur Ausübung des Rücktrittsrechts ermächtigt (vgl. zur Abtretung des Rücktrittsrechts bei der Zession Senat, Urteil vom 26. Juni 1985 - V ZR 134/84, NJW 1985, 2640, 2641 f. zu § 326 BGB aF; BGH, Urteil vom 24. Januar 2019 - I ZR 160/17, NZM 2019, 547 Rn. 42).

c) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze geht das Berufungsgericht zu Recht davon aus, dass der Kläger alleine berechtigt war, den Rücktritt von dem Vertrag vom 10. März 2017 zu erklären.

aa) Unerheblich ist, ob die Kinder der Erblasserin dem Rücktritt durch den Kläger zugestimmt haben. Auch wenn es naheliegt, dass ihr Recht auf Zahlung der in dem Vertrag vorgesehenen 150.000 € unwiderruflich war, weil ausweislich des von dem Berufungsgericht in Bezug genommen Vertrags ein Änderungsvorbehalt nicht vereinbart worden war (vgl. allgemein hierzu BGH, Urteil vom 15. Januar 1986 - IVa ZR 46/84, NJW 1986, 1165, 1166), ändert dies als solches nichts an dem Recht des Klägers als Versprechensempfänger, von dem Vertrag auch ohne Zustimmung des Dritten wirksam zurückzutreten. Auf das Valutaverhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten - hier den Kindern der Erblasserin - kommt es insoweit nicht an.

bb) An der Rücktrittsbefugnis des Klägers würde es nur dann fehlen, wenn in dem Vertrag vom 10. März 2017 ausdrücklich oder konkludent vereinbart worden wäre, dass ein etwaiges Rücktrittsrecht den Kindern der Erblasserin zustehen sollte oder wenn eine entsprechende Abtretung oder

Ermächtigung erfolgt wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall und wird auch von dem Beklagten nicht geltend gemacht. Unschädlich ist, dass das Berufungsgericht unter diesem Gesichtspunkt eine Auslegung des Vertrages nicht vorgenommen hat. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich und nicht zu erwarten sind, ist der Senat als Revisionsgericht zu eigener Auslegung des von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Vertrags befugt (vgl. Senat, Urteil vom 9. Mai 2003 - V ZR 240/02, NJW-RR 2003, 1053, 1054; Urteil vom 14. Februar 2020 - V ZR 11/18, NJW 2020, 2104 Rn. 15 - insoweit in BGHZ 225, 1 nicht abgedruckt). Eine ausdrückliche Übertragung des Rücktrittsrechts auf die Kinder der Erblasserin ist in dem Vertrag nicht erfolgt. Auch von einer konkludenten Übertragung kann nicht ausgegangen werden. Hiergegen spricht entscheidend, dass als Gegenleistung für die Übertragung des Erbbaurechts an den Beklagten nicht nur die Zahlung an die Kinder der Erblasserin vorgesehen ist, sondern auch weitere Leistungen des Beklagten an die Erblasserin als Versprechensempfängerin bzw. deren Erben zu erbringen sind. So ist durch den Vertrag unter anderem auch die Verpflichtung des Beklagten begründet worden, die laufende Zahlung auf verschiedene mit einer Grundschuld gesicherte Darlehen zu übernehmen. Diese Leistungen sollten der Erblasserin bzw. ihren Erben zugute kommen. Hiermit wäre eine konkludente Übertragung des Rücktrittsrechts im Falle von Leistungsstörungen auf die Kinder der Erblasserin unvereinbar.

#### IV.

1. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben, soweit zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO).

2. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden und der Klage im noch anhängigen Umfang stattgeben. Vielmehr sind noch weitere Feststellungen zu treffen, so dass die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Zwar steht fest, dass der Kläger wirksam von dem Vertrag zurückgetreten und die Vormerkung damit erloschen ist. Der Beklagte hat aber gegenüber dem hiernach gemäß § 894 BGB entstandenen Anspruch des Klägers auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht. Hierzu hat das Berufungsgericht bislang - von seinem Ausgangspunkt folgerichtig - keine Feststellungen getroffen. Entsprechendes gilt für die von dem Beklagten für den Fall der Wirksamkeit des Rücktritts erhobene Hilfswiderklage.

## Entscheidung 6 - OLG Karlsruhe Urt. v. 14.10.2022 – 14 U 125/21

Tenor:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Konstanz vom 23.04.2021 (E 3 O 300/17) wie folgt abgeändert:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Auf die Widerklage wird festgestellt, dass der Kläger und Widerbeklagte nicht Miterbe geworden ist, sondern die Beklagte Alleinerbin nach A, verstorben am 11.08.2015, geworden ist.

3. Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, die Berichtigung des Grundbuchs des Amtsgerichtsbezirks Konstanz, Grundbuchamt Konstanz, 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flurstück-Nr. ..., verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Wohnungseinheit im Erdgeschoss mit Keller Nr. 1, Bastelraum Nr. 1 und Garage Nr. 1 im Untergeschoss dahingehend zu bewilligen, dass die Beklagte als Alleineigentümerin einzutragen ist.

II. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits in beiden Instanzen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

IV. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120.000 € abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

VI. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 108.765,39 € festgesetzt.

Gründe:

A.

Der Kläger macht auf der Grundlage, dass er mit der Beklagten Erbe der Erblasserin A geworden sei, im Wege der Stufenklage einen Auskunftsanspruch gegen die Beklagte als Erbschaftsbesitzerin

geltend. Die Beklagte beantragt widerklagend die Feststellung, dass sie Alleinerbin geworden sei und die Berichtigung des Grundbuchs bezüglich der zum Nachlass gehörenden Eigentumswohnung.

Die am ... 1937 geborene Erblasserin A, geborene war die Mutter der Beklagten und des B. Der Kläger ist der einzige Sohn des B.

Die Erblasserin, B und die Beklagte schlossen am 23.11.1993, notariell beurkundet, einen Teilerbauseinandersetzungsvertrag und Übergabevertrag zur Regelung des Nachlasses des im Jahr 1972 verstorbenen Ehemanns der Erblasserin. Wegen der Einzelheiten wird auf die notarielle Urkunde, Anlage B 6 der erstinstanzlichen Akte, verwiesen. Von dem damals bestehenden Grundstück .. wurde eine Teilfläche abgetrennt und - neben einem weiteren im Nachlass befindlichen Grundstück - B übertragen. Das auf dem verbliebenen Grundstück stehende Haus der Erblasserin war in zwei Wohnungseigentumseinheiten aufgeteilt. Die im Obergeschoss befindliche Wohnung wurde der Beklagten übertragen, während die andere, im Erdgeschoss gelegene Wohnung - die Gegenstand des Urteilstenors Ziffer I. 3. ist - im Eigentum der Erblasserin blieb. Die der Beklagten übertragene Wohnung wurde im Jahr 1995 durch den Umbau in eine Maisonettewohnung vergrößert und von der Beklagten bezogen. Die Erblasserin bewohnte bis zu ihrem Umzug in ein Pflegeheim im Jahr 2014 die im Erdgeschoss befindliche Wohnung. B und mittlerweile auch der Kläger bewohnen das auf dem abgetrennten Grundstück errichtete, unmittelbar angrenzende Haus.

Die Erblasserin hat am 04.02.2008 ein notarielles Testament errichtet, wegen dessen Einzelheiten auf die Urkunde ... des Notariats Konstanz (Anlage K 2) verwiesen wird. In § 2 des Testaments setzte die Erblasserin B und die Beklagte als Erben zu gleichen Teilen ein. Zugleich bestimmte sie deren Abkömmlinge nach gesetzlicher Erbfolge zu Ersatzerben. In § 3 des Testaments regelte die Erblasserin eine Teilungsanordnung mit der Bestimmung, dass etwaige Mehrerwerbe über das Erbteil hinaus nicht auszugleichen wären. Die Erblasserin ordnete an, dass die Beklagte ihr Wohnungseigentum im Anwesen ... erhalten sollte. Von ihrem Geldvermögen sollten B 7/10 und die Beklagte 3/10 erhalten, ferner traf die Erblasserin Bestimmungen bezüglich zweier Seegrundstücke. Gemäß § 4 wurde dem Kläger ein Vermächtnis in Höhe von 10.000 € zugewandt.

In einer weiteren Urkunde vom 21.02.2008 (Anlage K 3) änderte die Erblasserin die Teilungsanordnung in § 3 Nr. 1 des früheren Testaments dahingehend ab, dass die Beklagte für den Fall eines Verkaufs oder einer unentgeltlichen Übertragung des ihr zugewiesenen Wohnungseigentums einen Ausgleich von 1/3 des Erlöses bzw. des Werts an B zahlen müsse. Sie bestimmte weiter, der Anteil der Beklagten von 3/10 am Geldvermögen sei gemäß der Erbquoten zu verteilen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Urkunde verwiesen.

Die Erblasserin ist am ... 08.2015 verstorben. B hat durch Erklärung vom 07.12.2015 (Anlage K 1) die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. Auf Aufforderung des Nachlassgerichts (Anlage K 5) erklärte der Kläger die Annahme der Erbschaft und beantragte einen Erbschein. Der erteilte Erbschein wies die Parteien als Erben zu je 1/2 aus; auf seiner Grundlage wurden sie als Eigentümer der im Tenor genannten Eigentumswohnung in Erbengemeinschaft eingetragen.



Zwischen B und der Beklagten ist beim Landgericht Konstanz wegen des Pflichtteilsanspruchs eine Stufenklage rechtshängig, die nach Erlass eines Teilanerkennsurteils bezüglich des Auskunftsanspruchs zum Ruhen gebracht wurde.

Nachdem es nach dem Erbfall und der Ausschlagung zwischen den Parteien zu Auseinandersetzungen wegen der in der früheren Wohnung der Erblasserin befindlichen Gegenstände gekommen war, erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage mit dem Antrag, Auskunft über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin zum 11.08.2015 und über den Verbleib der Nachlassgegenstände zu erteilen, soweit sich diese zum Zeitpunkt des Erbfalls am 11.08.2015 in der Eigentumswohnung der Erblasserin . befunden haben, sowie für den Fall mangelnder Sorgfalt der Auskunft diesbezüglich eine eidesstattliche Versicherung abzugeben.

Das Verfahren vor dem Landgericht ruhte wegen außergerichtlicher Vergleichsbemühungen vom 11.04.2018 bis zur Wiederanrufung durch die Beklagte am 04.12.2020. Mit der Wiederanrufung erhob die Beklagte Widerklage mit dem Antrag,

den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, zur Berichtigung des Grundbuches des Amtsgerichts Konstanz, 1/2 Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flurstück-Nr. ..., verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Wohneinheit im Erdgeschoss mit Keller Nr. 1, Bastelraum Nr. 1 und Garage Nr. 1 im Untergeschoss die Eintragung der Beklagten und Widerklägerin als Alleineigentümerin zu bewilligen.

Hilfsweise für den Fall der Klageabweisung beantragte die Beklagte,

...

Die Beklagte vertrat die Auffassung, die Auslegung der Testamente führe dazu, dass der Kläger nicht auch für den Fall einer Ausschlagung der Erbschaft als Ersatzerbe eingesetzt worden sei; es habe nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen, dass der Ausschlagende den Pflichtteil und zusätzlich der Ersatzerbe eigene Ansprüche geltend machen könnte. Selbst wenn der Kläger Miterbe geworden sein sollte, sei die Beklagte berechtigt, eine Teilauseinandersetzung des Nachlasses in Form der Bewilligung der Eintragung des Alleineigentums an der Wohnung, der Herausgabe der Wohnung sowie der Feststellung, dass der Beklagten allein die Mieteinnahmen aus der Vermietung zustünden, zu verlangen.

Der Kläger ist der Widerklage entgegengetreten. Er vertrat die Auffassung, er sei von der Erblasserin ausdrücklich und ohne Einschränkung als Ersatzerbe benannt worden. Dementsprechend weise der zutreffend ausgestellte Erbschein die Parteien als Miterben aus; hierauf beruhe die Grundbucheintragung. Der Nachlass sei nicht teilungsreif. Ein Anspruch auf Übertragung des

Wohnungseigentums vor einer Teilung sei nicht gegeben, denn es sei anzunehmen, dass die Eigentumswohnung zur Befriedigung einer Nachlassverbindlichkeit in Form des Pflichtteilsanspruchs des B in Anspruch zu nehmen sei; wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vortrags wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 19.02.2021 verwiesen. Auch die Teilung der Früchte in Form der Mieteinnahmen könne derzeit nicht verlangt werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil vom 23.04.2021 zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses zum Stichtag 11.08.2015 und über den Verbleib der Nachlassgegenstände, soweit sich der Nachlass um die Nachlassgegenstände zum Zeitpunkt des Erbfalls am 11.08.2015 in der Eigentumswohnung der Erblasserin im ... befunden habe, verurteilt. Die Widerklage wurde abgewiesen. Zur Begründung führt das Landgericht aus, die Einsetzung des Klägers als Ersatzerbe im Testament sei eindeutig. Die Voraussetzungen für eine anderweitige Auslegung des Testaments habe die Beklagte nicht schlüssig dargelegt. Der Auskunftsanspruch beruhe darauf, dass die Beklagte den Erbschaftsbesitz erlangt habe. Die bisherigen Angaben der Beklagten stellten keine Auskunft dar. Die Widerklage sei abzuweisen und eine Grundbuchberichtigung komme nicht in Betracht, da der Kläger Miterbe geworden sei. Ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch der Beklagten bestehe derzeit nicht, da sich nicht abschließend bewerten lasse, ob nach einer Übertragung der Eigentumswohnung der restliche Nachlass ausreichen werde, um die Ansprüche des Vaters des Klägers zu bedienen. Deshalb kämen auch Räumungs- und Herausgabeansprüche oder die Feststellung bezüglich des Mietzinses nicht in Betracht. Auf die Entscheidung wird Bezug genommen.

Mit Beschluss vom 25.05.2021 (AS I 423) hat das Landgericht einen Berichtigungsantrag der Beklagten, wonach die Widerklage als „derzeit unbegründet“ abzuweisen sei, zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, einer solchen Tenorierung bedürfe es nicht, da sich die Abweisung als derzeit unbegründet aus den Entscheidungsgründen ergeben würde.

Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihre erstinstanzlich gestellten Ansprüche in erweitertem Umfang weiter und begehrt die Abweisung der erstinstanzlich erfolgreichen Klage.

Zur Begründung führt die Beklagte aus, dass der Kläger nicht als Ersatzerbe an die Stelle seines Vaters getreten sei, da dies dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Erblasserin widersprechen würde. Die Ausschlagung des zugewandten Erbteils und die Geltendmachung des Pflichtteils gegen die Beklagte im Wege der Stufenklage stellten eine aktive Entscheidung des Vaters des Klägers dar, die er gegen den Willen der Erblasserin getroffen habe. Ein Nachrücken des Klägers als Ersatzerbe in diesem Fall habe die Erblasserin nicht gewollt, da dann der Stamm des Sohnes in zweifacher Weise bedacht würde, nämlich der Sohn mit dem uneingeschränkten Pflichtteil und der nachrückende Enkel als Miterbe. Die Regelung des § 2320 Abs. 2 BGB schließe eine solche Auslegung nicht aus. Der Wille der Erblasserin, dass die Beklagte uneingeschränkte und unbeschwerte Alleineigentümerin der Eigentumswohnung werden solle, sei unter Berücksichtigung des Inhalts des Testaments eindeutig zu ermitteln. Dass der Sohn und der Kläger in der geschehenen Weise vorgehen würden, um mehr aus

dem Nachlass zu erhalten, als ihnen von der Erblasserin zugewendet worden sei, führe nach dem anzunehmenden Willen der Erblasserin dazu, dass lediglich ihrem pflichtteilsberechtigten Sohn der Pflichtteil zu gewähren sei und der Beklagten der gesamte Restnachlass zustehen sollte. Zur Begründung der Hilfsanträge führt die Beklagte aus, das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass eine Inanspruchnahme der Eigentumswohnung zur Aufbringung der auszugleichenden Beträge nötig werden könnte. Dabei habe sich das Landgericht darauf gestützt, dass der Wert der Immobilie streitig sei, wobei der Kläger einen Wert von bis 250.000 € in den Raum gestellt habe. Erst nach der Urteilsverkündung des Landgerichts sei der Beklagten ein vom Vater des Klägers in Auftrag gegebenes Gutachten zum Bewertungsstichtag 25.11.2014 bekannt geworden, in dem der Verkehrswert der Immobilie mit 182.000 € festgestellt worden sei (Anlage B 6). Von dem Pflichtteilsanspruch des Vaters seien - streitige - einbehaltene Beträge von insgesamt 64.000 € abzuziehen, sodass nur noch ein Restanspruch in Höhe von 11.645,17 € bestehe. Wegen der Einzelheiten des Vortrags und der Berechnung wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung verwiesen.

Die Beklagte beantragt nunmehr,

1. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Konstanz vom 23.04.2021, Az.: E 3 O 300/17, wird die Klage abgewiesen.

2. Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Konstanz vom 23.04.2021, Az.: E 3 O 300/17, wird der Widerklage stattgegeben und

2.1. festgestellt, dass der Kläger und Widerbeklagte nicht Miterbe geworden ist, sondern die Beklagte Alleinerbin nach A, verstorben am 11.08.2015, geworden ist;

2.2. der Kläger (und Widerbeklagte) verurteilt, die Berichtigung des Grundbuchs des Amtsgerichtsbezirks Konstanz, Grundbuchamt Konstanz zu bewilligen.

Hilfsweise beantragt die Beklagte,

...

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger ist der Auffassung, der mit der Berufungsbegründung gestellte Antrag sei unzulässig, insbesondere lägen die Voraussetzungen für eine zulässige Klageänderung im Sinne von § 533 ZPO nicht vor. Die Feststellung, dass der Kläger nicht Erbe geworden sei, stelle eine rechtliche Vorfrage dar, weshalb ein Feststellungsantrag nicht zulässig sei.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte verhalte sich widersprüchlich, da sie den für die Erbengemeinschaft ausgestellten Erbschein nicht angegriffen habe. Die Tatsache, dass der Vater des Klägers seinen Pflichtteil geltend gemacht habe, könne nicht zur Begründung einer Auslegung im Sinne der Beklagten herangezogen werden, denn eine solche erfolge in der Regel immer gegen den Willen des Erblassers. Auch das „zweifache Bedenken“ des Stamms stelle diesbezüglich kein Argument dar, da diese Konstellation vom Gesetzgeber in § 2320 BGB geregelt worden sei. Es sei davon auszugehen, dass die Erblasserin in ihrer notariellen Verfügung ausdrücklich für jedes Kind die Abkömmlinge als Ersatzerben bestimmt habe. Für die Auslegung der Beklagten gebe es keine Andeutung im streitgegenständlichen Testament. Eine ausdrückliche Beschränkung der Ersatzerbenberufung auf einen bestimmten Wegfallgrund sehe das Testament nicht vor. Wegen der weiteren Einzelheiten der Erwiderung, insbesondere zur Teilerbauseinandersetzung, wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 29.11.2021 verwiesen.

Der Senat hat den Kläger und die Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 06.09.2022 persönlich angehört. Auf das Protokoll wird Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien in zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

B.

Die Berufung ist zulässig (I.) und begründet (II. - IV.).

I. Der mit der Berufungsbegründung erstmals gestellte, auf die Erbenstellung der Parteien bezogene Feststellungsantrag der Widerklage stellt eine Klageerweiterung dar, die sachdienlich im Sinne von § 533 Nr. 1 ZPO ist. Die Frage der Sachdienlichkeit ist unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu beurteilen (vgl. Ball in Musielak/Voit, ZPO, 19. Auflage 2022, § 533 Rn 5). Die Rechtskraftwirkung der Entscheidung über den erweiterten Antrag wird durch die begehrte Feststellung im Vergleich zu den erstinstanzlichen Anträgen in positiver oder negativer Hinsicht erweitert, was zur Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits, dessen Gegenstand oder Vorfrage die Erbenstellung der Parteien ist, geeignet ist. Zur Entscheidung über den Feststellungsantrag bedarf es im Sinne von § 533 Nr. 2 ZPO keiner neuen Tatsachen. Die Frage, wer Erbe geworden ist, ist zwar Vorfrage für die erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche, stellt aber auch ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis dar, für dessen Feststellung ein Bedürfnis der Beklagten gemäß § 256 Abs. 1 ZPO besteht.

II. Auf die Widerklage der Beklagten war festzustellen, dass der Kläger nicht Miterbe, sondern die Beklagte Alleinerbin nach der Erblasserin geworden ist. Die Ausschlagung des testamentarisch zugewandten Erbteils durch den Vater des Klägers hatte nicht zur Folge, dass der Kläger gemäß § 2096 BGB als Ersatzerbe an dessen Stelle getreten ist.

I. Die Auslegung der Verfügung in § 2 des notariellen Testaments vom 04.02.2008 führt dazu, dass nach dem Willen der Erblasserin die Einsetzung der Abkömmlinge als Ersatzerben nicht für den Fall gelten sollte, dass der als Erbe Eingesetzte die Ausschlagung erklären und den Pflichtteil geltend machen würde.

a) Die Bestimmung über die Ersatzerben ist auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie in einem notariellen Testament enthalten ist, der Auslegung zugänglich und bedürftig. Es entspricht zwar allgemeiner Auffassung, dass die Pflicht des Notars aus § 17 BeurkG, den Willen der Beteiligten zu erforschen, sie über die Tragweite ihres Geschäftes zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig wiederzugeben, eine „gewisse Vermutung“ dafür begründet, dass objektiver Erklärungsinhalt der Verfügung und Erblasserwille übereinstimmen (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 08.02.1996 - 1Z BR 157/95, Rn. 17, juris; OLG München, Beschluss vom 08.06.2010 - 31 Wx 48/10, NJW-RR 2011, 12; Horn/Kroiß, Testamentsauslegung, 2. Auflage 2019, § 7 Rn. 59, 60; Linnartz in: Herberger/Martinek/Rußmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Auflage, § 2084 BGB (Stand: 17.08.2022), Rn. 7; Staudinger/Otte (2019) Vorbem. zu §§ 2064 ff, Rn. 62).

Diese Vermutung geht aber nicht über die Annahme hinaus, dass die Erblasserin den zutreffenden rechtlichen Begriff verwendete und ihr klar war, dass der Begriff des Ersatzerben - in Abgrenzung zu anderen Bezeichnungen wie Nacherbe oder Schlusserbe - den Fall betrifft, dass der ursprünglich eingesetzte Erbe wegfällt und eine oder mehrere andere Personen an seine Stelle treten. Dies ist eine - wie nicht zuletzt die Vermutung des § 2069 BGB zeigt - übliche Regelung für den regelmäßig zu bedenkenden Fall, dass ein Erbe bis zu dem zukünftigen, unbestimmten Zeitpunkt des Erbfalls versterben könnte. Dass anlässlich der Beurkundung auch der Fall erörtert wurde, dass ein Wegfall des Erben auch im Fall einer Ausschlagung vorliegen könnte und zugleich ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht werden könnte, wird von dieser Vermutung nicht umfasst. Daher spricht der Umstand, dass die Einsetzung der Ersatzerben ohne weitere Zusätze verfügt wurde, weder gegen die Auslegbarkeit noch ergibt sich daraus bereits der Wille der Erblasserin, dass der Ersatzerbe für jeden Fall des Wegfalls eingesetzt werden sollte.

b) Gemäß §§ 133, 2084 BGB ist bei der Auslegung eines Testaments der wirkliche Wille des Erblassers zu ermitteln. Dabei sind neben dem gesamten Inhalt der Testamentsurkunde auch Umstände außerhalb des Testaments heranzuziehen und zu würdigen (vgl. BGH, Urteil vom 08.12.1982 - IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 - 51, Rn. 16; BayObLG, Beschluss vom 16.03.2005 - 1Z BR 77/04, FamRZ 2006, 226, 228). Selbst Umstände, die nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung eintreten, können von Bedeutung sein, soweit sie Rückschlüsse auf den Erblasserwillen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung zulassen (vgl. Hanseatisches OLG, Beschluss vom 22.12.2016 - 2 U 10/16, juris). Der Erblasserwille ist als „innere Tatsache“ grundsätzlich dem Geständnis und der Beweisaufnahme zugänglich (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992 - IV ZR 160/91, Rn. 11, juris). Lässt sich auf diese Weise nicht feststellen, was der wirkliche Wille des Erblassers war, muss sich das Gericht notfalls mit dem

Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht, also dem, was der Erblasser vernünftigerweise am ehesten gewollt hat (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, Urteil vom 08.12.1982 - IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 - 51, Rn. 16; BGH, Urteil vom 07.10.1992 - IV ZR 160/91 Rn. 11, juris; BayObLG, Beschluss vom 17.05.2001 - 1Z BR 121/00, Rn. 24, juris). Von diesem durch Wortlaut und Umstände nahegelegten Verständnis darf das Gericht nur dann abgehen, wenn weitere Umstände mit mindestens annähernd gleich großem Gewicht für ein Verständnis in einem anderen Sinne dargetan und bewiesen sind (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992 - IV ZR 160/91, Rn. 11, juris). Es ist demnach zu unterscheiden: Streitige Umstände, aus denen sich der Erblasserwille ergeben soll, sind nur zugrunde zu legen, wenn sie zweifelsfrei erwiesen sind. Wenn aber der Wille des Erblassers nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann, muss sich das Gericht eine Überzeugung davon bilden, für welche Interpretation die überwiegenden Gründe sprechen; in diesen Fällen darf der Richter nicht dem Erblasserwillen durch Berufung auf ein non liquet die Geltung verwehren (vgl. Staudinger/Otte (2019) Vorbem. zu §§ 2064 ff, Rn. 115; Leipold in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2022, § 2084 Rn 169).

Eine ergänzende Auslegung kommt in Betracht, wenn sich eine regelungsbedürftige Lücke in letztwilligen Verfügungen ergibt; diese Lücke kann sich sowohl durch spätere Entwicklungen als auch durch einen Irrtum über die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung ergeben (vgl. BayObLG, Beschluss vom 27.06.1997 - 1 Z BR 240/96, DNotZ 1998, 209; OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.09.2015 - 21 W 55/15, Rn. 15, beck-online; Czubayko in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Auflage 2022, § 2084 BGB Rn 15; Staudinger/Otte (2019) Vorbem. zu §§ 2064 BGB Rn. 77 ff.; Roth, NJW-Spezial 2015, 359).

Zur Auslegung einer Verfügung kann auch die allgemeine Lebenserfahrung herangezogen werden (vgl. Horn/Kroiß, a. a. O., § 7 Rn. 158; Gierl in beck-online GK, Stand: 01.09.2022, § 2084 Rn. 49 m. w. N.).

c) Die nach diesen Grundsätzen vorzunehmende Auslegung der Testamente der Erblasserin führt zu der Annahme, dass es nicht deren Willen entsprach, dass im Falle der Ausschlagung durch den eingesetzten Erben unter Geltendmachung des Pflichtteils dessen Abkömmlinge als Ersatzerben an die Stelle des Ausschlagenden treten sollten.

aa) Der Inhalt der Testamente macht deutlich, dass es der Erblasserin nicht in erster Linie darum ging, ihre beiden Kinder gleichmäßig zu bedenken, sondern, dass sie besonderen Wert darauf legte, dass die Beklagte die zu diesem Zeitpunkt von der Erblasserin bewohnte Wohnung erhalten sollte. Die Regelungen in beiden Testamenten, insbesondere die Ergänzungen im Testament vom 21.02.2008, sprechen dafür, dass der Vater des Klägers zwar einen gewissen Ausgleich hierfür erhalten sollte, es der Erblasserin aber auch bewusst war, dass bei dieser nicht ausgleichenden Anordnung der Anteil der Beklagten am Nachlass dem Wert nach voraussichtlich größer als der des Vaters des Klägers sein würde. Durch diese Teilungsanordnung wollte die Erblasserin sicherstellen, dass die Beklagte durch den Erwerb der Eigentumswohnung der Erblasserin im Erdgeschoss des Anwesens ... nunmehr Eigentümerin der gesamten Immobilie - genau genommen beider Eigentumswohnungen - wird. Diese Vorstellung der Erblasserin ist vor allem deshalb naheliegend, weil ihr Sohn B, der Vater des Klägers, im Rahmen des Teilerbauseinandersetzungsvertrags und Übergabevertrags vom 23.11.1993 das

benachbarte Grundstück zum Alleineigentum erhalten, auf diesem unmittelbar benachbarten Grundstück ein Wohnhaus errichtet und mit seiner Familie bezogen hat. Das damals bestehende und mit zunächst nur einem Haus bebaute Grundstück ... wurde mithin in zwei Grundstücke aufgeteilt, die bei Errichtung des Testaments im Februar 2008 jeweils mit einem Wohnhaus bebaut waren. Die Überlegung, dass jedes ihrer beiden Kinder, der Sohn B und die Beklagte, ein Grundstück mit einem Haus bekommen sollten, ist ohne weiteres nachvollziehbar und liegt aus Sicht des Senats auf der Hand.

Die im Testament der Erblasserin vom 21.02.2008 ergänzte Regelung für den Fall der Veräußerung oder unentgeltlichen Übertragung der Eigentumswohnung der Erblasserin lässt erkennen, dass der Grund für die Bevorzugung der Beklagten nach dem Willen der Erblasserin darin bestand, sicherzustellen, dass die Beklagte die vermachte Eigentumswohnung auch tatsächlich behält, mithin das gesamte Anwesen in das Eigentum der Beklagten übergeht, also gewissermaßen „in der Familie bleiben“ würde. Im Fall der Übertragung der Wohnung sollte hingegen ein Ausgleich zugunsten des B erfolgen.

Mit einem Willen, dass bei einer Ausschlagung der Erbschaft durch den insofern benachteiligten Vater des Klägers die Beklagte den Pflichtteil aufbringen müsste und zugleich der Ersatzerbe am Nachlass beteiligt wäre, sind die Regelungen zur Teilung des Nachlasses daher nicht zu vereinbaren.

bb) Die außerhalb des Testaments liegenden Umstände stützen diese Auslegung. Im Fall einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft auf der Grundlage einer hälftigen Quote lag die Befürchtung auf der Hand, dass die Wohnung angesichts dessen, dass der Wert der Wohnung den des Rests des Nachlasses wesentlich übertraf, veräußert werden müsste. Zum Zeitpunkt der Testamentserstellung hatte die Erblasserin bereits längere Zeit im gleichen Anwesen wie die Beklagte gewohnt; die oben dargestellte Wohnsituation der Erblasserin und der eingesetzten Erben war aus Sicht der Erblasserin eine Folge der einverständlichen Regelung in dem Vertrag vom 23.11.1993. Die Anordnungen in den Testamenten lassen auf diesem Hintergrund ebenfalls auf den Willen der Erblasserin schließen, dass die von ihr bewohnte Wohnung „in der Familie bleiben“ und zwar der Beklagten zufallen sollte. Ein Verhalten der eingesetzten Erben, das diesem Willen zuwiderlief, insbesondere - wie der Kläger selbst geltend macht - den Verkauf der Wohnung notwendig machen würde, widerspricht diesem Willen in eklatanter Weise.

cc) Schließlich spricht, nicht anders als in den Fällen, in denen der Ausschlagende als Nacherbe eingesetzt war, die allgemeine Lebenserfahrung für diese Auslegung. Auf dieser Grundlage wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung dahingehend angenommen, dass in den Fällen, in denen ein Nacherbe die Erbschaft ausschlägt und sein Pflichtteilsrecht geltend macht, nach dem Willen des Erblassers eine angeordnete oder gemäß § 2069 BGB vermutete Ersatzerbeneinsetzung nicht gelten soll (vgl. BayObLG, Beschluss vom 10.08.1962 - 1 Z 43/61, BayObLGZ 1962, 240, 243 f; OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.10.1981 - 8 W 507/80, juris; BayObLG, Beschluss vom 02.03.2000 - 2 ZR BR 144/99, NJW-RR 2000, 1391; OLG München, Beschluss vom 25.07.2006 - 31 Wx 39/06, FamRZ 2007, 767, 768; OLG Bamberg, Urteil vom 23.04.2013 - 5 U 34/12, Rn. 34, juris; OLG Braunschweig, Beschluss vom 14.05.2020 - 3 W 74/20, juris). Dies soll auch dann

gelten, wenn ausdrücklich und ohne Einschränkungen Ersatzerben eingesetzt wurden (vgl. BayObLG a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O., Rn. 9; OLG München a. a. O.; OLG Bamberg, a. a. O., Rn. 34).

Der Bundesgerichtshof hat in dem Urteil vom 29.06.1960 - V ZR 64/59 - entschieden, dass die Vermutung des § 2069 BGB dann nicht zur Anwendung kommt, wenn der Nacherbe die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Der Grund dafür sei gerade dann, wenn Ausschlagung und Pflichtteilsverlangen in dem Zusammenhang des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB stehen, die Erwägung, dass der betreffende Stamm in diesem Fall in zweierlei Weise zum Zuge käme. Dies stehe in ausgeprägtem Widerspruch zu dem, was ein Erblasser in aller Regel gewollt habe oder bei Erwägung einer solchen Möglichkeit gewollt habe. Der Bundesgerichtshof verweist zutreffend auf den Zusammenhang aus § 2306 Abs. 1 BGB, an dem sich durch die seit 01.01.2010 geltende Neufassung der Vorschrift in dieser Hinsicht nichts geändert hat. § 2306 Abs. 1 BGB regelt das Recht des Ausschlagenden, den Pflichtteil zu verlangen, im Fall der Beschränkung oder Beschwerung des Erben; § 2306 Abs. 2 BGB setzt dem die Einsetzung als Nacherben gleich. Insofern ist die für den Fall der Nacherbschaft ergangene, oben zitierte Rechtsprechung auch auf Fälle übertragbar, in denen die Ausschlagung nicht durch die Anordnung der Vorerbschaft - typischerweise bei wechselseitige Erbeinsetzung von Eltern - motiviert ist, sondern durch die wertmäßige Minderung des Nachlasses durch eine nicht ausgleichende Teilungsanordnung. Im ersten Fall muss der Nacherbe den Eintritt des Nacherbfalls - regelmäßig den Tod des Vorerben - abwarten, bis er seinen Erbteil erhält; im zweiten Fall muss der Erbe, wenn er nicht ausschlägt, hinnehmen, dass er wertmäßig weniger erhält, als ihm nach der gesetzlichen Erbfolge oder sogar bei Erhalt des Pflichtteils zustehen würde. Beiden Situationen gemein ist, dass die Erblasser eine Bestimmung getroffen haben, auf deren Umsetzung sie besonderen Wert legen. Im Fall der Vor- und Nacherbschaft bezieht sich dies typischerweise auf den Erhalt des ungeschmälernten Nachlasses für den anderen Elternteil, im Fall der Teilungsanordnung auf den Übergang eines besonders wichtigen Vermögensgegenstands auf einen bestimmten Begünstigten. Wenn sich der Erbe durch die Ausschlagung diesem Willen widersetzt, liegt es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nahe, dass der Erblasser den oder die Erben, die nicht ausschlagen, nicht noch durch das Hinzutreten eines Ersatzerben aus dem Stamm des Ausschlagenden zusätzlich belasten will.

dd) Auch die Wirkungen des § 2320 BGB sprechen nicht gegen eine Auslegung des Erblasserwillens in diesem Sinne. Der diesbezüglichen Auffassung des Klägers und Teilen der Literatur (vgl. Staudinger/Otte (2019) § 2064 BGB Rn. 12, 14a) ist nicht zu folgen. Insofern kann es für die Auslegung ausschließlich auf den - gegebenenfalls hypothetischen - Willen des Testierenden ankommen, nicht auf die später tatsächlich eintretenden, wirtschaftlichen Folgen einer Regelung. Dabei ist es von besonderer Bedeutung, dass § 2320 BGB zwar die aus dem Pflichtteil folgende Lastverteilung im Innenverhältnis der Erben regelt, aber nicht dazu geeignet ist, die verbleibenden Erben vor der notwendigen Auseinandersetzung mit einem als Ersatzerben eingetretenen Miterben zu bewahren. Dass dies zu erheblichen Erschwernissen und Kostenrisiken führen kann - eben gerade deshalb, weil der Ersatzerbe dem Stamm des Ausschlagenden angehört und sich regelmäßig diesem verbunden fühlen wird - wird an dem vorliegenden Fall deutlich, in dem die Anwendbarkeit des § 2320 BGB keinesfalls verhindern konnte, dass durch die Ausschlagung die Umsetzung des Erblasserwillens nachhaltig beeinträchtigt wird. Im Vordergrund eines nach der Lebenserfahrung anzunehmenden Willens steht, dass der entgegen dem Willen des Erblassers ausschlagende Erbe nicht durch einen an seine Stelle tretenden Abkömmling ersetzt werden soll, mit dem sich der oder die anderen Erben - zusätzlich - auseinandersetzen müssen.



ee) Selbst dann, wenn man die oben dargestellten Gesichtspunkte nicht genügen lassen würde, um im Weg der erläuternden Auslegung zu einem Schluss auf den Willen der Erblasserin zu gelangen, würde jedenfalls eine ergänzende Auslegung zum gleichen Ergebnis führen. Auch wenn man zu Grunde legen würde, dass die Testamente insofern eine nicht geregelte Lücke aufweisen würden, als die Erblasserin die Möglichkeit einer Ausschlagung nicht bedacht hätte und deshalb nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die Ersatzerbeneinsetzung für diesen Fall gelten soll, wäre der Ersatzerbe nicht für den Fall der Ausschlagung eingesetzt worden. Die ergänzend anzunehmende Regelung zur Füllung der Lücke richtet sich nach dem Willen, den der Testierende bei Kenntnis der Lage im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gefasst hätte (vgl. Staudinger/Otte (2019) Vorbem. zu §§ 2064 BGB Rn 87; Burandt-Rojahn, a. a. O., § 2084 BGB Rn. 16). Der Inhalt des hypothetischen Willens ist aufgrund der nach dem Testament erkennbaren Willensrichtung zu bestimmen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 27.06.1997 - 1 Z BR 240/96, juris; OLG Frankfurt Beschluss vom 11.09.2015 - 21 W 55/15, Rn. 15, beck-online; Staudinger/Otte, a. a. O., Rn. 83; Burandt-Rojahn, a. a. O., Rn. 17). Unter Heranziehung der dargelegten Gesichtspunkte besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Erblasserin, wenn sie die Möglichkeit einer Ausschlagung durch den Vater des Klägers und der Geltendmachung des Pflichtteils bedacht hätte, den Willen gehabt hätte, dass in diesem Fall die Beklagte Alleinerbin sein sollte. In diesem Fall wäre nämlich die Beklagte ohne weiteres im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Eigentümerin der Wohnung geworden, während der Ausschlagende sein Pflichtteilsrecht von der Beklagten erhalten hätte. Der Kläger hätte, wie im Testament verfügt, das ihm zugewendete Vermächtnis erhalten. Dafür, dass das Hinzutreten eines Ersatzerben für diesen Fall dem Willen der Erblasserin entsprochen hätte, spricht keiner der zu Tage getretenen Gesichtspunkte.

d) Durch den Wegfall des Vaters des Klägers als Erben wuchs der ihm zugedachte Erbteil der Beklagten an, § 2094 Abs. 1 BGB.

III. Die Beklagte hat gegen den Kläger einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB.

Die Beklagte ist als Alleinerbin gemäß § 1922 BGB alleinige Eigentümerin der Eigentumswohnung der Erblasserin geworden. Da die Parteien als Eigentümer des Wohnungseigentums in Erbengemeinschaft eingetragen sind, ist das Grundbuch unrichtig.

Es kommt nicht darauf an, dass die Eintragung in das Grundbuch auf der Grundlage des Erbscheins des Nachlassgerichts erfolgte. Die Ausführungen des Klägers zur Wirkung des Erbscheins bzw. zu einem widersprüchlichen Verhalten der Beklagten gehen fehl. Es besteht zwar die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins gemäß § 2365 BGB, aber keine Bindung des Prozessgerichts an dessen Inhalt (vgl. Grziwotz in Münchener Kommentar zum BGB, a. a. O., § 2365 Rn. 8). Umgekehrt wird das Nachlassgericht, wenn rechtskräftig festgestellt wird, dass der Erbschein unrichtig ist, diesen von Amts wegen einziehen (§ 2361 BGB).

IV. Ein Auskunftsanspruch des Klägers aufgrund behaupteter Erbenstellung gegen die Beklagte ist aufgrund der fehlenden Erbenstellung nicht gegeben.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Der Streitwert ergibt sich aus der Hälfte des Nachlasswerts von 217.530,78 €, den der Kläger in der Klagschrift vom 27.07.2017 zur Grundlage seiner Streitwertberechnung gemacht hat.

Maßgeblich ist insofern der mit der Widerklage geltend gemachte Feststellungsantrag, der sich auf die streitige Erbenstellung des Klägers mit einer Quote von 1/2 bezieht; ein Feststellungsabschlag war nicht vorzunehmen. Die Streitwerte der Klage und der Widerklage waren gemäß § 45 Abs. 1 S. 3 GKG nicht zusammenzurechnen, da Auskunftsanspruch und Feststellungsantrag denselben Gegenstand betreffen (vgl. Binz/Dörndorfer/Zimmermann, GKG, FamGKG, JVEG 5. Auflage 2021 § 45 Rn. 4).

Die Voraussetzungen für die Zulassung einer Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. In rechtlicher Hinsicht beruht das Urteil, die Auslegung von Testamenten betreffend, auf ständiger, gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Obergerichte.

## Entscheidung 7 - OLG München Beschluss vom 25.9.2023 – 33 Wx 38/23

Gründe:

I.

Die kinderlose und verwitwete Erblasserin ist am ...2021 in M. verstorben. Ihr Ehemann ist im Jahre 1983 vorverstorben. Mit diesem hatte sie am ...1965 einen notariellen Erbvertrag errichtet, der gegenseitige Erbeinsetzungen für den ersten Erbfall vorsah und hinsichtlich der Erbeinsetzung für den zweiten Erbfall dem überlebenden Ehegatten das Recht zur vollständigen Abänderung einräumte.

Die Erblasserin errichtete am 01.04.2011 ein handschriftliches Testament folgenden Inhalts:

„Mein letzter Wille!

Die Person, die mich bis zu meinem Tode pflegt und betreut, soll mein gesamtes Vermögen bekommen!

Zurzeit ist es: Frau ... [= Beteiligte zu 1], wohnhaft ... Ich bin im Vollbesitz meiner geistigen Kräfte.

Unterschrift"

Das Nachlassgericht erließ am 06.12.2022 einen Beschluss, in dem es die Erteilung eines Erbscheins zugunsten der Beteiligten zu 1 ankündigte und die sofortige Wirksamkeit aussetzte. Der dagegen seitens der Beschwerdeführerin eingelegten Beschwerde vom 11.01.2023 half das Nachlassgericht mit Beschluss vom 31.01.2023 nicht ab und legte die Akten dem Senat vor.

Mit richterlicher Verfügung vom 05.04.2023 hat der Senat die Akten des bezüglich der Erblasserin geführten Betreuungsverfahrens beigezogen. Soweit für das vorliegende Verfahren von Bedeutung, ergaben sich daraus folgende Erkenntnisse:

Mit Beschluss vom 11.02.2014 wurde auf Wunsch der Erblasserin nicht nur die Beteiligte zu 1, sondern auch Frau D. P. als Betreuerin für die Erblasserin bestellt. Die Erblasserin hatte im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung zuvor erklärt, sie würde beide Damen mögen, sie seien sehr patent und anständig. Durch Beschluss des Amtsgerichts München – Betreuungsgericht – vom 13.07.2017 wurde eine weitere Betreuerin bestellt, die Betreuerin D. P. wurde auf eigenen Wunsch entlassen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und auch im Ergebnis erfolgreich.

Der Senat teilt die Ansicht des Nachlassgerichts, dass keine Zweifel an der Urheberschaft der Erblasserin hinsichtlich des Testaments vom 01.04.2011 bestehen. Allerdings kann die Beteiligte zu 1 aus dem Testament keine Rechte herleiten, denn dieses Testament enthält keine Erbeinsetzung zu ihren Gunsten. Zwar wird die Beteiligte zu 1 in diesem Testament namentlich genannt, eine Erbeinsetzung ist damit aber nicht verbunden, denn die Erblasserin hat als Erbin gerade keine bestimmte Person eingesetzt (sogleich unter 1.). Vielmehr hat sie lediglich Voraussetzungen festgelegt, die ein Erbe erfüllen muss und festgehalten, dass die Beteiligten zu 1 diese Voraussetzungen derzeit erfüllt. Welche Voraussetzungen genau das sind, lässt sich jedoch nicht feststellen, so dass sich auch nicht feststellen lässt, welche Person diese Voraussetzungen erfüllt (sogleich unter 2.).

1. Die Beteiligte zu 1 wurde durch ihre namentliche Benennung im Testament vom 01.04.2011 nicht als Erbin eingesetzt. Die Namensnennung der Beteiligten zu 1 erfolgte in diesem Zusammenhang nur beispielhaft; als Rechtsnachfolgerin sollte sie jedenfalls nur dann bestimmt sein, wenn sie die von der

Erblasserin genannten Voraussetzungen bzw. Bedingungen erfüllt. Das ergibt sich im Wege der Testamentsauslegung.

a) Bei der Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf die Ermittlung des wirklichen Willens des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH, Urteil vom 16.07.1997, IV ZR 356/96, ZEV 1997, 376; MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 1; Burandt/Rojahn/Czubayko, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 9; Krätzschelein: Krätzschelein/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022 § 9 Rn. 10; NK-Erbrecht/Fleindl/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2084 Rn. 3).

Für die Entscheidung, ob eine Person als Erbe eingesetzt ist oder nicht, kommt es wesentlich darauf an, wer nach dem Willen des Erblassers den Nachlass zu regeln und die Nachlassschulden zu tilgen hat, sowie darauf, ob der Bedachte unmittelbar Rechte am Nachlass erwerben soll (BayObLG, Beschluss vom 09.12.1985, BReg. 1 Z 90/85, FamRZ 1986, 835).

Grundsätzlich ist bei nicht eindeutigem und daher auslegungsbedürftigem Testamentswortlaut gemäß §§ 133, 2084 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte und ob er mit ihnen genau das unmissverständlich wiedergab, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, Urteil vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, NJW 1983, 672; BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lässt sich eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 nicht feststellen. Bereits die Verwendung des Wortes „derzeit“ spricht dagegen, dass die Erblasserin mit der namentlichen Nennung der Beteiligten zu 1 ihren Rechtsnachfolger in wirtschaftlicher Hinsicht endgültig benennen wollte. Insbesondere im Zusammenspiel mit dem oberen Teil des Testaments, in dem die Erblasserin die Zuwendung für denjenigen anordnet, der sie „pflegt und betreut“, ergibt sich, dass die Beteiligte zu 1 lediglich beispielhaft erwähnt wurde und nicht endgültig als Erbin benannt werden sollte.

2. Die Erblasserin hat in ihrem Testament vom 01.04.2011 keinen Rechtsnachfolger benannt. Nach den von ihr aufgestellten Kriterien lässt sich ein solcher auch nicht hinreichend sicher ermitteln.

a) Der Erblasser darf die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung im Sinne einer Erbeinsetzung auf Grund letztwilliger Verfügung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen. Dies bedeutet, dass der Erblasser im Hinblick auf die Individualisierung eines Bedachten seinen Willen nicht in der Weise unvollständig äußern darf, dass es einem Dritten überlassen bleibt, nach Belieben oder Ermessen den Erblasserwillen in wesentlichen Teilen zu ergänzen (vgl. BGH, Urteil vom 18.11.1954, IV ZR 152/54, NJW 1955, 100). Nur die Bezeichnung, nicht die Bestimmung darf einem Dritten übertragen werden. Dann müssen aber die Hinweise im Testament, die gegebenenfalls zuvor nach allgemeinen Grundsätzen auszulegen sind (MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, BGB § 2065 Rn. 34; Horn/Kroiß, NJW 2013, 2978 f), so genau sein, dass eine jede mit genügender Sachkunde ausgestattete Person den Bedachten bezeichnen kann, ohne dass deren Ermessen auch nur mitbestimmend ist (BayObLG, Beschluss vom 27.11.1990, BReg. 1a Z 76/88, FamRZ 1991, 610; OLG München, 31 Wx 55/13, ZEV 2013, 617).

Soweit der Wille des Testierenden durch Auslegung festgestellt werden kann, liegt kein Fall der unzulässigen Bestimmung der Person des Bedachten durch einen Dritten vor. Die Testamentsauslegung ist, auch wenn sie wertende Elemente enthält, nicht die in § 2065 BGB gemeinte unzulässige Willensentscheidung; das Gericht ist insoweit nie Dritter (OLG Köln, 2 Wx 536/16, FGPrax 2017, 41). § 2065 BGB greift indes dann ein, wenn der Wortlaut der letztwilligen Verfügung so unbestimmt ist, dass die Auslegung ergebnislos bleiben muss (BayObLG, Beschluss v.

23.05.2001, 1 Z BR 10/01, FamRZ 2002, 200 m. w. N.; Staudinger/Otte, BGB, Neubearbeitung 2019, § 2065 Rn. 19b).

b) So liegt der Fall hier. Auch im Wege der Testamentsauslegung lässt sich nicht feststellen, welche Kriterien nach dem allein maßgeblichen Erblasserwillen erfüllt sein müssen, damit der Erbe benannt werden kann.

aa) Schon in zeitlicher Hinsicht lässt sich nicht feststellen, was die Erblasserin mit der Formulierung „bis zu meinem Tod“ zum Ausdruck bringen wollte.

(1) Fraglich ist bereits, ob die Erblasserin sich bei der Errichtung des Testaments von der Vorstellung leiten ließ, dass die Person, die sie „pflegt und betreut“ dies ab Errichtung des Testaments zu tun hat. Da die Erblasserin die Beteiligte zu 1 insoweit erwähnt, als sie sie als die Person bezeichnet, die „derzeit“ pflegt und betreut, ließe sich die Formulierung in diese Richtung auslegen.

(2) Denkbar ist aber auch, dass (auch) ein späteres Übernehmen von Pflege und Betreuung ausreichend sein sollte. Dafür ließe sich immerhin anführen, dass ein Interesse an Pflege und Betreuung häufig erst dann entsteht, wenn der Betreffende tatsächlich pflege- und betreuungsbedürftig wird. Bei einer Auslegung in diese Richtung bliebe aber offen, welcher Zeitpunkt maßgeblich sein sollte: Denkbar wäre, auf ein subjektives Element bei der Erblasserin abzustellen, nämlich wenn sie selbst das Bedürfnis nach „Pflege und Betreuung“ verspürt. Es wäre aber ebenso vorstellbar, dass sich die Erblasserin bei der Errichtung der Verfügung vorstellte, dass ein objektives Kriterium maßgeblich sein sollte, beispielsweise die Anordnung einer gesetzlichen Betreuung, jedenfalls soweit es um die Betreuung geht.

(3) Ebenso offen und im Wege der Auslegung nicht sicher feststellbar ist, ob die Person, die „pflegt und betreut“, dies ununterbrochen (unabhängig vom jeweiligen Beginn) tun muss. Die Verwendung des Wortes „bis“ ließe einen derartigen Schluss ebenso zu wie die (lebensnähere) Annahme, dass Unterbrechungen von gewisser Dauer (welcher?) unschädlich sein sollten. Da die Erblasserin aber die „Person“ zudem im Singular bezeichnet hat, wirft dies die Frage auf, ob letztlich von mehreren Personen nur die zum Zuge kommen soll, die sich in zeitlicher Hinsicht am stärksten engagiert hat oder ob jeder, der einen (zeitlichen) Anteil an „Pflege und Betreuung“ hatte, (Mit-)Erbe werden soll.

(4) Letztlich lässt sich auch nicht klären, ob das zeitliche Element von „Pflege und Betreuung“ nach der Vorstellung der Erblasserin tatsächlich bis „in“ den Tod im Sinne einer Sterbebegleitung erfolgen muss.

bb) Darüber hinaus lässt sich aber auch nicht mit hinreichender Sicherheit im Wege der Testamentsauslegung ermitteln, was die Erblasserin inhaltlich unter „pflegt und betreut“ verstanden hat. Auch insoweit greifen die allgemeinen Auslegungsgrundsätze (s. o.).

(1) Das Testament lässt zunächst offen, ob die Erblasserin die Wörter „pflegen und betreuen“ synonym oder kumulativ gebraucht hat. Beides ist denkbar, ohne dass nach dem Wortlaut der Verfügung die eine oder andere Variante wahrscheinlicher erscheint.

(2) Hinzu kommt, dass gänzlich offenbleibt, an welche Art von „pflegen und betreuen“ die Erblasserin gedacht hat. Bereits in der Vergangenheit hat die Rechtsprechung auf Auslegungsprobleme in diesem Zusammenhang hingewiesen, so ob mit dem Begriff „kümmern“ die körperliche Pflege gemeint war, die Hilfe bei der anfallenden Hausarbeit, eine seelische Stütze (vgl. dazu BayObLG, Beschluss vom 27.11.1990, BReg. 1a Z 76/88, FamRZ 1991, 610 f), die Erledigung finanzieller Angelegenheiten oder nur allgemein ein Schenken von Aufmerksamkeit. Dasselbe gilt für die Begriffe „begleitet und

[ge]pflegt“ (OLG Köln, 2 Wx 536/16, FGPrax 2017, 41), die ebenfalls im Wege der Auslegung nicht so zweifelsfrei ausgelegt werden können, dass die Ermittlung des Erben nicht doch auf eine Stellvertretung im Willen hinausliefe.

(3) Denkbar ist im vorliegenden Falle, dass die Erblasserin gerade nicht die professionelle Betreuung gemeint hat, denn sie lebte nach den Angaben der Beteiligten zu 1 im Zeitpunkt der Errichtung bereits in einem Pflegeheim und benannte gleichwohl die Beteiligte zu 1, die aber nicht für professionelle Pflege und Betreuung zur Verfügung stand. Andererseits bleibt offen, ob und inwieweit die Erblasserin den Begriff statisch oder dynamisch verstanden hat. „Schuldete“ derjenige, der „pflegt und betreut“ dasselbe Maß an Pflege und Betreuung, das im Errichtungszeitpunkt am 01.04.2011 maßgeblich war, auch wenn in der Zukunft mehr oder weniger Pflege und Betreuung erforderlich würden oder bedurfte es einer Anpassung der Anstrengungen, wenn die Erblasserin diesbezüglich bedürftiger würde.

(4) Soweit in der Literatur eingewendet wird, dass die meisten Begriffe der Alltagssprache zwar unscharfe Ränder hätten, aber auch einen Kern, hinsichtlich dessen sich feststellen ließe, wer unter diesen „Kernbegriff“ fällt (Staudinger/Otte, Neubearbeitung 2019, BGB § 2065 Rn. 19b), überzeugt diese Kritik nicht. Es mag zutreffen, dass sich die Bedeutung von Wörtern in Kern- und Randbereiche differenzieren lässt. Die Testamentsauslegung darf aber gerade nicht beim Wortlaut stehenbleiben, maßgeblich ist allein der wahre Erblasserwille und wenn nicht feststellbar ist, ob der Erblasser einen Begriff in der einen oder anderen Hinsicht verstanden hat, wäre es mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen unvereinbar, den Erblasserwillen im Sinne eines „Mindestwillens“ auszulegen.

Da sich aufgrund der vorgenannten Erwägungen im Rahmen der Auslegung nicht feststellen lässt, in welchem zeitlichen Rahmen „Pflege und Betreuung“ zu erbringen waren und was darunter zu verstehen ist, lässt sich auch in einem zweiten Schritt nicht feststellen, auf welche Person diese Kriterien zutreffen.

c) Weitere Ermittlungsansätze zur Ermittlung des wahren Erblasserwillens sind nicht vorhanden.

aa) Soweit die Beteiligte zu 1 im Rahmen der Beurkundung des notariellen Erbscheinsantrages vom ...2021 insoweit ausführte, dass „die Erblasserin ihre testamentarische Beschreibung „pflegt und betreut“ ... als ein auf sie schauen, für sie da sein, sich um sie kümmern“ verstanden hatte, ist diese Äußerung zwar im Rahmen der Auslegung heranzuziehen, verhilft aber schon aufgrund der vorgenannten Erwägungen nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis, da sie sich zu dem zeitlichen Umfang von Pflege und Betreuung nicht verhält. Soweit die Beteiligte zu 1 im Rahmen ihres notariellen Erbscheinsantrages zudem erklärte, es sei der Erblasserin im Errichtungszeitpunkt um persönliche Zuwendung gegangen, die die Beteiligte zu 1 erbracht habe, lässt sich dies schon mit dem Wortlaut der Verfügung nur schwer vereinbaren, der von „pflegt und betreut“ spricht. Hätte die Erblasserin unter „pflegen und betreuen“ lediglich persönliche Zuwendung verstanden, hätte es nahegelegen, dies entsprechend zu formulieren. Dass die Beteiligte zu 1 nach eigenen Angaben „nahezu täglich“ bei der Erblasserin war, hilft insoweit auch nicht weiter. Da schon nicht geklärt werden kann, was die Erblasserin in zeitlicher Hinsicht unter „bis zum Tode“ verstanden hat (s. o.), kann auch nicht festgestellt werden, ob „nahezu tägliche“ Besuche darunter zu subsumieren bzw. ausreichend wären.

bb) Aus den Angaben der Vereinsbetreuerin vom 28.06.2022 lassen sich ebenfalls keine belastbaren Erkenntnisse gewinnen. Es ist insoweit zu berücksichtigen, dass die Vereinsbetreuerin erst im Jahre 2017 bestellt wurde und über den Zeitraum ab Errichtung des Testaments schon keine Angaben machen kann. Soweit das Nachlassgericht in diesem Zusammenhang in der angefochtenen Entscheidung (Beschluss vom 06.12.2022) darauf abstellt, regelmäßige Besuche der Beteiligten zu 1

ließen sich aus der Stellungnahme der Vereinsbetreuerin belegen, verkennt es, dass die Vereinsbetreuerin für die Zeit zwischen der Errichtung des Testaments und ihrer Bestellung keine Angaben machen kann. Zur Frage, welche Vorstellungen die Erblasserin von „Pflege und Betreuung“ im Errichtungszeitpunkt angesichts der Möglichkeit, dass der Bedarf an „Pflege und Betreuung“ im Laufe der Zeit zunimmt, hatte, kann die Vereinsbetreuerin schon deswegen keine Angaben machen, weil sie die Erblasserin zu diesem Zeitpunkt noch nicht kannte.

cc) Eine weitere Sachaufklärung ist nicht möglich, weitere Ermittlungsansätze sind nicht ersichtlich, insbesondere nachdem sich die Beteiligte zu 1 im Rahmen ihres Erbscheinsantrages umfassend geäußert hat. Weitere Personen, die mit der Erblasserin im oder um den Errichtungszeitpunkt Kontakt hatten, sind nicht bekannt geworden. Hinsichtlich der Äußerungen der Erblasserin gegenüber Dritten ist zudem zu berücksichtigen, dass bei der Erblasserin mit Gutachten vom 22.11.2013 eine psychische Störung (Delir bei leichtgradiger Demenz) festgestellt wurde, so dass entsprechende Äußerungen nur bedingt geeignet wären, Rückschlüsse auf den Willen der Erblasserin im Errichtungszeitpunkt zu ziehen.

dd) Der Senat kann deswegen in der Sache sogleich selbst entscheiden.

Zwar hat die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde Aufklärungsdefizite gerügt, denen das Erstgericht im Abhilfeverfahren nicht nachgegangen ist, was grundsätzlich ebenso zur Aufhebung der Nichtabhilfeentscheidung führen könnte wie die Nichtbeziehung der Betreuungsakten, zu der sich das Nachlassgericht angesichts des Wortlauts der Verfügung („pflegt und betreut“) und des Umstandes, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt ihres Todes unter Betreuung stand, gedrängt hätte sehen müssen. Da aber in der Sache keine andere Entscheidung ergehen kann, konnte der Senat von der Aufhebung der Nichtabhilfeentscheidung und Rückgabe der Akten an das Nachlassgericht absehen.

Demzufolge ist die Beschwerde erfolgreich. Der angefochtene Beschluss ist aufzuheben und der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 zurückzuweisen.

III.

Eine Kostenentscheidung ist bei der erfolgreichen Beschwerde nicht veranlasst. Für die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten sieht der Senat keine Veranlassung.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.