
Datum: 03.03.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 U 95/08
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0303.10U95.08.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 2 O 447 /07

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 7. August 2008 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten wegen der Kosten gegen Sicherleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe :

I.

Der Kläger streitet mit seinen Geschwistern um die Erbfolge nach ihrer am 23.02.1910 geborenen und am 12.01.2002 verstorbenen Mutter, U (im folgenden: Erblasserin).

1

2

3

- Die Erblasserin heiratete am 11.05.1937 den am 02.02.1901 geborenen und am 23.08.1983 verstorbenen U2. Aus der Ehe gingen fünf Kinder hervor: der Kläger, der Beklagte zu 1. die beiden Streitverkündeten G und G2 sowie U, dessen Kinder die Beklagten zu 2., 3. und 4. sind. 4
- Kurz vor der Eheschließung - am 22.04.1937 - schloss die Erblasserin mit ihrem Ehemann U2 einen Ehe- und Erbvertrag, in welchem sie für ihre Ehe den Güterstand der Gütergemeinschaft vereinbarten. In den §§ 3 und 4 des Vertrages setzten sie sich gegenseitig als alleinige Erben ein, in § 4 wurde für den Fall, dass nach dem Tod des Erstversterbenden eheliche Kinder vorhanden sind, bestimmt, dass nach dem Tod des Überlebenden der beidseitige Nachlass an diese fallen soll. Der Überlebende blieb allerdings berechtigt, einem der Kinder "das eigene und beidseitige Vermögen durch Vertrag unter Lebenden und durch Verfügung von Todes wegen und gegen von ihm festzusetzende Abfindungen für die übrigen Kinder zu übertragen". Wegen des genauen Inhalts der Bestimmungen wird auf die notarielle Urkunde vom 22.04.1937 (Anlage K 1 zur Klageschrift vom 15.11.2007) verwiesen. 5
- Nach der Eheschließung führten die Erblasserin und ihr Ehemann in S einen landwirtschaftlichen Betrieb sowie eine Gaststätte an der T-Str.. Dieser Betrieb entwickelte sich in der Folgezeit zu einem Hotel- und Restaurantbetrieb, in welchem der Beklagte zu 1. lange Zeit mitarbeitete. 6
- Am 12.01.1973 ließen die Erblasserin, ihr Ehemann sowie ihre fünf Kinder einen Vorvertrag zum Abschluss eines Übertragungsvertrages vor dem Notar Dr. K in M beurkunden. Dabei wurden U und G vollmachtslos vertreten. Danach sollte das Hausgrundstück an der T-Str. in S auf den Beklagten zu 1. übertragen werden, der dann das Hotel nebst Restaurant weiter führen sollte. Die Streitverkündete G sollte die Hausbesitzung an der T-Str. a erhalten und die weiteren drei Kinder sollten eine unbebaute Parzelle von 1.35.73 ha übertragen bekommen. Wegen der weiteren Einzelheiten dieser Vereinbarungen wird auf den notariellen Vorvertrag vom 12.01.1973 (Anlage B 1 zum Schriftsatz vom 28.02.2008) Bezug genommen. Zum Abschluss des in diesem Vertrag beabsichtigten Übertragungsvertrages kam es in der Folgezeit nicht, weil die Streitverkündete G sowie ihr Bruder U die Genehmigung ihrer Vertretung verweigerten. Ebenso wenig wurde ein Pachtvertrag mit dem Beklagten zu 1. über die Weiterführung des Hotel- und Restaurantbetriebes abgeschlossen. 7
- Am 12.09.1973 errichteten die Erblasserin und ihr Ehemann privatschriftlich ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Erben einsetzten. Zudem bestimmten sie, dass "für den Fall, dass nach dem Tod des ersten von uns eines unserer Kinder den Pflichtteil nach dem Erstverstorbenen verlangen sollte", dieses Kind "auch nach dem Tod des letzten von uns nur den Pflichtteil erhalten" soll. 8
- Wegen des genauen Wortlauts dieser Verfügung wird auf das Testament vom 12.09.1973 (Anlage K 2 zur Klageschrift vom 15.11.2007) verwiesen. 9
- Dem Beklagten gelang in der Folgezeit der Wiederaufbau des elterlichen Betriebs nicht. Dieser wurde dann im Jahre 1974 von der Streitverkündeten G und deren Ehemann übernommen und bis über den Tod der Erblasserin hinaus, bis 2003, fortgeführt. 10
- Nach dem Tod ihres Ehemanns am 23.08.1983 verfasste die Erblasserin am 10.02.2000 ein weiteres privatschriftliches Testament, in welchem sie "im Auftrag" ihres verstorbenen Ehemannes bestimmte, dass der Beklagte zu 1. das Elternhaus nebst einem Stück Land (S4, A, Garten an der Stadtmauer) erhalten sollte. Ein weiteres Stück Land (Wiese am A2) sollten 11

die übrigen vier Kinder, das Geschäftshaus jedoch nur der Kläger, G2 und U erhalten. Weiter traf die Erblasserin Bestimmungen zu dem von G geführten Betrieb. Dann bestimmte sie noch, dass das Bargeld ihre Enkel erhalten sollten. In einem Nachtrag gleichen Datums zu diesem Testament traf die Erblasserin weitere Anordnungen zu dem Betrieb der G. Weiter verfügte sie, dass eine Spareinlage U3 und ein Sparbrief der Kläger, U4 und U1 für Reparaturen am Geschäftshaus erhalten sollten. Wegen des genauen Inhalts dieser Verfügungen wird auf die Testamentsurkunde vom 10.02.2000 nebst Nachtrag (Anlage K 3 zur Klageschrift vom 15.11.2007) verwiesen.

Nach dem Tod der Erblasserin, am 12.01.2002, beantragte der Beklagte zu 1. beim Nachlassgericht (Amtsgericht Warstein; 4 VI 281/02), einen Teilerbschein zu 36,35 %. Der Kläger und die weiteren drei Geschwister beantragten einen gemeinschaftlichen Teilerbschein über die restlichen 63,65 %. Am 20.02.2003 erteilte das Amtsgericht Warstein dem Beklagten zu 1. einen Teilerbschein zu einem Anteil von 36,35 % und den weiteren vier Geschwistern einen gemeinschaftlichen Teilerbschein zu Anteilen von jeweils 15,9125 %. 12

Mit notariellen Vertrag vom 21.07.2005 übertrug U1 U seinen Erbteil zu je 1/3 auf seine drei Kinder, die Beklagten zu 2., 3. und 4. 13

In einem Verfahren vor dem Landgericht Arnsberg (1 O 261/05) wurde G von ihren vier Geschwistern wegen des von ihr bis 2003 genutzten Hotelobjekts in S auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Mit Urteil vom 13.01.2006 verurteilte das Landgericht G zur Zahlung von 87.629,- € an die Erbengemeinschaft. In einem weiteren Verfahren vor dem Landgericht Arnsberg (1 O 281/06) beantragte G die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts vom 13.01.2006 für unzulässig zu erklären. Diese Klage wurde vom Landgericht mit Urteil vom 20.02.2007 abgewiesen. 14

Mit Beschluss vom 04.09.2006 zog das Nachlassgericht (Amtsgericht Warstein; 4 VI 380/06) die am 20.02.2003 erteilten Teilerbscheine ein und teilte mit, dass es beabsichtige, einen Erbschein zu erlassen, nach dem die fünf Geschwister ihre Mutter zu je 1/5 beerbt haben, und dass es die Anordnungen der Erblasserin in dem Testament vom 10.02.2000 als Vorausvermachnisse einordne. Ein gemeinschaftlicher Erbschein mit diesem Inhalt wurde sodann am 15.11.2006 erteilt. Eine Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist bis heute nicht erfolgt. 15

Mit der in diesem Verfahren erhobenen Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, dass es sich bei den Bestimmungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 10.02.2000 nicht um Vorausvermachnisse, sondern um Teilungsanordnungen zu den Erbeinsetzungen ihrer Kinder zu gleichen Teilen handelt. Hilfsweise hat er die Feststellung begehrt, dass diese Verfügungen unwirksam sind und sich die Erbfolge nach ihrer Mutter allein nach dem Erbvertrag seiner Eltern vom 22.04.1937 und dem gemeinschaftlichen Testament vom 12.09.1973 richtet, wonach sich eine Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Teilen ergibt. 16

Die Beklagten haben demgegenüber die Auffassung vertreten, dass sich die Erbfolge nach der Erblasserin nach deren letzter Verfügung vom 10.02.2000 richtet, deren Anordnungen als Vorausvermachnisse einzuordnen seien. 17

Wegen des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung (Bl. 194 –202 d.A.) verwiesen. 18

Das Landgericht hat mit Urteil vom 07.08.2008 die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt : Die Erbfolge nach der Erblasserin richte sich nach dem Gesetz. 19

Der Erbvertrag vom 23.04.1937 sei durch das gemeinschaftliche Testament vom 12.09.1973 vollständig aufgehoben worden. Bei den Verfügungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 10.02.2000 handele es sich um Vorausvermächtnisse und nicht um Teilungsanordnungen. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die angefochtene Entscheidung (Bl. 193 –209 d.A.) Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die form – und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers, mit der er seine erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Der Kläger ist weiterhin der Meinung, dass durch den am 23.04.1937 geschlossenen Erbvertrag bindend eine Schlusserbenfolge der Kinder zu jeweils 1/5 angeordnet worden sei, die nicht durch das spätere gemeinschaftliche Testament seiner Eltern aufgehoben worden sei. Aufgrund dessen könnten die Anordnungen der Erblasserin vom 10.02.2000 nur Teilungsanordnungen darstellen. Sofern diese Anordnungen Vorausvermächtnisse seien, seien sie wegen Verstoßes gegen den Erbvertrag unwirksam. Im übrigen sei die Testamentsauslegung des Landgerichts fehlerhaft. So habe es vor Errichtung des Testaments 1973 keine erbrechtlichen Streitigkeiten gegeben. Auch habe er seinen Eltern nach Scheitern der Verhandlungen im September 1973 nicht geraten, erbrechtlich jetzt alles zu regeln. Die weiteren Annahmen des Landgerichts seien rein spekulativ und unplausibel. Ein Begünstigungswille der Erblasserin wird weiter bestritten. Im übrigen sei der Beklagte zu 1. nicht arm und die Streitverkündete M2 nicht sehr vermögend gewesen.

Der Kläger beantragt,

festzustellen, dass es sich bei den folgenden Verfügungen in den beiden handschriftlichen Testamenten vom 10.02.2000, eröffnet vom Amtsgericht Warstein am 05.02.2002 (Az. 4 IV 25/02) der Frau U geb. B2, geb. am #####1910, gestorben am #####2002 in S, enthalten in zwei Blättern, das eine davon überschrieben mit "Mein letzter Wille ist des Vaters Wille.", das andere überschrieben mit "Nachtrag Mein Wunsch und letzter Wille" nicht um wirksame Vorausvermächtnisse, sondern um Teilungsanordnungen zu der Erbeinsetzung der Kinder zu gleichen Teilen der vorgenannten Frau U und des am 02.02.1901 geborenen und am 23.08.1983 verstorbenen Herrn U2 im notariellen Ehe- und Erbvertrag, UR-Nr. ##### des Notars B4, S, vom 22.04.1937 handelt:

"U5 sollte das Elternhaus bekommen und die zwei Anbauwohnungen, das Land S4, S5 Garten an der Stadtmauer.",

"Die Wiese im A2 bekommen U1 Gerhard U3 U4."

"Das Geschäftshaus bekommen U1, Gerhard, U4.",

"Mein Bargeld bekommen die Enkel.",

"Nach meinem Tod soll U3 das Geschäft für 1 Jahr weiterführen. Sie braucht keine Pacht an U5 zahlen. Die Bahnmiene der Kegelbahn soll geteilt werden, für U5 die Hälfte für Unkosten des Hauses für U3 zur Pflege der Bahn."

"Meine Spareinlage bei der Sparkasse S vom 16.03.1998 bekommt U3."

"U1, Gerhard, U4 bekommen den Sparbrief bei der Sparkasse S vom 09.03.1999. Das Geld ist für Reparaturen am Geschäftshaus N. 29 bestimmt.",

hilfsweise festzustellen, dass die vorgenannten Verfügungen unwirksam sind und sich die Erbfolge nach der vorgenannten Frau U ausschließlich nach dem notariellen Ehe- und

Erbvertrag, UR-Nr. ##### des Notars B4, S, vom 22.04.1937 und dem handschriftlichen Testament der vorgenannten Frau U und des vorgenannten Herrn U2 vom 12.09.1973 richtet, wonach sich eine Erbeinsetzung von deren Kindern zu gleichen Teilen ergibt.	
Die Beklagten beantragen,	31
die Berufung zurückzuweisen.	32
Der Beklagte zu 1. verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt ergänzend aus, dass es vor der Errichtung des Testaments der Eltern am 12.09.1973 tatsächlich Erbstreitigkeiten gegeben habe, welche das Zustandekommen des zuvor beabsichtigten Übertragungsvertrages verhindert hätten. Deshalb hätten die Eltern dem Überlebenden eine freie Verfügung über den Nachlass gestatten wollen. Dass es sich bei den Anordnungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 10.02.2000 um Vorausvermächtnisse handele, folge schon aus dessen Wortlaut. Die Streitverkündete M2 habe im übrigen nicht unentgeltlich im elterlichen Betrieb mitgearbeitet. Der Beklagte zu 1. sei wegen des Scheiterns der Vertragsverhandlungen im Jahre 1973 und der in diesem Zusammenhang aufgetretenen Streitereien aus dem elterlichen Betrieb ausgeschieden.	33
Auch die Beklagten zu 2., 3. und 4. teilen die Auffassung des Landgerichts, wonach durch das gemeinschaftliche Testament vom 12.09.1973 die Regelungen des Erbvertrages von 1937 aufgehoben worden sind. Dass es im Vorfeld der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments familiäre Streitigkeiten gegeben habe, folge schon daraus, dass die zuvor beabsichtigte dauerhafte Nachfolgeregelung der Eheleute U in Form des damals beabsichtigten Übertragungsvertrages gescheitert sei. Auch zeige der damals abgeschlossene Vorvertrag, dass die Großeltern keinesfalls mehr die Schlusserbenregelung aus 1937 gewollt hätten. Auch sei das erstinstanzliche Gericht nicht von einem spekulierten Sachverhalt ausgegangen. Vielmehr ergeben sich die zugrundegelegten Begünstigungsabsichten der Erblasserin direkt aus ihrem Testament aus dem Jahre 2000.	34
Der Senat hat die Akten des Amtsgerichts Warstein – 4 IV 25/02, 4 VI 281/02 und 4 VI 380/06 – sowie des Landgerichts Arnsberg – 1 O 261/05 und 1 O 281/06 - zu Informationszwecken beigezogen.	35
Im Senatstermin am 03.03.2009 sind die Parteien persönlich angehört worden. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf den Berichterstattevermerk vom 03.03.2009 Bezug genommen.	36
II.	37
Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.	38
1.	39
Der Hauptantrag ist unbegründet, weil es sich bei den Verfügungen der Erblasserin in ihrem privatschriftlichen Testament vom 10.02.2000 nicht um Teilungsanordnungen mit Erbeinsetzungen zu gleichen Teilen handelt.	40
a)	41
Bei der Abfassung ihrer letztwilligen Verfügungen im Jahre 2000 war die Erblasserin nicht aufgrund der in § 4 des Erbvertrages vom 22.04.1937 getroffenen Regelungen gehindert, eine wertmäßig differenzierende Verteilung des Nachlasses zwischen ihren Kindern zu	42

treffen.

Zwar ist in § 4 des Vertrages vom 22.04.1937 für den hier eingetretenen Fall, dass nach dem Tod des Erstversterbenden eheliche Kinder vorhanden sind, bestimmt, dass nach dem Tod des Überlebenden der beidseitige Nachlass an diese fallen soll. Der Überlebende sollte aber berechtigt bleiben, einem dieser Kinder "das eigene und beidseitige Vermögen durch Vertrag unter Lebenden und durch Verfügung von Todes wegen und gegen von ihm festzusetzende Abfindungen für die übrigen Kinder zu übertragen". 43

Damit hatten die Erblasserin und ihre Ehemann zum einen verbindlich festgelegt, dass ihr Besitz nach ihrem Tod an die ehelichen Kinder gehen sollte. Weitere Regelungen über das Verhältnis, in welchem die Kinder dann erben sollten, haben sie dem überlebenden Ehegatten aber bewusst vorbehalten. Denn die Formulierung "gegen von ihm festzusetzende Abfindungen" beinhaltet nicht, dass alle Kinder wertmäßig dasselbe bekommen müssen. Vielmehr sollte dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit verbleiben, nach dem Tod des Zuerstversterbenden eines der Kinder zu bevorzugen, sofern er die anderen abfindet, wobei er die Höhe dieser Abfindungen frei bestimmen konnte. 44

Dieser Vorbehalt im letzten Satz des § 4 wird aufgrund der damaligen Verhältnisse der Vertragsschließenden plausibel und nachvollziehbar. Denn die Erblasserin und ihr späterer Ehemann waren bei Vertragsschluss noch nicht verheiratet, hatten noch keine Kinder und konnten auch nicht wissen, wie sich etwaige Kinder später entwickeln würden. Hinzukommt, dass es damals sich bei dem Grundbesitz in S noch um einen landwirtschaftlichen Betrieb handelte, auf den die Bestimmungen des Reichserbhofgesetzes, welches in § 4 des Vertrages ausdrücklich erwähnt wird, Anwendung fanden. Nach diesem Gesetz konnte – ebenso wie nach der jetzt geltenden Höfeordnung – sowieso nur ein Hoferbe den landwirtschaftlichen Betrieb erben, während die übrigen Geschwister wertmäßig geringer abgefunden werden mussten. 45

Unter Zugrundelegung dieser Umstände sind die Regelungen in § 4 des Erbvertrages schon nicht als eine nach dem Tod des Zuerstversterbenden verbindlich bleibende Schlusserbeneinsetzung aller gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen aufzufassen. 46

b) 47

Zudem ist die Regelung des Erbvertrages durch das am 12.09.1973 errichtete gemeinschaftliche Testament der Eheleute U2 und U aufgehoben und keine neue Schlusserbenregelung getroffen worden. 48

Eine Aufhebung des Erbvertrages ist nach § 2292 BGB möglich. Insbesondere steht ihr nicht entgegen, dass der hier maßgebliche Erbvertrag kurz vor und nicht nach der Eheschließung vereinbart worden ist (vgl. dazu MünchKomm-Musielak § 2292 BGB Rz. 2; Palandt-Edenhofer § 2292 BGB Rz.1 m.w.N.). Auch muss ein solches Aufhebungstestament nach § 2292 BGB nicht den gesamten Erbvertrag beseitigen, sondern kann sich auch auf einzelne vertragsmäßige Verfügungen beziehen (MünchKomm-Musielak § 2292 BGB Rz. 5). 49

In dem gemeinschaftlichen Testament vom 12.09.1973 setzten sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben ein. Zudem ordnen sie an, dass für den Fall, dass eines ihrer Kinder nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangen sollte, dieses Kind auch nach dem Tod des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten soll. Mit diesen beiden Regelungen haben sie zunächst nur die bereits in den §§ 3, 4 und 6 des Erbvertrages getroffenen Bestimmungen wiederholt. Denn auch danach war eine gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute nach dem 50

Zuerstversterbenden sowie eine Pflichtteilsstrafklausel der Kinder vorgesehen (vgl. § 4 S.2 sowie § 6 des Erbvertrages vom 22.04.1937). Die anderen Regelungen des Vertrages – insbesondere die für den Fall des Todes des Zuletztversterbenden - werden im Testament vom 12.09.1973 aber weder wiederholt noch inhaltlich abgeändert. Auch wird der frühere Erbvertrag nicht erwähnt.

51
Letzteres spricht dafür, dass die Eheleute U diesen Erbvertrag - nach Ablauf von mehr als 36 Jahren – schlichtweg vergessen haben. Dies wird auch durch die persönliche Anhörung des Klägers und des Beklagten zu 1. bestätigt, die beide erklärt haben, dass im Jahre 1973 weder bei den Vorverhandlungen zu dem damals beabsichtigten Übertragungsvertrag noch bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments der Erbvertrag von den Eltern erwähnt haben (vgl. Berichterstattevermerk vom 03.03.2009 (Bl. 378 d.A.). In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die Eheleute U nur die in dem neuen gemeinschaftlichen Testament festgelegten Regelungen treffen wollten und nicht aber die Weitergeltung früherer Bestimmungen.

52
Doch selbst wenn sich die Eltern des Klägers und des Beklagten zu 1. bei Abfassung des Testaments im Jahre 1973 noch an den alten Erbvertrag erinnert haben sollten, muss davon ausgegangen werden, dass sie mit den neuen Verfügungen eine diesen ersetzende Neuregelung hinsichtlich ihrer Erbfolge treffen wollten.

53
Zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments waren gerade die im Vorvertrag vom 12.01.1973 genannten Grundstücksübertragungen, mit denen die Eheleute U eine dauerhafte Nachfolgeregelung bezweckt hatten, gescheitert. Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass die Eheleute damals zumindest die Erbfolge nach dem Zuerstversterbenden verbindlich festlegen wollten. Diese Intention der Eheleute U vor Abfassung ihres Testaments ist auch vom Kläger bei seiner Anhörung vor dem Senat (vgl. Bl. 378 d.A.) bestätigt worden. Ein typisches Element des von ihm seinen Eltern angeratenen "Berliner Testaments" ist gerade, dass die Eheleute sich gegenseitig als Erben einsetzen, vgl. § 2269 I BGB. Allerdings haben die Eltern in dieser Neuregelung ihrer erbrechtlichen Belange keine für ein Berliner Testament typische Schlusserbenregelung getroffen. Dies kann vor dem Hintergrund des früheren Erbvertrages, in welchen sie solche Regelungen in § 4 des noch bedacht haben, nur so verstanden werden, dass sie diesmal keine bindende Verfügungen für den Schlusserbfall treffen wollten.

54
Diese Wertung wird auch durch die damalige Situation in der Familie U gestützt. In den Jahren 1972/73 versuchten die Eheleute U nach dem heiratsbedingten Auszug der Tochter U3 aus dem elterlichen Haus ihren Betrieb auf den Beklagten zu 1. zu übertragen und die übrigen Kinder anderweitig aus ihren Vermögen abzufinden (vgl. Bestimmungen des Vorvertrages vom 12.01.1973). Damit hätten sie ihr wesentliches Vermögen bereits lebzeitig unter allen Kindern aufgeteilt. Obwohl die damals beabsichtigten Vereinbarungen bereits im Herbst 1972 mit allen Kindern besprochen wurden (so Anhörung des Klägers und des Beklagten zu 1. vor dem Senat, vgl. Bl. 378 d.A.) und auch ein entsprechender notarieller Vorvertrag am 12.01.1973 aufgesetzt war, kam es dann aber nicht zum Abschluss des damals beabsichtigten Übertragungsvertrages. Denn die Genehmigung des Vertrages wurde von zwei Kindern (U3 und U1) verweigert.

55
Vor diesem familiären Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass die Eheleute U nach dem Scheitern der lebzeitigen Verteilung ihres Vermögens zwar die Erbfolge nach dem zuerst Versterbenden von ihnen verbindlich festlegen wollten, nicht aber die Verteilung ihres Nachlasses nach dem Zuletztversterbenden an die Kinder. Schließlich war zum damaligen Zeitpunkt noch gar nicht klar, ob der Beklagte zu 1. ihren Hotel- und Restaurantbetrieb – wie

beabsichtigt - weiter betreiben würde. Vielmehr wurde zum damaligen Zeitpunkt noch versucht, mit ihm anstelle der gescheiterten Grundstücksübergabe einen Pachtvertrag über das Objekt abzuschließen (vgl. Schreiben des Notars K an Bekl. zu 1. vom 09.10.1973, Bl. 108 d.A.). Letztendlich wurde der Hotelbetrieb der Eheleute U dann auch nicht vom Beklagten zu 1. sondern von der Streitverkündeten G und ihrem Ehemann ab 1974 weiter geführt.

Zudem spricht für diese Auslegung die Einleitung der Erblasserin zu ihrem späteren Testament vom 12.01.2000. Danach sollte sie im Auftrag des Vaters "sein Vermögen an die Kinder verteilen". Diese Formulierung zeigt deutlich, dass beide Eheleute vor dem Tod des U2 davon ausgingen, dass der Überlebende von ihnen in der Festlegung der Schlusserbfolge ungebunden war. 56

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, dass die im Testament vom 12.09.1973 aufgenommene Pflichtteilsstrafklausel ohne zugrundeliegende Schlusserbenregelung keinen Sinn mache. 57

Zwar stand es dem überlebenden Elternteil nach der 1973 getroffenen Verfügung frei, den beidseitigen Nachlass nach seinen Maßstäben zu verteilen. Wenn er dies aber nicht machte, wären die Kinder nach dem Tod des überlebenden Ehegatten gesetzliche Erben zu gleichen Teilen (§ 1924 I , IV BGB). Das heißt, wenn die Kinder nach dem Tod des zuerst versterbenden Elternteils ihren Pflichtteil verlangt hätten, hätten sie ihren (gesetzlichen) Erbteil nach dem zuletzt versterbenden Elternteil um die Hälfte (auf den Pflichtteil) verringert. Mit dieser Regelung wird dem überlebenden Elternteil eine Sicherheit vor Pflichtteilsansprüchen der Kinder unter gleichzeitiger Beibehaltung seiner weiteren Verfügungsfreiheit über den Nachlass eingeräumt. 58

Deshalb überzeugt auch die Argumentation des Berufungsklägers nicht, wonach wegen dieser Pflichtteilsregelung im Testament vom 12.09.1973 eine konkludente Schlusserbeneinsetzung der Kinder gegeben sei. 59

Anerkannt ist insoweit nur, dass eine Pflichtteilsstrafklausel ein Anhaltspunkt für eine solche Schlusserbenbestimmung sein kann (vgl. dazu MünchKomm-Musielak § 2269 BGB Rz. 14, Palandt-Edenhofer § 2269 BGB Rz. 8 m.w.N .). Eine solche Auslegung ist aber nicht zwingend geboten, insbesondere gibt es keinen allgemeinen Erfahrungssatz für eine solche Wertung (vgl. OLG Hamm NJW-RR 2004, 1521; OLG Karlsruhe FamRZ 2006, 1303). Hier legt schon der Wortlaut der Pflichtteilsstrafklausel, in der von einer "Erbschaft" bzw. einem "Erben" der Kinder nicht die Rede ist, eine solche Auslegung nicht nahe. Hinzukommt, dass nach den obigen Ausführungen hier die isolierte Anordnung einer solchen Strafklausele ohne gleichzeitige Schlusserbeneinsetzung der Kinder überaus sinnvoll war, um den überlebenden Ehegatten vor lebzeitigen Forderungen der Kinder bei gleichzeitiger Beibehaltung seiner Verfügungsfreiheit zu schützen. 60

Zuletzt beinhaltet die vorgenommene Auslegung des Testaments vom 12.09.1973 auch keinen Verstoß gegen die vom Bundesgerichtshof vertretene Andeutungstheorie (vgl. dazu Palandt-Edenhofer § 2084 BGB Rz. 4 m.w.N.). Vielmehr hat der oben ermittelte Wille der Erblasserin durch die im Wortlaut des Testaments vom 12.09.1973 - im Gegensatz zu der von ihnen gewollten gegenseitigen Erbinsetzung sowie der Pflichtteilsstrafklausel - fehlende Schlusserbenregelung hinreichend seinen Ausdruck gefunden. 61

c) 62

63

Auch die späteren Anordnungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 10.02.2000 stellen keine Erbeinsetzungen ihrer fünf Kinder zu gleichen Teilen mit ausgleichspflichtigen Teilungsanordnungen dar. In diesem privatschriftlichen Testament nebst Nachtrag hat die Erblasserin ihr Vermögen in der Weise an ihre Kinder verteilt, dass sie bestimmte Vermögensgegenstände bestimmten Kindern zugedacht hat.

aa) 64

Diese Anordnungen zu Gunsten der Kinder können zum einen als Erbeinsetzungen entsprechend der Wertanteile der zugedachten Gegenstände gewertet werden. 65

Zwar hat die Erblasserin die in dem Testament hauptsächlich bedachten fünf Kinder nicht als Erben benannt. Allerdings hat sie mit ihren Verfügungen das gesamte Vermögen ihres verstorbenen Mannes, das sie geerbt hatte, verteilt. Weiteres wesentliches Vermögen der Erblasserin war im Zeitpunkt ihrer Testierung – bis auf die zwei Sparbücher im Werte von ca. 50.000,- DM (vgl. Berichterstattervermerk vom 03.03.2009, Bl. 379 d.A.) - nicht vorhanden. Letzteres wurde durch das zu Gunsten der Enkelkinder getroffene Bargeldvermächtnis erfasst. 66

Bei der Verteilung des gesamten Vermögens durch den Erblasser ist in der Regel eine Erberbeinsetzung der Bedachten anzunehmen und zwar nach Bruchteilen gem. § 2087 I BGB, die entsprechend dem Wert der ihnen zugedachten Gegenstände festzulegen sind. Das gilt gerade bei Privattestamenten juristischer Laien, denen die Erbregel des § 2087 II BGB, wonach eine Erbeinsetzung hinsichtlich einzelner Gegenstände nicht möglich ist, meist nicht geläufig ist. Denn bei einer solchen Testierung kann in der Regel nicht angenommen werden, dass der Erblasser gar keine Erben für sein Vermögen berufen wollte. Deshalb wird eine Verteilung von einzelnen Vermögensgegenständen, die insgesamt den Nachlass erschöpfen, meist so gewertet, dass mit diesen Verfügungen auch Erbeinsetzungen gewollt waren (vgl. BGH FamRZ 1990, 396 (397) ; BGH NJW-RR 1990,391; NJW 1997, 392;NJW-RR 1999, 1021; BayObLG FamRZ 92, 862; Palandt-Edenhofer § 2087 BGB Rz. 3;). 67

Hierfür spricht, dass die Kinder der Erblasserin diese Anordnungen ihrer Mutter zu Beginn des Erbscheinsverfahrens noch selbst in diesem Sinne verstanden haben. Denn nach dem Tod der Erblasserin haben der Kläger, der Beklagte zu 1. sowie die weiteren drei Geschwister beim Nachlassgericht Teilerbscheine zu unterschiedlichen Quoten (36,35 % für den Beklagten zu 1. und die restlichen 63,65 % für die weiteren vier Geschwister) beantragt. Entsprechende Teilerbscheine sind am 20.02.2003 auch vom Nachlassgericht erlassen worden. Die unterschiedlichen Erbquoten beruhten dabei auf den vom Beklagten. zu 1. angegebenen und von den anderen zunächst akzeptierten Werten der ihnen im Testament ihrer Mutter vermachten Gegenständen. Allein das den Enkelkinder zugedachte Bargeld wurde einvernehmlich als Vermächtnis aufgefasst. 68

Erst als später zwischen den Geschwistern Streit über die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft entstand, beantragte die Streitverkündete G mit Schreiben vom 30.06.2006 die Einziehung der Teilerbscheine, weil sie die Richtigkeit der festgelegten Erbquoten wegen der seinerzeit zugrunde gelegten Werte anzweifelte. Diese Auffassung vertrat auch der Kläger im Erbscheinsverfahren. Letztendlich führte das zur Einziehung der Teilerbscheine und dem Erlass eines neuen gemeinschaftlichen Erbscheins, wonach die fünf Geschwister ihre Mutter zu je 1/5 beerbt haben (so Beschluss des Amtsgerichts Warstein vom 15.11.2006, Beiakte : 4 VI 380/06, Bl. 138). 69

Die Wertung der Anordnungen in dem Testament vom 10.02.2000 als Erbeinsetzung der fünf Kinder entsprechend den Wertanteilen der ihnen zugedachten Gegenständen, führt allerdings nicht zu gleichen Erbquoten von jeweils 1/5, wie es der Kläger hier begehrt, sondern zu unterschiedlichen Erbquoten entsprechend dem Wert der ihnen zugedachten Gegenstände. Denn die einzelnen Anordnungen des Testaments machen deutlich, dass die Erblasserin ihre Kinder nicht gleichmäßig bedenken wollte.

So hat die Erblasserin dem Beklagten zu 1. das Elternhaus nebst zweier Grundstücke allein zugedacht. Die anderen vier Kindern sollten demgegenüber zusammen das Grundstück "Wiese im A2" bekommen. Auch das Geschäftshaus sowie ein Sparbrief bei der Sarkasse S wurde dem Kläger sowie den Kindern U1 und U4 zusammen zugedacht. Lediglich eine Spareinlage sowie die Küchen- und Wirtschaftseinrichtungen war noch allein für U3 bestimmt. Unstreitig sind die dem Beklagten zu 1. allein zugedachten Vermögensgegenstände im Vergleich zu den für die anderen Kindern bestimmten Gegenstände werthaltiger. Diese Bevorzugung des Beklagten hat die Erblasserin in ihrer Anordnung vom 10.02.2000 auch ausdrücklich damit begründet, dass "U5 so arm aus dem Haus gegangen" ist, während "U3 durch den niedrigen Pachtzins sich ein Vermögen erarbeiten" konnte.

Diesem Anliegen der Erblasserin, die einzelne Kinder mit bestimmten Gegenstände zu bedenken, ist bei der Annahme von wertmäßig unterschiedlichen Erbquoten dadurch Rechnung zu tragen, dass ihre Anordnungen dann als nicht ausgleichspflichtige Teilungsanordnungen aufzufassen sind.

bb) 73

Die aus dem Testament ersichtliche Intention der Erblasserin, ihre Kinder unterschiedlich zu begünstigen und mit bestimmten Nachlassgegenständen zu bedenken, lässt allerdings auch die vom erstinstanzlichen Gericht vorgenommene Auslegung zu, nach der die Anordnungen in dem Testament vom 10.02.2000 als Vorausvermächtnisse einzuordnen sind.

Maßgebend für die Abgrenzung von Vorausvermächtnissen (§ 2150 BGB) , welche vorab vor der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu erfüllen sind, zu Teilungsanordnungen, die erst im Rahmen der Erbauseinandersetzung zu berücksichtigen sind (§ 2048 BGB), ist, ob der Erblasser dem jeweiligen Miterben einen besonderen Vermögensvorteil ohne Anrechnung auf seine Erbquote zuwenden wollte (vgl. BGHZ 36, 115; BGH NJW 1995, 721; MünchKomm –Schlichting § 2150 BGB Rz. 6).

Wenn hier in den Anordnungen des Testaments keine Erbeinsetzung der Kinder gesehen wird, ist – mangels testamentarischer Erbeinsetzung - von der gesetzlichen Erbfolge aller fünf Kinder zu einer Quote von jeweils 1/5 auszugehen (§ 1924 Abs.1 und 4 BGB). Dann ergibt sich aus dem Testament vom 10.02.2000, dass den Verfügungen, wonach einzelne Kinder wertmäßig mehr als andere erhalten sollte, ein Begünstigungswille der Erblasserin zugrunde lag, mit der Folge, dass diese gegenüber den anderen Kinder nicht ausgleichspflichtig sein sollten.

So hat die Erblasserin den wertmäßig höchsten Gegenstand (Elternhaus nebst Grundstücken) dem Beklagten zu 1. allein zugedacht mit der Begründung, dass dieser "so arm aus dem Haus gegangen" ist und der Vater deshalb diese besondere Zuwendung an ihn so gewollt hätte, um "ruhig sterben" zu können. Dem liegt der unstreitige Sachverhalt zugrunde, dass der Beklagte zu 1. als ältester Sohn nur die Volks- und Handelsschule besucht hat , um dann im elterlichen Betrieb meist unentgeltlich mitzuarbeiten. In dem von

den Eltern 1973 beabsichtigen Übertragungsvertrag sollte er deshalb auch diesen Hotel- und Gaststättenbetrieb nebst Grundstück erhalten. Nachdem dieser Vertrag an der Zustimmung zweier Geschwister scheiterte und es dem Beklagten zu 1. in der Folgezeit nicht gelang den Hotelbetrieb zu übernehmen, hat er das Elternhaus verlassen und den Hotelbetrieb seiner Schwester U3 überlassen. Auch wenn die Annahme der Erblasserin zu den damaligen Vermögensverhältnissen des Beklagten zu 1. nicht stimmen sollte, wäre dies unmaßgeblich. Denn allein entscheidend für die Auslegung der letztwilligen Anordnungen vom 10.02.2000 ist die Auffassung der Erblasserin bei Errichtung ihres Testaments. Diesen hat sie aber durch die oben genannten Formulierungen hinreichend zum Ausdruck gebracht.

Auch die weitere Anordnung, nach der die Tochter U3 nicht das Geschäftshaus erhalten sollte, hat die Erblasserin gesondert damit begründet, dass "U3 ... sich durch den niedrigen Pachtpreis ein Vermögen erarbeiten" "konnte". Dem liegt zugrunde, dass die Streitverkündete U3 seit 1974 den elterlichen Hotelbetrieb gegen Zahlung eines nur geringen Pachtpreises übernommen hat. Auch hierbei ist wiederum nur auf die Vorstellungen der Erblasserin bei der Testamentsabfassung abzustellen und nicht darauf, ob G damals tatsächlich vermögend geworden ist. Die aus dem Testament ersichtliche Vorstellung der Erblasserin ging somit eindeutig dahin, dass die anderen drei Geschwister insoweit mehr als U3 verdient haben. 78

Insgesamt zeigen somit die unmissverständlichen Begründungen der einzelnen Anordnungen, dass der Erblasserin durch ihre Zuwendungen bestimmte Kinder gegenüber anderen begünstigen wollte. Dies wird besonders am Beispiel des Beklagten zu 1. deutlich, der nach der Anordnung vom 10.02.2000 das Elternhaus erhalten soll. Denn die weiteren Verfügungen im Testament vom 10.02.2000 belegen, dass die Erblasserin bei ihrer Testierung davon ausging, dass das Hotelgebäude weiter in der Familie bleibt. So sollte die Tochter U3 "das Geschäft für 1 Jahr weiterführen", ohne Pachtzins zu zahlen. Selbst die Wohnung der Erblasserin sollte für ein Jahr, ihr Wohnzimmer für 5-10 Jahre frei bleiben. Hiermit ist nicht in Einklang zu bringen, wenn die Immobilien zur Abgeltung von Wertausgleichen verwertet werden müssten. 79

cc) 80

Damit stellen die Anordnungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 10.02.2000 keine Erbeinsetzungen ihrer fünf Kinder zu gleichen Teilen mit ausgleichspflichtigen Teilungsanordnungen dar. Vielmehr sind sie entweder als Erbeinsetzung der Kinder entsprechend den Wertanteilen der ihnen zugeordneten Gegenstände oder als Vorausvermächtnisse unter Zugrundelegung einer gesetzlichen Erbfolge von jeweils 1/5 einzuordnen. Nach beiden Auslegungsergebnissen bleibt der Klageantrag, wonach es sich hier um Teilungsanordnungen mit Erbeinsetzungen der Kinder zu gleichen Teilen handeln soll, ohne Erfolg. 81

2. 82

Auch der Hilfsantrag des Klägers ist nach den obigen Ausführungen unbegründet. Danach sind die Verfügungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 10.02.2000 rechtswirksam und die Erbfolge der Kinder folgt weder aus dem Erbvertrag vom 22.04.1937 noch aus dem gemeinschaftlichen Testament vom 12.09.1973, sondern entweder aus dem Testament vom 10.02.2000 oder aus der gesetzlichen Vorschrift des § 1924 Abs. 1, 4 BGB. 83

III. 84

85

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 I ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert, § 543 II 1 ZPO.

86