
Datum: 09.01.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 U 10/13
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:0109.10U10.13.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 2 O 319/11
Schlagworte: gemeinschaftliches Testament, Auslegung, Schlusserbeneinsetzung, Vermächtnis, Bindungswirkung
Normen: BGB §§ 2287, 2288 BGB

Leitsätze:

1. Bei Vorhandensein weiteren Vermögens im Zeitpunkt der Testamenterrichtung kann die Auslegung ergeben, dass die Zuwendung der im gemeinsamen Eigentum der Eltern stehenden Immobilie keine Bestimmung des Schlusserben ist, sondern die Anordnung eines Vermächtnisses.
2. Ist der Erbe zugleich Vermächtnispartner, dann kann er Beeinträchtigungen in seiner Stellung als Vermächtnisnehmer nur entsprechend der Vorschrift des § 2288 BGB geltend machen.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 06.12.2012 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Berufungsinstanz.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird gestattet, die Vollstreckung des Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des

jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Parteien streiten über etwaige Rückgewähransprüche der Klägerin infolge einer am 10.12.1993 vereinbarten Grundbesitzübertragung seitens der späteren Erblasserin I P, geb. S, auf den Beklagten, ihren Enkel.

Die am 08.11.1929 geborene Erblasserin P war mit dem früheren Bergmann P2 P, geb. am 15.06.1920 verheiratet. Aus der Ehe entstammten zwei Töchter, die Klägerin (geboren 1951) und Frau L2, geb. P (geboren 1951) – die Mutter des Beklagten.

Die Eheleute P2 und P hatten in den Jahren 1974/1975 gemeinsam zu je $\frac{1}{2}$ Miteigentumsanteil eine mit einem Doppelhaus bebaute Grundbesitzung in Essen-Bochold unter der ursprünglichen postalischen C-C-Straße erworben. Der Grundbesitz war im Grundbuch des Amtsgerichts Essen-Borbeck von C1 Bl. 1544 eingetragen. Später erhielten die beiden Hälften der Immobilie die postalische Bezeichnung C1 Straße Nr. 154 a und Nr. 154 b. Noch zu Lebzeiten des Ehemannes P2 P bezog die ältere Tochter B mit ihrer Familie die Doppelhaushälfte Nr. 154 b, während die Eheleute P und die Klägerin in der Doppelhaushälfte Nr. 154 a getrennte Wohnungen nutzten. Durch notariellen Vertrag vom 23.11.1989 übertrugen die Eheleute P auf ihre ältere Tochter B (die Mutter des Beklagten) – jeweils einen hälftigen Anteil ihrer Miteigentumsanteile – zusammen $\frac{1}{2}$ -Anteil des Eigentums. Entsprechend wurden die Eheleute P am 30.01.1990 zu je $\frac{1}{4}$ -Anteil und ihre Tochter L2 zu $\frac{1}{2}$ -Miteigentumsanteil im Grundbuch von C1 Bl. 1544 als Eigentümer eingetragen.

Der Ehemann P2 P erkrankte im Jahr 1990 an einem Bronchialkarzinom, weshalb die Eheleute mit seinem alsbaldigen Ableben rechneten. Sie errichteten mit Datum vom 30.08.1990 ein privatschriftliches Testament, welches die Ehefrau niederschrieb und von beiden Eheleuten unterzeichnet wurde; ferner unterzeichnete eine Freundin der Eheleute als Zeugin. In dem Testament vom 30.08.1990, wegen dessen Inhalt auf die Anlage zur Klageschrift (Bl. 8 d. A.) Bezug genommen wird, heißt es vor der abschließenden Angabe der Personalien:

„Unser Gemeinsamer letzter Wille

Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein. Nach dem Tod des Überlebenden soll unser halbes Haus im Wert von achtzigtausend Mark an unsere Tochter S1 S2, geb. P gehen.“

Der Ehemann P2 P verstarb am 19.09.1990. Die gemeinsame Verfügung der Eheleute von Todes wegen wurde durch das Amtsgericht Essen-Borbeck unter der Geschäftsnummer 8 IV 249/90 eröffnet. Die Witwe P erhielt auf Antrag unter Bezugnahme auf dieses Testament durch das Amtsgericht Essen-Borbeck zum Aktenzeichen 8 VI 699/91 am 02.05.1991 einen Erbschein, der sie als Alleinerbin ihres am 19.09.1990 verstorbenen Ehemannes P2 P auswies. Sie wurde am 31.05.1991 als ideelle Miteigentümerin zu $\frac{1}{2}$ neben ihrer Tochter L2 im Grundbuch von Bochold Bl. 1544 eingetragen.

Im Jahr 1993 erfolgte eine katastermäßige Teilung des im Grundbuch verzeichneten Grundstücks in 2 Flurstücke mit den Bezeichnungen C1 Straße Nr. 154 a und 154 b.

Die Witwe P und ihre ältere Tochter L2 ließen am 04.11.1993 eine notarielle Vereinbarung beurkunden, wonach sie sich über die im Grundbuch verzeichneten Grundstücke dahingehend auseinander setzten, dass die Mutter das Grundstück zur seinerzeit laufenden Grundbuchnummer 5 (C1 Str. 154 a) und die Tochter Angelika die Grundstücke zur laufenden Grundbuchnummer 3 und 4 (C1 Str. 154 b) jeweils zu Alleineigentum übernehmen sollten. Die Erblasserin räumte den jeweiligen Eigentümern der Parzellen eine Grunddienstbarkeit zur Mitbenutzung bestimmter Räumlichkeiten ein, ferner der Tochter B ein lebenslängliches Wohnrecht unter Ausschluss des Eigentümers an einem bestimmten Obergeschossraum. Hinsichtlich der Einzelheiten dieses Auseinandersetzungsvertrages wird auf Bl. 105 ff. der beigezogenen Grundakten Bezug genommen. 11

Noch vor dem grundbuchlichen Vollzug der Auseinandersetzungsvereinbarung schloss die spätere Erblasserin P mit dem Beklagten – ihrem Enkel – unter dem 10.12.1993 einen notariellen Übertragungsvertrag, wegen dessen Inhalt im Einzelnen auf die Anlage A 4 (Bl. 54 ff. d. A.) verwiesen wird. Vereinbarungen zu Gegenleistungen für die Grundstücksübertragung wurden darin nicht niedergelegt; der Beklagte hatte nach den beurkundeten Vereinbarungen die Belastungen in Abt. II betreffend den Bergschädenminderwertverzicht, die Grunddienstbarkeit und das Wohnrecht zu übernehmen. Er verpflichtete sich unter § 4, den ihm übertragenen Grundbesitz zu Lebzeiten der Großmutter ohne deren Zustimmung nicht zu belasten und nicht zu veräußern, widrigenfalls er verpflichtet sei, den Grundbesitz ohne Anspruch auf Ersatz irgendwelcher Aufwendungen zurück zu übertragen. Die Übertragsgeberin stimmte allerdings unter § 6 der Vereinbarungen der Aufnahme von solchen Belastungen nebst Nebenleistungen zu, die dem Erhalt, dem Umbau oder der Renovierung des Grundbesitzes nebst aufstehenden Gebäulichkeiten dienten. 12

Weiter heißt es in dem notariell beurkundeten Vertrag vom 10.12.1993 zwischen der Erblasserin und dem Beklagten: 13

„§ 16 14

Der Übertragsnehmer verpflichtet sich im Rahmen seiner Möglichkeit, dem Übertragsgeber ein Wohnrecht an der in der Parterre gelegenen Wohnung zu verschaffen, sobald diese Wohnung geräumt zur Verfügung steht. 15

§ 17 16

Dieser Vertrag beruht auf folgenden Vorfällen: 17

Die Tochter der Übertragsgeberin, Frau L (*Anmerkung: die Klägerin mit ihrem früheren Ehenamen*) hat die Übertragsgeberin mehrfach geschlagen, konkret beleidigt am 07.07.1993 und 06.11.1993, und zwar in erheblicher Form. Sie hat der Übertragsgeberin angedroht: 18

„Ich schlage dich tot, ich werde dich entmündigen lassen“. 19

Aus diesem Grund erklärt die Übertragsgeberin: 20

Ich entziehe ihr auch das Pflichtteilsrecht.“ 21

22

Nachdem die Erblasserin infolge der Auseinandersetzungsvereinbarung mit ihrer Tochter B unter dem 17.02.1994 als Alleineigentümerin des verbliebenen Grundstücksbestandes (C1 Str. 154 a) im Grundbuch von C1 Bl. 1544 eingetragen worden war, wurde unter dem 05.04.1994 der Beklagte als Eigentümer dieser Grundbesitzung im Grundbuch vermerkt.

Nachdem dieser vor dem Hintergrund der vertraglichen Regelung vom 10.12.1993 zu § 16 der Klägerin die Kündigung der Erdgeschosswohnung ausgesprochen hatte, kam es zwischen den damaligen Rechtsvertretern der Parteien zu einem Schriftwechsel, wegen dessen Inhalt auf die Anlagen A 2 und A 3 (Bl. 50 ff. d. A.) verwiesen wird. Die Klägerin vertrat seinerzeit die Auffassung, der Beklagte müsse das ihr im gemeinschaftlichen Testament der Eltern zugedachte Reihenhaus C1 Straße Nr. 154 a an die Großmutter zurück übertragen. Dem trat der Beklagte entgegen, ohne dass die Klägerin anschließend ihr Verlangen weiter verfolgte. 23

Die Erblasserin P verblieb sodann bis zu ihrem Tod am 09.02.2009 in dem ihrem Enkel übertragenen Objekt wohnen. Inwieweit das Haus während dieser Zeit von dem Beklagten instand gehalten und renoviert wurde, ist zwischen den Parteien streitig. 24

Unter dem 28.06.1999 wurde in Abteilung III des Grundbuchs von C1 Bl. 1544 eine Grundschuld über 50.000,-- DM zugunsten der D-Bank F eingetragen. Im Juli 2007 und Oktober 2008 erfolgte der Eintrag von Zwangssicherungshypotheken für das Land NRW bzw. die Oberjustizkasse; ein am 18.09.2007 eingetragener Zwangsversteigerungsvermerk wurde unter dem 03.06.2008 gelöscht. 25

Nach dem Tode ihrer Mutter beantragte die Klägerin beim Amtsgericht Essen-Borbeck zur Geschäftsnummer 8 VI 22/10 unter Berufung auf das gemeinschaftliche Testament vom August 1990 die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin ihrer Mutter P ausweise. Dieser Erbschein wurde antragsgemäß mit Datum vom 26.02.2010 erteilt. Eine dagegen eingelegte Beschwerde des Beklagten wies das Amtsgericht Essen-Borbeck unter Auslegung als Antrag auf Erbscheinseinziehung durch Beschluss vom 12.07.2012 zurück; die dagegen erhobene Beschwerde des Beklagten wurde durch Beschluss des Beschwerdesenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 25.02.2013 (15 W 306/12) als unzulässig verworfen, weil der Beklagte insoweit nicht beschwerdebefugt sei. 26

Die Klägerin hat in dem vorliegenden Rechtsstreit erstinstanzlich vor dem Landgericht Essen die Verurteilung des Beklagten zur Übertragung, Räumung und Herausgabe des im Grundbuch von C1 (Bl. 1544) eingetragenen Grundbesitzes verlangt, hilfsweise dessen Zustimmung zu einer Grundbuchberichtigung zu ihren Gunsten. Sie hat dabei geltend gemacht, sie sei Alleinerbin ihrer Mutter – hilfsweise Nacherbin ihres Vaters – geworden; die im Jahr 1993 veranlaßte Grundstücksübertragung auf den Beklagten sei wegen der Verbindlichkeit des elterlichen Testamentes vom 30.08.1990 für die überlebende Ehefrau unwirksam gewesen oder rückgängig zu machen. 27

Diesem Verlangen ist der Beklagte umfangreich entgegen getreten. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes und der in erster Instanz gestellten Anträge wird ergänzend auf die Darstellung des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 29

Das Landgericht Essen hat die Klage – nach Erteilung von umfangreichen Hinweisen zu seiner Rechtsauffassung – durch am 06.12.2012 verkündetes Urteil abgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Hinsichtlich des 30

Anspruchs auf Übertragung der Grundbesitzung fehle es an einer Anspruchsgrundlage. Auch ein Verschaffungsanspruch gegen den Beklagten stehe der Klägerin nicht zu. Selbst wenn man unterstelle, dass das gemeinschaftliche Testament der Eheleute y ihren Gunsten ein wechselseitig verfügtes Vermächtnis beinhalte, scheitere ein Verschaffungsanspruch aus §§ 2288 Abs. 2 S., 2269 Abs. 2 BGB daran, dass die Klägerin diesen nach § 242 BGB verwirkt habe; denn sie habe seit dem Jahr 1994 derartige Ansprüche in Kenntnis des Übertragungsvorganges nicht geltend gemacht.

Auch der Hilfsantrag bleibe ohne Erfolg, weil das Grundbuch nicht unrichtig im Sinne von § 894 BGB sei. Die Erblasserin sei nicht gehindert gewesen, den zugunsten der Klägerin im gemeinschaftlichen Testament vorgesehenen Vermächtnisgegenstand unter Lebenden auf Dritte zu übertragen. Auch wenn das Testament der Eheleute P womöglich eine Nacherbeneinsetzung zugunsten der Klägerin beinhalte, sei der Beklagte jedoch gutgläubig gem. §§ 2113 Abs. 3, 892 BGB Eigentümer eines nicht mit dem Nacherbenvermerk belasteten Grundbesitzes geworden.

Mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ausschließlich noch ihr Verlangen auf Übereignung sowie Herausgabe des „geräumten und unbelasteten Grundbesitzes“ weiter. In rechtlicher Hinsicht stützt sie ihr Übertragungsverlangen auf die Regelungen in §§ 2287 und 2228 BGB.

Hierzu trägt die Klägerin im Wesentlichen vor:

Das Landgericht habe verkannt, dass die Anspruchsvoraussetzungen der genannten Vorschriften deshalb vorlägen, weil sie durch bindend gewordenes wechselbezügliches Ehegattentestament ihrer Eltern zur Schlusserbin nach ihrer Mutter berufen worden sei und die Erblasserin über den ihr gehörenden H-Straße a an den Beklagten in Beeinträchtigungsabsicht unentgeltlich verfügt habe. Mit der im Testament der Eltern verfügten Zuwendung des „halben Hauses“ an sie – die jüngere Tochter – habe die bereits zuvor lebzeitig erfolgte Zuwendung des anderen hälftigen Grundstücksmiteigentums an die ältere Tochter B egalisiert werden sollen. Weil es sich bei der I-Straße a zum Testierzeitpunkt um das wesentliche Vermögen der Eheleute gehandelt habe, sei mit der gewählten Formulierung eine Alleinerbenberufung der jüngeren Tochter gewollt gewesen (§ 2087 Abs. 1 BGB). Eine spätere wirksame Enterbung der Klägerin habe – insbesondere durch den im Übertragungsvertrag des Jahres 1993 angesprochenen Pflichtteilsentzug – nicht stattgefunden. Die Erblasserin habe mit der Übertragung des für die Klägerin als Alleinerbin bestimmten hälftigen Grundbesitzes sehenden Auges den Nachlass im Schlusserbfall geschmälert, was nun rückgängig zu machen sei. Ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin an der Übertragung der Grundbesitzung auf den Beklagten sei nicht ersichtlich. Auch sei der Anspruch auf § 2287 BGB weder verjährt noch verwirkt, da er erst mit dem Erbfall am 09.02.2009 entstanden und die Klage – unstreitig – nach vorangegangenen Prozesskostenhilfeprüfungsverfahren bereits am 02.02.2012 zugestellt worden sei.

Auch dann, wenn man das Ehegattentestament als Vermächtnisanordnung auslege, sei die für diesen Fall nach der Erblasserin bestehende Erbengemeinschaft – bestehend aus den beiden Töchtern – gemäß §§ 2288, 2287 BGB zur Vermächtnisverschaffung bezüglich des Grundbesitzes verpflichtet. Da die ggfls. aus der Klägerin selbst und ihrer Schwester bestehende Erbengemeinschaft zur Vermächtnisverschaffung und zu einem Wertersatz aber nicht in der Lage sei, treffe den Beklagten nach § 2288 Abs. 2 S. 2 BGB der subjektive Bereicherungsanspruch.

Die Klägerin beantragt,

1.	37
unter Abänderung des angefochtenen Urteils	38
den Beklagten zu verurteilen, sich mit ihr darüber einig zu sein, dass das Grundstück C1 C-Straße a, eingetragen im Grundbuch von C1 Bl. 1554 des Amtsgerichts Essen-Borbeck, G1, Bestandsverzeichnis Nr. 5, Flur 28, Flurstück 377, Größe 277 qm, Gebäude- und Freifläche, auf die Klägerin zu Alleineigentum übergeht,	39
und die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin dem Grundbuch zu bewilligen,	40
2.	41
unter Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten weiter zu verurteilen, das zuvor in Ziffer 1) bezeichnete Grundstück lastenfrei und geräumt an die Klägerin heraus zu geben.	42
Der Beklagte beantragt,	43
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.	44
Er verteidigt die landgerichtliche Entscheidung als zutreffend und rügt in prozessualer Hinsicht die Verspätung der nun geltend gemachten Ausführungen zu einem Übertragungsanspruch aufgrund der §§ 2287, 2288 BGB; denn diese Vorschriften setzten eine lebzeitige Wirksamkeit der von der Erblasserin getroffenen Grundstücksverfügung voraus, die die Klägerin erstinstanzlich indes stets bestritten habe.	45
Auch in der Sache lägen die Voraussetzungen des § 2287 BGB hier nicht vor, weil ihm – dem Beklagten – ein belastetes und stark renovierungsbedürftiges Grundstück übertragen worden sei und ein lebzeitiges Eigentuminteresse der Erblasserin diesen Akt getragen habe. Die Großmutter habe sich bei ihm nämlich für seine jahrelange Unterstützung bedanken wollen, die er durch Übernahme körperlich schwerer Gartenarbeiten, Fahrten zu Ärzten, Behörden, etc., die Hilfe bei Einkäufen und ähnlichen Gelegenheiten geleistet habe. Auch habe die Erblasserin sich diese Hilfe wie auch eine Pflegeunterstützung durch ihren Enkel im Falle der Gebrechlichkeit und Krankheit mit der Zuwendung für die Zukunft sichern wollen.	46
Anlässlich der Übertragung des Hauses wie auch bei den späteren Buchgrundschuldeintragungen habe er – der Beklagte - seiner Großmutter vor Zeugen versprechen müssen, sich weiter um sie zu kümmern, was auch geschehen sei. Zudem sei es der Erblasserin bei der Übertragung des Grundbesitzes auf ihn darum gegangen, dass er wegen seiner besseren Finanz- und Arbeitskraft den Renovierungsbedarf des Hauses abdecke und ihr einen Umzug in die Erdgeschosswohnung ermöglichen werde.	47
Der Beklagte vertritt ferner die Auffassung, die jetzige Rückübertragungsforderung so viele Jahre nach der Übernahme des Hauses seinerseits verstoße gegen Treu und Glauben. Die Klägerin habe – ausweislich eines Briefes der Erblasserin an ihre andere Tochter (Bl. 206 d. A.) - die Erblasserin stets in dem Glauben gelassen, ihn wegen der Hausübertragung „in Ruhe zu lassen“, wogegen sie nun verstoße. Sie habe sich sogar von der Erblasserin für ein Stillhalten bezahlen lassen.	48
Gegenüber der Klageforderung erhebt der Beklagte den Entreichereinwand, hilfsweise müsse die Klägerin ihm Ausgleichszahlungen leisten, da er seit dem Jahr 1999 das Haus umfangreich renoviert und die Kosten dafür auf seine Rechnung – abgesichert durch die eingetragene Grundschuld von 50.000,-- DM – getragen habe. Von den seinerseits	49

geleisteten Renovierungen habe nicht zuletzt die Erblasserin, die bis zu ihrem Tode in der Erdgeschosswohnung versorgt und gepflegt worden sei, profitiert. Er – der Beklagte – habe zudem die Fixkosten ihrer Wohnnutzung – mit Ausnahme der Strom- und Heizkosten – getragen.

Neben den geleisteten Instandhaltungsarbeiten an dem Übertragungsobjekt sei auch die seinerseits erbrachte Pflegeunterstützung zugunsten der Großmutter über einen Zeitraum von 16 Jahren bereicherungsmindernd gegen zu rechnen. 50

Für den Fall des Berufungserfolges hat der Beklagte erwogen, widerklagend eine Erstattungsforderung in Höhe von 30.000,-- Euro geltend zu machen, wobei er im Senatstermin keinen dahingehenden Antrag gestellt hat. 51

Der Senat hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 19.11.2013 die Parteien persönlich angehört, rechtliche Hinweise erteilt und durch am Schluss der Sitzung verkündeten Beschluss Gelegenheit gegeben, zu den darin aufgeführten Hinweisen des Senates ergänzend bis zum 11.12.2013 schriftsätzlich zu den Akten vorzutragen; auf den dem Sitzungsprotokoll beigefügten Hinweisbeschluss vom 19.11.2013 (Bl. 359/ 360 d. A.) wird insoweit wegen der Einzelheiten Bezug genommen. 52

Die Klägerin hat hierzu mit dem am 11.12.2013 eingegangenen Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten geltend gemacht: 53

Ihr Übertragungsanspruch ergebe sich aus § 2287 BGB, da sie Alleinerbin geworden sei; die nach den Senatshinweisen für möglich gehaltene Anwendung des § 2288 BGB beruhe auf der Annahme eines falschen Sachvortrages des Beklagten. Dieser habe unzutreffend angegeben, das Vermögen der Eheleute P bei Testamenterrichtung am 30.08.1990 habe neben ihren Miteigentumsanteilen an dem hälftigen Hausgrundstück in C1 noch aus einem Kapitalvermögen von ca. 29.000,-- DM bestanden. Abweichendes ergebe sich demgegenüber aus den Nachlassakten AG Essen-Borbeck 8 IV 249/90, die der Senat nicht beigezogen habe. Danach habe die spätere Erblasserin nach dem Tod ihres Mannes selbst den Wert des hälftigen Hausgrundstücks mit ca. 80.000,-- DM angegeben und als weiteren Nachlass lediglich zwei Sterbegeldversicherungen über einen Gesamtbetrag von 7.650,-- DM benannt, die die Beerdigungskosten von 8.816,-- DM noch nicht einmal abgedeckt hätten. Auch sprächen weitere spätere Angaben der Erblasserin für das Fehlen weitergehenden Vermögens. – Entsprechend sei das Testament vom 30.08.1990 zwingend als Alleinerbeinsetzung der Klägerin nach dem letztverstorbenen Elternteil auszulegen. 54

Die am 30.08.1990 verfügte Erbeinsetzung sei als wechselbezüglich zu verstehen, weil mit ihr gerade eine Gleichbehandlung beider Töchter hinsichtlich des elterlichen Grundbesitzes habe erreicht werden sollen. Ein Verständnis der letztwilligen Verfügung als bloße Vermächtnisregelung zugunsten der Klägerin führe zu einer extremen Ungleichbehandlung der beiden Töchter. Insoweit sei das Vertrauen des erstverstorbenen Ehegatten zu schützen, der bereits am 20.05.1988 ein privatschriftliches Testament verfaßt habe, wonach seine Frau Alleinerbin werde und das Hausgrundstück nach ihrem Tode unter den beiden Töchtern aufgeteilt werden solle. Dieses Testament bringe deutlich zum Ausdruck, dass der erstverstorbene Ehemann eine Gleichbehandlung der Töchter hinsichtlich der Grundbesitzung als wesentlich gewollt habe. 55

Wegen der Einzelheiten des zum Senatsbeschluss erfolgten Klagevorbringens wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 10.12.2013 (Bl. 371 ff. d. A.) verwiesen. Für den Beklagten ist mit Schriftsatz seiner Bevollmächtigten vom 10.12.2013 ebenfalls zu den Hinweisen des 56

Senates vom 19.03.2013 vorgetragen worden.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen ergänzend Bezug genommen. 57

Der Senat hat die Nachlassakten 8 VI 99/91 und 8 VI 22/10 – jeweils Amtsgericht Essen-Borbeck – und die Grundakten des Amtsgerichts Essen-Borbeck zum Grundbuch von C1 Bl. 1544 beigezogen; diese haben zur Information des Senats vorgelegen und sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 58

II. 59

1. Die zulässige Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts Essen bleibt in der Sache ohne Erfolg. 60

Der Beklagte schuldet ihr weder die dingliche Übertragung des im Grundbuch des Amtsgerichts Essen-Borbeck von C1 Bl. 1544 eingetragenen Grundbesitzes, noch dessen lastenfreie Herausgabe und Räumung. 61

2. Soweit die Klägerin im Berufungsrechtszug ihr Übereignungsverlangen hinsichtlich der genannten Grundbesitzung auf die §§ 2287, 2288 BGB gestützt hat, war ihr dies allerdings nicht schon aus prozessualen Gründen versagt, wie der Beklagte es mit der „Rüge des verspäteten Vorbringens“ hat geltend machen wollen. 62

Es gereicht der Klägerin prozessual nicht zum Nachteil, dass sie – erstinstanzlich anderweitig rechtlich vertreten – noch nicht zu den Voraussetzungen einer lebzeitig wirksamen, jedoch nach dem Tode der Erblasserin P wegen testamentarischer Bindungswirkungen zurückzugewährenden Schenkung vorgetragen hatte; insbesondere ist die Klägerin mit dem diesbezüglichen Berufungsvortrag zur rechtlichen Grundlage des Übertragungsanspruches in den §§ 2287, 2288 BGB nicht nach § 531 ZPO präkludiert. 63

§ 531 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 ZPO gestattet neues, d. h. in erster Instanz noch nicht geltend gemachtes Vorbringen des Berufungsführers zu tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten, die von dem Standpunkt des Berufungsgerichtes aus betrachtet entscheidungserheblich sind, u. a. dann wenn sie von dem erstinstanzlichen Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wurden und aus einem von dem erstinstanzlichen Gericht mit zu verantwortenden Grund im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind (vgl. etwa BGHZ 158, 295 ff. im Anschluss an BGH MDR 2004, 678). 64

Zulassungsgrund für neue Angriffsmittel einer Partei in der Berufungsinstanz nach § 531 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 ZPO ist es dabei, dass das Gericht erster Instanz einen (rechtlichen oder tatsächlichen) Gesichtspunkt von Entscheidungsrelevanz erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat. Denn in einem solchen Fall muss den Parteien – in Fortführung der Regelung des § 139 Abs. 2 ZPO – zweiinstanzlich Gelegenheit gegeben werden, sich auf die gegenüber der Auffassung des erstinstanzlichen Gerichtes abweichende rechtliche Beurteilung durch das Berufungsgericht einzustellen und deshalb erforderlich gewordene neue Angriffs- und Verteidigungsmittel ggfls. vorzubringen. Ohne Anerkennung dieser Fallgruppe würde man die Prozessparteien zwingen, in der ersten Instanz vorsorglich auch solche Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzutragen, die vom Standpunkt des erstinstanzlichen Gerichtes aus unerheblich sind (so: BGH MDR 2004, 678). 65

Soweit vorliegend das dem Landgericht unterbreitete Klagebegehren des Hauptantrags seine Rechtsgrundlage in den erbrechtlichen Vorschriften der §§ 2287, 2288 BGB haben konnte, hatte das Landgericht durch seine Hinweisverfügungen vom 05.07.2012 (Bl. 92 ff. d. A.) und vom 21.09.2012 (Bl. 193 ff. d. A.) die Parteien ersichtlich insoweit fehlgeleitet, als es für etwaige Ansprüche auf dieser Grundlage seine „vorläufige Rechtsauffassung“ dahin mitteilte, es sei insoweit jedenfalls Verjährung eingetreten. Im Urteil hat es mögliche Ansprüche nach §§ 2287, 2288 BGB letztlich – in rechtlich ähnlicher Argumentation – wegen Verwirkung gemäß § 242 BGB zurückgewiesen. Dabei hat das Landgericht <i>rechtsirrig</i> (in der Verjährungs- wie Verwirkungsfrage) eine Anspruchsentstehung auf Grundlage der §§ 2287, 2288 BGB <i>bereits zu Lebzeiten der Erblasserin</i> angenommen. Dies hat die Berufung der Klägerin zutreffend gerügt.	
Ausgehend von dieser irrigen Ansicht hat das Landgericht die nach § 139 Abs. 1, Abs. 2 ZPO gebotenen Hinweise unterlassen, dass und in welcher Weise von den Parteien ergänzend zu den fraglichen Anspruchsvoraussetzungen der §§ 2287, 2288 BGB vorzutragen sei (weil diese Vorschriften ggfls. die Klagforderung rechtfertigen konnten). In Konsequenz dieser Unterlassung ist das nunmehr zum Gegenstand der Berufung der Klägerin gemachte Vorbringen versäumt worden, weil die erstinstanzliche Rechtsvertretung der Klägerin ausschließlich den mitgeteilten Erwägungen des Landgerichts zu etwaigen Ansprüchen vor dem Hintergrund einer Vor- und Nacherbschaft nachging und diese Gesichtspunkte vertiefte.	67
Die Klägerin war nach alledem nicht gehindert, ihre Ansprüche in der Berufungsinstanz erstmals (ausdrücklich) auf die §§ 2287, 2288 BGB zu stützen und dazu näher vorzutragen.	68
3. In der Sache kann die Klägerin jedoch nicht erfolgreich aufgrund der §§ 2287, 2288 BGB die Übertragung des im Grundbuch von Bochohl Bl. 1544 eingetragenen Grundeigentums von dem Beklagten verlangen.	69
a) § 2287 BGB trägt ihr Übertragungsverlangen gegenüber dem Beklagten nicht.	70
aa) Nach § 2287 I BGB hat die von einem späteren Erblasser lebzeitig (wirksam) beschenkte Person nach Eintritt des Erbfalls das Geschenk nach Maßgabe der §§ 812 ff. BGB herauszugeben, wenn der Erblasser die Schenkung in der Absicht vorgenommen hatte, den Vertragserben zu beeinträchtigen. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass diese Vorschrift zugunsten des in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament bindend eingesetzten Erben entsprechend anzuwenden ist (vgl. Palandt, BGB, 72. Aufl., § 2287 BGB, Rz. 1 mit § 2271 BGB, Rz. 10; Juris-PK BGB, 6. Aufl., § 2287 BGB, Rz. 6).	71
Der Anspruch des bindend bestimmten Erben gehört nicht zum Nachlass; er kann deshalb von jedem benachteiligten Erben persönlich - bei Miterben zu einem seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil - geltend gemacht werden (vgl. Palandt, aaO, § 2287 BGB, Rz. 10; OLG Köln, ZEV 1997, 423 ff. - Juris-Rz. 58 m.w.N. zur Rspr.).	72
Vorliegend konnte eine Übertragung des Alleineigentums an der Grundbesitzung C1 Str. 154 a - wie sie mit der Berufung der Klägerin beansprucht wird - demgemäß <i>nur dann</i> auf § 2287 BGB gestützt verlangt werden, <i>wenn die Klägerin Vertragserbin oder bindend eingesetzten Schlusserbin der Erblasserin P geworden war</i> . Das ist indes - wie die gebotene Auslegung des für die Erbfolge nach Frau P maßgeblichen Testamentes vom 30.09.2013 ergibt - <i>nicht</i> der Fall.	73
Nach dem Wortlaut des von den Eheleuten P am 30.08.1990 gemäß §§ 2247, 2267 BGB wirksam errichteten Ehegattentestamentes sollte für den - offenkundig wegen der schweren	74

Erkrankung des Ehemannes bald erwarteten - Erbfall nach dem Erstversterbenden von ihnen eine (alleinige) Erbeinsetzung des anderen Ehegatten bestimmt sein. Dies zieht die Berufung der Klägerin angesichts der eindeutigen Formulierung („setzen und gegenseitig zu Erben ein“) zu Recht nicht in Zweifel.

Hinsichtlich des zweiten Erbfalls (nach der überlebenden Ehefrau) enthält das von juristischen Laien formulierte Testament dann allerdings schon seinem Wortlaut nach *nicht eindeutig eine Regelung der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbenbestimmung*. Vielmehr legten die Testierenden in der Urkunde lediglich nieder, was nach dem Tode des Überlebenden von ihnen mit „unserem halben Haus“ geschehen sollte - nämlich dass dieses „an unsere Tochter S1 ... gehen“ solle. - Insoweit bedarf das Testament vom 30.08.1990 der Auslegung (§ 2084 BGB) hinsichtlich der Frage, ob mit ihm eine Schlusserbenbestimmung getroffen werden und ggfls. welchen Inhaltes diese sein sollte.

75

Welchen Inhalt der Erblasser einer im Testament gewählten Formulierung beigemessen hat (bzw. was beim Ehegattentestament die so testierenden Erblasser gemeint haben) ist nach der Grundsätzen der individuellen Auslegung zu bestimmen. Es ist der jeweils wirkliche (subjektive) Wille des testierenden Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB; vgl. Palandt, aaO, § 2084 BGB, Rz. 1 m.w.N.). Dabei darf sich das Gericht nicht auf die Analyse des Wortlauts beschränken; vielmehr ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde zu würdigen; auch sind alle Nebenumstände außerhalb der Urkunde auszuwerten, die zur Aufdeckung des Erblasserwillens bei der Testamentserrichtung Aufschluss geben können (Palandt, aaO, § 2084 BGB, Rz. 2 m.w.N.). Allerdings geht es nicht um die Klärung eines von der Erklärung losgelösten Willens, sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte (vgl. etwa. BGH, NJW 1993, 256; OLG München, ZErB 2010, 296 - Juris-Rz. 27).

76

Für das hier streitgegenständliche Ehegattentestament vom 30.08.1990 gilt in Anwendung dieser anerkannten Auslegungsgrundsätze Folgendes:

77

Zunächst ist festzuhalten, dass die Eheleute P mit ihrem laienhaft verfassten Testament für den zweiten Erbfall (Tod des Längstlebenden) nicht auf die für den ersten Versterbensfall gewählte einfache und umfassende Formulierung „erben“ zurückgegriffen haben; vielmehr ist für den Zeitpunkt des Ablebens des Überlebenden von ihnen eine weitere Festlegung lediglich für die zu jener Zeit in ihrem Miteigentum stehende „Haushälfte“ fixiert worden. Allerdings kann eine Erbeinsetzung - je nach den Umständen des Einzelfalls - auch der Verwendung anderer sprachlicher Begriffe zu entnehmen sein (vgl. Palandt, aaO, § 2084 BGB, Rz. 7 m.w.N.).

78

So könnte der von der Klägerin hervorgehobene Umstand, dass die (ideellen) Miteigentumsanteile ihrer Eltern an der (damals noch grundbuchmäßig ungeteilten) Grundbesitzung C1 Str. 154 bei der Testierung im Jahr 1990 deren „wesentliches Vermögen“ ausgemacht hätten, dafür sprechen, dass mit der letztwilligen Anordnung zum Schicksal des „halben Hauses“ beim Erbgang nach dem Letztversterbenden von ihnen zugleich eine Alleinerbenbestimmung im Sinne einer Gesamtrechtsnachfolge verbunden sein sollte. Testamentarische Einzelzuwendungen von Gegenständen können nach anerkannter Meinung dann als Erbeinsetzung aufgefasst werden, wenn der Testierende bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung davon ausging, damit nahezu über sein gesamtes Vermögen zu verfügen (vgl. BeckOK-Litzenburger BGB, Stand: 01.08.2013, § 2097 BGB, Rz. 13 m.w.N.).

79

Allerdings ist vorliegend durchaus zweifelhaft, ob deshalb, weil in dem fraglichen Testament vom 30.08.1990 der (vermeintliche oder tatsächliche) Wert des „halben Hauses“ (80.000 DM)

80

betragsmäßig genannt war und dieser Wert das „wesentliche“ (im Sinne von „ganz überwiegende“) Vermögen der Eheleute P ausmachte, tatsächlich geschlussfolgert werden kann, die so bedachte Klägerin habe auch zur Gesamtrechnachfolgerin des überlebenden Ehegatten bestimmt werden sollen.

Gegen diese von der Klägerin postulierte Annahme spricht vor allem (wenn auch nicht allein) der bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 19.11.2013 *unstreitige* Umstand, dass beim Todes des Ehemannes P2 P im September 1990 neben den Grundbesitzanteilen (d.h. 2 x 1/4 Miteigentumsanteilen an der Besitzung C1 Str. 154) *weiteres werthaltiges Vermögen der Eheleute vorhanden war*, - nämlich Bankguthaben i.H.v. ca. 13.000 DM, Bargeld i.H.v. ca. 15.000 DM und ein PKW P1. Dies hatte der Beklagte - entgegen der Darstellung der Klägervorteiler im nachgelassenen Schriftsatz vom 10.12.2013 (Bl. 372 d.A.) - nicht etwa erst im Rahmen seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat angegeben; vielmehr entsprach es bereits erstinstanzlich seinem Sachvortrag, wie sich aus dem Tatbestand der angefochtenen Entscheidung (§ 314 ZPO) und den zu den Akten gereichten Schriftsätzen der Beklagtenvertreter vom 06.03.2012 (Bl. 79 d.A.) und vom 18.09.2012 (Bl. 159 d.A.) ergibt. Diesem konkreten Sachvortrag war die Klägerin bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im Berufungsrechtszug *nicht* entgegen getreten; hierauf ist sie durch den Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung ebenso hingewiesen (§ 139 ZPO) worden, wie darauf, dass der Senat deshalb *von dem Vorhandensein der von dem Beklagten genannten weiteren Vermögenswerte zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung kurz vor dem Tod des Ehemanns P als unstreitig ausgehe*. 81

Soweit die Klägerin nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit Schriftsatz vom 10.12.2013 *erstmalig* bestreiten lässt, dass ihre Eltern bei der Testamenterrichtung im Jahr 1990 jenseits ihrer Grundbesitzmteigentumsanteile über werthaltiges Vermögen verfügt hätten, ist dieses Bestreiten gemäß § 296 a ZPO nicht zu berücksichtigen. - Nach Schluss der mündlichen Verhandlung können Angriffs- und Verteidigungsmittel - vorbehaltlich der §§ 139 V, 156 und 283 ZPO - nicht mehr vorgebracht werden. Hierzu gehört auch das Bestreiten eines bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung unstreitigen Sachverhaltes (vgl. Zöller, ZPO, 29. Aufl., § 296 a ZPO, Rz. 2 mit § 282 ZPO, Rz. 2). 82

Die Zulassung des erstmaligen Bestreitens zum Vorhandensein weiteren Geld- und PKW-Vermögens ihrer Eltern bei der Testamenterrichtung im Jahr 1990 ist vorliegend nicht mit Blick auf die §§ 139 V, 283 ZPO geboten, auch veranlasst das jetzige Bestreiten nicht zum Wiedereintritt in die mündlichen Verhandlung (§ 156 ZPO). 83

Der Klägerin ist keine Schriftsatzfrist gemäß § 283 ZPO *zur Ermöglichung weiteren Sachvortrags oder Bestreitens in diesem Punkt* gewährt worden; sie hätte ihr auch nicht etwa zur hinreichenden Ermöglichung rechtlichen Gehörs gewährt werden müssen: Weder handelte es sich - wie dargestellt - um ein Vorbringen des Gegners, das ihr nicht rechtzeitig vor dem Termin mitgeteilt war, noch war ein *solcher* Schriftsatznachlass nach § 283 S. 1 ZPO beantragt worden. 84

Soweit der Senat den Parteien mit dem am Schluss der mündlichen Verhandlung verkündeten Hinweisbeschluss gemäß § 139 V ZPO Gelegenheit zur Äußerung in zwei (anderen) Punkten eingeräumt hatte, führt dies *nicht* dazu, dass das genannte erstmalige Bestreiten der Klägerin zum Vorhandensein von weiteren Geld- und PKW-Werten bei Testamenterrichtung in dem Schriftsatz vom 10.12.2013 in Ausnahme zu § 296 a S. 1 ZPO berücksichtigt werden müsste. Der Klägerin war mit dem Hinweisbeschluss nach § 139 V ZPO *ausdrücklich nur Gelegenheit eingeräumt* worden, zu den für einen etwaigen Anspruch aus § 2288 BGB aus Sicht des Senates entscheidungserheblichen Punkten ergänzend 85

vorzutragen; die Möglichkeit zur Nachreichung von Vortrag war allerdings *explizit ausgehend von der rechtlichen Auffassung des Senates eingeräumt* worden, dass das Testament vom 30.08.1990 (lediglich) als Vermächtnisanordnung zugunsten der Klägerin auszulegen sei; die eingeräumte Schriftsatzfrist betraf die sodann unter der genannten Prämisse entscheidungserheblichen Gesichtspunkte.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör in Art. 103 I GG gebietet es zwar, neuen entscheidungserheblichen Prozessstoff zu berücksichtigen, wenn er im Rahmen einer zu erstmaligen Hinweisen in der mündlichen Verhandlung gewährten Schriftsatzfrist vorgebracht wird (vgl. etwa : BGH, FamRZ 2011, 1938). *Nicht geboten* ist indes die *Berücksichtigung neuen Vortrags zu bisher unstreitigen Tatsachengrundlagen, mit dem den nach § 139 V ZPO erteilten rechtlichen Hinweisen selbst den Boden entzogen werden soll*. 86

Das Bestreiten des Schriftsatzes vom 10.12.2013 veranlasst auch nicht zum Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung (§ 156 ZPO). 87

Die Fragen der Vorhandenseins weiterer Gegenstände im Vermögen der Eltern bei Errichtung des Testamentes (und in den Jahren danach) ist bereits Gegenstand der persönlichen Anhörung der Klägerin durch den Senat (§ 141 ZPO) gewesen. Die Klägerin hat *bestätigt*, dass ein PKW P1 ihres Vaters vorhanden war. Es sei stets so gewesen, dass ihre Mutter das Geld verwaltet habe, ihr Vater habe „es mit den Autos gehabt“. Die Mutter habe ihr - der Klägerin - nie Einblicke in finanzielle Dinge gewährt. Sie könne deshalb aus eigener Kenntnis gar nichts zum Vorhandensein weiterer Vermögenswerte beisteuern. 88

Dass die Klägerin insoweit zwischenzeitlich bessere Erkenntnisse erlangt hätte, die einen Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung gebieten würden, lässt auch der Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 10.12.2013 nicht erkennen. Die dortigen Erwägungen erschöpfen sich in Mutmaßungen anhand bestimmter Angaben der Ehefrau P zur Erlangung eines Erbscheins nach dem Tod ihres Ehemannes im September 1990. Indes besagen solche Angaben zu Werten *im Nachlass des Ehemannes* nichts dazu, welches Geldvermögen *sie selbst* seinerzeit „verwaltete“ - mithin, welche Vorstellungen sie und ihr Ehemann bei der Testierung dazu hatten, was *nach dem letzten Todesfall* - im Schlusserbfall - an (wesentlichen) Werten „zu vererben“ sein würde. 89

Im Übrigen werden nicht selten zur Vermeidung von Gebührenlasten anlässlich der Inanspruchnahme nachlassgerichtlicher Tätigkeiten dem Gericht gegenüber zu wenige oder zu niedrige Nachlasswerte angegeben, die einer kritischen Nachprüfung nicht standhalten; die zweifelhafte Verlässlichkeit der von der Klägerin zitierten Nachlasswertangaben ihrer Mutter im Jahr 1990 gebietet es nicht, den dezidierten und bisher unstreitigen Beklagtenvortrag zu konkreten (weiteren) Vermögenswerten und deren späterem Verbleib durch Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung zu hinterfragen. 90

Ist nach alledem davon auszugehen, dass bei der Errichtung des Ehegattentestamentes neben den Miteigentumsanteilen am Grundbesitz ein PKW P1 und Geldvermögen i.H.v. ca. 28.000 DM auf Seiten der Eheleute P vorhanden war, dann liegt es fern, dass mit der für den späteren Erbfall (nach der Ehefrau) verfügten Zuwendung des „halben Hauses“ an die Klägerin die Vorstellung der Testierenden verbunden war, die jüngere Tochter solle als Alleinerbin des Längstlebenden auch die nicht angesprochenen, aber durchaus werthaltigen weiteren Vermögensgegenstände im Sinne einer alleinigen Gesamtrechtsnachfolge erhalten. Die Klägerin selbst hat im Rahmen ihrer Anhörung zudem nichts zu einer solchen Vorstellung ihrer Eltern bekundet. Ihr sei - so die Klägerin - wiederholt (lediglich) gesagt worden, sie werde nach dem Tode der Mutter *die andere Haushälfte* bekommen, weil die erste ja schon 91

auf die ältere Schwester übertragen worden sei.

Gegen eine gewollte Alleinerbenstellung der Klägerin nach dem Letztversterbenden spricht ein Weiteres: Mit der Gesamtrechtsnachfolge nach einem Erblasser (i.S.e. Alleinerbenstellung) sind nicht zuletzt auch die Regelung des Nachlasses einschließlich der damit verbundenen Nachlassverbindlichkeiten sowie - jedenfalls beim Erbgang innerhalb der nächsten Familie üblicherweise - die Veranlassung der Beerdigung und Grabpflege verbunden. 92

Wie indes zwischen der Parteien unstreitig ist und die persönliche Anhörung der Klägerin durch den Senat bestätigt hat, war das Verhältnis der jüngeren Tochter zu den Eheleuten P schon zu Lebzeiten des Vaters jedenfalls zeitweise belastet und nicht ungetrübt gewesen. Die Mutter hatte *nicht ihr, sondern der älteren Schwester* Vollmacht zu Bankgeschäften eingeräumt und auch in persönlichen Belangen ersichtlich auf die Unterstützung durch die im Nebenhaus lebende Tochter B gesetzt. Auch vor diesem Hintergrund wäre die Annahme lebensfremd, dass die testamentarisch verfügte Zuwendung des „halben Hauses“ eine Alleinerbenstellung der Klägerin *unter Ausschluss der zu Lebzeiten stets hinzugezogenen und besser vertrauten älteren Tochter* bewirken sollte. 93

Nichts anderes folgt aus der Argumentation der Klägerin, das Testament vom 30.08.1990 habe nach dem Willen der Testierenden einen Ausgleich für die lebzeitige Zuwendung der Miteigentumsanteile an der elterlichen Grundbesitzung bewirken sollen – was der Senat als Willen der Testierenden unterstellen kann, denn eine solche Absicht der Eltern liegt angesichts der relativ kurz zuvor erfolgten Übertragung von insgesamt 1/2 - Miteigentumsanteilen an die andere Tochter B durchaus nahe. 94

Indes bedeutet dies *nicht*, dass der von den Eltern gewünschte Ausgleich gerade eine *Testamentsauslegung dahin* gebietet, dass die *Klägerin zur Schlusserbin des Längstlebenden berufen* sei. Vielmehr konnte der gewünschte Ausgleich gerade dadurch herbeigeführt werden, dass der jüngeren Tochter nach dem Tode des letztversterbenden Ehegatten die Grundbesitzung *als Vermächtnis zugewandt* wurde (§ 2147 BGB). Ein Verständnis der testamentarischen Anordnung als alleinige Schlusserbenbestimmung zugunsten einer Tochter *widerspräche geradezu* der von der Klägerin dargestellten Absicht ihrer Eltern zur Gleichbehandlung ihrer beiden Kinder, weil es die Tochter B von dem Nachlass im Übrigen gänzlich ausschließen würde. 95

Dass die nach alledem gebotene und zutreffende Auslegung des Testamentes als ein Grundbesitzvermächtnis zugunsten der Klägerin nach ihrer (den Vater überlebenden) Mutter zwangsläufig zu einem unerträglichen, von den Eltern bei der Testierung nicht gewollten Ergebnis führe, wird mit dem nachgereichten Schriftsatz vom 10.12.2013 zu Unrecht gerügt. Diese Betrachtung verkürzt, dass die §§ 2287, 2288 BGB nicht nur den letztwillig verbindlich bestimmten Erben, sondern *auch einem so eingesetzten Vermächtnisnehmer* Schutz vor böswilligen lebzeitigen Verfügungen des Erblassers gewähren. - Soweit der der Klägerin womöglich vorliegend *im Ergebnis* ein solcher Schutz „versagt“ bleiben sollte (vgl. dazu unten zu § 2288 BGB), wäre dies Folge einer für sie anwaltlich eingeschlagenen Vorgehensweise zur Wahrung ihrer gesetzlichen Rechte nach dem Tode der Mutter, bei der (womöglich zu) lange auf die gebotene Auslegung der testamentarischen Anordnungen und die daraus abzuleitenden Rechtsfolgen nicht sorgfältig genug Augenmerk gelegt worden ist. 96

Schließlich steht der Auslegung des Ehegattentestamentes vom 30.08.1990 dahin, dass die Klägerin nicht zur Schlusserbin ihrer Mutter, sondern zur Vermächtnisnehmerin bzgl. der Hausbesitzung C1 Str. 154 a bestimmt worden war, nicht die in dem beigezogenen 97

Erbscheinsverfahren 8 VI 22/10 - AG Essen-Borbeck = 15 W 306/12 ergangenen gerichtlichen Entscheidungen entgegen.

Gemäß § 2365 BGB wird *lediglich widerlegbar vermutet*, dass dem in einem Erbschein angegebenen Erben das dort bezeichnete Erbrecht zustehe. Soweit der durch Erbschein ausgewiesenen Partei im Zivilprozess Beweiserleichterungen zustehen (vgl. Palandt, aaO, § 2356 BGB, Rz. 2), ist der Senat vorliegend nicht gehindert, anhand des nach zivilprozessualen Grundsätzen zugrunde zu legenden Sach- und Streitstandes - insbesondere anhand des eigenen Vortrags der Klägerin - eine von dem Inhalt des Erbscheins abweichende Beurteilung der Erbfolge nach der am 09.02.2009 verstorbenen Erblasserin P vorzunehmen: Danach ist die in dem erteilten Erbschein vom 26.02.2010 ausgewiesene Alleinerbenstellung der Klägerin hier widerlegt. Wie die Nichtabhilfeentscheidung des Nachlassgerichts vom 12.07.2012 (Bl. 28 f. in 8 VI 22/10) zeigt, sind die gebotenen *umfassenden* Auslegungserwägungen – entsprechend den vorstehenden Ausführungen - anlässlich der im Erbscheinverfahren ergangenen Entscheidungen unterblieben. 98

Unzutreffend ist ferner der Einwand der Klägerin, die Auslegung des Testamentes vom 30.08.1990 als bloße Vermächtnisanordnung im Schlusserbfall widerspreche der in dem genannten Erbscheinsverfahren auf die Beschwerde des Beklagten hin ergangenen Entscheidung des 15. Zivilsenates vom 25.02.2013 (15 W 306/12). Denn der Beschwerdesenat hat mit der genannten Entscheidung nicht etwa den Inhalt des der Klägerin erteilten Erbscheins bestätigt, sondern die Beschwerde des Beklagten mangels Beschwerdeberechtigung i.S.v. § 59 FamFG *als unzulässig verworfen*. 99

bb) Der Umstand, dass die Klägerin bei der vorgenannten Auslegung des Testamentes ihrer Eltern jedenfalls Miterbin ihrer Mutter geworden ist, weil mangels letztwilliger Schlusserbenbestimmung durch die überlebende Ehefrau nach ihr gemäß § 1924 I, IV BGB die gesetzliche Erbfolge greift, rechtfertigt keine der Klägerin günstigere Beurteilung ihres mit der Berufung primär auf § 2287 BGB gestützten Klagebegehrens. 100

Denn § 2287 BGB schützt nicht jedweden Schlusserben, sondern nur den oder die *bindend eingesetzten* Schlusserben eines Ehegattentestamentes; zu dieser Personengruppe gehören die gesetzlichen Erben des überlebenden Ehegatten *nicht*. 101

cc) Sofern die Klägerin als Miterbin ihrer Mutter ohne die nach § 2286 BGB wirksame lebzeitige Übertragung zugleich verpflichtet gewesen wäre, das zu ihren eigenen Gunsten ausgesetzte Grundstücksvermächtnis zu erfüllen (§§ 2247, 2274 BGB), ist sie zudem durch die Verfügung der Erblasserin hinsichtlich des Vermächtnisgegenstandes zugunsten des Beklagten *nicht in ihrer gemäß § 2287 BGB geschützten Eigenschaft als Miterbin betroffen*. 102

Denn soweit der spätere Erblasser gemäß § 2286 BGB lebzeitig wirksam über sein Eigentum zugunsten Dritter verfügen kann, sind die im Erbfall von der Verfügung betroffenen bindend begünstigten Erben oder Vermächtnisnehmer nicht weiter geschützt, als es in den §§ 2287, 2288 BGB vorgesehen ist. Ist der Erbe zugleich Vermächtnisnehmer, kann er *Beeinträchtigungen in seiner Stellung als Vermächtnisnehmer nur entsprechend der Vorschrift in § 2288 BGB geltend machen* – nicht jedoch gemäß § 2287 BGB (vgl. OLG Köln, ZEV 1997, 423 - Juris-Rz. 61/62). 103

b) Allerdings trägt im vorliegenden Fall auch **§ 2288 BGB** das Übertragungsverlangen der Klägerin gegen den Beklagten hinsichtlich der Grundbesitzung C1 Str. 154 a nicht. 104

aa) § 2288 I 1 BGB verschafft dem Vermächtnisnehmer, der erbvertraglich oder testamentarisch verbindlich bedacht wurde, mit Eintritt des Erbfalls einen **Anspruch gegen den oder die Erben** darauf, ihm den Vermächtnisgegenstand zu verschaffen, wenn der Erblasser noch zu Lebzeiten diesen Gegenstand in Beeinträchtigungsabsicht veräußert hatte. Der Anwendungsbereich der Norm erfasst anerkanntermaßen ebenfalls wechselbezügliche (verbindlich gewordene) Vermächtnisverfügungen eines gemeinschaftlichen Ehegattentestamentes (vgl. Jurs-PK BGB, aaO, § 2288 BGB, Rz. 7). Geschah die Veräußerung des Vermächtnisgegenstandes durch den späteren Erblasser schenkweise, so hat der Vermächtnisnehmer bei Eintritt des Erbfalls nach § 2288 II 2 BGB einen subsidiären Anspruch *gegen den Beschenkten* auf Herausgabe des Geschenkes nach Maßgabe des § 2287 BGB, *soweit* er Ersatz für den Vermächtnisgegenstand nicht von dem oder den Erben erlangen kann.

bb) Da der Beklagte hier als Enkel der Erblasserin P unstreitig nicht deren Miterbe geworden ist, könnte er von der Klägerin wegen der Übertragung des ihr als Vermächtnis zugedachten (anteiligen) Grundbesitzes ihrer Mutter *allenfalls unter den Voraussetzungen des § 2288 II 2 BGB* in Anspruch genommen werden. 106

Die gesetzlichen Voraussetzungen einer solchen subsidiären Haftung sind hier indes schon nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin nicht gegeben. Ihr Vortrag aus der Berufungsbegründungsschrift, sie selbst (als etwaige Miterbin) erhalte Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes vom Jobcenter, die weitere Miterbin L2 „sei nicht in der Lage, ihr (der Klägerin) den Vermächtnisgegenstand zu verschaffen, auch sei ein Wertersatz von ihr nicht zu erlangen“, erfüllt – jedenfalls mit Bezug auf die Miterbin - als bloße Wiedergabe des Inhaltes der gesetzlichen Anspruchsgrundlage *nicht die Voraussetzungen eines anspruchsbegründenden Sachvortrags zu § 2288 II 2 BGB*. Es ist nach dem gesamten Inhalt des Klage- und Berufungsvortrags *in tatsächlicher Hinsicht* nicht zu erkennen, dass und ggfls. inwieweit hier auch von der in erster Linie haftenden Miterbin L2 - der Mutter des Beklagten - weder die Verschaffung des dem Beklagten übertragenen Grundbesitzes, noch ein entsprechender Wertersatz dafür zu erlangen war; offen bleibt nach dem Klagevortrag insbesondere, ob, wann, wodurch und mit welchem Ergebnis eine solche vorrangige Inanspruchnahme ihrer Schwester als Miterbin seitens der Klägerin überhaupt konkret erfolgt ist. Es liegt auf der Hand, dass die (vorprozessual und erstinstanzlich anderweitig anwaltlich vertretene) Klägerin die vorrangige Inanspruchnahme ihrer Miterbin nach § 2288 I BGB *schon deshalb nicht* versucht haben wird, weil sie selbst lange Zeit von ihrer *Alleinerbenstellung* nach der Mutter und / oder einer *alleinigen* Nacherbenstellung nach dem Vater ausging. Die Klägerin hat nicht zuletzt im Rahmen ihrer Anhörung nach § 141 ZPO auf die Frage des Senates, ob sie je ihre Schwester B als Miterbin bzgl. des Vermächtnisgegenstandes oder Wertersatz dafür in Anspruch genommen habe, geschwiegen. 107

Auf das Fehlen hinreichenden Sachvortrags zu den Voraussetzungen des § 2288 II 2 BGB ist gemäß § 139 ZPO im Senatstermin hingewiesen worden, wobei der rechtliche Hinweis auch Eingang in den am Schluss der Sitzung ergangenen Beschluss nach § 139 V ZPO (dort Ziffer 1 a)) gefunden hat; der Klägerin ist so Gelegenheit gegeben worden, zu dieser erstmals im Senatstermin geäußerten Beanstandung einer unzureichenden tatsächlichen Substantiierung des § 2288 II 2 BGB ergänzend vorzutragen. Entsprechender Vortrag ihrerseits dazu ist indes *nicht erfolgt*; vielmehr hat die Klägerin innerhalb der ihr nachgelassenen Frist mit Schriftsatz vom 10.12.2013 in rechtlicher Hinsicht abweichend geltend gemacht, ihr Anspruch gegen den Beklagten richte sich nicht nach § 2288 BGB, sondern folge (schon) aus § 2287 BGB. 108

Damit ergibt sich aus dem (in der Berufungsinstanz zulässigerweise ergänzten) Klagevortrag keine schlüssige (subsidiäre) Inanspruchnahme des Beklagten aus § 2288 II 2 BGB.

cc) Ob der Beklagte der Klägerin *auch deshalb* nicht nach § 2288 II 2 BGB verpflichtet ist, weil das zu ihren Gunsten verfügte Grundstücksvermächtnis der Mutter *nicht i.S.v. § 2270 I BGB wechselbezüglich* zu der in dem Ehegattentestament vom 30.08.2013 erfolgten Erbeinsetzung der Mutter durch deren Ehemann P2 P war und deshalb nicht der Bindungswirkung aus § 2271 II BGB unterfiel, bedarf wegen der unzureichenden Anspruchssubstantiierung aus den unter bb) dargestellten Gründen letztlich keiner abschließenden Entscheidung. 110

Der Senat bleibt allerdings nach erneuter Überprüfung der Sach- und Rechtslage unter Berücksichtigung des nachgereichten Vortrags der Klägerin bei seiner bereits im Verhandlungstermin am 19.11.2013 geäußerten Auffassung, wonach die besonderen Umstände des Einzelfalls es hier nahelegen, dass *die testamentarische Vermächtnisanordnung zugunsten der Klägerin nicht in wechselbezügliche Verfügungen der Eheleute P eingebunden war*. 111

Wechselbezüglich sind nach § 2270 I BGB solche letztwilligen Verfügungen von Eheleuten in einem gemeinschaftlichen Testament, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander ist im Zweifel anzunehmen (§ 2270 II BGB), wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht wird und für den Fall des Überlebens des so Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm nahe steht. Diese Auslegungsregel greift *allerdings erst* ein, wenn die Erforschung des Willens beider testierenden Ehegatten durch Auslegung trotz aller Möglichkeiten kein eindeutiges Ergebnis gebracht hat (vgl. Palandt, aaO, § 2270 BGB, Rz. 7 m.w.N.). 112

Die Gesamtwürdigung der von der Klägerin im Senatstermin gemachten Angaben zu der innerfamiliären Situation und zu den Äußerungen ihrer beiden Eltern über deren Motive für die im Testament niedergelegte Grundstückszuwendung legt es vorliegend nahe, dass die Einsetzung der Ehefrau P zur Alleinerbin ihres schwerkranken Ehemannes *nicht gerade deshalb* erfolgen sollte, weil diese ihrerseits der gemeinsamen jüngeren Tochter das verbliebene Grundbesitzmitemigentum als späteres Vermächtnis zuwandte. Auch wenn es dem Vater wie der Mutter bei Testamentserrichtung ersichtlich darum gegangen sein wird, angesichts der bereits erfolgten Übertragung einer „Haushälfte“ auf die ältere Tochter nach dem Tode des Längstlebenden die jüngere durch Vermächtniszuwendung „der anderen Haushälfte“ gleich zu stellen, liegt ein „Abhängigmachen“ der verfügten Alleinerbenstellung seiner Ehefrau von eben dieser Vermächtnisanordnung nach der Interessenlage auch des Vaters eher fern. Angesichts des unstreitig in naher Zeit erwarteten Ablebens des Ehemannes war bei Testamentserrichtung damit zu rechnen, dass seine Witwe - erst 60 Jahre alt - ohne Zuwendung einer Alleinerbenstellung durch ihn nicht wie bisher unbeeinträchtigt über das gemeinschaftlich erwirtschaftete Vermögen würde verfügen können – dies womöglich über einen Zeitraum von mehreren Jahrzehnten. Einschränkungen der Alleinerbenstellung der Ehefrau hätten gerade auch das verbliebene Mitemigentum an der von der Familie bewohnten Grundbesitzung betroffen, welches ihr ersichtlich auf Lebzeiten zur weiteren Verfügung erhalten bleiben sollte. Dass ihr eine solche abgesicherte Position als Alleinerbin nach der Vorstellung des Ehemannes genommen sein sollte, wenn sie die verbliebene Immobilienbeteiligung nach ihrem Tode nicht als Vermächtnis der anderen Tochter zukommen ließ - so dass beides miteinander stehen und fallen sollte -, wird kaum der 113

Intention des Erblassers entsprochen haben; denn es hatte in der Vergangenheit zumindest zeitweilig Unstimmigkeiten mit eben dieser Tochter gegeben, was eine Zurückhaltung der Eltern bei verbindlichen Gestaltungen zu ihren Gunsten nahelegte.

So war bei der Testierung Ende August 1990 mit Blick auf die Klägerin in besonderer Weise 114
unklar, wie sich das persönliche Verhältnis zwischen der Witwe und der noch nicht durch Grundstückszuwendung bedachten jüngeren Tochter *auf Dauer einvernehmlich* entwickeln würde. Vor diesem Hintergrund und weil ein Halten der gesamten Immobilie in der Familie durch die überlebende Ehefrau im Falle eines wiederaufflammenden Konfliktes mit der Klägerin auch durch anderweitige Übertragungen der verbliebenen Eigentumsanteile denkbar war - so etwa an den „Lieblingsenkel“ des Ehemannes P2 P - wird es im August 1990 *eher nicht* der Wille des testierenden Eheleute P gewesen sein, die Ehefrau als Alleinerbin an die verfügte Vermächtniszuwendung erbrechtlich zu binden.

Auch insoweit hat das der Klägerin gemäß § 139 V ZPO nachgelassene schriftsätzliche 115
Vorbringen keine abweichenden Gesichtspunkte *zur Frage der Wechselbezüglichkeit der Vermächtniszuwendung* ergeben. Der nachhaltige, bereits in einem Vortestat vom Mai 1988 angeklungene Wunsch des Vaters P2 yr Gleichbehandlung der Töchter, zum Erhalt der Immobilie für die Familie und zur familiären Eintracht mag auch bei der Testierung am 30.08.1990 vorhanden und der Ehefrau erkennbar gewesen sein. Gerade dem von der Klägerin angeführten Vortestat des Ehemannes ist aber auch zu entnehmen, dass *zunächst der überlebenden Ehefrau als Alleinerbin freie Hand gelassen werden sollte*. Dass deren erbrechtliche Stellung von dem Ehemann am 30.08.1990 anders gestaltet worden wäre, wenn nicht - ungeachtet jeder Entwicklung der persönlichen Verhältnisses zwischen der Witwe und der Klägerin - am Ende ein Grundstücksvermächtnis zu Gunsten der bislang nicht bedachten Tochter sichergestellt war, hält der Senat für lebensfremd. Nicht zuletzt konnte ein zukünftiger Sozialhilfebezug durch die Klägerin die von ihr erwähnten langfristigen Ziele des Vaters zum Erhalt der Immobilie in der Familie konterkarieren, so dass auch dieser Gesichtspunkt für die Annahme spricht, die Witwe P habe mit der ihr zugewandten Alleinerbenstellung *hinsichtlich der vorgesehenen Vermächtniszuwendung an die Klägerin nicht erbrechtlich gebunden werden sollen*.

Auch deshalb bleibt das Klageverlangen - gestützt auf § 2288 II 2 BGB - im Ergebnis ohne 116
Erfolg.

c) Anderweitige Anspruchsgrundlagen, die das Übertragungsbegehren der Klägerin 117
rechtfertigen könnten, sind weder dargetan, noch ersichtlich.

Die §§ 2287, 2288 BGB erfassen die Fälle des Missbrauchs der dem Erblasser nach § 2286 118
BGB verbliebenen Verfügungsmacht durch lebzeitig wirksame Schenkungen oder gemischten Schenkungen bestimmter Gegenstände abschließend, so dass daneben insbesondere für eine Anwendung des § 826 BGB kein Raum ist (vgl. Palandt, aaO, § 2287 BGB, Rz. 2; OLG Köln, aaO - Juris-Rz. 69 m.w.N.).

d) Nachdem das Klagebegehren zu 1) ohne Grundlage geblieben ist, fehlt auch dem daran 119
anknüpfenden Räumungs- und Herausgabeverlangen die Rechtsgrundlage.

4) Die Berufung der Klägerin war nach alledem mit der Kostenfolge aus § 97 I ZPO 120
abzuweisen.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Zif. 10, 711 121
ZPO.

