
Datum: 07.03.2017
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 U 5/16
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2017:0307.10U5.16.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 4 O 283/15
Schlagworte: Erbe, Erbschaft, Bindungswirkung, gemeinschaftliches Testament, Schenkung, Vermächtnis, Übertragung, aner kennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse
Normen: §§ 1968 BGB; 2174, 2147, 1939, 2271 BGB; 2271m 2287 I i.V.m. § 812 ff BGB
Leitsätze:
Ein nach dem Tode seiner ersten Ehefrau durch ein gemeinschaftliches Testament gebundener Ehemann kann an der testamentarischen Übertragung seines Vermögens an die zweite Ehefrau gehindert sein. Zu Lebzeiten vorgenommenen Schenkungen können von den Erben nach dem Tod des Erblassers unter den Voraussetzungen des § 2287 BGB herausverlangt werden.

Tenor:

Auf den Hilfsantrag der Berufung der Klägerin wird das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg vom 10.12.2015 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Klägerin nicht zur Rückübertragung des Eigentums an dem Immobilienbesitz in M (Grundbuch von M, des Amtsgerichts M/Rhein, Bd. ###, Blatt ##### und Blatt #####) an die Beklagten verpflichtet ist.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Im Übrigen wird die Berufung (Haupt- und Hilfsantrag) zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 4/5 und die Beklagten 1/5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Den Parteien wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung i. H. v. 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die jeweilige Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit i. H. v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

			1

Gründe: 2

I. 3

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit von Vermächtnissen und Schenkungen zugunsten der Klägerin, die der Erblasser nach der Errichtung eines Ehegattentestaments getätigt hat. 4

Die am ###.##.1964 geborene Klägerin ist die zweite Ehefrau des am ###.##.1943 geborenen und am ###.##.2015 verstorbenen Dr. T2 (im Folgenden: der Erblasser). Der Erblasser war Chefarzt der chirurgischen Abteilung des St. N-hospitals in I. Die Klägerin ist gelernte Krankenschwester. Seit 1995 ist sie beim St. N-hospital angestellt und seit 1998 war sie mit dem Erblasser näher bekannt. Die Beklagten sind die leiblichen Kinder des Erblassers aus seiner ersten Ehe mit Frau T. 5

Am 20.03.1995 verfassten der Erblasser und seine erste Ehefrau ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament mit folgendem Inhalt: 6

„Testament der Eheleute T und T2: 7

Wir, die Eheleute C und O B T setzen uns gegenseitig als Alleinerben ein. Erben des Längstlebenden sollen unsere drei Kinder U, T2 und Q sein (zu gleichen Teilen).“ 8

Frau T verstarb am ###.##.1997. Das Testament vom 20.03.1995 wurde am 21.01.1998 eröffnet (5 IV 222/97, Amtsgericht Werl). 9

Frau T war u.a. Alleineigentümerin der gemeinsam mit dem Erblasser bewohnten Immobilie T3 in X sowie des mit einem Doppelhaus bebauten Nachbargrundstücks T-Weg und ## in X. Nach ihrem Tod wurde der Erblasser als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. 10

Im August 2001 zog die Klägerin mit ihrem aus einer früheren Beziehung stammenden Sohn D (geboren am ###.##.1982) bei dem Erblasser ein. Zu dieser Zeit lebte auch der jüngste Sohn des Erblassers, der am ###.##.1981 geborene Beklagte zu 3), noch im Haushalt des Erblassers. 11

Am 22.12.2001 – sechs Tage vor der Eheschließung mit der Klägerin – errichtete der Erblasser ein notarielles Testament (UR-Nr. ####/2001, Notar Dr. I 2 in I 3), in welchem er erklärte, in der freien Verfügung über sein Vermögen in keiner Weise beschränkt zu sein und vorsorglich alle etwa vorhandenen früheren Verfügungen von Todes wegen widerrief. Sodann setzte er die drei Beklagten zu je 1/3 als Erben ein und beschwerte sie im Wege des Vermächtnisses mit der Gewährung eines schuldrechtlich unentgeltlichen Wohnrechts zu Gunsten der Klägerin und deren Sohn an dem Hausgrundstück T3 auf die Dauer von einem Jahr ab seinem Versterben bzw. für den Fall, dass die Ehe im Zeitpunkt seines Todes sechs Jahre oder länger bestanden hatte, mit der Verpflichtung zur Bestellung eines lebenslangen schuldrechtlich unentgeltlichen und dinglich zu sichernden Wohnrechts am Objekt T2 und zwar in der rechten Doppelhaushälfte, Parterrewohnung nebst Gartennutzung. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die notarielle Urkunde Bezug genommen (Anl. K5).	12
Am selben Tag schlossen der Erblasser und die Klägerin einen notariellen Ehe- und Erbvertrag (UR-Nr. ####/2001, Notar Dr. I 2 in I 3), in dem sie Gütertrennung vereinbarten und einen Erb- und Pflichtteilsverzicht erklärten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die notarielle Urkunde Bezug genommen (Anl. K6).	13
Überdies schlossen die Klägerin und der Erblasser am 22.12.2001 - aufschiebend bedingt durch die Eheschließung sowie auflösend bedingt durch die Ehescheidung oder ein Vorversterben der Ehefrau - einen notariellen Schenkungsvertrag über eine Eigentumswohnung des Erblassers in M/Rhein (UR-Nr. ####/2001, Notar Dr. I 2 in I 3). Gemäß § 3 des Vertrages war die Schenkung mit keiner Auflage verbunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die notarielle Urkunde Bezug genommen (Bl. 94 ff. d.A.). Diese Immobilie hatte der Erblasser seinerseits mit notariellem Kaufvertrag vom 17.08.2000 (UR-Nr. ####/2000, Notar C2 in T im Schwarzwald) von seinen Schwiegereltern zu einem Kaufpreis von 210.000 DM erworben (Bl. 268 ff d.A.). Die Klägerin wurde am 13.05.2002 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.	14
Am 28.12.2001 schlossen die Klägerin und der Erblasser die Ehe.	15
Bereits im Jahr 1991 war bei dem Erblasser nach einem akuten Vorderwandinfarkt eine Herztransplantation durchgeführt worden. In den folgenden Jahren mussten wiederholt die Herzkranzgefäße operativ erweitert werden (sog. PTCA). Am 05.01.2001 war eine Herzklappen-Rekonstruktion durchgeführt worden (sog. Trikuspidalklappen-Rekonstruktion nach de Vega). In diesem Zusammenhang war der Erblasser von Ende November 2000 bis Anfang April 2001 arbeitsunfähig erkrankt. Als Folge der nach der Herztransplantation von dem Erblasser einzunehmenden Immunsuppressiva trat eine Niereninsuffizienz bei dem Erblasser auf, die sich im Jahr 2001 im Stadium der kompensierten Retention befand.	16
Am 01.01.2002 kam es bei dem Erblasser infolge der Niereninsuffizienz zu einem akuten Nierenversagen. Der Erblasser war ab diesem Zeitpunkt dialysepflichtig. Die Dialyse fand jeweils in den Abendstunden statt, weil der Erblasser seiner Tätigkeit als Chefarzt zunächst weiter nachging.	17
Im Juni 2003 wurden bei dem Erblasser eine renale Anämie sowie eine chronische Herzinsuffizienz NYHA III diagnostiziert. Zudem kam es zu neurologischen Nebenwirkungen der chronischen Immunsuppression in Form von Händezittern (Anl. K9).	18
Mit Wirkung zum 30.06.2003 beendete der Erblasser seine Tätigkeit als Chefarzt im St. N-hospital.	19

Am 30.12.2003 spendete die Klägerin dem Erblasser eine Niere.

Am 18.11.2014 verfasste der Erblasser ein privatschriftliches Testament (Anl. K18) in dem er unter anderem anordnete: 21

„Ich vererbe das Haus T3 meinen Kindern U, T2 und Q. (...) Das von T und mir geschaffene u. finanzierte/abbezahlte Mietshaus T-Weg + ## einschließlich Gartenanlagen teile ich wie folgt auf: T-Weg sollen meine Enkelkinder O und K (Reihenfolge entspr. ihrem Erscheinen auf dieser Welt) erhalten – T2 meine Ehefrau E! (...).“ 22

Zum Zeitpunkt der Abfassung des Testaments befand sich der Erblasser zu einem stationären Aufenthalt im Herzzentrum Bad P (04.11.2014 bis 25.11.2014). Dort wurde am 21.11.2014 wegen einer hochgradigen Mitralklappen-Insuffizienz ein sog. Mitralclipping durchgeführt. Bereits im April 2013 war ein Mitralclipping bei dem Erblasser durchgeführt worden (Anl. K13) 23

Am 07.02.2015 verfasste der Erblasser handschriftlich eine “Ergänzung zum Testament vom 18.11.2014“ (Anl. K19). Darin heißt es unter anderem: 24

„Das Testament vom 18.11.2014 soll Bestand halten, klarstellend erkläre ich allerdings noch zusätzlich das Nachfolgende: 25

Ich bin durch kein Testament oder Erbvertrag gebunden, gleichwohl widerrufe ich vorsorglich alle früheren Testamente und Verfügungen von Todes wegen mit Ausnahme des Testamentes vom 18.11.2014. 26

Sodann stelle ich des Weiteren klar, dass meine Kinder meine Erben sein sollen zu je einem Drittel. 27

Die übrigen Zuwendungen an meine Ehefrau, meine beiden Enkelkinder (...) sollen als Vermächtnisse zu verstehen sein. 28

Meine Ehefrau soll schuldrechtlich unentgeltliches Wohnungsrecht an dem als eheliche Wohnung genutzten Hausgrundstück T3, ##### X, auf die Dauer von einem Jahr ab meinem Versterben erhalten. (...).“ 29

Zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Testamentsergänzung befand sich der Erblasser in der Uniklinik F, nachdem im Zusammenhang mit einer am 27.01.2015 durchgeführten Blasenhalssengen-Resektion eine Störung der Nierenfunktion aufgetreten war. 30

Einen Tag nach der Entlassung aus der Uniklinik F, am 12.02.2015, schloss der Erblasser mit der W eG einen „Vertrag zugunsten Dritter“, nach dessen Inhalt nach dem Tod des Erblassers die Rechte aus dem Termingeldkonto des Erblassers Nr. #####/##### der Klägerin zustehen sollten, ohne dass sie in den Nachlass fallen sollten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Vertragsurkunde Bezug genommen (Bl. 62 ff. d.A.). Das auf dem Termingeldkonto befindliche Guthaben i.H.v. 159.679,44 € buchte die Klägerin nach dem Tod des Erblassers auf eines ihrer Konten um. 31

Der Erblasser verstarb am 05.03.2015. Das notarielle Testament vom 22.12.2001 wurde am 13.04.2015 eröffnet (36 IV 1/02, Amtsgericht Hagen). Die Testamente vom 18.11.2014 und 07.02.2015 wurden am 21.04.2015 eröffnet (15 IV 90/15, Amtsgericht Werl). 32

Die Klägerin organisierte die Beerdigung, die am 10.03.2015 stattfand, und zahlte die Beerdigungskosten. Am 18.03.2015 überwies die Mutter des Erblassers, Frau T3, der Klägerin einen Betrag von 20.000 €. Als Verwendungszweck gab sie „Übernahme Bestattungskosten“ an (Bl. 281 d.A.).

Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.06.2015 forderte die Klägerin die Beklagten auf, ihr das Eigentum an der Doppelhaushälfte T2 in X zu übertragen und ihr die Beerdigungskosten zu erstatten, die sie mit 15.759,80 € bezifferte. 34

Die Beklagten wiesen die Ansprüche mit anwaltlichem Schreiben vom 26.06.2015 zurück und machten ihrerseits einen Anspruch auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die weitere Nutzung des Hauses T3 durch die Klägerin nach dem Versterben des Erblassers i.H.v. 1.200 € monatlich zuzüglich aller weiteren Kosten, die mit der Nutzung des Hauses im Zusammenhang stehen, geltend. 35

Mit anwaltlichem Schreiben vom 30.07.2015 (Bl. 77-79 d.A.) forderten die Beklagten von der Klägerin die Rückabwicklung des Schenkungsvertrags vom 22.12.2001 über die Eigentumswohnung in M/Rhein und des Vertrages zugunsten Dritter mit der Volksbank vom 12.02.2015 durch unentgeltliche Übertragung des Grundbesitzes in M auf die Beklagten und Auszahlung des von dem Termingeldkonto entnommenen Betrages von 159.691,35 € an die Beklagten. 36

Erstinstanzlich hat die Klägerin die Ansicht vertreten, die dem gemeinschaftlichen Testament vom 20.03.1995 nachfolgenden letztwilligen Verfügungen des Erblassers seien wirksam. Der Erblasser habe die früheren Verfügungen von Todes wegen widerrufen, jedenfalls sei eine angebliche Sperrwirkung „ausgehebelt“. Die Klägerin hat behauptet, sie habe den Erblasser, der bereits nach der Herztransplantation im Jahr 1991 pflegebedürftig gewesen sei, seit Beginn ihrer Beziehung umfangreich gepflegt, versorgt und betreut. Die Ehe sei von ständigen stationären und ambulanten Therapien des Erblassers begleitet gewesen. Die Klägerin habe sich zudem auch um die Mutter und um die Schwiegermutter des Erblassers gekümmert. Die Beklagten hingegen, die überdies in der Vergangenheit durch Schenkungen und Erbverzicht des Erblassers verschiedene Vermögensbeträge bereits erhalten hätten, hätten sich um nichts gekümmert. Zudem habe die Klägerin mit der Nierenlebensspende das Leben des Erblassers um mehr als elf Jahre verlängert. Wegen der Einzelheiten des von der Klägerin behaupteten Pflege- und Betreuungsumfangs wird auf die anwaltlichen Schriftsätze 26.10.2015 (Bl. 51-53 d.A.) sowie vom 01.12.2015 (Bl. 105 ff. d.A.) Bezug genommen. Die Klägerin hat weiter die Ansicht vertreten, die Bestattungskosten seien angesichts der herausragenden Stellung des Erblassers als Chefarzt angemessen. 37

Die Klägerin hat beantragt, 38

- 1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, den auf die Doppelhaushälfte T2 in X entfallenden Grundstücksanteil aus dem beim Amtsgericht Werl verzeichneten Grundstück G1, Flur X, Flurstück X (Größe 1070 qm) herauszuparzellieren, lastenfrei in das Alleineigentum der Klägerin zu überführen und der Klägerin Besitz zu verschaffen; 390
- 2. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an die Klägerin 15.759,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jährlich seit dem 04.07.2015 zu zahlen; 412

- 3. festzustellen, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, an die Beklagten in der Zeit vom 05.03.2015 bis 04.03.2016 für die Nutzung des Hauses T3 in X eine monatliche Entschädigung in Höhe von 1.200,00 € zuzüglich Energiekosten und Grundbesitzabgaben zu zahlen; 484

- 4. hilfsweise statt des Antrags zu 1. die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, zu Gunsten der Klägerin auf dem Grundstück T2 in X ein lebenslanges, schuldrechtlich unentgeltliches und dinglich zu sicherndes Wohnrecht zu begründen, beschränkt auf die Parterrewohnung; 486

- 5. die Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin weitere 2.125,94 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz jährlich seit dem 05.07.2015 zu zahlen; 488

- 6. festzustellen, dass den Beklagten die im Schreiben ihres Rechtsanwalts H vom 30.07.2015 wegen Immobilienbesitzes in M und wegen Termingeldkonto über 159.691,35 € geltend gemachten Ansprüche gegen die Klägerin nicht zustehen. 490

Die Beklagten haben beantragt, 51

die Klage abzuweisen. 52

Sie haben die Ansicht vertreten, die zu Gunsten der Klägerin getroffenen letztwilligen Verfügungen des Erblassers seien wegen der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 20.03.1995 unwirksam. Dementsprechend stehe ihnen auch eine Nutzungsentschädigung für die weitere Nutzung des Hauses T3 durch die Klägerin zu. Die schenkweise Übertragung des Grundbesitzes in M und die Zuwendung des Termingeldkontos durch den Erblasser seien unwirksam, weil es sich um die Beklagten als Erben beeinträchtigende Schenkungen handele, für die ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers nicht bestanden habe. Hierzu haben sie behauptet, der Schenkungsvertrag vom 22.12.2001 sei erfolgt, um die Klägerin und ihren Sohn finanziell abzusichern. Auch den Vertrag zugunsten Dritter betreffend das Termingeldkonto habe der Erblasser mit Benachteiligungsabsicht geschlossen. Er habe ca. 1 ½ Jahre vor seinem Tod geäußert, er wolle seine Kinder, insbesondere seine Tochter, enterben. Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, ein Anspruch auf Erstattung der Beerdigungskosten stehe der Klägerin nicht zu, weil sie diese Kosten nicht aus eigenen Mitteln verauslagt habe. Ohnehin seien die Bestattungskosten hinsichtlich der Positionen „Buffet“, „Blumendekoration“, „Raummiete“ und „Trauerkranz“ überhöht und nur i.H.v. 9.550,95 € anzuerkennen. Insoweit haben die Beklagten die Aufrechnung mit Entschädigungsansprüchen i.H.v. 7.500 € bezüglich der Nutzung des Hauses T3 durch die Klägerin erklärt. 53

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht festgestellt, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, an die Beklagten für die Nutzung des Hauses T3 in X in der Zeit vom 05.03.2015 bis 04.03.2016 eine Entschädigung i.H.v. 1.200 € monatlich und Grundbesitzabgaben zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt: 54

Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Übertragung des Hauses T2 oder hilfsweise auf die Einräumung eines lebenslangen unentgeltlichen Wohnrechts an der Parterrewohnung nicht 55

zu. Die Vermächtnisse des Erblassers in den Testamenten vom 18.11.2014 und 07.02.2015 seien wegen der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 20.03.1995 unwirksam. Die von dem Erblasser in dem gemeinschaftlichen Testament verfügte Schlusserbeneinsetzung seiner Kinder stehe in einem Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zu seiner Einsetzung zum Alleinerben durch seine Ehefrau. Von der Bindungswirkung seien auch solche Verfügungen nicht ausgenommen, mit denen einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen werde. Auch eine Umdeutung in ein wirksames Rechtsgeschäft unter Lebenden komme nicht in Betracht, weil es insoweit an der erforderlichen Form fehle. Ein Anspruch auf Erstattung der Beerdigungskosten stehe der Klägerin nicht zu, weil die Mutter des Erblassers nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten der Klägerin bereits einen Betrag von 20.000 € zur Verfügung gestellt habe. Ein etwaiger Anspruch sei damit jedenfalls durch Erfüllung erloschen.

Den Beklagten stehe ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Nutzung des Hauses T3 durch die Klägerin in der Zeit vom 05.03.2015 bis 04.03.2016 nicht zu. Insoweit könne das unwirksame Vermächtnis des Erblassers in ein wirksames Rechtsgeschäft unter Lebenden in Form eines Leihvertrages umgedeutet werden. Allerdings hätten die Beklagten gegen die Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der von ihnen verauslagten Energiekosten aus Bereicherungsrecht. Dies folge aus einer ergänzenden Auslegung des zwischen den Parteien bestehenden Leihvertrages. 56

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Feststellung, dass den Beklagten die mit anwaltlichem Schreiben vom 30.07.2015 geltend gemachten Ansprüche nicht zustehen. Auf die Schenkung des Grundbesitzes in M und den Vertrag zugunsten Dritter betreffend das Termingeldkonto bei der Volksbank sei § 2287 BGB analog anzuwenden. Insoweit stehe den Beklagten ein Anspruch auf Herausgabe zu. Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an der Schenkung liege nicht vor. Zwar könnten die von der Klägerin vorgetragene Pflegearbeiten ein solches Interesse grundsätzlich begründen. Dass die Schenkungen als Ausgleich für derartige Leistungen gedacht gewesen seien, sei aber nicht ersichtlich. Hinsichtlich des Termingeldkontos habe die Klägerin zudem selbst vorgetragen, dass es sich bei der gewählten Konstruktion um eine dem Erblasser durch seinen Steuerberater empfohlene Art der Absicherung der Klägerin gehandelt habe. Dies sei aber kein Motiv des Erblassers, das die Beklagten anerkennen und deswegen die erhebliche Schmälerung des Nachlasses hinnehmen müssten. 57

Ein Anspruch auf Ersatz der ebenfalls geltend gemachten außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten stehe der Klägerin wegen der Erfolglosigkeit der Klage nicht zu. Soweit die Klage einen geringen Teil Erfolg gehabt habe, sei eine außergerichtliche Tätigkeit des Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht ersichtlich. 58

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgt. Zur Begründung führt sie aus, das angefochtene Urteil beruhe auf einem Prozessfehler, weil ihr auf den Schriftsatz der Gegenseite vom 01.12.2015, der ihr erst im Verhandlungstermin am 10.12.2015 überreicht worden sei, keine Gelegenheit zur Stellungnahme mehr eingeräumt worden sei. Bei Einräumung einer Schriftsatzfrist hätte sie vorgetragen, dass die Übertragung der Eigentumswohnung in M von dem Erblasser vor dem 22.12.2001 im Kreise der Familie (Kinder und eigene Mutter) abgestimmt worden sei. Sie hätte zudem ihr Vorbringen zur besonderen Pflegebedürftigkeit des Erblassers noch vertieft. Hinsichtlich der Überweisung von 20.000 € durch die Mutter des Erblassers hätte sie vorgetragen, dass diese Zahlung eine finanzielle Anerkennung für die Leistungen der Klägerin bei der Pflege des Erblassers habe sein sollen. Den 59

Verwendungszweck „Übernahme Bestattungskosten“ habe die Mutter des Erblassers nur deshalb vermerkt, weil ihr ein Steuerberater dies angeraten habe.

Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, sie habe einen durchsetzbaren Anspruch auf Übertragung der Doppelhaushälfte T2 in X, jedenfalls müssten ihr die Beklagten ein lebenslanges Wohnrecht an der Parterrewohnung einräumen. Dem Erblasser habe bezüglich des gemeinschaftlichen Testaments vom 20.03.1995 eine Änderungsbefugnis zugestanden. Das Landgericht habe sich nicht hinreichend mit den Pflegeleistungen der Klägerin, die schon im Jahre 1998 absehbar gewesen sein, auseinandergesetzt. Die Immobilie in M könne von den Beklagten nicht heraus verlangt werden. Die Übertragung der Eigentumswohnung falle nicht unter den Schutzkodex des § 2287 BGB, weil der Erblasser die Immobilie erst nach dem Tod der ersten Ehefrau erworben habe. Auch liege keine Schenkung vor, weil mit der Transaktion 42 Monate aufopferungsvolle ständige Pflege der Klägerin für den Erblasser abgegolten worden seien. Außerdem sei der Erblasser - wie auch die Klägerin - davon ausgegangen, dass in Kürze wegen nicht therapierter renaler Probleme eine weitere Organtransplantation, nämlich eine Niere, erfolgen müsse, was den Gesundheitszustand weiter verschlechtern und die Pflegebedürftigkeit weiter intensivieren würde. Der Erblasser habe angesichts seines multimorbiden Körpers ein erhebliches, geradezu existenzielles lebenslanges Eigeninteresse gehabt, für Pflege und absehbare Nierenlebenspende Sorge zu tragen. Vorsorglich erhebt die Klägerin die Einrede der Verjährung und wendet Verwirkung ein. Hierzu behauptet sie, dass die Beklagten schon seit 2002 von der Übertragung der streitgegenständlichen Immobilie gewusst hätten. Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagten könnten auch das Kontoguthaben nicht heraus verlangen. Die Vorschrift des § 2287 BGB sei auf den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall nicht anwendbar. Sie behauptet zudem, das auf dem Termingeldkonto verbuchte Geld stamme nicht aus Vermögensmassen, die im Zeitpunkt des Todes der ersten Frau des Erblassers bereits vorhanden gewesen seien. Auf dem Konto habe sich überdies auch Geld der Beklagten befunden. Jedenfalls hätte auch diese Zuwendung die Pflege des Erblassers kompensieren sollen. Die Klägerin ist weiter der Ansicht, das Landgericht habe den Leihvertrag über das Haus T3 nicht ergänzend dahin auslegen dürfen, dass die Klägerin die von ihr verbrauchten Energiekosten selbst zu tragen habe. Denn das Landgericht habe nicht festgestellt, dass derartige Kosten von den Beklagten überhaupt getragen worden seien. Die Klägerin habe auch einen Anspruch auf Erstattung der vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Hier habe das Landgericht seine Hinweispflicht verletzt, anderenfalls hätte die Klägerin die Urkunden Bl. 290-314 d.A. zum Nachweis der anwaltlichen Tätigkeit bereits in erster Instanz vorgelegt. Mit Schriftsätzen vom 26.09.2016 und 07.12.2016 macht die Klägerin hilfsweise Zurückbehaltungsrechte geltend.

Die Klägerin beantragt, 61

das am 10.12.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg (I-4 O 283/15) einschließlich des ihm zugrundeliegenden Verfahrens, soweit zum Nachteil der Klägerin erkannt, teilweise aufzuheben und die Sache an das Landgericht Arnsberg zurückzuverweisen, 62

hilfsweise das am 10.12.2015 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Arnsberg (I-4 O 283/15) teilweise, nämlich soweit zum Nachteil der Klägerin, abzuändern und die Beklagten insgesamt nach dem erstinstanzlichen Schlussanträgen der Klägerin zu verurteilen. 63

Die Beklagten beantragen, 64

die Berufung zurückzuweisen. 65

Sie verteidigen das angefochtene Urteil unter Aufrechterhaltung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Die Beklagten sind der Ansicht, eine Verletzung rechtlichen Gehörs liege nicht vor. Der Schriftsatz vom 01.12.2015 sei dem Klägervertreter am selben Tag per Mail übermittelt worden. Sie rügen das neue Vorbringen zu der Zahlung der 20.000 € durch die Mutter des Erblassers als verspätet. Die Beklagten bestreiten, dass die Klägerin die von ihr dargelegten Pflegeleistungen erbracht hat und behaupten unter näherer Darlegung der Aktivitäten des Erblassers, dieser habe ein „normales Rentnerleben“ geführt und sei nicht pflege- oder hilfsbedürftig gewesen. Im Haushalt des Erblassers und der Klägerin sei zudem immer eine Putzfrau tätig gewesen. Die Beklagten behaupten weiter, auch sie seien bereit gewesen, dem Erblasser eine Niere zu spenden, was dieser aber aus unterschiedlichen Gründen abgelehnt habe. Die Klägerin habe seit der Eheschließung mit dem Erblasser auf einem sehr hohen finanziellen Level gelebt.	66
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört. Wegen des Inhalts wird auf den Berichterstattevermerk vom 07.03.2017 Bezug genommen.	67
Die Akten 02 O 54/16 und 02 O 337/15 (beide Landgericht Arnsberg) sowie 2 U 802/16 (OLG Koblenz) – diese in Auszügen - waren zu Informationszwecken beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	68
In dem Verfahren 02 O 54/16 (Landgericht Arnsberg) haben die hiesigen Beklagten Klage gegen die hiesige Klägerin erhoben, mit der sie die Herausgabe der Eigentumswohnung in M/Rhein und die Rückzahlung des von der Klägerin vereinnahmten Guthabens des Termingeldkontos verlangen. In diesem Verfahren ist noch nicht streitig verhandelt worden.	69
II.	70
Die Berufung ist zulässig, sie ist insbesondere gem. § 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthaft und in der gesetzlichen Form (§ 519 ZPO) und Frist (§§ 517, 520 ZPO) eingelegt und begründet worden.	71
In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.	72
Eine Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Gericht des ersten Rechtszugs kam nicht in Betracht, weil die Voraussetzungen des § 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO nicht erfüllt sind. Der Hauptantrag der Berufung war daher zurückzuweisen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird der Hauptantrag der Berufung nach dem Hilfsantrag der Berufung behandelt.	73
Auf den Hilfsantrag der Berufung war das angefochtene Urteil teilweise abzuändern. Denn die zulässige Klage ist begründet, soweit die Klägerin die Feststellung begehrt, dass den Beklagten ein Anspruch auf Herausgabe des Grundbesitzes in M/Rhein nicht zusteht. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen, weshalb der Hilfsantrag der Berufung im Übrigen zurückzuweisen war. Das angefochtene Urteil beruht insoweit weder auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung, § 513 Abs. 1 ZPO.	74
1. Klageantrag zu 6.	75
a)	76
	77

Die negative Feststellungsklage ist zulässig. Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse der Klägerin ist nicht dadurch entfallen, dass die Beklagten zwischenzeitlich vor dem Landgericht Arnsberg eine Leistungsklage auf Herausgabe des Grundbesitzes in M/Rhein und des von dem Termingeldkonto bei der Volksbank entnommenen Guthabens erhoben haben. Das Feststellungsinteresse besteht so lange fort, bis über die Leistungsklage streitig verhandelt wurde, diese also gem. § 269 Abs. 1 BGB nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 256 Rn. 7d (m.w.N.)). In dem Verfahren vor dem Landgericht Arnsberg (02 O 54/16) wurde bislang nicht streitig verhandelt.

b) (*Eigentumswohnung in M/Rhein*)

78

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Feststellung, dass den Beklagten der mit dem Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 30.07.2015 – und nunmehr auch im Wege der Leistungsklage vor dem Landgericht Arnsberg – geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der Eigentumswohnung in M/Rhein nicht zusteht. Denn ein Herausgabeanspruch der Beklagten aus §§ 2287, 812 ff BGB ist nicht gegeben. 79

Bei dem Schenkungsvertrag vom 21.12.2001 handelt sich um eine Schenkung zu Lebzeiten des Erblassers, die auch durch Eintragung der Klägerin im Grundbuch vollzogen wurde. Da die erbrechtliche Bindung des § 2271 Abs. 2 BGB sich nur auf letztwillige Verfügungen auswirkt, kann der überlebende Ehegatte durch Rechtsgeschäft unter Lebenden weiterhin über sein Vermögen uneingeschränkt verfügen (§ 2286 BGB in entsprechender Anwendung). Lebzeitige, den Nachlass schmälernde Verfügungen sind auch nach dem Tod des Erblassers weiterhin wirksam. Allerdings findet § 2287 BGB auf diese Verfügungen entsprechende Anwendung (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl., § 2271 Rn. 10). Hat der Erblasser in der Absicht, den Schlusserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Schlusserbe nach § 2287 Abs. 1 BGB von dem Beschenkten Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist. 80

Vorliegend sind die Voraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB nicht erfüllt. Es fehlt bereits an einer objektiven Beeinträchtigung der Beklagten als Schlusserben. Jedenfalls lässt sich nicht feststellen, dass der Erblasser die Schenkung ohne ein rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse getätigt hat. 81

aa) 82

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 2287 Abs. 1 BGB ist eine objektive Beeinträchtigung erforderlich (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2287 Rn. 5), weil der Schutz des Schlusserben nicht weiter reicht als die erbrechtliche Bindung des § 2271 Abs. 2 BGB. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass es an einer objektiven Beeinträchtigung fehlt, wenn der Erblasser seine wechselbezügliche Verfügung hätte anfechten können und innerhalb der laufenden Anfechtungsfrist zum Nachteil des Schlusserben Vermögen verschenkt, auch wenn der Erblasser letztlich nicht anfechtet (vgl. BGH, ZEV 2006, 505). Nach § 2079 BGB, der auf erbrechtliche Verfügungen i.S.v. § 2271 BGB entsprechend anwendbar ist (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2271 Rn. 28), kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, der erst nach der Errichtung der Verfügung - z.B. durch Wiederverheiratung - pflichtteilsberechtigt worden ist. Auch eine Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten, die wertmäßig dessen Pflichtteil entspricht, beeinträchtigt den Schlusserben nicht, weil er später diesen Pflichtteil vorab erfüllen müsste 83

(vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O. § 2287 Rn. 5 (m.w.N.)).

Vorliegend war die Klägerin zwar nicht Pflichtteilsberechtigte, denn sie hatte mit Erbvertrag vom 22.12.2001 auf ihre Pflichtteilsansprüche verzichtet. Insoweit ist aber zu sehen, dass dieser Vertrag in unmittelbarem Zusammenhang mit dem notariellen Testament des Erblassers vom 22.12.2001 steht. In dem Erbvertrag wird in Zusammenhang mit dem Pflichtteilsverzicht ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass der Erblasser eine Erbfolgeregelung in einem gesonderten Testament treffen wird (IV.(3)). Ebenso wird in dem notariellen Testament auf den Pflichtteilsverzicht der Klägerin Bezug genommen (IV.2). Die Beurkundung des Erbvertrags und des Testaments des Erblassers erfolgte zudem vor demselben Notar. Diese Umstände sprechen dafür, dass der Pflichtteilsverzicht von der Klägerin in Ansehung der zu ihren Gunsten von dem Erblasser in dem notariellen Testament getroffenen Verfügungen erklärt worden ist, die sich nunmehr als unwirksam erweisen. Hätten der Erblasser und die Klägerin - entgegen der Vorbemerkung in dem Testament vom 22.12.2001 - gewusst, dass der Erblasser in seiner Testierfreiheit beschränkt war, so wäre auch der Pflichtteilsverzicht in dieser Form mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht erklärt worden, mit der Folge, dass dem Erblasser mit der Eheschließung am 28.12.2001 ein Anfechtungsrecht zugestanden hätte. Zudem wurde auch der Schenkungsvertrag über die Eigentumswohnung in M/Rhein am 22.12.2001 vor demselben Notar beurkundet, was nahelegt, dass auch dieser Vertrag in einer Wechselbezüglichkeit zu dem Erbvertrag steht und dass der – die Beklagten letztlich begünstigende - Pflichtteilsverzicht der Klägerin ohne die Schenkung nicht erklärt worden wäre.

84

Vor dem Hintergrund dieser Gesamtbetrachtung lässt sich eine schon objektive Beeinträchtigung der Beklagten durch die Schenkung nicht feststellen.

85

bb)

86

Überdies lässt sich auch nicht feststellen, dass die Schenkung ohne ein rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers erfolgt ist. Dies geht zu Lasten der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten.

87

Da die von § 2287 Abs. 1 BGB geforderte Beeinträchtigungsabsicht mit der Absicht, den Beschenkten zu begünstigen, meist untrennbar verbunden ist, wäre sie von Ausnahmefällen abgesehen praktisch immer gegeben. Dennoch greift die Vorschrift nicht zwangsläufig bei jeder Schenkung ein. Erforderlich ist, dass der Erblasser das ihm verbliebene Recht zu lebzeitigen Verfügungen missbraucht hat. Dies ist im Rahmen einer Missbrauchsprüfung festzustellen, bei der aus objektiven Kriterien Rückschlüsse auf die subjektive Einstellung des Erblassers gezogen werden. Für dieses zusätzliche (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal ist durch eine Gesamtabwägung der Interessen nach objektiven Kriterien eine Abgrenzung zwischen Missbrauch und einer Fallgestaltung vorzunehmen, bei der ein Vertragserbe schutzlos bleibt. Entscheidend ist, ob die Schenkung ihrem Gehalt nach auf eine Korrektur des gemeinschaftlichen Testaments angelegt ist oder ob der Erblasser an der Schenkung ein aner kennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse hatte (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2287 Rn. 6 (m.w.N.)).

88

Ein lebzeitiges Eigeninteresse ist anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der testamentarischen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint. Dabei kommt den Gründen, die den Erblasser zur Verfügung bestimmt haben, ausschlaggebende Bedeutung zu. Entscheidend ist, ob diese Gründe ihrer Art nach so sind, dass der durch gemeinschaftliches Testament bindend bedachte Erbe sie anerkennen und

89

deswegen die aus der Schenkung sich ergebende Benachteiligung hinnehmen muss. Bejaht wird ein lebzeitiges Eigeninteresse bei der Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung des Erblassers aufgrund von besonderen Leistungen, Opfern oder Versorgungszusagen, die der Beschenkte für den Erblasser erbracht hat (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2287 Rn. 6 f (m.w.N.)). Auch das Bemühen des Erblassers, seine Altersversorgung und Pflege zu sichern oder zu verbessern ist ein anerkennungswürdiges Eigeninteresse (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 207). Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn der Erblasser durch seine Schenkung nur seiner Zuneigung zum Beschenkten Ausdruck verleihen möchte.

Beweispflichtig für die Schenkung ohne rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse ist der Vertrags- bzw. Schlusserbe (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 207). Der Beschenkte muss allerdings zunächst schlüssig Umstände darlegen, die für ein solches Interesse sprechen (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2287 Rn. 9). 90

Die Klägerin hat detailliert vorgetragen und durch Vorlage von Krankenunterlagen teilweise belegt, dass das Leben des Erblassers seit 1991 durch kardiale und renale Erkrankungen bestimmt war und dass der Erblasser sich die zukünftige Unterstützung und Pflege durch die Klägerin habe sichern wollen. Es ist insoweit unstreitig, dass dem Erblasser 1991 ein Herz transplantiert wurde. Dass er zudem seit 1993 an einer Niereninsuffizienz litt, ergibt sich aus den von der Klägerin in erster Instanz vorgelegten Krankenunterlagen. Auch ergibt sich aus diesen Unterlagen, dass nach der Herztransplantation wiederholt die Herzkranzgefäße erweitert werden mussten. Zudem ist unstreitig, dass im Januar 2001 eine Herzklappenrekonstruktion durchgeführt wurde. In Anbetracht dieser Umstände erscheint es gut nachvollziehbar, dass dem medizinisch versierten Erblasser zum hier maßgeblichen Zeitpunkt der Schenkung im Dezember 2001 bewusst war, dass sich sein Gesundheitszustand in Zukunft nicht verbessern, sondern nur verschlechtern würde, auch wenn er zu diesem Zeitpunkt noch voll berufstätig gewesen ist. Es erscheint daher naheliegend, dass der damals 57 Jahre alte Erblasser bei Abschluss des Schenkungsvertrages die Vorstellung hatte, dass die damals fast 38 Jahre junge Klägerin, die zudem approbierte Krankenschwester war, ihn künftig unterstützen und ggf. pflegen würde und dass er sie mit der Schenkung an sich binden wollte. Für einen derartigen Bindungswillen spricht zudem nach Auffassung des Senats, dass die Schenkung durch eine mögliche Ehescheidung auflösend bedingt war. 91

Dem steht nicht entgegen, dass die Schenkung gemäß § 3 des notariellen Vertrages mit keiner Auflage für die Klägerin verbunden war. Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an einer Schenkung kann auch dann vorliegen kann, wenn der Beschenkte ohne rechtliche Bindung Leistungen etwa zur Betreuung im weiteren Sinne übernimmt, tatsächlich erbringt und auch in der Zukunft vornehmen will. Die Übernahme einer rechtlichen Verpflichtung zu Gegenleistungen durch den Beschenkten ist nicht erforderlich und würde zudem dazu führen, dass es sich bereits nicht mehr um eine Schenkung i.S. des § 2287 Abs. 1 BGB handelt (vgl. BGH, NJW-RR 2012, 207). 92

Die Beklagten haben gegen das von der Klägerin plausibel dargelegte Eigeninteresse und für eine Benachteiligungsabsicht des Erblassers nichts Erhebliches vorgebracht. Darauf, ob in den Folgejahren tatsächlich die von der Klägerin behaupteten Pflege- und Unterstützungsleistungen erbracht worden sind, kommt es nicht an. Im Übrigen haben die Beklagten lediglich pauschal behauptet, der Schenkungsvertrag sei „offensichtlich“ erfolgt, um die Klägerin und ihren Sohn abzusichern. 93

c) (Termingeldkonto) 94

Die Klägerin hat hingegen keinen Anspruch auf Feststellung, dass den Beklagten der mit anwaltlichem Schreiben vom 30.07.2015 geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe des von dem Termingeldkonto entnommenen Guthabens nicht zusteht. Denn diesbezüglich haben die Beklagten einen Herausgabeanspruch gegen die Klägerin aus §§ 2287, 812 ff BGB.

Der Erblasser hat den die Beklagten benachteiligenden Vertrag zugunsten der Klägerin mit der Volksbank ohne ein rechtfertigendes lebzeitiges Eigeninteresse geschlossen. 96

aa) 97

Dass es sich bei dem mit der Volksbank geschlossenen Vertrag zugunsten der Klägerin um eine Schenkung des Erblassers handelt, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Die Vorschrift des § 2287 BGB findet – entgegen der Ansicht der Klägerin – auch auf den Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1975 – IV ZR 138/74 -, NJW 1976, 749; OLG Köln, ErbR 2015, 32). Für das Eingreifen der Vorschrift kommt es zudem nicht darauf an, ob das auf dem Konto befindliche Guthaben bereits zum Zeitpunkt des Todes der ersten Ehefrau des Erblassers auf dem Konto vorhanden war. Bezieht sich die wechselbezügliche Verfügung in einem Ehegattentestament – wie hier – auf das gesamte Vermögen des Ehegatten, dann wird durch die Bindungswirkung nicht nur das Vermögen im Zeitpunkt des ersten Erbfalls erfasst, sondern auch das Vermögen, das der Überlebende nachträglich unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt (vgl. Münchener Kommentar/Musielak, BGB, 7. Aufl., § 2271 Rn. 15 (m.w.N.)). 98

bb) 99

Durch die Zuwendung an die Klägerin werden die Beklagten als Schlusserben objektiv benachteiligt, denn der Nachlass des Erblassers wird um das auf dem Konto befindliche Guthaben geschmälert. Die hinsichtlich der Schenkung der Eigentumswohnung in M angestellten Überlegungen sind auf die erst Jahre später erfolgte Zuwendung des Termingeldes nicht übertragbar. 100

cc) 101

Die Benachteiligungsabsicht des Erblassers lässt sich ebenfalls annehmen. Hierfür genügt es, dass der Erblasser weiß, dass er durch die unentgeltliche Weitergabe das Erbe schmälert. 102

dd) 103

Die Schenkung erfolgte schließlich missbräuchlich. Die anhand objektiver Kriterien vorzunehmende Interessenabwägung führt dazu, dass die Schenkung ihrem Gehalt nach auf eine Korrektur des gemeinschaftlichen Ehegattentestaments vom 20.03.1995 angelegt war, wobei es einer abschließenden Aufklärung von Art und Umfang der von der Klägerin erbrachten Pflege- und Unterstützungsleistungen im Zusammenhang mit der Erkrankung des Erblassers in diesem Zusammenhang nicht bedarf. 104

Die Klägerin hat wiederum Umstände dargelegt, die ein aner kennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers begründen können, nämlich die (streitige) jahrelange Pflege und Unterstützung, für die der Erblasser die Klägerin belohnen wollte, sowie die (unstreitige) Nierenspende, die ohne Zweifel eine Verbesserung des gesundheitlichen Zustandes des Erblassers und seiner Lebensqualität bewirkte. 105

Zugleich trägt die Klägerin aber auch Umstände vor, die für eine missbräuchliche Zuwendung des Erblassers sprechen. Dem eigenen Vorbringen der Klägerin lässt sich zudem entnehmen, dass diese Umstände für den Erblasser bei der Zuwendung bestimmend waren. Sowohl in erster Instanz als auch in zweiter Instanz hat die Klägerin schriftsätzlich ausgeführt, der Vertrag mit der Volksbank habe ihrer Absicherung gedient und sei dem Erblasser von seinem Rechtsanwalt und von seinem Steuerberater so empfohlen worden. Letzteres hat die Klägerin auch anlässlich ihrer persönlichen Anhörung durch den Senat erklärt. Sie hat ausgeführt, der Erblasser habe zu ihr gesagt, dass er nun doch länger gelebt habe als er gedacht hätte und dass die Klägerin jetzt „ohne alles dastehen würde“. Durch die Reduzierung ihrer Arbeitsstelle sei ihre Altersversorgung geschrumpft. Die Übertragung des Termingeldkontos habe für ihre Versorgung sein sollen. Das habe der Erblasser ihr auch so gesagt. 106

Diese Äußerungen des Erblassers belegen, dass er mit der Zuwendung vorrangig die Klägerin versorgen und im Alter absichern wollte, mithin nicht im eigenen Interesse sondern überwiegend im Fremdinteresse der Klägerin handelte. Dabei verkennt der Senat nicht, dass die Arbeitszeitreduzierung mit der Folge der Verringerung der gesetzlichen Altersversorgung nach dem Vortrag der Klägerin allein aus dem Grund erfolgt ist, um die zeitintensive Pflege des Erblassers erbringen zu können. 107

Hinzu kommt der situative Kontext, in den die Zuwendung eingebettet ist. Der Erblasser schloss den Vertrag mit der Volksbank einen Tag nach einem stationären Aufenthalt in der Uniklinik F. Nach einer Blasenhalssengen-Resektion war es zu einer Störung der Nierenfunktion gekommen. Der vorläufige Arztbericht vom 11.02.2015 wies zudem (erneut) die Diagnose eines Adenokarzinoms der Prostata aus. Diese Umstände sprechen dafür, dass die Zuwendung des Termingeldes an die Klägerin unter dem Eindruck der Verschlechterung seines Gesundheitszustandes erfolgte und dass der Erblasser sich vor diesem Hintergrund erkennbar damit auseinandergesetzt hat, wie sein Vermögen nach seinem Tod verteilt werden soll. Hierfür spricht auch, dass der Erblasser bereits zuvor im Zusammenhang mit einer Herz-OP am 18.11.2015 ein neues Testament errichtet und am 07.02.2015 ergänzt hatte. Eine derartige Motivation des Erblassers läuft allerdings auf ein Handeln überwiegend zur Korrektur der inzwischen nicht mehr gewünschten Schlusserbeneinsetzung aus dem gemeinschaftlichen Testament hinaus (vgl. zu einem ähnlichen Fall: OLG Köln, ErbR 2015, 32). 108

Schließlich ist hier zu berücksichtigen, dass die Schenkung wirtschaftlich nicht den Erblasser traf, sondern seine Erben. Angesichts der vom Erblasser gewählten Vertragskonstruktion (Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall) hat der Erblasser sein Vermögen zu Lebzeiten selbst noch nicht entbehrt. Dies rechtfertigt es, von ihm eine größere Zurückhaltung zu verlangen (Münchener Kommentar/Musielak, a.a.O., § 2287 Rn. 16). 109

ee) 110

Soweit die Klägerin behauptet, auf dem Termingeldkonto sei auch ihr eigenes Geld gewesen, handelt es sich um neues Vorbringen, für dessen Zulassung in der Berufungsinstanz keine Gründe erkennbar sind (§ 531 Abs. 2 ZPO). Solche werden von der Klägerin auch nicht vorgetragen. 111

ff) 112

Die Berufung der Klägerin auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen angeblicher Zahlungsansprüche gegen die Beklagten geht angesichts der vorliegenden negativen 113

Feststellungsklage ins Leere.

2.	<i>Klageantrag zu 1.</i>	114
	Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Übertragung des Eigentums an dem im Wege der Parzellierung zu bildenden Grundstück T2 in X aus §§ 2174, 2147, 1939 BGB.	115
	a)	116
	Zwar hat der Erblasser der Klägerin die streitgegenständliche Immobilie mit letztwilliger Verfügung vom 18.11.2014 vermacht. Dieses Vermächtnis ist jedoch unwirksam, weil der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung vom 18.11.2014 durch das gemeinschaftliche Testament vom 23.03.1995 in seiner Testierfreiheit beschränkt war und die Rechte der Beklagten als Schlusserben durch das Vermächtnis beeinträchtigt werden.	117
	aa)	118
	In dem eigenhändigen Testament vom 18.11.2014, gegen dessen formwirksame Errichtung keine Bedenken bestehen (§§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB), hat der Erblasser verfügt, dass die Klägerin das Mietshaus T2 erhalten solle. Hierin liegt ein Vermächtnis i.S.v. § 1939 BGB, was der Erblasser mit der „Ergänzung“ vom 07.02.2015 auch ausdrücklich klargestellt hat. Mit diesem Vermächtnis beschwert sind die Beklagten als Erben (§ 2147 S. 2 BGB).	119
	bb)	120
	Der Erblasser war zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung vom 18.11.2014 in seiner Testierfähigkeit beschränkt. Er konnte nach dem Tod seiner Ehefrau die in dem gemeinschaftlichen Testament vom 20.03.1995 getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen, zu denen die Schlusserbeneinsetzung der Beklagten zählt, nicht mehr einseitig widerrufen, § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB.	121
	In dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 20.03.1995, an dessen formgültiger Errichtung keine Zweifel bestehen, haben sich der Erblasser und seine erste Ehefrau gegenseitig zu Erben berufen und ihre gemeinsamen Kinder (die Beklagten) zu Erben des Längstlebenden eingesetzt. Der Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments lässt mangels ausdrücklicher Anordnung die Wechselbezüglichkeit offen. Nach der allgemeinen Auslegungsvorschrift des § 133 BGB ist daher zu prüfen, ob die Schlusserbeneinsetzung der Kinder nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Ehegatten wechselbezüglich sein sollte. Hierzu muss der gesamte Inhalt der Erklärungen gewürdigt werden, einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher, die außerhalb der Testamentsurkunde lagen. Auch die allgemeine Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 76. Aufl., § 2270 Rn 4 ff.).	122
	Danach ist die Wechselbezüglichkeit zwischen der Schlusserbeneinsetzung der Beklagten durch den Erblasser und der Alleinerbeneinsetzung des Erblassers durch seine erste Ehefrau hier zu bejahen. Dabei ist zu sehen, dass die Ehegatten alle drei Kinder, mit denen sie verwandt waren, hinsichtlich des Nachlasses des Erstversterbenden enterbt und (nur) hinsichtlich des Nachlasses des Überlebenden zu Erben bestimmt haben. Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist daher nach der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB anzunehmen, dass die Ehegatten sich gegenseitig nur deshalb als Erben des Erstversterbenden eingesetzt haben, weil der Überlebende seinerseits die gemeinsamen	123

Kinder als Schlusserben berufen hat (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 07.12.2010 – 15 Wx 44/10 –, FamRZ 2011, 1333).

Anhaltspunkte dafür, dass dem Längstlebenden ausnahmsweise eine Änderung vorbehalten bleiben sollte, ergeben sich weder aus dem Wortlaut des Testaments noch aus dem Vortrag der Klägerin. Insbesondere gibt es keinen Erfahrungssatz dahin, dass in den Fällen, in denen Eltern ihre gemeinschaftlichen Kinder zu Schlusserben bestimmen, es ihrem gemeinschaftlichen Willen entspricht, dass der überlebende Elternteil zu einer Änderung des Testaments berechtigt sein sollte, wenn es - wie hier angedeutet wird - nach dem Tod des zuerst versterbenden Ehegatten zu Familienstreitigkeiten kommt (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 27.09.2001 – 15 W 88/01 –, FamRZ 2002, 777). 124

cc) 125

Hat ein durch die erbrechtliche Bindung nach § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB in seiner Testierfreiheit beschränkter Ehegatte neue Verfügungen von Todes wegen ohne wirksamen förmlichen Widerruf der früheren getroffen, so sind diese Verfügungen insoweit unwirksam, als die Rechte des durch eine wechselbezügliche Verfügung Bedachten beeinträchtigen würden. Eine Beeinträchtigung ist anzunehmen, wenn – wie hier - der durch eine wechselbezügliche Verfügung Bedachte mit einem Vermächtnis beschwert wird (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl., § 2271 Rn. 14 (m.w.N.)), wobei selbst für solche Vermächtnisse keine Ausnahme zu machen ist, durch die eine sittliche Pflicht erfüllt oder langjährige Dienstleistungen belohnt werden (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.1977 – IV ZR 165/76 –, NJW 1978, 423). 126

b) 127

Eine Umdeutung der unwirksamen Verfügung von Todes wegen in ein wirksames Rechtsgeschäft unter Lebenden gem. § 140 BGB (vgl. zu dieser Möglichkeit: BGH Urteil vom 30.11.1977 – IV ZR 165/76 –, NJW 1978, 423) ist hier nicht möglich. 128

Dem in dem unwirksamen Vermächtnis zum Ausdruck kommenden Willen des Erblassers wäre durch ein Schenkungsversprechen unter Lebenden Rechnung getragen, welches unter der Bedingung steht, dass die Klägerin den Erblasser überlebt. Auf ein solches Schenkungsversprechen findet § 2301 BGB Anwendung. Nach § 2301 Abs. 1 BGB finden auf ein Schenkungsversprechen von Todes wegen die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung mit der Folge, dass das lebzeitige Schenkungsversprechen wiederum als Vermächtnis zu behandeln wäre, welches wegen der Bindungswirkung des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam wäre. 129

Etwas anderes ließe sich nur dann annehmen, wenn der Erblasser die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes noch zu Lebzeiten vollzogen hätte. Dann wären gem. § 2301 Abs. 2 BGB die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden anwendbar. Vorliegend fehlt es jedoch an einem Schenkungsvollzug zu Lebzeiten. 130

Für den Vollzug ist es ausreichend aber auch erforderlich, dass der Schenker seinen Zuwendungswillen bereits in entsprechendem Umfang in die Tat umgesetzt hat und bereits zu Lebzeiten alles getan hat, was von seiner Seite zur Vermögensverschiebung erforderlich ist, so dass diese ohne sein Zutun eintreten kann. Der Bedachte muss also bereits eine solche Rechtsposition erreicht haben, dass sie ohne weiteres Zutun des Schenkers mit oder nach dessen Tod zur vollen Inhaberschaft des Rechts führt. Es genügt, dass für den Berechtigten ein Anwartschaftsrecht begründet wird, das sich bei Eintritt der Bedingung zwangsläufig zu einem Vollrecht entwickelt. Bei Grundbesitz reicht hierzu aber weder eine 131

erklärte Auflassung noch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Erforderlich ist vielmehr, dass noch zu Lebzeiten des Schenkers die Auflassung und die Bewilligung und Beantragung der Eigentumsumschreibung erfolgt sind (vgl. Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2301 Rn. 10).

Daran fehlt es hier. Aus dem Antrag der Klägerin ergibt sich sogar, dass das beanspruchte Grundstück erst noch durch Parzellierung geschaffen werden müsste. 132

3. Klageantrag zu 4. 133

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Einräumung eines dinglichen Wohnungsrechts an der Parterrewohnung T2 in X aus §§ 2174, 2147, 1939 BGB. 134

Das hierauf gerichtete Vermächtnis in dem notariellen Testament des Erblassers vom 22.12.2001, welches dieser nach dem Tod seiner ersten Ehefrau errichtet hat, ist aus denselben Gründen unwirksam wie das Vermächtnis des Grundbesitzes T2 in X (Klageantrag zu 1.). 135

Zudem kommt auch hier eine Umdeutung in ein wirksames Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht in Betracht (§ 140 BGB), weil es auch insoweit an einem hinreichenden Vollzug zu Lebzeiten fehlt (§ 2301 Abs. 1 BGB). Als dingliches Recht entsteht das Wohnungsrecht gem. § 873 BGB durch Einigung und Eintragung im Grundbuch. 136

4. Klageantrag zu 2. 137

Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagten auf Ersatz der von ihr aufgewendeten Beerdigungskosten aus § 1968 BGB. 138

Zwar erscheint die Annahme des Landgerichts, der Anspruch sei durch die Zahlung der Mutter des Erblassers gem. § 267 BGB erloschen, zweifelhaft. Denn das Landgericht hat zu dem für eine schuldbefreiende Drittleistung erforderlichen Fremdtilgungswillen keine Feststellungen getroffen (vgl. BGH, BGHReport 2003, 885; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 267 Rn. 3). 139

Ein Ersatzanspruch der Klägerin scheitert aber daran, dass diese keine Aufwendungen getätigt hat. 140

§ 1968 BGB gibt dem Totenfürsorgeberechtigten, der die Bestattung veranlasst, einen Anspruch gegen die Erben auf Erstattung verauslagter Beerdigungskosten. Der Sache nach handelt es sich um einen Aufwendungsersatzanspruch. Aufwendungen sind Opfer aus dem Vermögen des Beauftragten, die dieser im Rahmen der Ausführung des Auftrags - hier für die Durchführung der Beerdigung - auf sich nimmt (vgl. Palandt/Sprau, a.a.O., § 670 Rn. 3 (m.w.N.)). 141

Die Mutter des Erblassers hat der Klägerin nach Durchführung der Beerdigung und zu einem Zeitpunkt, als der Klägerin die Rechnungen über die Beerdigungskosten überwiegend bereits vorlagen - jedoch noch nicht beglichen waren - einen Betrag von 20.000 € mit dem Verwendungszweck „Übernahme Bestattungskosten“ zugewendet (Wertstellung am 18.03.2015). Damit hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie die von der Klägerin eingegangenen Verbindlichkeiten übernehmen wolle, indem sie der Klägerin das Geld für die Begleichung der Rechnungen - zweckgebunden - zur Verfügung stellt. Dann fehlt es aber an einem Vermögensopfer der Klägerin bei der anschließenden Begleichung der Rechnungen aus dem zur Verfügung gestellten Betrag. So lässt sich dem von der Klägerin vorgelegten 142

Kontoauszug vom 12.06.2015 ersehen, dass die Klägerin nach Wertstellung der 20.000 € die Rechnung an des Bestattungsunternehmens beglichen hat (Bl. 281 d.A.). Auch die übrigen Rechnungen wurden erst nach dem 18.03.2015 von der Klägerin beglichen, was sich den Vermerken auf der jeweiligen Rechnung entnehmen lässt (Anl. K 25- K30).

In der Berufungsinstanz behauptet die Klägerin erstmals, die Mutter des Erblassers habe ihr mit der Zahlung der 20.000 € eine finanzielle Anerkennung für die Leistungen der Klägerin bei der Pflege des Erblassers zukommen lassen wollen. Den Verwendungszweck „Übernahme Bestattungskosten“ habe die Mutter des Erblassers nur deshalb vermerkt, weil ihr ein Steuerberater dies angeraten habe. 143

Ungeachtet der Tatsache, dass dieses - von den Beklagten bestrittene - Vorbringen wenig plausibel erscheint, ist es jedenfalls neu und es sind keine Gründe ersichtlich, die eine Zulassung in der Berufungsinstanz rechtfertigen würden (§ 531 Abs. 2 ZPO). Insbesondere hat das Landgericht seine Hinweispflichten nicht verletzt und es liegt auch keine Verletzung rechtlichen Gehörs in der Zurückweisung des in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht von dem Klägervertreter gestellten auf Schriftsatznachlass. 144

Die Beklagten haben die streitgegenständliche Überweisung und deren Zweckbestimmung mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 12.11.2015 in das Verfahren eingeführt und dem Schriftsatz eine Bestätigung der L-sparkasse L3 über die Ausführung der Überweisung beigelegt. In dem nachfolgenden Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 01.12.2015 hätte die Klägerin Gelegenheit gehabt, zu der Überweisung Stellung zu nehmen, was sie jedoch nicht getan hat. Hierauf hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten mit Schriftsatz vom 01.12.2015 hingewiesen, in dem es wörtlich heißt: „Bemerkenswerterweise setzen sich die Prozessbevollmächtigten der Klägerin nicht mit der Tatsache auseinander, dass die Klägerin von der Mutter ihres verstorbenen Ehemannes zur Bestreitung der Beerdigungskosten (...) einen Betrag von 20.000 € erhalten hat.“ Obwohl dieser Schriftsatz dem Klägervertreter – was er auf Nachfrage des Senats ausdrücklich bestätigt hat - am 01.12.2015 per Fax zugegangen ist, hat die Klägerin auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 10.12.2015, in der sie persönlich anwesend war, keine Stellungnahme hierzu abgegeben. Angesichts dieses Verlaufs bedurfte es weder eines weiteren Hinweises durch das Landgericht noch einer weiteren Frist zur Stellungnahme für die Klägerin, zumal es sich um einen überschaubaren Sachverhalt handelte und um Tatsachen, die der eigenen Wahrnehmung der Klägerin unterlagen, zu denen sich die Klägerin mithin ohne weitere Nachforschungen hätte äußern können. 145

5. Klageantrag zu 3. 146

Die Klägerin hat keinen über den von dem Landgericht bereits zugesprochenen Anspruch hinausgehenden Anspruch auf Feststellung, dass sie nicht verpflichtet ist, Energiekosten für die Immobilie T3 in X an die Beklagten zu zahlen. 147

Das Landgericht hat das in dem notariellen Testament vom 21.12.2001 enthaltene, wegen der Beschränkung des Erblassers in seiner Testierfreiheit unwirksame Vermächtnis eines Wohnrechts für die Dauer von einem Jahr an der Immobilie T3 in X in einen wirksamen Leihvertrag umgedeutet. Insoweit hat keine der Parteien das Urteil angegriffen. 148

Die weitere Feststellung des Landgerichts, die Klägerin habe ihre Energiekosten während der Dauer des Leihvertrages selbst zu tragen und den Beklagten stehe insoweit ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegen die Klägerin zu, ist nicht zu beanstanden. Nach § 598 BGB trifft den Verleiher nur die Pflicht zur (unentgeltlichen) Gebrauchsüberlassung. Die 149

Versorgung mit Wasser, Strom und Gas stellt – ebenso wie im Mietrecht - keine vertraglich geschuldete Leistung des Verleihers dar. Nach § 601 Abs. 1 BGB hat der Entleiher sogar die gewöhnlichen Erhaltungskosten der Sache zu tragen, so dass kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich ist, wieso die Beklagten für die verbrauchsabhängigen Kosten der Klägerin (Strom, Gas, Wasser) aufkommen sollten.	
Soweit die Klägerin mit der Berufung gerügt hat, das Landgericht habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Beklagten überhaupt Energiekosten gezahlt hätten, haben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat übereinstimmend angegeben, dass die Beklagten jedenfalls die Kosten für Wasser und Abwasser, welche die Klägerin zu den „Energiekosten“ rechnet, seit dem Tod des Erblassers gezahlt haben.	150
6. Klageantrag zu 5.	151
Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erstattung der ihr entstandenen vorgerichtlichen Anwaltskosten aus § 280 Abs. 1 BGB oder §§ 280 Abs. 2, 286 BGB. Die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch sind nicht gegeben.	152
Die Rechtsverfolgung eigener Ansprüche und die Rechtsverteidigung der Klägerin gegen die von den Beklagten erhobenen Ansprüche sind überwiegend unbegründet, weshalb kein Grund dafür besteht, dass die Beklagten die Kosten der Klägerin für die Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe übernehmen müssten.	153
Soweit die negative Feststellungsklage der Klägerin teilweise Erfolg hat (Eigentumswohnung M/Rhein), ist weder von der Klägerin vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Prozessbevollmächtigte auf das anwaltliche Schreiben der Beklagten vom 30.07.2015 außerprozessual reagiert hat, bevor die eigene Klage unter dem 26.10.2015 um den Klageantrag zu 6 erweitert wurde. Allein die Entgegennahme des Schreibens löst noch keine Geschäftsgebühr aus. Dasselbe gilt im Hinblick auf das anwaltliche Schreiben vom 26.06.2015, mit dem die Beklagten eine Nutzungsentschädigung für das Haus T3 von der Klägerin forderten. Zu diesem Zeitpunkt war der Klägervertreter bereits außerprozessual mandatiert und das Schreiben der Beklagten stellte lediglich eine Reaktion auf sein eigenes Schreiben vom 22.06.2015 dar, mit dem die Klägerin unberechtigte Ansprüche gegen die Beklagten erhoben hatte.	154
Aus den in der Berufungsinstanz vorgelegten Unterlagen (Bl. 290 ff. d.A.) ergibt sich nichts Abweichendes.	155
7.	156
Das Verfahren im ersten Rechtszug leidet aus den dargestellten Gründen nicht an einem wesentlichen Mangel, auf Grund dessen eine umfangreiche oder aufwändige Beweisaufnahme notwendig ist (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), so dass der Hauptantrag der Berufung zurückzuweisen war.	157
8.	158
Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	159
Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, mit der nicht von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abgewichen wird und mit der auch keine Rechtsfortbildung verbunden ist.	160

