

---

**Datum:** 12.09.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 10. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 10 U 75/16  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2017:0912.10U75.16.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Hagen, 3 O 103/14  
**Schlagworte:** gemeinschaftliches Ehegattentestament, wechselbezügliche Verfügungen, Schenkung bei fehlendem lebzeitigen Eigeninteresse

**Normen:** BGB §§ 2287 Abs. 1, 2270 Abs. 1, 2271

**Leitsätze:**

1. Verfügungen, die im Wechselbezug stehen, müssen nicht zwingend zeitgleich in einer einheitlichen Urkunde getroffen werden. Sie können auch nacheinander in getrennten Urkunden niedergelegt werden. Allerdings muss in diesem Fall ein entsprechender Verknüpfungswille feststellbar sein, der sich aus den Urkunden zumindest andeutungsweise ergeben muss.

2. Auch ein langer Zeitraum von fast 40 Jahren, der zwischen den beiden Testamenten liegt, spricht nach den Gesamtumständen nicht entscheidend gegen die Annahme eines Verknüpfungswillens der Eheleute. Anhaltspunkte für eine nachträgliche Verknüpfung können sich etwa auch aus einer inhaltlichen Bezugnahme und einer gemeinsamen Verwahrung der Testamente ergeben.

3. Die Feststellung eines lebzeitigen Eigeninteresses erfordert eine umfassende Abwägung der Interessen im Einzelfall. Es kann fehlen, wenn der Erblasser Zuwendungen erheblicher Vermögenswerte in erster Linie auf Grund eines auf Korrektur der Verfügung von Todes wegen gerichteten Sinneswandels vornimmt.

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 17.08.2016 verkündete Schlussurteil des Landgerichts Hagen wie folgt abgeändert:

I.

Die Beklagte wird verurteilt, folgende Ansprüche, Fondsbeteiligungen, Genussrechte, Lebensversicherungen, Gesellschaftsbeteiligungen an den Kläger abzutreten bzw. zu übertragen:

1.

Die aufgrund des Abtretungsvertrages zwischen der Beklagten und dem verstorbenen U. Q. vom 16./18.01.2014 an die Beklagten abgetretenen Ansprüche gegen die Dr. T. und Co. GmbH aus dem zwischen dem verstorbenen U. Q. und der Dr. T. und Co. GmbH geschlossenen Exklusiv-Vertriebsvertrag bezüglich der „Ausziehhilfe für Strümpfe“,

2.

Beteiligung Fondsimmoblie Vancouver Rotterdam (Nennbetrag 10.000,- €),

3.

Beteiligung Immobilienfonds Brüssel mit staatlichem Mieter „Bundespolizei“ bei NIH Nordinvest W., V.-straße #, 00000 W., mit einem Anlagebetrag von 30.000,00 €,

4.

Inhaber-Teilvollschuldverschreibungen der Serie ENERTRAG Zins Plus 2016 Aktiengesellschaft, Gut L., 00000 L., ISIN DE000A1EWF71 mit einem Anlagebetrag von 30.000,00 € sowie ENERTRAG wie vor, Zins 2020, ISIN DE000A1KOMRO mit einem Anlagebetrag von ebenfalls 30.000,00 € mit Zeichnungsdatum 16.03.2011 bzw. 12.10.2011,

5.

Genussrechte an O. regenerative Energien mit einem Nennbetrag von 50.000,- €, abgeschlossen am 16.07.2010,

6.

Fondsanteil an der im Handelsregister Berlin unter HRA 18935 eingetragenen Kommanditbeteiligung bei F.-straße \* R. Grundverwaltungs-GmbH & Co. KG, c/o Y., Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, J.-straße##, 00000 Berlin mit einem Nennbetrag von 25.564,59 €,

7.

Beteiligung an der HIH Globalinvest 05-HIH Global Immobilien GmbH & Co. KG Österreich KG, c/o HIH Hamburgische Immobilienhandlung GmbH mit einem Zeichnungsbetrag von 45.000,00 €,

8.

Lebensversicherungen bei ERGO Versicherung mit Versicherungssummen von 1101,37 € sowie 1224,43 €.

II.

Die Beklagte wird verurteilt, über die unter Klageantrag zu I, Ziffern 2.,5. und 8. aufgeführten Beteiligungen die genaue Anschrift des jeweiligen Beteiligungsunternehmens (Name und vollständige Anschrift) sowie Bearbeitungs- oder Versicherungsnummern dem Kläger mitzuteilen.

III.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 23.543,96 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 28.12.2015 zu zahlen.

IV.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 50.000,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit dem 17.03.2015 zu zahlen.

V.

Der Kläger trägt die Kosten seiner Säumnis im Termin vor dem Landgericht Hagen vom 03.12.2014. Im Übrigen trägt die Beklagte die Kosten des Rechtsstreits.

VI.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe 330.000,- € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

VII.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

## Gründe

A.

1

2

3

Der Kläger ist das einzige Kind seines am 11.11.1916 geborenen und am 11.06.2014 verstorbenen Vaters U. Q.. Die im Jahr 1921 geborene Mutter des Klägers und Ehefrau des Erblassers, B. Q., ist im Jahr 2005 vorverstorben.

Mit notarieller Urkunde vom 18.07.1961 (UR-Nr.462/1961 des Notars I. G. in C.-A.) errichteten die Eltern des zu diesem Zeitpunkt 15 Jahre alten Klägers ein gemeinschaftliches Testament mit folgendem Inhalt: 4

I. 5

*Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.* 6

II. 7

*Der Überlebende von uns kann über das Ererbte und sein eigenes Vermögen frei testieren. Wenn er keine Verfügungen von Todeswegen trifft, soll Erbe sein unser einziger Sohn M. Q.. Ersatzerbe unseres Sohnes M., falls er vor oder gleichzeitig mit uns versterben sollte und keine letztwillige Verfügung mehr treffen kann, soll sein: Das Institut für Krebsforschung an der Universität in Köln.* 8

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Original der Urkunde, Bl. 22 f. der beigezogenen Akte Amtsgericht Schwelm, 79 IV 486/00, Bezug genommen. 9

Am 18.10.2000 ließen die Eltern des mittlerweile als Rechtsanwalt und Notar tätigen Klägers von dessen Sozium, Notar D. Z. in K. (UR-Nr.N01), auf der Grundlage eines vom Kläger erarbeiteten Entwurfs eine weitere letztwillige Verfügung mit folgendem Inhalt beurkunden: 10

*Die Erschienenen erklärten, das am 18.07.1961 errichtete und hinterlegte Testament...teilweise abändern zu wollen. ...* 11

*Die Erschienenen erklärten:* 12

1. 13

*In Abänderung der Ziffer II. des Testamentes vom 18.07.1961 bestimmen wir, dass Erbe des Letztlebenden von uns unser Sohn M. Q....sein soll. Ersatzerbe unseres Sohnes soll unsere Schwiegertochter X. Q....sein. Ersatzerbe unserer Schwiegertochter soll unsere Enkeltochter, H. Q.....sein. ...* 14

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Original der Urkunde, Bl. 43 ff. der beigezogenen Akten des Amtsgerichts Schwelm, 79 IV 486/00, Bezug genommen. 15

Nach dem Tod seiner Ehefrau im Jahr 2005 lernte der Erblasser die Beklagte kennen. Sie unternahm unter anderem gemeinsame Reisen, die jeweils vom Erblasser bezahlt wurden. Seit Juni 2010 lebte die Beklagte mit dem Erblasser in dessen Haushalt in der P.-straße ~ in K. zusammen. In der Folgezeit kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger und dem Erblasser. Auf Wunsch des Erblassers vereinbarte der Kläger mit der Beklagten im August 2010 die Einräumung eines lebenslangen Wohnrechts an einer in seinem Eigentum stehenden 65 qm großen Wohnung in der P.-straße + für die Zeit nach dem Tod des Erblassers unter der Bedingung, dass die Beklagte den Erblasser bis zu seinem Tod oder bis zu einer Heimaufnahme gepflegt hat und auf sämtliche Besitzansprüche im Haus P.-straße ~ verzichtet. Wegen der Einzelheiten wird auf die Kopie der Vereinbarung, Bl. 175 der Gerichtsakte, Bezug genommen. In der Folgezeit übertrug der Erblasser der Beklagten 16

verschiedene Vermögensgegenstände (Ansprüche aus einer Vertriebsvereinbarung, Beteiligungen an Immobilienfonds, Schuldverschreibungen, Genussrechte und Lebensversicherungen). In einem an den Kläger gerichteten Schreiben vom 24.02.2012 (vgl. unstreitiges Zitat Bl. 4 der Gerichtsakte) führte der Erblasser hierzu aus:

*„...Unter diesen Umständen, die mich hart getroffen und höchst unverständlich gemacht haben, sah ich mich veranlasst, mein noch bestehendes Restvermögen zu entsorgen und einer Vererbung nach meinem Ableben zu entziehen ...“* 17

Nach dem Tod des Erblassers hat der Kläger die Beklagte im Wege der Stufenklage zunächst auf Erteilung von Auskunft über die vom Erblasser erhaltenen Zuwendungen und über die Abhebung von Barbeträgen vom Konto des Erblassers in Anspruch genommen. Hierzu hat er die Ansicht vertreten, die Zuwendungen seien als beeinträchtigende Schenkungen in entsprechender Anwendung des § 2287 Abs.1 BGB rückabzuwickeln. Der Erblasser habe die Zuwendungen in der Absicht, die mit dem Tod der Mutter bindend gewordene Erbeinsetzung des Klägers zu unterlaufen, vorgenommen. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat eine Bindungswirkung bezüglich der Erbeinsetzung des Klägers bestritten und eine Beeinträchtigungsabsicht des Erblassers in Abrede gestellt. Hierzu hat sie behauptet, der Erblasser habe die Zuwendungen aus anerkanntem Eigeninteresse, nämlich aus Dankbarkeit für und zur Sicherstellung weiterer intensiver Pflege durch sie getätigt. Sie habe den Erblasser seit ihrem Einzug in dessen Wohnung intensiv – quasi 24 Stunden am Tag - gepflegt und betreut. 18

Mit Teilurteil vom 29.04.2015 (Bl. 210 ff. der Gerichtsakten) hat das Landgericht die Beklagte auf erster Stufe antragsgemäß zur Auskunftserteilung verurteilt. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Auskunftsanspruch folge aus § 2287 BGB i.V.m. § 242 BGB. Bei den letztwilligen Verfügungen des Erblassers und seiner Ehefrau handele es sich um bindende wechselseitige Verfügungen i.S.d. § 2270 Abs.1 BGB. Die Änderung von Ziff. II des Testaments vom 1961 durch das Testament vom 18.10.2000 sei im Wege der Auslegung so zu verstehen, dass die in der vorherigen Fassung verfügte Testierfreiheit des überlebenden Ehegatten aufgehoben sei. Die Voraussetzungen des § 2287 BGB seien erfüllt. Die Zuwendungen stellten beeinträchtigende Schenkungen an die Beklagte dar. Die Beeinträchtigungsabsicht folge aus dem vom Kläger zitierten Schreiben vom 24.02.2012, ein überwiegendes lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers sei nicht feststellbar. 19

Die gegen das Teilurteil eingelegte Berufung hat die Beklagte nach Hinweis des Senats auf das Nichterreichen des nach § 511 Abs.2 ZPO erforderlichen Beschwerdewertes (Bl. 241 ff. der Gerichtsakte) zurückgenommen. 20

Mit Schreiben vom 13.07.2015 hat die Beklagte Auskunft über die vom Erblasser erhaltenen Zuwendungen erteilt. Die Auskunft umfasst unter anderem Beteiligungen an Immobilienfonds, Schuldverschreibungen, Genussrechte und Lebensversicherungen mit Nominalwerten von insgesamt 222.890,39 € sowie Dividenden i.H.v. insgesamt 23.563,96 €. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schreibens (Bl. 278 f. der Gerichtsakten) Bezug genommen. Nach weiterer Verurteilung durch Teilanerkennnisurteil des Landgerichts vom 09.03.2016 (Bl. 345 der Gerichtsakten) hat die Beklagte die Vollständigkeit und Richtigkeit der erteilten Auskunft an Eides statt versichert. 21

Basierend auf dieser Auskunft hat der Kläger mit Schriftsatz vom 07.12.2015 auf der dritten Stufe seinen Leistungsantrag beziffert. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anträge Bl. 309 – 311 der Gerichtsakte Bezug genommen. 22

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat unter Vertiefung ihres Vorbringens weiterhin die Auffassung vertreten, die Einsetzung des Klägers als Schlusserbe sei nicht wechselbezüglich und entfalte daher keine Bindungswirkung. Jedenfalls habe der Erblasser wegen umfangreicher Pflegeleistungen der Beklagten ein anerkanntes wertvolles Eigeninteresse gehabt. Hierzu hat die Beklagte unter Beweisantritt näher zur Erkrankung des Erblassers vorgetragen. Zu den Barabhebungen vom Konto des Erblassers hat sie behauptet, diese überwiegend im Beisein des Erblassers getätigt zu haben und diesem die abgehobenen Beträge ausgehändigt zu haben. Ebenso habe sie die aus den übertragenen Beteiligungen erhaltenen Dividenden dem Erblasser ausgehändigt. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 05.02.2016, Bl. 328 ff. der Gerichtsakten, Bezug genommen.

In der mündlichen Verhandlung vom 06.07.2016 (Protokoll Bl. 354 f. der Gerichtsakten) hat die zwischenzeitlich neu besetzte Kammer den Kläger darauf hingewiesen, dass nach erneuter Überprüfung die gemeinschaftlichen Testamente des Erblassers und seiner Ehefrau abweichend von den Ausführungen im Teilurteil zur Auskunftsstufe auszulegen seien und eine Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung nicht anzunehmen sei. Dieser Auffassung ist der Kläger in dem ihm hierzu nachgelassenen Schriftsatz vom 27.07.2016 (Bl. 382 ff. der Gerichtsakten) entgegengetreten. 24

Mit dem Schlussurteil vom 17.08.2016 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: 25

Die Voraussetzungen für eine Herausgabe der Zuwendungen in entsprechender Anwendung des § 2287 Abs.1 BGB seien nicht erfüllt. Zwar gelte diese Vorschrift anerkanntermaßen auch für bindend gewordene wechselseitige Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten im Sinne des § 2270 Abs.1 BGB. Eine Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung des Klägers zur Einsetzung des Erblassers als Erbe seiner vorverstorbenen Ehefrau lasse sich jedoch weder im Wege der Testamentsauslegung, noch im Rahmen der Zweifelsregelung des § 2270 Abs.2 BGB feststellen. Eine Auslegung der Testamente ergebe nicht zweifelsfrei, dass durch das am 18.10.2000 errichtete Testament die in dem Testament vom 18.07.1961 uneingeschränkt verfügte Erbeinsetzung des länger lebenden Ehegatten nunmehr mit der Schlusserbeneinsetzung des Beklagten stehen und fallen sollte. Dies folge weder aus dem Wortlaut des Testamentes vom 18.10.2000 noch aus den sonstigen heranzuziehenden Umständen. Gegen eine solche Verknüpfung spreche schon der Umstand, dass zwischen den Testamenten ein Zeitraum von 39 Jahren liege. Auch sei ein Motiv für eine solche Änderung weder dem Testament selbst noch den zu berücksichtigenden äußeren Umstände zu entnehmen. Insbesondere lasse sich aus dem Inhalt des vom Kläger zitierten Schreibens des Erblassers vom 24.02.2012 und den weiteren vom Kläger behaupteten späteren Äußerungen des Erblassers nicht zuverlässig herleiten, dass der Erblasser selbst der Auffassung gewesen sei, aufgrund des Testamentes vom 18.10.2000 hinsichtlich der Schlusserbenbestellung gebunden gewesen zu sein. Ebenso wenig sei vorgetragen, dass im Beurkundungstermin konkret über die Frage der Wechselbezüglichkeit und der Bindungswirkung gesprochen worden sei. Entscheidend sei auch nicht, was sich der Kläger bei dem Entwurf der aus seiner Feder stammenden Urkunde gedacht habe. Die Behauptung des Klägers, die Eltern hätten ihm gegenüber den Wunsch geäußert, mit dem Testament vom 18.10.2012 die Einsetzung des Schlusserben verbindlich zu gestalten, sei unkonkret und nicht hinreichend substantiiert. Die Voraussetzungen für die beantragte Vernehmung des Klägers als Partei lägen nicht vor. Ebenso wenig lasse sich eine Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung des Klägers seitens des Erblassers und seitens der Mutter des Klägers im Verhältnis zueinander feststellen. Insoweit greife auch die 26

Zweifelsregelung des § 2270 Abs.2 BGB nicht, da das Testament vom 18.10.2000 gerade keine Verfügung enthalte, mit der der Überlebende bedacht wurde.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, der seine erstinstanzlichen Klageanträge weiter verfolgt. Er rügt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens eine fehlerhafte Auslegung der Testamente. Ferner habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft verspätet auf seine geänderte Rechtsauffassung hingewiesen und seinen Sachvortrag in dem nachgelassenen Schriftsatz nicht hinreichend berücksichtigt. Schon die Annahme, die Schlusserbenbestimmung im Testament vom 18.07.1961 sei nicht wechselbezüglich, sei fehlerhaft. Denn die Freistellungsklausel schließe die Wechselbezüglichkeit von beiderseitigen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament nicht aus. Zudem sei der Änderungsvorbehalt bzw. die Öffnungsklausel durch die Änderung im Jahr 2000 vollständig aufgehoben worden. Auch habe das Landgericht verkannt, dass die beiden Testamente durch eine konkrete Bezugnahme des späteren Testamentes auf das frühere miteinander verknüpft worden seien. Das Zeitmoment spreche hier gerade dafür, dass die Testierenden in dem späteren Testament eine Wechselbezüglichkeit herstellen wollten, da sich die Verhältnisse im Vergleich zum Jahr 1961 grundlegend verändert hätten.

Der Kläger beantragt, die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils wie folgt zu verurteilen: 28

I. 29

Die Beklagte wird verurteilt, folgende Ansprüche, Fondsbeteiligungen, Genussrechte, Lebensversicherungen, Gesellschaftsbeteiligungen an den Kläger abzutreten bzw. zu übertragen: 30

1. 31

Die aufgrund des Abtretungsvertrages zwischen der Beklagten und dem verstorbenen U. Q. vom 16./18.01.2014 an die Beklagten abgetretenen Ansprüche gegen die Dr. T. und Co. GmbH aus dem zwischen dem verstorbenen U. Q. und der Dr. T. und Co. GmbH geschlossenen Exklusiv-Vertriebsvertrag bezüglich der „Ausziehhilfe für Strümpfe“, 32

2. 33

Beteiligung Fondsimmobilie Vancouver Rotterdam (Nennbetrag 10.000,- €), 34

3. 35

Beteiligung Immobilienfonds Brüssel mit staatlichem Mieter „Bundespolizei“ bei NIH Nordinvest W., V.-straße #, 00000 W., mit einem Anlagebetrag von 30.000,00 €, 36

4. 37

Inhaber-Teilvollschuldverschreibungen der Serie ENERTRAG Zins Plus 2016 Aktiengesellschaft, Gut L., 00000 L., ISIN DE000A1EWF71 mit einem Anlagebetrag von 30.000,00 € sowie ENERTRAG wie vor, Zins 2020, ISIN DE000A1KOMRO mit einem Anlagebetrag von ebenfalls 30.000,00 € mit Zeichnungsdatum 16.03.2011 bzw. 12.10.2011, 38

5. 39

40

Genussrechte an O. regenerative Energien mit einem Nennbetrag von 50.000,- €, abgeschlossen am 16.07.2010,

6.	41
Fondsanteil an der im Handelsregister Berlin unter HRA 18935 eingetragenen Kommanditbeteiligung bei F.-straße * R. Grundverwaltungs-GmbH & Co. KG, c/o Y., Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, J.-straße##, 00000 Berlin mit einem Nennbetrag von 25.564,59 €,	42
7.	43
Beteiligung an der HIH Globalinvest 05-HIH Global Immobilien GmbH & Co. KG Österreich KG, c/o HIH Hamburgische Immobilienhandlung GmbH mit einem Zeichnungsbetrag von 45.000,00 €,	44
8.	45
Lebensversicherungen bei ERGO Versicherung mit Versicherungssummen von 1101,37 € sowie 1224,43 €.	46
II.	47
Die Beklagte wird verurteilt, über die unter Klageantrag zu I, Ziffern 2.,5. und 8. aufgeführten Beteiligungen die genaue Anschrift des jeweiligen Beteiligungsunternehmens (Name und vollständige Anschrift) sowie Bearbeitungs- oder Versicherungsnummern dem Kläger mitzuteilen.	48
III.	49
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 23.543,96 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Zustellung dieses Schriftsatzes zu zahlen.	50
IV.	51
Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Teilbetrag aus den Barabhebungen i.H.v. 50.000,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit des Schriftsatzes vom 06.03.2015 zu zahlen.	52
Die Beklagte beantragt,	53
die Berufung zurückzuweisen.	54
Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. Sie bestreitet weiterhin, dass es dem Wunsch der Eheleute entsprochen habe, die Schlusserbeneinsetzung im Testament vom 18.10.2000 verbindlich zu gestalten. Es habe vielmehr lediglich die Ersatzerbenbestimmung geändert werden sollen.	55
Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in beiden Instanzen wird auf den Inhalt der zur Akte gereichten Schriftsätze, einschließlich des nachgelassenen Schriftsatzes vom 08.08.2017, dessen Inhalt der Senat bei seiner Entscheidung berücksichtigt hat, Bezug genommen.	56
<b>B.</b>	57

Die Berufung des Klägers ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist auch in vollem Umfang begründet.	58
<b>I.</b>	59
Der Kläger hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Herausgabe der streitgegenständlichen Zuwendungen nach Maßgabe der Klageanträge zu Ziff. I. 1. – 8. aus § 2287 Abs.1 BGB i.V.m. § 818 ff. BGB.	60
<b>1.</b>	61
Der Anwendungsbereich des § 2287 Abs.1 BGB ist entgegen der Auffassung des Landgerichts eröffnet.	62
In ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich gilt diese Vorschrift zwar nur für Schenkungen, die einen Vertragserben beeinträchtigen. Wie auch das Landgericht nicht verkannt hat, ist sie jedoch nach allgemeiner Ansicht ebenso bei bindend gewordenen wechselbezüglichen Erbinsetzungen in gemeinschaftlichen Testamenten im Sinne der §§ 2270, 2271 Abs.2 BGB anzuwenden (vgl. etwa jurisPK/Geiger, 8. Aufl., § 2287 BGB Rn.10 mit Nachweisen zur stdg. Rspr.).	63
Die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung sind hier entgegen der Annahme des Landgerichts erfüllt. Denn der Erblasser war gemäß §§ 2270, 2271 Abs.2 BGB an die Einsetzung des Klägers als Schlusserbe in dem gemeinschaftlichen Testament vom 18.10.2000 gebunden. Diese Verfügung steht nämlich in Wechselbezug zu der gegenseitigen Erbinsetzung der Eheleute in dem Testament vom 18.07.1961. Dies folgt aus einer Auslegung der getroffenen Verfügungen nach den in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannten Regeln. Hilfsweise greift insoweit zudem die Zweifelsregelung des § 2270 Abs.2 BGB.	64
Im Einzelnen gilt hierzu Folgendes:	65
<b>a)</b>	66
Gemäß § 2270 Abs.1 BGB sind Verfügungen eines gemeinschaftlich errichteten Testaments wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre. Nach ständiger Rechtsprechung kommt es deshalb darauf an, ob die Verfügung des einen Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil der andere seine Verfügung getroffen hat und deshalb nach dem gemeinsamen Willen der Eheleute die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll (stdg. Rspr., vgl. die Nachweise bei Palandt/Weidlich, 76. Aufl., § 2270 BGB Rn.1; MünchKomm/Musielak, 7. Aufl., § 2270 BGB Rn.2). Ob Wechselbezüglichkeit gegeben ist, darf nicht pauschal anhand des Testamentes insgesamt untersucht werden, sondern muss anhand der einzelnen Verfügungen eruiert werden (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1410 – juris Rn.11).	67
Soweit in der Testamentsurkunde keine ausdrücklichen Anordnungen zur Wechselbezüglichkeit enthalten sind, ist der Wille der Testierenden zunächst im Wege der Auslegung gemäß §§ 133, 2084 BGB zu ergründen. Soweit danach Zweifel verbleiben, gilt für die in § 2270 Abs.2 BGB genannten Konstellationen die Vermutung für eine Wechselbezüglichkeit. Nur dann, wenn diese Auslegungsregel nicht greift, gehen verbleibende Zweifel zu Lasten desjenigen, der Rechte aus der Wechselbezüglichkeit für sich	68

herleitet (vgl. zum Ganzen etwa Palandt/Weidlich, 76. Aufl., 2270 BGB Rn.4 m.w.N.).

Verfügungen, die im Wechselbezug zueinander stehen, müssen nicht zwingend zeitgleich in einer einheitlichen Urkunde getroffen werden. Sie können vielmehr auch nacheinander in getrennten Urkunden niedergelegt werden. Allerdings muss in diesem Fall ein entsprechender Verknüpfungswille feststellbar sein, der sich aus den Urkunden zumindest andeutungsweise ergeben muss (vgl. JurisPK/Reymann, 8. Aufl., § 2270 BGB Rn.11 m.w.N). Dabei müssen die Ehegatten nicht nur den Willen zur Zusammenfassung beider Testamente zum Ausdruck bringen, sondern auch deutlich machen, dass die frühere und die spätere Verfügung in ihrem Bestand voneinander abhängig sein, also miteinander stehen und fallen sollen. Dies ist allerdings nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend möglich. Ob nach dem Willen der Testierenden mit der späteren Verfügung ein solches Abhängigkeitsverhältnis geschaffen werden sollte, ist wiederum im Wege der Auslegung nach §§ 133, 2084 BGB unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalls zu ermitteln. (vgl. OLG Schleswig, FamRZ 2016, 1306 – juris Rn. 45; BayObLG, NJW-RR 1999, 878 – juris Rn.42; OLG Saarbrücken, FamRZ 1990, 1285 – juris Rn.22).

**b)** 70

Nach diesen Maßgaben ist hier von einer Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestimmung im Testament vom 18.10.2000 zu der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute in dem Testament vom 18.07.1961 auszugehen. 71

**aa)** 72

Richtig ist allerdings zunächst, dass die im Testament vom 18.07.1961 in Ziff. II. S.2 enthaltene Schlusserbenbestimmung zugunsten des Klägers nicht wechselbezüglich zu der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute in Ziff. I des Testamentes war. Denn diese Schlusserbenbestimmung stand ausdrücklich unter der Bedingung, dass der Überlebende, der gemäß Ziff. II S.1 des Testamentes über das Ererbte und sein eigenes Vermögen frei testieren können sollte, keine anderweitige Verfügung von Todes wegen trifft. Hieraus folgt ohne Zweifel, dass die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute und die Einsetzung des Klägers als Schlusserbe nach dem damaligen Willen der Eheleute gerade nicht miteinander stehen und fallen sollten und diese Verfügungen daher keinen Wechselbezug hatten. 73

**bb)** 74

Die Eheleute haben jedoch nachträglich eine entsprechende Wechselbezüglichkeit zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung und der nunmehr ohne Bedingung verfügten Einsetzung des Klägers als Schlusserbe in dem Testament vom 18.10.2000 hergestellt. 75

**(1)** 76

Zutreffend ist zwar, dass das Testament vom 18.10.2000 keine ausdrückliche Regelung dazu enthält, in welchem Verhältnis die nachträgliche Änderung der Schlusserbfolge zur gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute stehen sollte. 77

Entgegen der Auffassung des Landgerichts gibt es aber schon im Wortlaut des Testamentes vom 18.10.2000 eindeutige Anhaltspunkte dafür, dass die Verfügungen nunmehr in ein wechselbezügliches Verhältnis gebracht werden sollten. 78

So heißt es in Ziff. 1. Abs.1 des Testamentes vom 18.10.2000: „In Abänderung der Ziffer II. des Testamentes vom 18.07.1961 bestimmen wir, dass Erbe des Letztlebenden von uns 79

unser Sohn M. Q....sein soll.“ Durch diese Bestimmung ist zweifelsfrei die hierzu im Widerspruch stehende (vgl. § 2258 Abs.1 BGB) frühere Bestimmung in Ziff.II S.2 des Testaments vom 18.07.1961 aufgehoben, nach der der Kläger nur dann Schlusserbe sein sollte, wenn der Überlebende keine (anderweitigen) Verfügungen von Todeswegen trifft. Dies indiziert zugleich, dass die Eheleute jedenfalls insoweit nicht mehr an der in Ziff. II S.1 des Testaments vom 18.07.1961 getroffenen Bestimmung festhalten wollten, wonach der überlebende Ehegatte über das Ererbte und sein eigenes Vermögen frei testieren können sollte. Denn ansonsten machte die in Ziff. 1 Abs.1 des Testamentes vom 18.10.2000 verfügte Änderung der Bestimmung in Ziff. II S.2 des Testaments vom 18.07.1961 überhaupt keinen Sinn. Wollte man nämlich annehmen, der Überlebende könne auch insoweit weiterhin frei testieren, so hätten die Eheleute es bei der lediglich bedingten Schlusserbeneinsetzung in Ziff. II S.2 des Testaments vom 18.07.1961 belassen können.

Für die Annahme, dass die Eheleute mit der Neuregelung in Ziff.1 Abs.1 des Testamentes vom 18.10.2000 die in Ziff. II des Testaments getroffenen Bestimmungen insgesamt, also einschließlich der in Ziff. II S.1 getroffenen Bestimmung zur Testierfreiheit, aufheben wollten, spricht zudem, dass der Wortlaut in Ziff.1 Abs.1 des Testamentes vom 18.10.2000 ohne Einschränkung von einer Abänderung der Ziff. II des Testamentes vom 18.07.1961 spricht und nicht nur von einer teilweisen Abänderung. Dass die Eheleute durchaus zwischen einer Gesamtabänderung und einer teilweisen Abänderung zu unterscheiden wussten, zeigt wiederum der Wortlaut der Präambel des Testaments vom 18.10.2000, in der sie erklärt haben, das Testament vom 18.07.1961 nur teilweise, nämlich nur im Hinblick auf die Ziff. II, abändern zu wollen. 80

**(2)** 81

Entgegen der Auffassung des Landgerichts spricht nach den hier vorliegenden Gesamtumständen auch der lange Zeitraum von fast 40 Jahren, der zwischen den beiden Testamenten liegt, nicht entscheidend gegen die Annahme eines Verknüpfungswillens der Eheleute. Zwar ist anerkannt, dass ein großer zeitlicher Abstand zwischen den Verfügungen gegen eine Wechselbezüglichkeit sprechen kann (vgl. etwa OLG Schleswig, FamRZ 2016, 1306 – juris Rn. 47; BayObLG, NJW-RR 1999, 878 – juris Rn.42). Das Zeitmoment ist jedoch nicht der einzige zu berücksichtigende Umstand. Anhaltspunkte für eine nachträgliche Verknüpfung können sich etwa auch aus einer inhaltlichen Bezugnahme und einer gemeinsamen Verwahrung der Testamente ergeben (vgl. JurisPK/Reymann, 8. Aufl., § 2270 BGB Rn. 13; BayObLG, FamRZ 1994, 191 – juris Rn.20; OLG Saarbrücken, FamRZ 1990, 1285 – juris Rn.21). Diese Aspekte haben hier eine erhebliche Bedeutung. Die Verfügung vom 18.10.2000 nimmt ausdrücklich Bezug auf das Testament vom 18.07.1961 und erklärt eine Abänderung gerade der Klausel, aus der sich die fehlende Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestimmung in dem früheren Testament herleitet. Zudem haben die Eheleute beide Testamente in die besondere amtliche Verwahrung (§ 2248 BGB) beim Amtsgericht Schwelm gegeben und damit für eine gemeinsame Verwahrung gesorgt. Insoweit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Einzelfall wesentlich von den Sachverhalten, die den zitierten Entscheidungen des Bayerischen Oberlandesgerichts und des Oberlandesgerichts Schleswig zugrunde lagen. 82

**(3)** 83

Für den Willen der Eheleute, mit dem Testament vom 18.10.2000 eine nachträgliche Bindungswirkung herzustellen, sprechen außerdem schon bei Zugrundelegung aller unstrittigen Umstände die Entstehungsgeschichte des späteren Testamentes sowie die sich hieraus ergebenden Motive der Eheleute für die Abänderung des Testaments vom 84

18.07.1961.

Unstreitig hat der als Rechtsanwalt und Notar erfahrene Kläger das spätere Testament seiner Eltern vom 18.10.2000 selbst entworfen und hierbei mit der Formulierung in Ziff.1 gerade die Abänderung der gesamten Ziffer II. des Testaments vom 18.07.1961 einschließlich der Öffnungsklausel in Ziff. II S.1 bezweckt. Dies entsprach nach seinem Vorbringen dem von seinen Eltern ausdrücklich geäußerten Wunsch, die Einsetzung des Klägers als ihrem einzigen Sohn zum Schlusserben nunmehr sicherzustellen. Das Motiv der Eltern für diesen Wunsch hat der Kläger mit seinem Hinweis auf die erhebliche Änderung der Verhältnisse seit der ersten Testierung im Jahr 1961 schlüssig und plausibel dargelegt. Denn während im Jahr 1961 die persönliche, berufliche und familiäre Entwicklung des damals erst 15 Jahre Klägers für seine Eltern noch in keiner Weise absehbar war, was bei lebensnaher Betrachtung den Grund für die Aufnahme der Öffnungsklausel in Ziff. II S.1 des Testamentes dargestellt haben dürfte, bestand dieses Hindernis für eine bindende Bestimmung des Schlusserben im Jahr 2000 längst nicht mehr. Dass der vom Kläger gefertigte Entwurf, den seine Eltern durch die von ihnen erklärte Genehmigung bei der Beurkundung ausdrücklich gebilligt haben, nicht deren wirklichen Willen entsprochen habe, der Kläger ihnen vielmehr die Änderungen bezüglich der Ziff. II S.1 des Testaments vom 18.07.1961 „untergeschoben“ habe (vgl. Urteilsbegründung S. 19, 2. Absatz), erscheint demgegenüber rein spekulativ.

**(4)** 86

Schließlich sind auch die Ausführungen des Landgerichts zur Bedeutung der Äußerungen des Erblassers in dem Schreiben vom 24.02.2012 nicht überzeugend. Wenn es in diesem Schreiben unstreitig heißt 87

*„...Unter diesen Umständen, die mich hart getroffen und höchst unverständlich gemacht haben, sah ich mich veranlasst, mein noch bestehendes Restvermögen zu entsorgen und einer Vererbung nach meinem Ableben zu entziehen.“* 88

so folgt daraus nach Auffassung des Senats eindeutig, dass der Erblasser zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Schreibens selbst davon ausgegangen ist, dass das gemeinschaftliche Testament Bindungswirkung hinsichtlich der Einsetzung des Klägers als Schlusserbe entfaltet. Denn wäre der Erblasser nicht von einer Bindungswirkung ausgegangen, so hätte eine Notwendigkeit zur „Entsorgung“ seines Restvermögens nicht bestanden, vielmehr hätte er einfach neu testieren können. Derartige nach Testamentserrichtung getätigte Äußerungen können auch anerkanntermaßen als ein Indiz für den Willen der Testierenden bei Errichtung des Testamentes bei der Auslegung von Bedeutung sein (vgl. JurisPK/Reymann, 8. Aufl., § 2270 BGB Rn.25 m.w.N.). 89

**(5)** 90

Im Einklang hiermit stehen die vom Kläger behaupteten weiteren Äußerungen des Erblassers in Gesprächen mit der Familie Weihnachten 2008 und mit der Tochter des Klägers im November 2009. Einer Beweiserhebung über diese Vorgänge durch die vom Kläger angeregte Parteivernehmung gemäß § 448 ZPO bedarf es hingegen nicht, da der Senat bereits aufgrund der aufgezeigten unstreitigen Umstände zu der vollen Überzeugung gelangt ist, dass der Wille der Ehegatten bei der Errichtung des Testaments vom 18.10.2000 dahin ging, nachträglich eine Wechselbezüglichkeit zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung und der nunmehr ohne Bedingung verfügten Einsetzung des Klägers als Schlusserbe herzustellen. 91

**(6)**

Auf die Zweifelsregelung des § 2270 Abs.2 Alt.2 BGB kommt es damit im Ergebnis nicht an. Nur ergänzend sei daher erwähnt, dass die Annahme des Landgerichts, § 2270 Abs.2 Alt.2 BGB könne schon deshalb keine Anwendung finden, weil das Testament vom 18.10.2000 keine Verfügung enthalte, mit der der überlebende Ehegatte bedacht wird, nicht überzeugt. Denn nach dem Gesagten sind die Testamente vom 18.07.1961 und vom 18.10.2000 als Einheit zu betrachten. Außerdem haben die Eheleute bei Abfassung des Testamentes vom 18.10.2000 erkennbar die Fortgeltung der gegenseitigen Erbeinsetzung in Ziff. I. des Testamentes vom 18.07.1961 vorausgesetzt. In dem Testament kommt damit jedenfalls konkludent der Wille der Ehegatten zum Ausdruck, die gegenseitige Erbeinsetzung zu wiederholen, jedenfalls aber zu bestätigen (zu einer vergleichbaren Konstellation vgl. OLG Saarbrücken, FamRZ 1990, 1285 – bei juris Rn.22).

**2.** 94

Die im Klageantrag zu I. Ziff. 1. – 8. aufgeführten Zuwendungen an die Beklagte sind unstreitig. Sie entsprechen der von ihr selbst erteilten Auskunft gemäß Schriftsatz vom 13.07.2015. Soweit die Beklagte nunmehr in zweiter Instanz, erstmals mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 08.08.2017, behauptet, der Erblasser habe ihr nicht die in ihrer Auskunft aufgeführten Beteiligungen, sondern den für den Erwerb der Beteiligungen erforderlichen Geldbetrag zugewandt, handelt es sich um neuen Sachvortrag. Gründe für eine Zulassung nach § 531 Abs.2 ZPO sind weder vorgetragen, noch ersichtlich.

Dass die Zuwendungen ohne eine vertraglich vereinbarte Gegenleistung erfolgt sind und damit Schenkungen im Sinne des § 516 BGB darstellen, ist ebenfalls unstreitig. Auch bei Zugrundelegung des Sachvortrags der Beklagten bezüglich eines Zusammenhangs der Zuwendungen mit erbrachten oder erwarteten Pflegeleistungen ist allenfalls von einer belohnenden Schenkung auszugehen. Die Vereinbarung einer vertraglich geschuldeten Gegenleistung hat die Beklagte demgegenüber nicht schlüssig dargelegt.

**3.** 97

Durch die lebzeitigen Zuwendungen an die Beklagte ist die Erberwartung des Klägers als bindend eingesetztem Schlusserben objektiv beeinträchtigt worden, da die lebzeitig vollzogenen Schenkungen uneingeschränkt wirksam sind und die zugewandten Gegenstände damit nicht in den Nachlass gefallen sind.

**4.** 99

Die nach § 2287 Abs.1 BGB vorausgesetzte Beeinträchtigungsabsicht ist ebenfalls gegeben. Orientiert am Schutzzweck der Vorschrift stellt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an das Vorliegen der Benachteiligungsabsicht nur geringe Anforderungen. Die Beeinträchtigung des Vertragserben muss nicht das einzige oder leitende Motiv für die Schenkung gewesen sein. Es genügt vielmehr, dass der Erblasser weiß, dass er durch die unentgeltliche Zuwendung das Erbe schmälert, so dass es auf die subjektiven Vorstellungen des Erblassers über seine rechtliche Bindung nicht ankommt, also auch nicht auf einen Irrtum darüber (vgl. Palandt/Weidlich, 76. Aufl., § 2287 BGB Rn.6 m.w.N.).

**5.** 101

102

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. jüngst etwa BGH, NJW-RR 2012, 207 – juris Rn.11; weitere Nachweise bei Palandt/Weidlich, 76. Aufl., § 2287 Rn.6) ist allerdings durch eine Gesamtabwägung der Interessen nach objektiven Kriterien eine Abgrenzung zwischen einem Missbrauch der freien Verfügungsmacht des Erblassers zu seinen Lebzeiten und solchen Fallgestaltungen vorzunehmen, in denen der Erblasser ein anerkennenswertes lebzeitiges Eigeninteresse an der Zuwendung hat. Nach Maßgabe der hierzu entwickelten Grundsätze ist ein solches lebzeitiges Eigeninteresse hier allerdings bereits nicht schlüssig dargelegt.

**a)** 103

Ein lebzeitiges Eigeninteresse wird angenommen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Zuwendung in Anbetracht der gegebenen Umstände unter Berücksichtigung der Bindung des Erblassers als billigenswert und gerechtfertigt erscheint. Dafür ist entscheidend, ob die Gründe des Erblassers für die Schenkung ihrer Art nach so sind, dass der durch den Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament Bedachte sie anerkennen und deshalb hinnehmen muss (Palandt/Weidlich, a.a.O. Rn. 7 m.w.N.). Bejaht wird ein lebzeitiges Eigeninteresse etwa bei der Erfüllung einer sittlichen Pflicht des Erblassers aufgrund besonderer Leistungen, Opfern oder Versorgungszusagen, die der Beschenkte für den Erblasser erbracht hat (vgl. etwa BGH, NJW-RR 2005, 1462). Insbesondere kann ein lebzeitiges Eigeninteresse anzunehmen sein, wenn die Schenkung dem Bemühen des Erblassers entspringt, seine Altersvorsorge und Pflege zu sichern (vgl. etwa BGH, NJW-RR 2012, 207 – juris Rn.11; weitere Nachweise bei Palandt/Weidlich, 76. Aufl., § 2287 BGB Rn.7). Geboten ist jedoch stets eine umfassende Abwägung der Interessen im Einzelfall (BGH a.a.O.). Schenkungen, die jedes vernünftige Maß überschreiten, sind nicht gerechtfertigt. Die Annahme eines lebzeitigen Eigeninteresses scheidet ebenfalls aus, wenn der Erblasser die Zuwendungen wesentlicher Vermögenswerte in erster Linie auf Grund eines auf Korrektur der Verfügung von Todes wegen gerichteten Sinneswandels vornimmt (vgl. etwa BGH, NJW 1980, 2307).

Ist die Rechtfertigung der Zuwendung durch ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers streitig, obliegt es zunächst dem Beschenkten, substantiiert und schlüssig Umstände vorzutragen, die für ein solches Interesse sprechen. Erst dann muss der Vertragserbe die angeführten Umstände widerlegen (vgl. BGH, NJW 1986, 1755; weitere Nachweise bei Palandt/Weidlich, 76. Aufl., § 2287 BGB Rn. 9).

**b)** 106

Nach Maßgabe dieser Grundsätze fehlt es hier bereits an einer schlüssigen Darlegung eines lebzeitigen Eigeninteresses des Erblassers durch die Beklagte. 107

Zwar will die Beklagte ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers auf Pflegeleistungen und -zusagen, die sie gegenüber dem Erblasser erbracht habe, stützen. Zu berücksichtigen ist aber, dass hier unstreitig Schenkungen im Wert von ca. 250.000,- € im Raum stehen, die den Nachlass weitgehend wertlos gemacht haben. Dem stehen behauptete Pflegeleistungen über einen Zeitraum von ca. 4 Jahren gegenüber, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Beklagte während dieser Zeit unstreitig ohnehin in vollem Umfang freie Kost und Logis von dem Erblasser erhalten hat. Zudem hat sie unstreitig über Jahre hinweg auf Kosten des Erblassers in erheblichem Umfang gemeinsame Reisen mit dem Erblasser unternommen. Hinzu kommt die Zusage eines Wohnrechtes für die Zeit nach dem Tod des Erblassers durch den Kläger. 108

Vor diesem Hintergrund ist eine Aufklärung des – streitigen – Umfangs der erforderlichen und geleisteten Pflege- und Haushaltsleistungen der Beklagten nicht geboten.

**6.** 110

Nach alledem sind die Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs aus § 2287 Abs.1 BGB erfüllt. Rechtsfolge ist ein Anspruch auf Herausgabe der Zuwendungen nach den §§ 818 ff. BGB. Danach ist die Beklagte verpflichtet, dem Kläger die streitgegenständlichen Ansprüche, Fondsbeteiligungen, Genussrechte, Lebensversicherungen, Gesellschaftsbeteiligungen abzutreten bzw. zu übertragen. 111

**II.** 112

Der Antrag des Klägers auf Mitteilung weiterer Einzelheiten bezüglich der unter Klageantrag zu I, Ziffern 2, 5 und 8 aufgeführten Beteiligungen (Anschrift des Beteiligungsunternehmens, Bearbeitungs- oder Versicherungsnummer) ist in Ergänzung des bereits auf erster Stufe zugesprochenen Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB gerechtfertigt, um dem Kläger eine weitere Präzisierung der titulierten Ansprüche im Vollstreckungsverfahren zu ermöglichen. 113

**III.** 114

Der Kläger hat gegen die Beklagte ferner einen Anspruch auf Herausgabe der aus den aufgeführten Beteiligungen erzielten Erträge in Höhe von 23.543,96 €. Der Anspruch beruht auf § 818 Abs.1 1. Fall BGB, da der bereicherungsrechtliche Herausgabeanspruch auch die gezogenen Nutzungen umfasst. Die Beklagte hat die Erträge aus den auf ihren Namen umgeschriebenen Beteiligungen unstreitig erhalten. Soweit sie dargelegt hat, die erhaltenen Dividenden zu Lebzeiten des Erblassers an diesen übergeben zu haben, ist ihr Vortrag ohne jede Substanz geblieben. Sie hat ihren diesbezüglichen Vortrag auch in zweiter Instanz nicht hinreichend konkretisiert, und zwar auch nicht im nachgelassenen Schriftsatz vom 08.08.2017. Der Antritt von Zeugenbeweis kann substantiierten Sachvortrag nicht ersetzen. Ein Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung zur weiteren Sachaufklärung ist vor diesem Hintergrund nicht geboten. 115

Der als Nebenforderung geltend gemachte und zugesprochene Zinsanspruch folgt aus § 291 BGB. 116

**IV.** 117

Der Kläger kann von der Beklagten schließlich auch die Herausgabe der von ihr im Zeitraum vom 05.09.2013 bis zum 05.06.2014 getätigten Barabhebungen vom Konto des Erblassers in Höhe von insgesamt 50.000,- € verlangen. Der Anspruch folgt aus §§ 1922 Abs.1, 667 BGB. 118

Die Barabhebung der Beträge durch die Beklagte in Ausführung des ihr durch den Erblasser erteilten Auftrags unter Verwendung der ihr erteilten Bankvollmacht sind unstreitig und darüber hinaus auch durch die Vorlage der entsprechenden Quittungen (Bl. 95 – 108 der Gerichtsakten) belegt. Von einem reinen Gefälligkeitsverhältnis kann mit Rücksicht auf den Umfang der mit der Vollmacht getätigten Geschäfte nicht ausgegangen werden. Soweit die Beklagte behauptet, sie habe die Beträge jeweils unmittelbar nach dem Empfang an den Erblasser ausgehändigt, ist ihr Vortrag in sich widersprüchlich und wiederum ohne Substanz. Insbesondere hat die Beklagte ihre Behauptung, das bar abgehobene Geld sei teilweise für die Bezahlung gemeinsamer Urlaube sowie für den Erwerb der an sie überschriebenen Unternehmensbeteiligungen verwendet worden, nicht nachvollziehbar substantiiert, und zwar 119

auch nicht in dem nachgelassenen Schriftsatz vom 08.08.2017. Der Antritt von Zeugenbeweis kann auch insoweit substantiierten Sachvortrag nicht ersetzen. Ein Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung zur weiteren Sachaufklärung ist auch in diesem Zusammenhang nicht geboten.

Der als Nebenforderung geltend gemachte und zugesprochene Zinsanspruch folgt wiederum aus § 291 BGB. 120

**V.** 121

Ein Anlass zur Wiedereröffnung des Verfahrens besteht auch nicht aus den von der Beklagten mit Schriftsatz vom 08.08.2017 geltend gemachten verfahrensrechtlichen Gründen. Die Voraussetzungen für die Anordnung einer Wiedereröffnung des Verfahrens nach § 156 Abs.2 Nr.1 ZPO sind nicht erfüllt. 122

Entgegen den Ausführungen der Beklagten ist ein entscheidungserheblicher Verfahrensfehler (§ 295 BGB) oder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beklagten nicht festzustellen. Solches folgt insbesondere nicht aus dem Umstand, dass der Senat das Ergebnis der Parteianhörung im Termin vom 18.07.2017 nicht protokolliert, sondern in einem als Anlage dem Protokoll beigefügten Vermerk des Berichterstatters festgehalten hat. 123

Die Feststellung des Ergebnisses einer Parteianhörung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben (vgl. Zöller/Greger, 31. Aufl., § 141 ZPO Rn.7 m.w.N.). Insbesondere fällt die Anhörung einer Partei nicht unter die Vorschrift des § 160 Abs.3 Nr.4 ZPO. Einen Antrag auf Aufnahme in das Protokoll nach § 160 Abs.IV ZPO hat die Beklagte nicht gestellt. Der Berichterstattervermerk ist den Parteien gemäß Verfügung der Vorsitzenden vom 20.07.2017 zusammen mit der Protokollabschrift übersandt worden. Die Parteien hatten somit Gelegenheit, auch zum Inhalt des Berichterstattervermerks binnen der bis zum 08.08.2017 nachgelassenen Schriftsatzfrist Stellung zu nehmen. Einwendungen gegen die inhaltliche Richtigkeit des Vermerks hat die Beklagte zudem nicht erhoben. 124

**VI.** 125

Die Kostenentscheidung beruht, soweit sie die Säumnis des Klägers betrifft, auf § 95 ZPO und im Übrigen auf § 91 Abs.1 ZPO. 126

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 127

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs.2 ZPO sind nicht erfüllt. 128