
Datum: 06.07.2021
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 U 99/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2021:0706.10U99.19.00

Vorinstanz: Landgericht Hagen, 4 O 240/17
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, V ZR 167/21

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 29.08.2019 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Hagen teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, das Vermächtnis aus der letztwilligen Verfügung der am 00.00.2012 verstorbenen Z A, geboren am 00.00.1960, zu erfüllen durch die Bewilligung und den Antrag der Übertragung des ½ Miteigentumsanteils des Beklagten, verzeichnet im Grundbuch von Hagen Blatt BI01 des Amtsgerichts Hagen, auf den Kläger.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen der Kläger zu 1/3 und der Beklagte zu 2/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, soweit nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 300.000,- € festgesetzt (200.000, € für den Klageantrag zu 1. und 100.000,- € für den Klageantrag zu 2. nebst Hilfsantrag).

Gründe:

I.

Der Kläger verfolgt einen Anspruch auf Vermächtniserfüllung sowie auf Rückabwicklung eines Kaufvertrages.

Der Beklagte ist der Sohn und Alleinerbe der am 00.00.2012 verstorbenen Erblasserin Z A. Der Kläger war mit der Erblasserin eng befreundet und zumindest bis 2011 ihr Lebensgefährte.

Die Erblasserin war vermögend und Inhaberin der Fa. R (..). Der Kläger war ab 2005 Verkaufsleiter der Fa. K in C. Im Jahr 2003 erwarb der Kläger mit seiner damaligen Lebensgefährtin ein Hausgrundstück in X, Bstraße 00, eingetragen im Grundbuch von Hagen, Bl. Bl01, zu einem Miteigentumsanteil von je ½. Nach Beendigung dieser Beziehung begann der Kläger eine Lebensgemeinschaft mit der Erblasserin. Sie lebten zusammen in dem Einfamilienhaus in X, Bstraße 00. Mit Kaufvertrag vom 03.12.2007 kaufte die Erblasserin den hälftigen Miteigentumsanteil der früheren Lebensgefährtin des Klägers am vorgenannten Hausgrundstück ab und tilgte die bestehenden Finanzierungsdarlehen. Mit dem Kläger einigte sie sich dahingehend, dass der hälftige Anteil der abgelösten Schulden von zumindest 155.000,- € zwischen ihnen als Darlehensgewährung anzusehen sei.

In der Folgezeit wurde bei der Erblasserin eine schwere Krebserkrankung festgestellt. Beim Kläger wurde eine primär progrediente MS-Erkrankung diagnostiziert, die ihn dazu zwang, seine Erwerbstätigkeit zu beenden. Vor ihrem Tod lebte die Erblasserin weitestgehend in ihrem Haus in Y. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beziehung zum Kläger im Jahr 2011 endete oder bis zum Versterben der Erblasserin im Jahr 2012 andauerte. Nach dem Tod der Erblasserin wurde dem Beklagten am 18.09.2012 zunächst ein Alleinerbschein nach gesetzlicher Erbfolge erteilt. Ein Testament seiner Mutter hatte er in ihren Unterlagen nicht gefunden.

Mit notariellen Vertrag vom 03.08.2013 übertrug der Kläger seinen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück Bstraße 00 für einen Kaufpreis von 85.000,- € zahlbar in 170 mtl. Raten von 500,- € an den Kläger gegen Einräumung eines Mitbesitzrechts an der Immobilie bis zur Zahlung der letzten Kaufpreiskrate in 170 Monaten. Wegen des genauen Inhalts wird auf den notariellen Vertrag (Bl. 25 ff d.A.) verwiesen. Hintergrund der Vereinbarung war, dass der Kläger wirtschaftlich die Kosten für seine Haushälfte nicht mehr tragen konnte und davon ausging, wegen seiner stetig fortschreitenden MS-Erkrankung nur noch eine Lebenserwartung von maximal 14 Jahren zu haben. Der Vertrag wird seitdem entsprechend den getroffenen Vereinbarungen von beiden Parteien erfüllt. Zu Gunsten des Beklagten wurde am 01.10.2013 eine Eigentumsübertragungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Seit Juli 2013 zahlt der Beklagte die vereinbarten Kaufpreiskraten an den Kläger, bis November 2018 waren das insgesamt 32.500,- €.

Inzwischen ist der Kläger unstreitig nicht mehr geschäftsfähig. Er wohnt weiter im Haus Bstraße 00 und wird dort von seinen Eltern gepflegt. Die nun erforderlichen Pflegeleistungen umfassen den Pflegegrad 5. Seinem Vater, ersatzweise seiner Mutter hatte der Kläger bereits am 12.02.2014 eine umfassende Vorsorgevollmacht gem. § 1896 II BGB erteilt. Aufgrund dieser Vollmacht lehnte das Betreuungsgericht mit Beschluss vom 23.11.2017 die Bestellung eines gesetzlichen Betreuers für den Kläger ab.

Im Januar 2017 entdeckte die Mutter des Klägers zufällig in dessen früheren Büro im Obergeschoss des Hauses Bstraße 00 ein handschriftliches Testament der Erblasserin, datierend vom 25.01.2010. In diesem Testament hat die Erblasserin unter Ziff. 1) verfügt, dass ihre Haushälfte Bstraße 00, X, an den Kläger gehen soll. Unter Ziff. 2) heißt es, dass der Kläger das Darlehen für die Haushälfte nicht zurückzuzahlen braucht. Wegen des weiteren Inhalts und des äußeren Erscheinungsbildes wird auf die zu den Akten gereichte Kopie des Testaments (Bl. 14 ff d.A.) Bezug genommen. Unstreitig befand sich die Erblasserin wegen ihrer Krebserkrankung im Januar 2010 im Fkrankenhaus W und im Shospital in T. Ob am 26.01.2010 eine lebensbedrohliche Operation bevorstand und deshalb das Testament von der Erblasserin errichtet worden ist, ist zwischen den Parteien streitig. Das Nachlassgericht hat nach Vorlage des Testaments den bereits erteilten Erbschein eingezogen und dem Beklagten am 29.06.2017 wiederum einen Alleinerbschein erteilt.

9

Der Kläger hat vom Beklagten schon vorprozessual die Erfüllung des unter Ziff. 1) des Testaments angeordneten Vermächtnisses begehrt. Dies hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 06.09.2017 abgelehnt und die Anfechtung des Testaments, hilfsweise des Vermächtnisses erklärt mit der Begründung, die Erblasserin habe die Verfügung als Notfalltestament angesehen, das nach der erfolgreichen Operation nicht mehr gelten sollte. Auch habe sie sich darüber geirrt, dass die Lebensgemeinschaft mit dem Kläger bis zu ihrem Tod halten werde, was nicht der Fall gewesen sei.

10

Im vorliegenden Rechtsstreit verfolgt der Kläger mit seinem Klageantrag zu 1. die Erfüllung des unter Ziff. 1) des Testaments angeordneten Vermächtnisses und mit seinem Klageantrag zu 2. die Rückabwicklung des am 03.08.2013 mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrages.

11

Der Kläger hat vorgetragen, das Testament sei am 16.01.2017 im Schreibtisch eines gemeinsam mit der Erblasserin genutzten Arbeitszimmers im Haus Bstraße 00 zufällig von seiner Mutter gefunden worden. Im Obergeschoss des Hauses gebe es zwar unstreitig zwei Arbeitszimmer, also auch ein Büro der Erblasserin, diese habe aber sein Büro, seinen Rechner und das Papier der Fa. K stets mitbenutzt.

12

Den Klageantrag zu 2. hat er damit begründet, dass er bei Vertragsschluss nicht gewusst habe, dass ein Testament der Erblasserin existierte, wonach ihm eine Haushälfte zugewandt worden sei. Damit sei die Geschäftsgrundlage für diesen Vertrag entfallen. Er hat behauptet, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei die Immobile mindestens 589.000,- € wert gewesen. Deshalb sei der mit nur 85.000,- € vereinbarte Kaufpreis für den hälftigen Anteil als sittenwidrig einzustufen und der Vertrag insgesamt nichtig.

13

Der Beklagte hat bestritten, dass es ein gemeinsames Büro seiner Mutter mit dem Kläger gegeben habe. Er hat vorgetragen, nach dem Tod seiner Mutter in deren Arbeitszimmer vergeblich nach einem Testament gesucht zu haben. Auch den Kläger habe er damals nach einem Testament befragt. Dieser habe ihm erklärt, dass kein Testament vorhanden sei. Das Testament müsse der Kläger aber gekannt haben, da es sich bei seinen Unterlagen befunden habe. Es sei in seiner Anwesenheit von der Erblasserin nur als Nottestament

14

errichtet worden. Nach der überstandenen Operation habe es nicht mehr gelten sollen. Weiter hat der Beklagte gemeint, der Kläger habe durch sein Verhalten nach dem Erbfall auf die Erfüllung des Vermächtnisses verzichtet. Der Vertrag vom 03.08.2013 sei rechtswirksam geschlossen worden. Der dort vereinbarte Kaufpreis sei nicht zu niedrig angesetzt. Hinzuzurechnen sei das dem Kläger vorbehaltene Wohnungsrecht, das mit einem Wert von 142.800,- € anzusetzen sei. Hiermit sei dem Wunsch des Klägers entsprochen worden, der unbedingt in dem Hause habe wohnen bleiben wollen. Vorsorglich hat sich der Kläger auf Verwirkung und die Einrede der Verjährung berufen.

Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird ergänzend auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung (Bl. 281 ff d.A.) verwiesen. 15

Mit Urteil vom 29.08.2019 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 16

Zur Begründung hat es ausgeführt, dem Kläger stehe kein Anspruch auf Übertragung des hälftigen Eigentums an der Immobile aus Vermächtnis zu. Zwar sei das Testament vom 25.01.2010 wirksam errichtet worden. Der Kläger habe indes mit Abschluss des Vertrages vom 03.08.2013 das ihm eingeräumte Vermächtnis konkludent gem. § 2180 BGB ausgeschlagen. Die Kammer gehe davon aus, dass der Kläger in Kenntnis des Testamentsinhalts bzw. im Bewusstsein darüber den Vertrag abgeschlossen habe. Damit habe er gleichzeitig zu verstehen gegeben, dass er das Vermächtnis betreffend die Übertragung des hälftigen Eigentums ausschlagen wolle. Dies werde gestützt durch den Inhalt des notariellen Kaufvertrages vom 03.08.2013, der ohne Annahme einer solchen Ausschlagung wirtschaftlich sinnlos wäre. Die Kammer sei aufgrund der starken Indizienlage davon überzeugt, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung oder jedenfalls unmittelbar danach von der Existenz und dem Inhalt des Testaments gewusst habe. Der Beklagte als Erklärungsempfänger habe zwar von der Existenz des Testaments damals nichts gewusst. Spätestens im Prozess habe er aber zu verstehen gegeben, dass er auf den Schutz einer objektiven Auslegung keinen Wert lege. 17

Der Kläger habe auch keinen Anspruch auf Rückabwicklung des notariellen Kaufvertrages. Der Inhalt des Grundbuchs stehe mit der materiellen Rechtslage in Einklang. Der Vertrag sei nicht sittenwidrig, insbesondere bestehe kein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Auch sei eine Zwangslage des Klägers nicht zu erkennen. Eine Rückabwicklung gem. §§ 313 III 1, 346 I BGB komme nicht in Betracht, weil der Kläger bei Abschluss des Vertrages die Rechtslage gekannt habe und in diesem Bewusstsein den Vertrag geschlossen habe. 18

Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt. 19

Er rügt eine fehlerhafte Sachverhaltserfassung. Die Annahme der Gegenseite, dass die Erblasserin irrtümlich von einer Unwirksamkeit bzw. Vernichtung des Testaments ausgegangen sei, sei eine reine Spekulation. Das von seiner Mutter gefundene Testament habe sich ungeknickt ohne Gebrauchsspuren zwischen den leeren K-Papieren im Bürocontainer befunden. Seine Mutter habe bereits bei ihrer erstinstanzlichen Befragung angegeben, dass er von diesem Testament der Erblasserin nichts gewusst habe. Bei dem Vertragsschluss am 03.08.2013 sei ein solches Testament nicht ansatzweise erwähnt worden. Er habe damals auch keine positive Kenntnis von der Existenz eines Testaments oder des Vermächtnisses gehabt. Gleiches gelte für den Beklagten. Die Annahme einer konkludenten Ausschlagung des Vermächtnisses sei deshalb nicht vertretbar. Auch deuteten keine Indizien darauf hin. So sei das K-Papier von der Erblasserin mitbenutzt worden. Da sie 20

auch die weiteren Utensilien in seinem Büro genutzt habe, hätte sie ein Testament auch zwischen diesen Blättern in dem Bürocontainer seines Schreibtischs aufbewahren können. Eine positive Kenntnis lasse sich hierdurch nicht belegen. Dies zeige auch der Vertragsabschluss vom 03.08.2013, der sich nur mit seiner fehlenden Kenntnis von einem solchen zu seinen Gunsten bestehenden Vermächtnis verstehen lasse. Es sei angesichts seiner Vermögenslage kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich, weshalb er auf die Erfüllung des im Testament angeordneten Vermächtnisses habe verzichten sollen. Hinzukomme, dass er seinen Immobilienanteil weit unter Marktwert an den Beklagten verkauft habe. Der aktuelle Marktwert der Immobilie betrage 539.650,- €, der Marktwert des hälftigen Eigentumsanteils im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses habe sich auf wenigstens 200.000 € bis 250.000,- € belaufen. Deshalb sei der Vertragsschluss als sittenwidrig anzusehen, zumindest sei eine Rückabwicklung gem. § 313 BGB in Betracht zu ziehen.

Der Kläger beantragt, 21

1. 22

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Hagen vom 29.08.2019 den Beklagten zu 23
verurteilen, das Vermächtnis aus der letztwilligen Verfügung der am 00.00.2012 verstorbenen
Z A, geb. am 00.00.1960, zu erfüllen durch die Bewilligung und den Antrag der Übertragung
des ½-Miteigentumsanteils des Beklagten, verzeichnet im Grundbuch von Hagen, Blatt Bl01,
des Amtsgerichts Hagen, auf den Kläger.

2. 24

Der Beklagte wird ferner verurteilt, die Löschung der im Grundbuch von Hagen, Blatt Bl01, 25
des Amtsgerichts Hagen in Abt. II, an lfd. Nr. 7, für ihn, den Beklagten D A, geb. am
00.00.1988, eingetragene Eigentumsübertragungsvormerkung zu bewilligen und der
Grundbuchberechtigung betreffend den ½-Anteil des Beklagten gem. § 894 BGB
zuzustimmen und den Kläger als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen, und zwar Zug
um Zug gegen Zahlung des Betrages von 32.500,00 Euro empfangener Leistungen bis
einschließlich November 2018 (und fortlaufend weiterer Zahlungen bis zu einer gerichtlichen
Entscheidung) durch den Kläger an den Beklagten;

3. 26

hilfsweise hierzu, 27

den Beklagten zu verurteilen, die Löschung der im Grundbuch von Hagen, Blatt Bl01, des 28
Amtsgerichts Hagen eingetragenen Eigentumsvormerkung - Abt. I, lfd. Nr. 7 - für den
Beklagten D A, geb. am 00.00.1988, zu bewilligen und die Rückauflassung zu dem durch
Vertrag vom 03.08.2013 - Urkundenrollennummer 94/2014 des Notars E mit Amtssitz in X -
zu bewilligen.

4. 29

Die Kosten beider Instanzen werden dem Beklagten auferlegt. 30

5. 31

Hilfsweise jedenfalls, unter Aufhebung des am 29.08.2019 verkündeten Urteils das Verfahren 32
an das Landgericht Hagen als Gericht des ersten Rechtszuges zur erneuten Verhandlung
und Entscheidung zurückzuverweisen.

Der Beklagte beantragt,	33
die Berufung zurückzuweisen.	34
Die Beklagte verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Er meint, das Landgericht habe zu Recht festgestellt, dass der Kläger das zu seinen Gunsten angeordnete Vermächtnis rechtswirksam ausgeschlagen habe. Das Testament sei zwar am 25.01.2010 errichtet worden. Dies könne die Erblasserin aber im Nachhinein vergessen haben. Auch sei es denkbar, dass sie den Kläger angewiesen habe, es nach dem Überleben der Operation bzw. ihrer Genesung zu vernichten, was dann nicht geschehen sei. Die Erblasserin sei jedenfalls im Sommer 2011 und im Jahr 2012 davon ausgegangen, dass kein Testament mehr vorgelegen habe, weil sie den Kläger gebeten habe, dieses nach der erfolgreichen Operation zu vernichten. Es sei unter Beweis gestellt worden, dass die Erblasserin gegenüber Zeugen noch im Juni 2012 erklärt habe, kein Testament errichtet zu haben. Dies sei aus ihrer Sicht nicht von Nöten gewesen, weil ihr Sohn als alleiniges Kind alles erben werde. Die Erblasserin hätte als Geschäftsfrau Ordnung in ihren Unterlagen gehabt. Sie hätte das Testament an einem sicheren Ort aufbewahrt, wie in einem ihrer Aktenordner in ihrem Büro und nicht zwischen leeren Blättern im Bürocontainer im Arbeitszimmer des Klägers. Der Auffindeort belege, dass es der Kläger dort abgelegt habe. Demnach habe er Kenntnis von dem Testament und seinen Regelungen gehabt. Im Übrigen hätte die Erblasserin später andere Verfügungen getroffen. Insoweit greife die erklärte Anfechtung des Testaments durch. Auch sei das Verhalten des Klägers rechtsmissbräuchlich, weil er weiter die Kaufpreistraten aus dem Vertrag vom 03.08.2013 entgegen nehme. Bei diesem Vertragsschluss habe er nicht unter Druck gestanden. Sein Vater sei in die Vertragsverhandlungen einbezogen gewesen. Erst mit dem Auffinden des Testaments im Jahr 2017 sei es zu Streitigkeiten mit den Eltern des Klägers gekommen. Das vorliegende Verfahren werde nicht im Interesse des Klägers geführt. Im Übrigen sei die Immobilie nur 350.000,- € bis 380.000,- € wert.	35
Der Senat hat die Parteien persönlich angehört. Auf den Berichterstattevermerk vom 10.11.2020 (Bl. 410 d.A.) wird verwiesen. Nach dem Scheitern von Vergleichs-verhandlungen ist das schriftliche Verfahren gem. § 128 II ZPO angeordnet und den Parteien ein Schriftsatznachlass bis zum 21.06.2021 eingeräumt worden (Bl. 454, 474 d.A.).	36
II.	37
Die zulässige Berufung des Klägers ist insoweit begründet, als dem Klageantrag zu 1. stattzugeben war. Hingegen ist der Klageantrag zu 2. nebst Hilfsantrag zu Recht vom erstinstanzlichen Gericht abgewiesen worden.	38
1.	39
Der Klageantrag zu 1. ist begründet. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Übertragung des ½ Miteigentumsanteils des Beklagten an dem Grundstück Bstraße 00 in X aus Vermächtnis gem. §§ 2147, 2174 BGB zu.	40
a)	41
Nach dem vorliegenden Testament vom 25.01.2010 ist der Beklagte gem. § 2087 I BGB als Alleinerbe eingesetzt worden. Dies folgt daraus, dass die Erblasserin ihm nicht nur wesentliche Vermögensgegenstände, wie den Verkaufserlös der Fa. R sowie Bankguthaben in der Schweiz, sondern den gesamten Rest des Vermögens zugedacht hat, vgl. dazu Regelungen unter Ziff. 8) – 10). Dieses Testamentsverständnis entspricht auch dem vom	42

Nachlassgericht erteilten Erbschein, der von beiden Parteien akzeptiert worden ist. Demgegenüber sind die übrigen Zuwendungen an andere Personen nach der Auslegungsregel des § 2087 II BGB rechtlich als Vermächtnisse gem. §§ 2247, 2274 BGB einzuordnen. Das gilt insbesondere für die von der Erblasserin unter Ziff. 1) getroffene Verfügung, dass ihre Haushälfte Bstraße 00, X an den Kläger gehen soll.

b) 43

Das Testament ist von der Erblasserin nach den gesetzlichen Formvorgaben der §§ 2231 Nr. 2, 2247 BGB rechtswirksam errichtet worden. Es ist kein konkreter Anhaltspunkt dafür erkennbar, dass die von der Erblasserin eigenhändig niedergeschriebenen und unterschriebenen letztwilligen Verfügungen nur als Entwurf gemeint gewesen sind. 44

Für einen damaligen Testierwillen spricht bereits die Überschrift „Testament“ mit Hinzusetzung von Ort und Datum der Niederschrift. Hinzukommt, dass die einzelnen Verfügungen wohl durchdacht und folgerichtig und damit als das Ergebnis vorheriger Planung erscheinen. Allein die Tatsache, dass die Erblasserin zur Niederschrift einen Briefbogen des damaligen Arbeitgebers des Klägers K benutzt hat, deutet nur darauf hin, dass ihr damals ein anderes Blatt Papier nicht zur Verfügung gestanden hat. Dass die Erblasserin zu Hause auch die Briefbögen der Fa. K benutzt hat, hat der Kläger in der Berufungsbegründung substantiiert vorgetragen und durch Überreichung des Anlagenkonvoluts A1 belegt (vgl. Bl. 345 d.A. und Anlagenband). Zudem wird durch die vorgelegten Berichte des Fkrankenhauses W vom 14.01.2010 und des Shospitals in T vom 10.02.2010 belegt, dass bei der Erblasserin eine ernsthafte Krebserkrankung diagnostiziert und im Shospital eine Operation anberaumt worden war (Bl. 87 ff, 132 d.A.). Vor dem Hintergrund dieses für den 26.01.2010 geplanten Eingriffs erscheint es fernliegend, dass die Verfügungen vom Vortag nicht rechtsverbindlich gemeint gewesen sind. 45

c) 46

Die am 25.01.2010 getroffenen letztwilligen Verfügungen sind später auch nicht von der Erblasserin gem. §§ 2253 ff BGB widerrufen worden. 47

Ein neues Testament hat sie nicht errichtet, jedenfalls wurde von den Parteien kein weiteres Testament mehr gefunden. Auch hat die Erblasserin das Testament vom 25.01.2010 nicht gem. § 2255 BGB vernichtet. Ein unfreiwilliger Urkundenverlust, etwa weil das Testament zunächst nicht aufgefunden worden ist, berührt dessen Wirksamkeit grundsätzlich nicht, wenn eine Aufhebungsabsicht nicht festzustellen ist (Palandt-Weidich, 80. Aufl., § 2255 BGB Rz. 8 m.w.N.). Eine solche Aufhebungsabsicht der Erblasserin hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht nachweisen können. 48

Hierfür genügt es nicht, dass sich ein Testament nicht an einem Ort befindet, an dem es nach dem Tod eines Erblassers sicher aufgefunden werden kann. Zwar ist dem Beklagten zuzugestehen, dass es bei einer Geschäftsfrau, wie es die Erblasserin war, naheliegend gewesen wäre, wenn sie ihre letztwillige Verfügung in einem ihrer Aktenordner in ihrem Büro verwahrt hätte. Allerdings lässt es sich im Nachhinein nicht mehr klären, weshalb sich das Testament – wie die Mutter des Klägers es gegenüber dem erstinstanzlichen Gericht geschildert hat - unter einem Stapel von leeren Blättern in einem Bürocontainer am Schreibtisch des Klägers befand (vgl. Bl. 166 d.A.). Allein aus diesem Fundort lässt sich aber nicht folgern, dass die Erblasserin das Testament dem Kläger mit der Weisung übergeben hat, dies nach einer überstandenen Operation zu vernichten. Selbst wenn dies so gewesen wäre, lässt sich nicht feststellen, dass die Urkunde von der Erblasserin in Aufhebungsabsicht 49

vernichtet worden ist.

Wäre der Erblasserin an einem Widerruf ihrer Verfügungen vom 25.01.2010 gelegen gewesen, hätte sie das Testament nach ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus selbst vernichten können. Das hat sie aber nicht getan. Im Übrigen lässt sich die Auffindesituation des Testaments nachvollziehbar auch damit erklären, dass die Erblasserin selbst das Testament noch am 25.01.2010 vor ihrer stationären Aufnahme im Shospital in T zu den anderen K-Briefbögen in den Bürocontainer des Klägers gelegt und später einfach vergessen hat. Dies ließe sich auch mit dem Umstand in Einklang bringen, dass die Urkunde weder Knick- noch sonstige Gebrauchsspuren aufweist. Jedenfalls handelt es sich bei all diesen möglichen Geschehensabläufen um reine Spekulationen. Eine Aufhebungsabsicht der Erblasserin lässt sich hierdurch nicht belegen. 50

d) 51

Das vorliegende Testament ist auch nicht als Nottestament mit beschränkter Gültigkeit errichtet worden. 52

Hierfür wäre es gem. §§ 2249 ff BGB erforderlich gewesen, dass das Testament entweder durch mündliche Erklärung vor einem Bürgermeister oder gegenüber drei Zeugen oder auf hoher See errichtet wurde, was hier offensichtlich nicht der Fall war. Auch ergibt sich aus dem Inhalt des Testaments kein Hinweis darauf, dass es nur für den Fall, dass die Erblasserin die bevorstehende Operation nicht überlebt, gelten sollte. Diese Prämisse hätte unschwer in einer Art Einleitung festgelegt werden können. Das hat die Erblasserin, die als Geschäftsfrau mit solchen Dingen bewandert war und ansonsten ihre Verfügungen klar durchstrukturiert und detailliert niedergeschrieben hat, aber nicht getan. 53

e) 54

Das im Testament unter Ziff 1) ausgesetzte Vermächtnis ist auch nicht aufgrund der vom Beklagten mit Schriftsatz vom 06.09.2017 erklärten Anfechtung unwirksam geworden. 55

Bereits der hierfür erforderliche Anfechtungsgrund, § 2078 BGB, ist nicht festzustellen. Schon die Behauptung des Beklagten, die Erblasserin habe die Verfügung vom 25.01.2010 nur als Notfalltestament angesehen, das nach der erfolgreichen Operation nicht mehr gelten sollte, lässt sich nicht belegen. Gleiches gilt für die weitere Behauptung, dass sie den Kläger nicht mehr habe begünstigen wollen, weil sie im Januar 2010 darüber geirrt habe, dass ihre Lebensgemeinschaft bis zu ihrem Tod halten werde. Selbst wenn - wie der Beklagte behauptet - die Lebensgemeinschaft mit dem Kläger im Jahr 2011 beendet war, hatte der Kläger weiterhin mit der Erblasserin einen freundschaftlichen Umgang. So hatte die Erblasserin kein Problem damit, dass er während ihrer Aufenthalte in Y das gemeinsame Haus in X allein nutzte. Auch forderte sie von ihm nicht die Rückzahlung des für das Haus gewährten Finanzierungsdarlehens zurück. Unter weiterer Berücksichtigung der schweren Erkrankung des Klägers, von der die Erblasserin damals wusste, erscheint deshalb auch die Aufrechterhaltung der unter Ziff. 1) und 2) im Testament getroffenen Verfügungen für den Fall einer vorzeitigen Beendigung ihrer Lebensgemeinschaft plausibel, zumal sich die beiden - auch unter Zugrundelegung des Vortrags des Beklagten - nicht zerstritten, sondern eher auseinander gelebt haben sollen (vgl. dazu den Vortrag auf Bl. 48 d.A.). 56

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Erblasserin - wie der Beklagte behauptet - noch im Juni 2012 ihm gegenüber und gegenüber Vertrauten gesagt haben soll, sie habe kein Testament errichtet. Denn zum einen kann sie dies dennoch gemacht haben und nur nicht 57

gewollt haben, die Einzelheiten der getroffenen Regelungen mit ihrem Sohn bzw. ihren Vertrauten näher zu erörtern. Schließlich hat sie der Beklagte auch nach dem vorliegenden Testament allein beerbt. Ebenso ist aber auch möglich, dass die Erblasserin nach der überstandenen Operation und der Entlassung aus dem Krankenhaus Anfang 2010 die Existenz des vorliegenden Testaments einfach vergessen hat. Hierdurch ließe sich auch erklären, dass sich die vermachten Beträge von insgesamt 100.000,- € im Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr auf ihrem Konto befanden und sie sich gar nicht mehr vergegenwärtigte, dass sie sich durch Bekanntgabe eines nicht-offiziellen Kontos in der Schweiz ggf. mit einer Steuerhinterziehung selbst belastete. Auch das Verhalten des Klägers, der nach dem Erbfall das in seinem Büro befindliche Testament nicht vorgelegt hat, ist mit all diesen ungeklärten Umständen in Einklang zu bringen. So lässt sich sein Verhalten sowohl damit erklären, dass der Kläger von dem Testament nichts gewusst hat, als auch damit, dass auch er es nach der erfolgreichen Operation seiner Lebensgefährtin am 26.01.2010 schlichtweg vergessen hat. Zu all diesen Umständen konnte der Kläger wegen seines massiv verschlechterten Gesundheitszustandes nicht mehr befragt werden. Die damit verbliebenen Unklarheiten geben weiter Anlass zu unterschiedlichen verschiedenen Spekulationen, wie sie von beiden Parteien in diesem Rechtsstreit verfolgt werden. Einen zwingenden Schluss auf ein nur zeitlich beschränktes oder unter der Prämisse einer weiter bestehenden Lebensgemeinschaft gültiges Testament lassen sie nicht zu.

f) 58

Der Kläger hat das ihm unter Ziff. 1) des Testaments eingeräumte Vermächtnis auch nicht gem. §§ 2180 II 1, 1953 I BGB ausgeschlagen. 59

Eine solche Ausschlagung hätte gem. § 2180 II BGB nach dem Erbfall gegenüber dem Beklagten als beschwerten Erben erklärt werden müssen. Die Erklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist nicht fristgebunden und bedarf keiner besonderen Form, kann also auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen (vgl. Juris-PK-Reymann, 9. Aufl., § 2180 BGB Rz. 26; Palandt-Weidlich, § 2180 BGB Rz. 1). 60

Ausdrücklich hat der Kläger die Ausschlagung des Vermächtnisses gegenüber dem Beklagten nicht erklärt. Insbesondere ist eine solche Erklärung nicht im notariellen Vertrag vom 03.08.2013 aufgenommen worden, was nahe gelegen hätte, da beide Parteien vor der Beurkundung den Vertrag mit dem Notar erörtert haben, vgl. § 17 BeurG. 61

Voraussetzung für die Annahme einer konkludenten Erklärung am 03.08.2013 ist, dass aus dem damaligen Verhalten des Klägers mit der erforderlichen Sicherheit auf einen rechtsverbindlich geäußerten Willen zu schließen ist. So kann in der Inanspruchnahme eines Vermächtnisses ein Indiz für eine stillschweigend erfolgte Annahme liegen. Allein das Weiterbewohnen einer vermächtnisweise zugewandten Wohnung genügt aber noch nicht. Denn es muss der sichere Schluss auf eine bewusste Annahme bzw. Inanspruchnahme der Wohnung als Vermächtnisgegenstand möglich sein (OLG Oldenburg, Urt.v. 10.11.1988, 5 U 114/98-Juris Rn. 22). 62

Nach diesen Grundsätzen ist eine konkludent vom Kläger gegenüber dem Beklagten erklärte Ausschlagung nicht festzustellen. Denn unabdingbare Voraussetzung hierfür ist, dass dem Kläger bei Vertragsschluss die Vermächtnisanordnung unter Ziff. 1) des Testaments bekannt war. Eine solche Kenntnis, für die der Beklagte darlegungs- und beweispflichtig ist, lässt sich hier aber nicht feststellen. Gegen eine solche Kenntnis spricht, dass der Kläger nach dem Erbfall das Testament vom 25.01.2010, das ihn unter Ziff. 1) und 2) begünstigte, nicht beim Nachlassgericht eingereicht bzw. dem Erben oder seinen Eltern vorgelegt hat. Auch lässt sich 63

eine Kenntnis des Klägers schwerlich mit dem am 03.08.2013 erfolgten Vertragsabschluss vereinbaren. Denn durch diesen Vertrag ist gerade nicht der streitgegenständliche Miteigentumsanteil mit dem Rechtsgrund eines neuen Schenkungsversprechen unter abweichenden Bedingungen übertragen worden, mit der Folge, dass der Übergabevertrag als Erfüllung des Vermächtnisses angesehen werden könnte (so OLG Koblenz, Beschluss vom 05.06.2008- 5 U 99/08, Juris Rn 14 ff). Vielmehr hat der Kläger seinen eigenen Miteigentumsanteil an den Beklagten übertragen. Dabei haben die Parteien eine Kaufpreiszahlung in Höhe von 85.000,- € in 170 mtl. Raten von 500,- € vereinbart und zwar gegen Einräumung eines Mitbesitzrechts des Klägers an der Immobilie bis zur Zahlung der letzten Kaufpreirate in 170 Monaten. Hintergrund dieser Vereinbarung war, dass der Kläger wirtschaftlich nicht in der Lage war, die Kosten für seine eigenen Haushälfte aufzubringen, trotzdem aber in der Immobilie wohnen bleiben wollte. Damals soll er davon ausgegangen sein, dass er aufgrund seiner primär progredienten MS-Erkrankung nur noch eine Lebenserwartung von maximal 14 Jahren hat. Diese Vereinbarungen machen aber wenig Sinn, hätte der Kläger schon damals von dem ihm zugedachten Vermächtnis gewusst. Denn in diesem Fall hätte er einen unentgeltlichen Anspruch auf das Alleineigentum an der von ihm bewohnten Immobilie gehabt. Der Vereinbarung eines weiteren Nutzungsrechts, das letztendlich zur Reduzierung des vereinbarten Kaufpreises geführt hat, hätte es dann nicht bedurft.

Eine Kenntnis des Klägers betreffend das ihm zugewandte Vermächtnis lässt sich auch nicht mit dem Auffindungsort des Testaments begründen. Wie bereits ausgeführt, ist es möglich, dass die Erblasserin ohne Kenntnis ihres Lebensgefährten das Testament abgefasst und unter den Stapel von K-Blättern gelegt hat. Dies kann sowohl vor ihrem Krankenhausaufenthalt als auch danach geschehen sein, falls sie das Testament ohne Beteiligung des Klägers allein im Krankenhaus verfasst hat. Vielleicht hatte der Kläger ihr zuvor ein paar leere Blätter seines Arbeitgebers mitgebracht oder die Erblasserin hatte diese zuvor selbst mitgenommen. Vielleicht hat die Erblasserin das Testament aber auch noch im Haus Bstraße 00 in X und nicht im Krankenhaus verfasst. Hierauf deutet die Ortsangabe im Testament „X, den 25.01.2010“ hin. 64

Solange sich all diese Möglichkeiten nicht ausschließen lassen, lässt sich kein sicherer Rückschluss auf eine positive Kenntnis des Klägers von dem am 25.01.2010 errichteten Testament vor seiner Entdeckung im Januar 2017 ziehen. Damit ist nach Auffassung des Senats hier keine starke Indizienlage gegeben. Die diesbezüglichen Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil stellen nur weitere Spekulationen über den nicht mehr aufklärbaren Geschehensablauf dar. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen scheidet auch ein Verzicht oder die Annahme eines stillschweigend geschlossenen Erlassvertrages, § 397 BGB, auf das Vermächtnis aus. 65

g) 66

Der Vermächtnisanspruch des Klägers wird auch nicht durch ein Nachvermächtnis, § 2191 BGB, eingeschränkt. Zwar heißt es in dem Testament unter Ziff. 3): „ Falls G keine Kinder bekommt, fände ich es schön, wenn er das Haus nach seinem Tod an meinen Sohn D A vererbt.“ Hierbei handelt es sich aber – wie es bereits der Wortlaut nahelegt - um keine letztwillige Anordnung, sondern um einen unverbindlichen Wunsch der Erblasserin. Schließlich konnte sie über die dem Kläger gehörende Miteigentumshälfte an der Immobilie Bstraße 00 nicht verfügen. Damit ist schon keine Identität des vermachten Gegenstandes gegeben (vgl. dazu Palandt-Weidlich § 2191 BGB Rz. 1). 67

h) 68

Schließlich ist der Anspruch auf Vermächtniserfüllung weder verjährt noch verwirkt.	69
Es kann auf sich beruhen, ob hier die zehnjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB oder die dreijährige Regelverjährung der §§ 195, 199 BGB gilt. Da eine Kenntnis des Klägers bzw. seines gesetzlichen Vertreters vor Januar 2017 nicht feststellbar ist, ist auch die kürzere Frist im Zeitpunkt der Anhängigkeit des Prozesskostenhilfegesuchs (September 2017) noch nicht abgelaufen. Auch die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Anspruchs, § 242 BGB, sind nicht gegeben. Mangels nachweisbarer Kenntnis des Klägers von der Vermächtnisanordnung vor dem Auffinden des Testaments im Januar 2017 lässt sich weder ein widersprüchliches noch ein sonstwie treuwidriges Verhalten feststellen.	70
2.	71
Hinsichtlich des Klageantrags zu 2. nebst Hilfsantrag hat die Berufung keinen Erfolg.	72
Dem Kläger steht kein Anspruch auf Löschung der im Grundbuch von Hagen, Bl. Bl01, zu Gunsten des Beklagten eingetragenen Eigentumsübertragungsvormerkung und auch kein Anspruch auf Rückauflassung seines mit Vertrag vom 03.08.2013 übertragenen hälftigen Eigentumsanteils zu.	73
a)	74
Der Kaufvertrag vom 03.08.2013 über den hälftigen Miteigentumsanteil ist rechtswirksam zwischen den Parteien geschlossen worden. Es ist kein Anhaltspunkt erkennbar und wird von den Parteien auch nicht vorgetragen, dass die primär progrediente MS-Erkrankung des Klägers im Zeitpunkt des Vertragsschluss schon so weit fortgeschritten war, dass er in seiner Geschäftsfähigkeit eingeschränkt gewesen ist. Noch am 12.02.2014 erteilte der Kläger seinen Eltern gem. § 1896 II BGB eine umfassende Vorsorgevollmacht. Von der Wirksamkeit dieser Vollmacht ist das Betreuungsgericht in seinem Beschluss vom 23.11.2017 ausgegangen und hat deswegen die Bestellung eines gesetzlichen Betreuers abgelehnt (vgl. Bl. 110 d.A.). Auch die zu den Akten gereichten Krankenhausberichte enthalten keine Hinweise auf eine bereits im Sommer 2013 eingeschränkte Geschäftsfähigkeit (vgl. vorl. Entlassungsbericht des (..) Krankenhauses X vom Juni 2010, Bl. 217 ff d.A.).	75
b)	76
Auch eine Sittenwidrigkeit des Vertrages, § 138 II BGB, ist nicht gegeben.	77
Wie bereits das erstinstanzliche Gericht zutreffend ausgeführt hat, lässt sich nicht feststellen, dass der mit 85.000,- € vereinbarte Kaufpreis in einem auffälligen Missverhältnis zu dem tatsächlichen Wert des verkauften Miteigentumsanteils steht. Denn neben dem in Höhe von 85.000,- € vereinbarten Kaufpreis ist noch das zu Gunsten des Klägers unter § 5 Ziff. 1 eingeräumte weitere Nutzungsrecht für die Laufzeit der Kaufpreiszahlung zu berücksichtigen. Der Kläger bewohnte damals 2/3 des Hauses mit einer Gesamtwohnfläche von 211 qm, also 140 qm, allein. Unter Zugrundelegung eines monatlichen Nutzungswertes von 840,- €, ergibt dies für eine Laufzeit von 14 Jahren einen Wert von rd. 141. 000,- €. Dieser Wert ist zu den 85.000,- € hinzurechnen, so dass sich der Wert der Gegenleistung insgesamt schon auf 226.000,- € beläuft, ungeachtet des Umstandes, dass dem Kläger unter § 4 Ziff. 2. noch ein Vorkaufsrecht an der gesamten Immobilie eingeräumt worden ist. Damit haben die Parteien den Immobilienwert im August 2013 nicht viel zu niedrig angesetzt, selbst wenn sich der Wert des übertragenen Miteigentumsanteils auf wenigstens 200.000,- € bis 250.000,- € belaufen haben sollte (Berufungsbegründung, Bl. 349 d.A.). Jedenfalls wird die für § 138 II BGB	78

maßgebliche Grenze für ein auffälliges Missverhältnis, die bei 100 % über oder unter dem Marktpreis anzusetzen ist (vgl. Palandt-Ellenberger, § 138 BGB Rz. 67, 68 m.w.N.), noch nicht erreicht.

Auch ist nicht ersichtlich, dass der Beklagte damals eine bestehende Zwangslage oder eine geschäftliche Unerfahrenheit des Klägers vorsätzlich ausgenutzt hat. 79

Die im Vertrag getroffenen Regelungen sind im maßgeblichen Interesse des Klägers vereinbart worden. Unstreitig sollen die Vertragsverhandlungen auf Wunsch des Klägers erfolgt sein und schon Anfang 2013 begonnen haben. An diesen Verhandlungen soll auch der Vater des Klägers von Anfang an beteiligt gewesen sein. Hintergrund der am 03.08.2013 getroffenen Vereinbarung war, dass der Kläger aufgrund seiner fortschreitenden Erkrankung inzwischen erwerbsunfähig und mit seiner Erwerbsminderungsrente wirtschaftlich nicht mehr in der Lage war, die Kosten für seine Haushälfte Bstraße 00 aufzubringen. Dafür war er aber dringend daran interessiert, auch nach dem Tod der Erblasserin in der gewohnten Umgebung wohnen zu bleiben. Um dem Kläger dies zu ermöglichen, haben die Parteien eine Laufzeit des Nutzungsrechts entsprechend den zu zahlenden Kaufpreiskraten von 170 Monaten vereinbart, was einer Laufzeit von gut 14 Jahren entspricht. Dabei gingen die Beteiligten davon aus, dass der Kläger noch eine Lebenserwartung von maximal 14 Jahren hatte. Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass nach Angaben des Vaters des Klägers im Senatstermin die MS-Erkrankung inzwischen weit fortgeschritten, der Kläger zusätzlich an Demenz erkrankt ist und in einem Pflegebett gepflegt werden muss (vgl. Bl. 410 d.A.). 80

c) 81

Schließlich kommt auch eine Vertragsanpassung oder Rückabwicklung gem. §§ 313 III, 346 I BGB nicht in Betracht. 82

Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 313 BGB ist, dass sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben. Das könnte hier das verspätete Auftauchen des Testaments vom 25.01.2010 mit der Vermächtnisanordnung unter Ziff. 1) sein. Hierzu trägt der Kläger vor, hätte er gewusst, dass der andere Miteigentumsanteil nicht dem Beklagten als Erben, sondern ihm als Vermächtnisnehmer zustand, hätte er nicht seinen eigenen Miteigentumsanteil mit Vertrag vom 03.08.2013 an den Beklagten verkauft. Dies würde den Wegfall einer dem Vertrag zugrunde liegenden Geschäftsgrundlage begründen (vgl. Bl. 8 d.A.) 83

Allerdings ist es weiterhin zwischen den Parteien streitig, ob der Kläger schon damals von der ihn begünstigenden Vermächtnisanordnung gewusst hat oder ob er hiervon erst nach dem Auffinden des Testaments im Januar 2017 erfahren hat. So ist durchaus möglich, dass der Kläger bereits beim Erbfall von der Zuwendung der Erblasserin wusste, wegen seiner fortschreitenden Erkrankung aber eine Vermächtniserfüllung nicht mehr gewollt und dafür seinen Immobilienanteil lebzeitig an den Beklagten übertragen hat. Damit hätte er dem Wunsch der Erblasserin, dass letztendlich ihr Sohn die Immobilie erhalten soll (vgl. dazu: Ziff. 3) des Testaments) Rechnung getragen. 84

Im Rahmen eines Anspruchs gem. § 313 BGB trägt nun der Kläger als Anspruchsteller die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Grundlagenstörung (vgl. Juris-PK-Pfeiffer, 9. Aufl., § 313 BGB Rz. 85 m.w.N.). Das heißt, er hat nachzuweisen, dass die Beteiligten damals übereinstimmend davon ausgegangen sind, dass ihm kein Anspruch auf Übertragung des Miteigentumsanteils des Beklagten gem. §§ 2147, 2174 BGB zustand. Da die Motivationslage und die Kenntnis des Klägers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber 85

wegen des inzwischen eingetretenen Verlustes seiner kognitiven Fähigkeiten nicht mehr geklärt werden kann, lässt sich dieser Beweis hier nicht führen.

3. 86

Für die noch äußerst hilfsweise beantragte Aufhebung des angefochtenen Urteils unter Zurückweisung des Verfahrens an das Landgericht Hagen als Gericht des ersten Rechtszuges zur erneuten Verhandlung und Entscheidung bestand keine Veranlassung, da die Voraussetzungen gem. § 538 II ZPO nicht gegeben waren. 87

III. 88

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 I ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 89

Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgericht erfordern, § 543 II 1 ZPO. 90

Der Wert für den Klageantrag zu 1. (Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils) ist nach dem von Klägerseite mitgeteilten Verkehrswert dieses Grundstücksanteils in Höhe von 200.000,- € bemessen worden (Klageschrift, Bl. 9 d.A.). Der Wert des Klageantrags zu 2. nebst Hilfsantrag beläuft sich auf 100.000,- €. Bei diesem Antrag ging es nicht nur um die Löschung der zu Gunsten des Beklagten eingetragenen Eigentumsübertragungs-vormerkung betreffend des anderen Miteigentumsanteils an dem Hausgrundstück, sondern darüber hinaus um die Bewilligung einer Rückauflassung (vgl. Hilfsantrag, Bl. 339 d.A.). Deshalb hat der Senat den Wert hierfür nicht nur – wie zunächst beabsichtigt (Vfg. v. 05.01.2021, Bl. 415 d.A.) - auf 50.000,- €, sondern insgesamt auf 100.000,- € einschätzt. 91