



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IV ZR 74/20

vom

23. September 2020

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Vorsitzende Richterin Mayen, die Richter Prof. Dr. Karczewski, Lehmann, die Richterinnen Dr. Brockmüller und Dr. Bußmann

am 23. September 2020

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Beklagten wird die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 4. März 2020 zugelassen.

Das vorbezeichnete Urteil wird gemäß § 544 Abs. 9 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Streitwert: 278.000 €

#### Gründe:

- 1 I. Die Klägerinnen machen gegen den Beklagten, ihren Bruder, einen Anspruch auf Wertersatz aus einem Vermächtnis geltend. Der Vater der Parteien war Landwirt in S. . Zu seinem Hof gehörte unter anderem das Wohnhausgrundstück Sü. 2, Flurstück 60/12 der Flur 6, Grundbuch von S. Bl. 574 zu einer Größe von

1.926 qm. Am 14. Juni 1997 ließen die Eheleute A. und T. F.  
ein notarielles Testament beurkunden, in dem es unter anderem  
heißt:

"...

II.

Ich, A. F. setze zu meinem Alleinerben und Hof-  
erben meines landwirtschaftlichen Hofes Sü.  
1, S. meinen Sohn ... [Beklagter] ein.

Mein Erbe ... [Beklagter] ist verpflichtet, meiner Ehefrau ...  
ein Altenteilsrecht sowie ein Wohnrecht in dem Hause  
Sü.

2 einzuräumen und dieses grundbuchlich  
abzusichern.

III.

Ich, T. F. setze meinen Ehemann ... als  
Vorerben ein. Er ist von allen Beschränkungen und Ver-  
pflichtungen befreit, ... Nacherbe ist mein Sohn ... [Beklag-  
ter].

IV.

Nach dem Tode des Längstlebenden von uns hat unser  
Sohn und Erbe ... [Beklagter] folgende Vermächtnisse aus-  
zukehren:

1. Unser Erbe ... [Beklagter] hat an seine Schwestern ...  
[Klägerinnen] das Grundstück Sü. 2 mit  
dem aufstehenden Gebäude zur Größe von ca. 900 qm  
zu übertragen, und zwar je zur ideellen Hälfte.
2. Sollte die Übertragung aus rechtlichen und tatsächlichen  
Gründen nicht möglich sein, hat er seinen beiden

Schwestern einen entsprechenden Geldersatz zu dem festzustellenden Zeitwert dieses Grundstückes auszu zahlen.

..."

- 2 Mit notariellem Vertrag vom 17. Juli 1998 übertrugen der Vater der Parteien und deren Mutter den Hof im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Beklagten. Der Vater der Parteien verstarb im Juni 1999. Mit notariellem Vertrag vom 5. Dezember 2013 veräußerten die Mutter der Parteien und der Beklagte eine seinerzeit noch zu vermessende Teilfläche des seit dem Tod des Vaters der Parteien in beider Eigentum stehenden Flurstücks 60/12 der Flur 6 der Gemarkung S. einschließlich des darauf befindlichen Wohnhauses zu einem Preis von 300.000 € an die Windpark S. GmbH & Co. KG (im Folgenden: Windparkbetreiberin). In § 10 des Vertrages heißt es unter anderem:

"...

Nach Aufgabe der Wohnnutzung durch den Erschienenen zu 1 und Frau T. F. ... sollen im Radius von 400 m um das bisher zu Wohnzwecken genutzten Gebäude voraussichtlich weitere Windenergieanlagen errichtet werden. ...

Der Erschienene zu 1 und Frau T. F. verpflichten sich zur dauerhaften Aufgabe der Wohnnutzung auf ihren bisherigen Wohnsitzen, Sü. 1 und 2. ..."

- 3 Die beabsichtigte Veräußerung des Hausgrundstücks war den Klägerinnen bekannt. Bereits zu dieser Zeit kam es zu erbrechtlichen Auseinandersetzungen.

- 4 Die Mutter der Parteien verstarb am 10. Dezember 2016. Eigentümerin des Flurstücks 60/14 ist nunmehr die Windparkbetreiberin. Dieser

wurde der Bau und Betrieb einer Windkraftanlage in der Nähe des Grundstücks genehmigt. Eine Wohnnutzung des Gebäudes ist ausgeschlossen. Am 28. August 2014 forderte die Klägerin zu 1) den Beklagten zur Zahlung von 50.000 € auf ("... Das Gleiche gilt für den Erlös von Mutters Haus (unser Erbe) wo V. und ich uns auf die von Dir vorgeschlagenen 50.000,- € einverstanden erklärt haben. Das wollen wir - nicht mehr aber auch nicht weniger ..."). Mit Schreiben vom 3. September 2014 an beide Klägerinnen bot der Beklagte eine Zahlung in Höhe von je 25.000 € an, welche auf den erst später entstehenden Zahlungsanspruch anzurechnen wäre. Mit E-Mail vom selben Tag antwortete die Klägerin zu 1, sie und ihre Schwester würden sich anwaltlich äußern. Zu einer Zahlung kam es in der Folgezeit nicht. Der Beklagte erklärte sich mit Schreiben vom 19. Juli 2017 bereit, das Flurstück 60/14 zurückzuerwerben und den Klägerinnen zu übertragen. Dies wurde von ihnen am 4. August 2017 mit der Begründung abgelehnt, die Übertragung eines Grundstücks mit einer nicht mehr zu Wohnzwecken nutzbaren Bausubstanz stelle keine ordnungsgemäße Vermächtniserfüllung dar. Zugleich boten sie eine Abfindung des Vermächtnisses gegen Zahlung von 210.000 € an.

- 5            II. Die Klägerinnen nehmen den Beklagten auf Wertersatz für die nicht mehr mögliche Übertragung des Vermächtnisgegenstandes in Höhe von 300.000 € in Anspruch. Das Landgericht hat der Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens in Höhe von 278.000 € stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die Übertragung des Grundstücks zu Wohnzwecken sei nach der Übereignung an die Windparkbetreiberin nicht mehr möglich. Für diesen Fall hätten die Erblasser vorgesehen, dass anstelle des Vermächtnisgegenstandes ein Wertersatzanspruch in Höhe des Wertes des

vermachten Grundstücks trete. Dieser letztwilligen Verfügung stehe eine abweichende, nachträglich getroffene Vereinbarung zwischen den Klägerinnen und dem Beklagten über die Abgeltung des Vermächtnisanspruchs nicht entgegen. Sofern der Beklagte mit insoweit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 2. Mai 2019 unter Beweisantritt behauptet habe, es sei zwischen den Parteien eine Vereinbarung dergestalt zustande gekommen, dass nach Verkauf des Altenteilerhauses ein Betrag in Höhe von insgesamt 50.000 € an die Klägerinnen zur Abgeltung des Vermächtnisanspruchs bezahlt werden solle, sei dieses Vorbringen vom Landgericht gemäß § 296a ZPO zu Recht zurückgewiesen worden. Insofern vermöge der Beklagte hierzu gemäß § 531 Abs. 1 ZPO auch in der Berufungsinstanz nicht mehr gehört zu werden. Für die Höhe des geschuldeten Wertersatzes sei der Wert des Hausgrundstücks zum Zeitpunkt des Wegfalles des Vermächtnisgegenstandes, mithin im Zeitpunkt der Veräußerung maßgeblich, d.h. die Bemessung erfolge unter der Prämisse, dass eine Beeinträchtigung der Wohnnutzung durch einen Windpark nicht bestehe, aber ein Interesse des Windparkbetreibers am Grundstück. Auf dieser Grundlage ergebe sich nach dem Sachverständigen-gutachten ein Wert von 278.000 €.

- 6 III. Die Beschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die angefochtene Entscheidung verletzt den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Der Beklagte rügt mit Recht, das Berufungsgericht habe sein Vorbringen dazu, dass sich die Parteien auf eine Abgeltung des Vermächtnisanspruchs durch eine Zahlung in Höhe von insgesamt 50.000 € an beide Klägerinnen geeinigt hätten, nicht nach § 531 Abs. 1 ZPO zurückweisen dürfen.

7           1. Gemäß § 531 Abs. 1 ZPO bleiben Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist nur anwendbar, soweit Angriffs- und Verteidigungsmittel in erster Instanz nach § 296 Abs. 1 bis 3 ZPO zurückgewiesen worden sind. Bei Vorbringen, welches in erster Instanz nach § 296a ZPO unberücksichtigt bleibt, kommt eine Anwendung des § 531 Abs. 1 ZPO von vornherein nicht in Betracht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17, NJW 2018, 1686 Rn. 15-17; vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 juris Rn. 10). Dies ergibt sich daraus, dass Vorbringen nach Schluss der mündlichen Verhandlung gemäß § 296a Satz 1 ZPO als in erster Instanz nicht vorgebracht gilt. Stützt die Partei ihr zweitinstanzliches Vorbringen weiterhin hierauf, so handelt es sich um neues Vorbringen, das anhand von § 531 Abs. 2 ZPO zu beurteilen ist.

8           Auf dieser Grundlage war es rechtsfehlerhaft, dass das Berufungsgericht den Vortrag im Schriftsatz des Beklagten vom 2. Mai 2019 als von § 531 Abs. 1 ZPO erfasst angesehen hat. Das Landgericht hat diesen Vortrag nämlich, wie das Berufungsgericht selbst gesehen hat, lediglich gemäß § 296a ZPO nicht berücksichtigt, weil insoweit keine Schriftsatzfrist nachgelassen gewesen sei. Bleibt ein Angriffs- oder - wie hier - ein Verteidigungsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter es in offenkundig fehlerhafter Anwendung einer Präklusionsvorschrift wie des § 531 ZPO zu Unrecht zurückgewiesen hat, so ist zugleich das rechtliche Gehör der Partei gemäß Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19. Mai 2020 - VI ZR 171/19, r+s 2020, 481 juris Rn. 8; vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 Rn. 9; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 5. Aufl. § 531 Rn. 34).

9           Das Rechtsmittelgericht darf eine von der Vorinstanz unterlassene Zurückweisung auch weder nachholen noch diese auf eine andere als die von der Vorinstanz angewandte Vorschrift stützen. Das gilt unabhängig davon, ob den Gerichten bei der Entscheidung über die Präklusion Ermessen eingeräumt ist. Ein Wechsel der Präklusionsbegründung durch das Rechtsmittelgericht kommt grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. Senat, Versäumnisurteil vom 22. Februar 2006 - IV ZR 56/05, BGHZ 166, 227 Rn. 12; BGH, Beschlüsse vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 Rn. 11; vom 22. April 2010 - I ZR 17/09, NJW-RR 2010, 1478 Rn. 5; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher, 5. Aufl., § 531 Rn. 34; Musielak/Voit/Ball, ZPO 17. Aufl. § 531 Rn. 13).

10           Das Berufungsgericht wird nach Zurückverweisung der Sache zu prüfen haben, ob das Vorbringen des Beklagten in dem Schriftsatz vom 2. Mai 2019 unter Berücksichtigung des bisherigen Parteivorbringens überhaupt als neu zu bewerten ist und ob gegebenenfalls einer der Zulassungsgründe des § 531 Abs. 2 ZPO vorliegt. Um ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel handelt es sich dann, wenn ein streitiger Vortrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz nicht vorgebracht und daher im erstinstanzlichen Urteil zu Recht gemäß § 296a ZPO unberücksichtigt geblieben ist (BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17, NJW 2018, 1686 Rn. 19). Eine eigene Entscheidung ist dem Senat schon deshalb verwehrt, weil das Berufungsgericht seine Erwägungen ausschließlich auf § 531 Abs. 1 ZPO und nicht - zumindest auch - auf § 531 Abs. 2 ZPO gestützt hat (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 27. Februar 2018 - VIII ZR 90/17 aaO Rn. 11, 18 ff.).

11           2. Ist das Berufungsurteil bereits aus diesem Grunde aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen, so kommt es auf das weitere Vorbrin-

gen der Beschwerde, das Berufungsgericht habe zu Unrecht und unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG angenommen, dass der Wertersatz vorliegend ausgehend von einem marktangepassten Sachwert in Höhe von 139.000 € und einem werterhöhenden Faktor von 2,0 für den "Blockadewert" in Bezug auf die Lage des Grundstücks für die Windkraftbetreiberin, mithin mit 278.000 €, zu berechnen sei, beim derzeitigen Verfahrensstand nicht an. Diese Frage kann sich erst stellen, wenn das Berufungsgericht nach Zurückverweisung der Sache über die Zulassung des Vorbringens des Beklagten zu der behaupteten Abfindungsvereinbarung gemäß § 531 Abs. 2 ZPO entschieden hat.

Mayen

Prof. Dr. Karczewski

Lehmann

Dr. Brockmüller

Dr. Bußmann

Vorinstanzen:

LG Aurich, Entscheidung vom 10.05.2019 - 7 O 803/17 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 04.03.2020 - 3 U 89/19 -