

0401 025

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

FGG § 14; ZPO § 127 Abs. 3

Auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist eine weitere Beschwerde gegen den Beschluß, durch den das Armenrecht verweigert oder entzogen wird, ausgeschlossen.

BGB § 138 Cd

Zur Frage der Sittenwidrigkeit eines "Geliebten-Testaments".

BGH, Beschl. v. 31. März 1970 - III ZB 23/68 - KG Berlin
LG Berlin
AG Neukölln

BUNDESGERICHTSHOF

III ZB 23/68

BESCHLUSS

in dem Verfahren

betreffend die Erteilung eines Erbscheins nach dem am
2. [REDACTED] 1965 verstorbenen, zuletzt in B[REDACTED]-R[REDACTED] wohn-
haft gewesenen Rentner Ewald Hermann W o [REDACTED].

Verfahrensbeteiligte:

1. Schneiderin Herta M [REDACTED] geb. G [REDACTED],
B[REDACTED]-R[REDACTED], Kolonie Ri [REDACTED],

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin
(für die weitere Beschwerde),

- vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED] in [REDACTED]-
[REDACTED], [REDACTED] -

2. Kurt W o [REDACTED],
B[REDACTED]-Fr [REDACTED], F[REDACTED]straße [REDACTED],

3. Gertrud G i [REDACTED] geb. Wo [REDACTED],
B[REDACTED]-We [REDACTED], Me [REDACTED]straße [REDACTED],

Antragsteller und Beschwerdeführer
(für die weitere Beschwerde),

- zu 2 und 3 vertreten durch Rechtsanwalt Dr.Dr. [REDACTED]-
[REDACTED], [REDACTED]-[REDACTED], [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
in der Sitzung am 31. März 1970 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Keßler
beschlossen:

Die weitere Beschwerde der Beteiligten Kurt
Wo[REDACTED] und Gertrud Gi[REDACTED] gegen den Be-
schluß der Zivilkammer 83 des Landgerichts
Berlin vom 25. März 1968 wird, soweit sich
die Beschwerde gegen die Versagung des Ar-
menrechts richtet, als unzulässig verworfen,
im übrigen als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten der weiteren Beschwerde ein-
schließlich der außergerichtlichen Kosten
der Beteiligten Herta M[REDACTED] haben die Be-
schwerdeführer je zur Hälfte zu tragen.

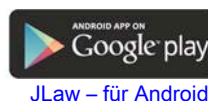
Der Wert des Gegenstandes der weiteren Be-
schwerde wird auf 3.000,-- DM festgesetzt.

G r ü n d e :

Der am 2. [REDACTED] 1965 im Alter von 59 Jahren ver-
storbene Erblasser war in kinderloser Ehe mit der in-
zwischen ebenfalls verstorbenen Karoline Wo[REDACTED]
geb. Sch[REDACTED] verheiratet. Von etwa 1942 bis zu seinem
Tode lebte er mit der Beteiligten Herta M[REDACTED] wie



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mann und Frau zusammen. Herta M. war ebenfalls verheiratet; ihre Ehe wurde 1964 geschieden.

Frau M. nimmt an dem Nachlaß des Erblassers eine Erbberechtigung auf Grund eines privatschriftlichen Testaments in Anspruch, dessen Echtheit umstritten ist. Das Testament trägt das Datum vom 8. Februar 1948 und hat folgenden Wortlaut:

"Mein letzter Wille!

Hiermit bestimme ich, daß Frau Herta M. geb. G. am . 1913 zu B. geb. meine alleinige Erbin sein soll.

Meine Ehefrau, von der ich seit 7 Jahren getrennt lebe, und die ich bei unserer Trennung durch Überlassung meiner gesamten Wohnungseinrichtung mit Ausnahme meines Bettes, das ich mitgenommen habe, entschädigt habe, soll von jeder Erbschaft ausgeschlossen sein.

Durch obenstehende Verfügung trage ich an Frau Herta M. die mir in schweren Stunden eine Stütze war eine Dankesschuld ab. "

Frau M. beantragte bei dem Nachlaßgericht zunächst, ihr auf Grund des Testaments einen Erbschein als Alleinerbin zu erteilen. Mit Verfügung vom 12. Dezember 1966 kündigte das Nachlaßgericht an, daß es dem Antrag zu entsprechen beabsichtige. Auf die Beschwerde der Witwe des Erblassers sowie der Beteiligten Kurt W. und Gertrud G., der Geschwister des Erblassers, wies das Landgericht Berlin durch Beschluß vom 20. Februar 1967 - 83 T 26/67 - den Antrag von Frau

M■■■■ mit der Begründung zurück: Das Testament sei insoweit gemäß § 138 BGB nichtig, als es die Witwe des Erblassers von der Erbfolge ausschließe, da es auf dem ehebrecherischen Umgang der Antragstellerin mit dem Erblasser beruhe. Die weitere Beschwerde der Antragstellerin wurde vom Kammergericht durch Beschluß vom 3. April 1967 - 1 W 474/67 - zurückgewiesen. In diesem Beschluß heißt es ausdrücklich, es sei nicht darüber zu entscheiden, ob das Testament auch in Höhe des Erbteils, der nach dem Gesetz nicht an die Witwe falle, sittenwidrig sei.

Die Witwe des Erblassers beantragte daraufhin, ihr einen Teilerbschein als gesetzlicher Erbin zu drei Vierteln des Nachlasses zu erteilen. Frau M■■■■ stellte den Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der sie als Erbin auf Grund Testaments zu einem Viertel und die Witwe des Erblassers als gesetzliche Erbin zu drei Vierteln ausweisen sollte. Die Geschwister des Erblassers beantragten, ihnen Teilerbscheine als gesetzlichen Erben zu je einem Achtel des Nachlasses zu erteilen.

Am 6. Dezember 1967 erteilte das Nachlaßgericht einen Teilerbschein, nach dem der Erblasser von seiner Witwe zu drei Vierteln des Nachlasses beerbt worden ist. Durch Verfügung vom 25. Januar 1968 stellte das Nachlaßgericht in Aussicht, daß es dem Antrag der Frau M■■■■ auch im übrigen stattgeben werde, da das Testament des Erblassers insoweit nicht sittenwidrig sei, als es nur die Geschwister des Erblassers enterbe.

Durch Beschluß vom selben Tage wies das Nachlaßgericht wegen fehlender Erfolgsaussicht das Gesuch der Beteiligten Kurt Wo[REDACTED] und Gertrud Gi[REDACTED] zurück, ihnen für das Erbscheinsverfahren das Armenrecht unter Beiordnung ihres Verfahrensbevollmächtigten zu bewilligen.

Kurt Wo[REDACTED] und Gertrud Gi[REDACTED] haben sowohl gegen den Vorbescheid als auch gegen den das Armenrecht versagenden Beschluß des Nachlaßgerichts Beschwerde eingelegt und im wesentlichen geltend gemacht: Das Testament sei nichtig, weil es nicht eigenhändig von dem Erblasser, sondern wahrscheinlich von einem inzwischen verstorbenen Herrn Ro[REDACTED] geschrieben worden sei. Das Testament sei ferner insgesamt sittenwidrig. Es beruhe allein auf den erotischen Beziehungen des Erblassers zu Frau M[REDACTED]. Diese habe durch die Erbeinsetzung nicht etwa für eine Unterstützung oder Hilfe belohnt werden sollen, da sie dem Erblasser solche Leistungen nicht gewährt habe. Die Sittenwidrigkeit erfasse das Testament auch insoweit, als damit die Geschwister des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen seien; die Einsetzung einer Geliebten zur Erbin sei gegenüber allen Verwandten des Erblassers unsittlich. Im übrigen werde durch die geplante Teilerbfolge auch die Witwe des Erblassers betroffen. Sie würde die Geliebte zu ihrer Miterbin erhalten und müsse sich mit ihr auseinandersetzen; eine derartige Auseinandersetzung mit einer Ehebrecherin könne einer Ehefrau nicht zugemutet werden. Hilfsweise werde das Testament wegen arglistiger Täuschung und Drohung

angefochten. Frau M. habe im Jahre 1946 einen Betrag von 20.000 RM des Erblassers vor diesem versteckt. Die Kenntnis hiervon würde den Erblasser von der Errichtung des Testaments abgehalten haben. Auch sprächen positive Anzeichen dafür, daß das Testament unter einem gewissen Druck zustande gekommen sei. Der Erblasser habe sich vor der Währungsreform in verbotene Wirtschaftsgeschäfte eingelassen und damit rechnen müssen, daß Frau M. gegen ihn vorgehen werde, wenn er ihrem Willen hinsichtlich des Testaments nicht folge.

Das Landgericht hat die Beschwerden zurückgewiesen (Beschluß vom 25. März 1968). Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 2 und 3 ihre Anträge auf Erbscheinerteilung und ihr Armenrechtsgesuch weiter.

Das Kammergericht möchte die weitere Beschwerde zurückweisen. Es sieht sich hieran jedoch durch das Urteil des erkennenden Senats vom 26. Februar 1968 - III ZR 38/65 = NJW 1968, 932 gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

I.

1. Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG liegen vor, weil das Kammergericht bei der Auslegung einer reichs- (bundes-) gesetzlichen Vorschrift, die eine der in § 1 FGG näher bezeichneten Angelegenheiten betrifft, von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die über diese Rechtsfrage bereits ergangen ist, abweichen will.

Es bedarf in diesem Zusammenhang nicht der Prüfung, ob die Lösung dieser Rechtsfrage zur Entscheidung über die anhängige weitere Beschwerde unerlässlich ist. Für die Zulässigkeit der Vorlegung genügt es, daß von dem Standpunkt des vorlegenden Gerichts aus eine Stellungnahme zu der Rechtsfrage notwendig ist (vgl. Beschluß des Senats vom 8. November 1965 - III ZB 9/65 - S. 5/6 mit weiteren Nachweisen).

2. Das Kammergericht hält die Rechtsfrage für entscheidungserheblich, ob die letztwillige Zuwendung eines Erblassers an eine Frau, mit der er jahrelang in einem ehebrecherischen Verhältnis zusammengelebt hat, allein deshalb, weil die letztwillige Verfügung auf den erotischen Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Bedachten beruht und andere, achtenswerte Beweggründe für die Zuwendung nicht festgestellt werden können, auch dann und insoweit gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist, als durch die Zuwendung das gesetzliche Erbrecht nichtpflichtteilsberechtigter Verwandter des Erblassers beeinträchtigt wird.

Das Kammergericht vertritt dazu folgende Auffassung:

Habe der Erblasser die bedachte Geliebte durch die letztwillige Verfügung für ihre geschlechtliche Hingabe entlohnend oder zu der Hingabe bestimmen wollen, so sei die Verfügung wegen der Anstößigkeit des Beweggrundes sittenwidrig. Ein solcher anstößiger Beweggrund müsse jedoch positiv festgestellt werden; er könne nicht schon vermutet werden, wenn der Erb-

lasser ein eheähnliches Verhältnis zu der Bedachten unterhalten habe. Könne ein solcher Beweggrund nicht festgestellt werden, so komme eine Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung nur insoweit in Betracht, als in der Verfügung eine anstößige Mißachtung des Wesens von Ehe und Familie zum Ausdruck komme. Das sei nicht der Fall, soweit nichtpflichtteilsberechtigten Angehörigen durch die Zuwendung benachteiligt würden.

3. Mit der Auffassung, daß dann, wenn der verheiratete Erblasser die Bedachte, mit der er jahrelang in außerehelichen geschlechtlichen Beziehungen gestanden hat, damit für die geschlechtliche Hingabe entlohn oder zur Hingabe bestimmen will, in aller Regel die Zuwendungen schon mit Rücksicht auf ihren Entgeltscharakter sittenwidrig sind ohne Rücksicht darauf, ob durch sie pflichtteilsberechtigten oder nichtpflichtteilsberechtigten Verwandten des Erblassers benachteiligt worden sind, weicht das Kammergericht nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab, auch nicht von dem Urteil des erkennenden Senats vom 26. Februar 1968 = NJW 1968, 932.

Nach der Ansicht des Kammergerichts ist eine letztwillige Zuwendung an die Geliebte wegen des anstößigen Beweggrunds des Erblassers jedoch nur dann nichtig, wenn positiv festgestellt werden kann, daß der Erblasser die Bedachte ausschließlich für die geschlechtliche Hingabe entlohn oder zur Hingabe bestimmen wollte. Das Kammergericht erwägt hierzu:

Allein auf Grund der festgestellten erotischen Beziehungen des Erblassers zu der Bedachten könne nicht vermutet werden, daß der Erblasser die Bedachte für den mit ihr gepflogenen ehebrecherischen Verkehr belohnen oder zur Fortsetzung des Verkehrs habe bestimmen wollen. Ein solcher Schluß sei grob vereinfachend und werde gerade bei solchen Verhältnissen, die im Zeitpunkt der Testamentserrichtung schon längere Zeit bestanden hätten, der Lebenswirklichkeit nicht gerecht. Insbesondere bei gereiften Menschen pflegten sich sexuelle Beziehungen häufig erst auf Grund einer seelischen Bindung zu entwickeln. Dann aber sei nicht einzusehen, weshalb gerade bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung eine Vermutung für das Vorwiegen sexueller Beweggründe des Erblassers oder gar für den Entgeltscharakter der Verfügung bestehen solle. Die Abwägung der verschiedenen Beweggründe des Erblassers für die letztwillige Zuwendung erscheine überdies nicht nur deshalb fragwürdig, weil es zweifelhaft sei, ob eine Differenzierung bezüglich der Intensität einzelner Beweggründe bei einer einheitlich motivierten Handlung überhaupt möglich sei, sondern auch deshalb, weil sie - folgerichtig durchgeführt - nicht zulasse, bei dem Sittenwidrigkeitssurteil nach den durch die Verfügung benachteiligten Personen zu unterscheiden. Hingegen nämlich die Vereinbarkeit einer Verfügung wirklich davon ab, in welchem Maße der Verfügende durch erotisch bedingte oder andere Beweggründe bestimmt worden sei, so könne es keinen Unterschied für das Unwertsurteil ausmachen, wie nahe der durch die Verfügung Benachteiligte dem Erblasser stehe.

Tatsächlich messe die Sittenordnung der Rückwirkung auf den oder die Betroffenen wesentliche Bedeutung zu. Deshalb könne dem Beweggrund des Erblassers für die letztwillige Verfügung nur in dem Fall einer positiven Feststellung, daß der Erblasser seine Geliebte durch die Bedenkung für die geschlechtliche Hingabe habe entlohnem oder sie zur Fortsetzung des Verhältnisses habe bestimmen wollen, eine die Nichtigkeit der Zuwendung ohne weiteres bewirkende Bedeutung zukommen. Lasse sich eine solche Feststellung nicht treffen, so sei die Sittenwidrigkeit der Erbeinsetzung nur nach dem Inhalt der Verfügung zu beurteilen, nämlich danach, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie eine mit den guten Sitten nicht zu vereinbarende Mißachtung von Ehe und Familie - sei es der des Erblassers, sei es auch der der Bedachten - enthalte. Der Kreis der Familienmitglieder, die der Erblasser nicht ohne besondere achtenswerte Gründe zugunsten einer Geliebten übergehen dürfe, sei dabei jedenfalls auf die Pflichtteilsberechtigten zu beschränken. Die Sittenordnung fordere dagegen aus dem Gedanken der Rücksichtnahme auf die Familie heraus keine weitergehende Beschränkung der Testierfreiheit und sehe es nicht als anstößige Mißachtung des Wesens der Familie an, wenn ein Erblasser unter Zurücksetzung von nichtpflichtteilsberechtigten Angehörigen eine Frau bedenke, mit der er in geschlechtlichen Beziehungen gestanden habe.

Zu Recht ist das Kammergericht der Ansicht, daß diese seine Auffassung in ihrer Allgemeinheit in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,

insbesondere auch des Urteils des erkennenden Senats vom 26. Februar 1968 = NJW 1968, 932 steht.

Diese Rechtsprechung geht davon aus, daß die Zuwendung des Erblassers an eine Geliebte, mit der er jahrelang zusammengelebt hat, ohne Rücksicht auf ihren Inhalt schon wegen des zu mißbilligenden Beweggrundes grundsätzlich gegen die guten Sitten verstößt, wenn für sie das durch sexuelle Beziehungen geprägte und deshalb von der Sittenordnung mißbilligte Verhältnis zwischen ihm und seiner Geliebten bestimmend gewesen ist, auch wenn dieses Verhältnis nicht ausschließlich von der Sexualsphäre beherrscht wurde. Im Vordergrund steht dabei die Erwägung, daß mit den außerehelichen Beziehungen auch die von diesen grundsätzlich nicht zu trennende und von der Sittenordnung mißbilligte geschlechtliche Hingabe der Geliebten in aller Regel einen Einfluß auf die Errichtung der letztwilligen Verfügung gewinnt und eine solche Verbindung von sexuellen Beziehungen und letztwilliger Zuwendung unsittlich sei, sofern nicht ausnahmsweise andere, achtenswerte Beweggründe bei der Errichtung der letztwilligen Zuwendung im Vordergrund ständen (vgl. BGHZ 20, 71, 73 ff; LM Nr. 2, 9 und 14 zu § 138 (Cd) BGB; NJW 1968, 932).

Nach Ansicht des Kammergerichts verstößt demgegenüber in solchen Fällen eine Zuwendung an die Geliebte nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil der Erblasser durch das Zusammenleben mit der Bedachten zu der Zuwendung bestimmt worden ist und ach-

tenswerte Beweggründe nicht festgestellt werden können, solange nicht positiv feststeht, daß der Erblasser die Geliebte für die Hingabe entlohnend oder zur Hingabe bestimmen wollte, wobei das Kammergericht für die letztere Feststellung die geschlechtlichen Beziehungen des Erblassers zu der Bedachten jedenfalls dann nicht genügen läßt, wenn sich diese Beziehungen nicht ausschließlich im Sexualbereich erschöpften. Eine derartige letztwillige Verfügung sieht das Kammergericht nur wegen ihres zu mißbilligenden Inhalts als sittenwidrig an, wenn in ihr eine anstößige Mißachtung von Ehe und Familie zum Ausdruck kommt, was nach Ansicht des Kammergerichts noch nicht der Fall ist, wenn durch die Zuwendung nichtpflichtteilsberechtigter Angehörige des Erblassers benachteiligt werden. Danach könnte eine letztwillige Zuwendung des Erblassers an seine langjährige Geliebte, durch die die Geschwister des Erblassers als gesetzliche Erben benachteiligt werden, auch dann wirksam sein, wenn nicht festgestellt werden kann, daß die Zuwendung auf achtenswerten Beweggründen beruht. Das steht nicht völlig in Einklang mit der Auffassung des erkennenden Senats in seinem bereits mehrfach genannten Urteil vom 26. Februar 1968 = NJW 1968, 932, das einen solchen Fall zum Gegenstand hatte.

Der Gegensatz in der Auffassung des Kammergerichts einerseits und des Bundesgerichtshofes andererseits betrifft in erster Linie die Anwendung des Rechtsbegriffs der Sittenwidrigkeit in § 138 Abs. 1 BGB. Damit bezieht sich die Vorlegungsfrage auf die Auslegung einer bundesgesetzlichen Vorschrift,

welche eine der in § 1 FGG bezeichneten Angelegenheiten betrifft. Denn es ist nicht notwendig, daß diese Vorschrift ausschließlich für die freiwillige Gerichtsbarkeit Bedeutung hat; zu den Vorschriften im Sinne von § 28 Abs. 2 FGG gehören alle Bestimmungen, die der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei der Erfüllung seiner Aufgaben anzuwenden hat (vgl. Keidel FGG 9. Aufl. § 28 Rdn 12; Schlegelberger FGG 7. Aufl. § 28 Anm. 4).

Deshalb sind die Voraussetzungen für eine Vorlegung nach § 28 FGG von dem Kammergericht mit Recht bejaht worden.

II.

Da die Vorlegung nach § 28 Abs. 2 FGG mit Recht erfolgt ist, entscheidet nunmehr gemäß § 28 Abs. 3 FGG der Bundesgerichtshof über die weitere Beschwerde.

Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts Berlin ist unstatthaft, soweit sie die Zurückweisung der Beschwerde gegen den Beschluß des Amtsgerichts Neukölln zum Gegenstand hat, durch den den Beteiligten Kurt Wo[REDACTED] und Gertrud Gi[REDACTED] das Armenrecht für die Rechtsverfolgung vor dem Nachlaßgericht versagt worden ist.

Nach § 14 FGG finden die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Armenrecht entsprechende Anwendung. Nach § 127 Satz 3 ZPO ist eine weitere Be-

schwerde gegen den Beschluß, durch den das Armenrecht verweigert oder entzogen wird, ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist auch für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden. Der vorherrschenden Meinung, daß die Vorschriften der Zivilprozeßordnung nur für die Voraussetzungen, unter denen das Armenrecht zu bewilligen ist, nicht aber für das Beschwerdeverfahren gelten sollen (so: KGJ 21 A 184; OLG München JFG 15, 118; OLG Colmar in OLG 28, 329; KG JW 1933, 1263; vgl. auch BayOLGZ 18, 283/5; 1965, 290; KGJ 34 A 3; OLG Köln RzW 1952, 24; KG NJW 1965, 920; Keidel FGG 9. Aufl. § 14 Rdn 43; Schlegelberger FGG 7. Aufl. § 14 Rdn 18; anders: OLG Hamm NJW 1964, 1530; Jansen FGG Anm. 3 zu § 127 ZPO und NJW 1963, 1162; vgl. auch SchlH OLG in SchlH Anz 1965, 19; OLG Celle NJW 1963, 1786), kann nicht gefolgt werden. Eine solche Einschränkung enthält § 14 FGG nicht.

Es kann dahinstehen, ob in denjenigen Fällen, in denen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegen Beschwerdeentscheidungen des Landgerichts in der Sache selbst durch § 27 FGG eine zweite Rechtsmittelinstanz eröffnet ist, auch eine Erstbeschwerde gegen die Verweigerung des Armenrechts durch das Landgericht zulässig ist, obwohl im Erkenntnisverfahren nach § 127 Satz 2 ZPO gegen einen Beschluß, den das Landgericht als Berufungsgericht erlassen hat, eine solche Beschwerde ausgeschlossen ist. Dieser Bestimmung liegt der Gedanke zugrunde, daß in Armenrechts-sachen kein Rechtsmittel zu einer Instanz eröffnet werden soll, an die die Hauptsache nicht gelangen kann,

und deshalb mag der Geltungsbereich dieser Vorschrift im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf die Fälle beschränkt sein, in denen es ausnahmsweise gegen die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts in der Hauptsache die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde nicht gibt. Die Vorschrift des § 127 Satz 3 ZPO geht ihrem Sinngehalt nach jedoch über § 127 Satz 2 ZPO hinaus. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, daß aus Gründen der Prozeßökonomie in Armenrechtssachen keine dritte Instanz eröffnet werden soll. Diesem Gedanken muß auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit Rechnung getragen werden. Es ist kein Grund erkennbar, aus dem der Gesetzgeber das Armenrechtsverfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit höheren Rechtsschutzgarantien ausgestattet haben sollte, als in solchen der streitigen Gerichtsbarkeit (vgl. hierzu auch BGHZ 33, 205).

Da § 14 FGG seinem Wortlaut nach auf sämtliche Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Armenrecht verweist, muß deshalb auch im vorliegenden Fall § 127 Satz 3 ZPO entsprechend angewendet werden. Das führt dazu, daß die weitere Beschwerde gegen den das Armenrecht versagenden Beschluß des Nachlaßgerichtes unzulässig ist.

III.

1. Soweit die weitere Beschwerde die Zurückweisung der Beschwerde gegen den Vorbescheid des Amtsgerichts Neukölln vom 25. Januar 1968 betrifft, mit dem das Nachlaßgericht die Erteilung des von Frau M. be-

antragten Erbscheins angekündigt hat, ist sie ebenso wie die genannte Beschwerde zulässig (§§ 19 Abs. 1, 20, 27 FGG; BGHZ 20, 255, 257); sie ist auch formgerecht eingelegt (§ 29 FGG). In der Sache hat die weitere Beschwerde jedoch keinen Erfolg.

2. Das Landgericht kommt in Übereinstimmung mit dem Nachlaßgericht zu dem Ergebnis, daß Frau M. auf Grund des Testaments vom 8. Februar 1948 Miterbin zu einem Viertel an dem Nachlaß des Erblassers geworden ist.

a) Das Landgericht stellt auf Grund eines Schriftvergleichs, von Zeugenaussagen und eidesstattlichen Versicherungen, die in dem früheren Verfahren über den Antrag der Frau M. auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin abgegeben worden sind, fest, daß das Testament von dem Erblasser selbst geschrieben und unterschrieben worden ist.

Da die weitere Beschwerde gemäß § 27 FGG eine Rechtsbeschwerde ist, auf welche die Vorschriften der §§ 550, 561 ZPO anzuwenden sind, können diese tatsächlichen Feststellungen nur daraufhin überprüft werden, ob der Tatsachenrichter seiner Pflicht, die erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen (§ 12 FGG), ausreichend nachgekommen ist, bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt (§ 25 FGG) und hierbei nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßen hat. Dieser Überprüfung halten die Feststellungen des Landgerichts stand.

Zu Unrecht rügt die weitere Beschwerde, das Landgericht habe die Eigenhändigkeit des Testaments nicht ohne Einholung des Gutachtens eines Schriftsachverständigen bejahen dürfen. Ebenso wenig wie im Erkenntnisverfahren (§ 442 ZPO; vgl. RG HRR 1929 Nr.162) ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit verpflichtet, Sachverständige zur Schriftvergleichung beizuziehen, wenn die Urheberschaft einer Urkunde in Frage steht. Das gilt vor allem, wenn wie im vorliegenden Fall Anhaltspunkte für eine Fälschung der Urkunde nicht ersichtlich sind.

b) Auch die Ausführungen, mit denen das Landgericht die Anfechtung des Testaments wegen Drohung und arglistiger Täuschung, die die Geschwister des Erblassers mit Schriftsatz vom 15. Februar 1968 erklärt haben, als verspätet angesehen hat, lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Ohne Verfahrensverstöß stellt das Landgericht hierzu fest, daß die Geschwister des Erblassers von dem angeblichen Anfechtungsgrund spätestens seit September 1965 Kenntnis gehabt haben. Von diesem Zeitpunkt ab lief die einjährige Frist für eine Anfechtung (§ 2082 Abs. 1 BGB). Sie war deshalb bereits verstrichen, als die Anfechtung erklärt wurde.

3. Das Landgericht kommt zu dem Ergebnis, daß die Berufung der Frau M. zur Erbin des Erblassers auf Grund des Testaments vom 8. Februar 1948 insoweit

nicht wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei, als die Geschwister des Erblassers, die ohne das Testament nach §§ 1924 Abs. 3, 1925 BGB neben seiner Witwe (§§ 1371 Abs. 1, 1931 BGB) zu je einem Achtel Anteil zu gesetzlichen Erben berufen sein würden, durch die Erbeinsetzung von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden.

Bereits in seinem Beschluß vom 20. Februar 1967, mit dem das Landgericht den Antrag der Frau M. vom 8. März 1965 auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin auf Grund des Testaments vom 8. Februar 1948 zurückgewiesen hat und auf den es im vorliegenden Verfahren in verfahrensrechtlich zulässiger Weise Bezug nimmt, hat das Landgericht hierzu im wesentlichen ausgeführt:

Es sei nicht erkennbar, daß der Erblasser sich bei der Errichtung des Testaments nicht ausschließlich durch seine erotischen Beziehungen, sondern in erster Linie oder doch maßgeblich von achtenswerten Beweggründen habe leiten lassen. Die Beziehungen des Erblassers zu Frau M. seien allein aus sexuellen Gründen angeknüpft worden. Bis dahin sei die Ehe des Erblassers harmonisch verlaufen; Spannungen seien erst danach aufgetreten. Irgendwelche Umstände, aus denen hervorgehe, daß sich bis zur Testamentserrichtung die ehebrecherischen Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Bedachten dergestalt geändert hätten, daß andere (achtenswerte) Beweggründe als die

sexuellen Beziehungen für die Erbeinsetzung maßgebend gewesen wären, seien nicht ersichtlich. Zwar sei in dem Testament die Rede davon, daß Frau M. dem Erblasser in schweren Stunden eine Stütze gewesen sei und daß mit der Erbeinsetzung eine Dankesschuld abgetragen werden solle. Diese Redewendung sei jedoch nichtssagend; sie lasse nicht erkennen, welcher Art die Unterstützung gewesen sei und daß dahinter alles andere, insbesondere die erotischen Beziehungen, zurückgetreten seien. Aus dem Testament ergebe sich auch nicht, daß Frau M. den Erblasser etwa wirtschaftlich und finanziell unterstützt habe und der Erblasser vor allem dafür habe danken wollen. Bis zur Währungsreform sei es dem Erblasser vielmehr wirtschaftlich gut gegangen. Allerdings habe Frau M. dem Erblasser den Haushalt geführt und sei im letzten Kriegsjahr und in den Nachkriegsjahren bei ihm gewesen; jedoch sei das eine unmittelbare Folge der ehebrecherischen Beziehungen gewesen. Die Kriegs- und Nachkriegsjahre seien für die Bevölkerung allgemein schwer gewesen; es sei deshalb kein besonderes Verdienst der Bedachten, wenn sie in diesen Zeiten bei dem Erblasser geblieben sei.

Auch die vom Nachlaßgericht unterstellte moralische Unterstützung des Erblassers bei Schwarzmarktgeschäften sei kein achtenswerter Beweggrund.

Die im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellungen des Landgerichts lassen Verfahrensverstöße nicht erkennen. Sie führen das Landgericht

dazu, die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung insoweit anzunehmen, als durch sie die Witwe des Erblassers von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen wird. Wegen des danach an die Witwe des Erblassers nicht vererbten einen Viertels des Nachlasses führt das Landgericht in dem angefochtenen Beschluß aus: Es sei nicht sittenwidrig, daß der Erblasser Frau M■■■■, mit der er viele Jahre zusammengelebt habe, seinen Geschwistern bei der Regelung der Erbfolge vorgezogen habe. Deshalb sei das Testament insoweit, als es die Geschwister des Erblassers enterbe, wirksam. Eine letztwillige Zuwendung als Belohnung für ehebrecherische Beziehungen sei sittlich nur zu mißbilligen, soweit die Ehefrau des Erblassers und etwaige pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge dadurch benachteiligt würden. Die Geschwister des Erblassers könnten sich jedoch nicht darauf berufen, daß das Testament auch ihnen gegenüber unwirksam sei. Sie könnten vom Erblasser aus jedem beliebigen Grund von der Erbfolge ausgeschlossen werden. § 139 BGB stehe der Teilwirksamkeit des Testaments nicht entgegen. Es handle sich hier nicht um die Frage der teilweisen Wirksamkeit einer sittenwidrigen Verfügung, sondern allein um das Problem der relativen Unwirksamkeit.

Im übrigen sei in der Rechtsprechung auch die teilweise Wirksamkeit einer an sich sittenwidrigen Erbeinsetzung als möglich anerkannt worden.

4. Im Ergebnis ist auch den Ausführungen des Landgerichts zur Sittenwidrigkeit des Testaments zuzustimmen.

a) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit jeher anerkannt, daß eine letztwillige Verfügung nicht schon deshalb sittenwidrig ist, weil sie die Angehörigen des Erblassers "zurücksetzt", d.h. von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt. Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches ist von dem Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht. In der Freiheit, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, wird der Erblasser auch durch das der gesetzlichen Erbfolge zugrunde liegende sittliche Prinzip (Gernhuber FamRZ 1960, 326 ff) regelmäßig nicht beschränkt. Diesem Prinzip ist der autonome Wille des Erblassers grundsätzlich übergeordnet; ein Noterbrecht zugunsten nächster Angehöriger, wie es ausländische Rechtsordnungen kennen, ist dem deutschen Erbrecht unbekannt. Eine Schranke findet die Testierfreiheit neben der Bindung an wechselbezügliche letztwillige Verfügungen und Erbverträge in dem Pflichtteilsrecht des Ehegatten, der Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers (§§ 2303 ff BGB), das der Erblasser nur in Ausnahmefällen entziehen oder beschränken kann.

Außerhalb des Bereichs der Pflichtteilsrechte haben nach der Wertordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches jedenfalls für den Regelfall Ehe und Verwandtschaft gegenüber der Testierfreiheit des Erblassers zurückzutreten.

Dabei ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, welche Beweggründe den Erblasser veranlaßt haben, bei der Verteilung seines Nachlasses von der gesetzlichen

Erbfolge abzuweichen. Der letzte Wille des Erblassers ist grundsätzlich auch dort zu respektieren, wo er in seiner Motivierung keine besondere Achtung verdient. Sein letzter Wille soll wenn immer und soweit wie möglich gewahrt bleiben. In diesem Dienst stehen u.a. auch die den gesetzlichen Erben belastenden Regeln, insbesondere der §§ 2084 bis 2086 BGB, nach denen zur Verwirklichung des "Erhaltungsgedankens" eine letztwillige Verfügung wohlwollend auszulegen ist.

b) Auf der Grundlage dieser Wertordnung des Gesetzgebers, die bei der Beurteilung, wann und in welchem Umfang eine letztwillige Zuwendung wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, nicht unberücksichtigt bleiben darf, muß die Überprüfung einer letztwilligen Zuwendung des Erblassers an seine Geliebte und die damit verbundene Zurücksetzung von Angehörigen des Erblassers auf ihre Vereinbarung mit den guten Sitten an dem Rechtsgeschäft selbst ansetzen. Der sittliche Vorwurf, der dem Erblasser und (oder) der Bedachten wegen ihrer Lebensführung zu machen ist, kann für sich allein genommen einen entscheidenden Einfluß auf die Testierfreiheit des Erblassers oder die Erbwürdigkeit der Bedachten, die nur in den besonderen Fällen der §§ 2339 ff BGB ausgeschlossen ist, nicht gewinnen. Es geht im Rahmen des § 138 BGB nicht entscheidend um die Beurteilung eines Verhaltens einer Person und um Sanktionen für unsittliches Verhalten, sondern es geht allein um die Frage der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts, bei der naturgemäß die Art des Verhaltens der an dem Rechtsgeschäft Betei-

lichten von Bedeutung werden kann. Mithin hat sich bei der Frage, ob eine Zuwendung von Todes wegen im Sinne des § 138 BGB unter den hier interessierenden Gesichtspunkten sittenwidrig ist oder nicht, die Beurteilung grundsätzlich nicht auf die zwischen dem Erblasser und der Bedachten bestehenden sexuellen Beziehungen als solche zu beschränken. Vielmehr ist die Beurteilung entscheidend auf die Frage zu erstrecken, inwieweit diese Beziehungen, die für sich allein genommen ein selbständiges Entscheidungskriterium nicht darstellen, die letztwilligen Verfügungen (Rechtsgeschäfte) des Erblassers als sittenwidrig erscheinen lassen. Der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung als Rechtsgeschäft liegt in der unredlichen Gesinnung des Erblassers, wie sie in dem Rechtsgeschäft selbst zum Ausdruck kommt und eine Verwirklichung erstrebt (BGHZ 20,71, 73/4). Es kommt deshalb allein auf den sich aus dem Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts an, der an der Sittenordnung zu messen ist. Zwar können, wenn der Charakter des Rechtsgeschäfts beurteilt werden soll, bei letztwilligen Zuwendungen an die Geliebte die Beziehungen des Erblassers zu der Bedachten nicht außer Betracht bleiben. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß nicht diese Beziehungen, sondern allein die letztwillige Zuwendung, also die Art und Weise, in der der Erblasser seinen Nachlaß verteilt wissen will, auf ihre Vereinbarkeit mit den guten Sitten zu überprüfen ist.

Eine im Ansatzpunkt andere Auffassung ist auch bisher von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht vertreten worden. Soweit in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, die bisher zu der Sittenwidrigkeit letztwilliger Zuwendungen des Erblassers an seine Geliebte ergangen sind, die Beziehungen des Erblassers zu der Bedachten gewürdigt und an der Sittenordnung gemessen worden sind, ist dies nur deshalb geschehen, um vor diesem Hintergrund in der gebotenen Gesamtschau Inhalt, Beweggrund und Zweck der letztwilligen Zuwendung beurteilen zu können.

Danach ergibt sich:

Wenn ein Erblasser die Frau, zu der er außereheliche, insbesondere ehebrecherische Beziehungen unterhalten hat, dadurch, daß er sie durch letztwillige Verfügung bedenkt, für die geschlechtliche Hingabe entlohnen oder zur Fortsetzung der sexuellen Beziehungen bestimmen oder diese festigen will, dann ist - zumindest in aller Regel - die letztwillige Verfügung schon wegen dieses der Zuwendung zugrunde liegenden Beweggrundes sittenwidrig und nichtig (LM Nr. 2 zu § 138 (Cd) BGB mit weiteren Nachweisen). In gleicher Weise müßte auch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das einer Frau für ehebrecherische Beziehungen eine Belohnung gewährt oder sie zur Fortsetzung derartiger Beziehungen bestimmt werden soll, als sittenwidrig und nichtig erachtet werden. Trägt aber die letztwillige Verfügung nicht ausschließlich einen derartigen Entgeltscharakter, bildet mithin nicht allein die Beloh-

nung für geschlechtlichen Umgang oder die Bestimmung zu einem solchen den Grund für die Zuwendung an die Bedachte, dann kann auch nicht allein mit der Tatsache, daß die Bedachte zu dem Erblasser in sexuellen Beziehungen gestanden hat, die Sittenwidrigkeit des Zuwendungsgeschäfts begründet werden. Infolgedessen kann allein der Umstand, daß eine letztwillige Zuwendung ohne die von der Sittenordnung mißbilligten Lebens- und Liebesbeziehungen des Erblassers zu der Bedachten nicht gemacht worden wäre, es für sich allein genommen nicht schlechthin rechtfertigen, der letztwilligen Zuwendung selbst die rechtliche Anerkennung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten zu versagen. Denn die Wertung, ob und inwieweit außereheliche Geschlechtsbeziehungen vom Makel der Sittenwidrigkeit betroffen werden, liegt grundsätzlich auf einer anderen Ebene als die entsprechende Beurteilung eines Rechtsgeschäfts, das - wie in der Regel die letztwillige Verfügung - ausschließlich die materielle Gütersphäre betrifft.

Für die Beurteilung einer letztwilligen Verfügung - soweit diese nicht ausschließlich Entgeltscharakter in dem oben beschriebenen Sinne hat - kommt es unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit nach alledem wesentlich auf den Inhalt dieses Rechtsgeschäfts unter Einschluß seiner Auswirkungen an. Deshalb ist neben der Frage, welche Beziehungen den Erblasser mit der Bedachten verbunden haben (und auch, aus welchem Grunde und in welcher Weise sie bedacht worden ist), in Würdigung des Gesamtcharakters der letztwilligen

Verfügung insbesondere zu berücksichtigen, wer zugunsten der Bedachten zurückgesetzt worden ist, in welchen Beziehungen der Erblasser zu den Zurückgesetzten stand und wie sich die Verfügung für diese Zurückgesetzten auswirkt; ob es ihnen insbesondere zugemutet werden kann, die Bedachte so, wie sie durch die letztwillige Verfügung eingesetzt worden ist (Alleinerbin, Miterbin, Vermächtnisnehmerin), anzuerkennen. Dabei wird in der Regel die Zurücksetzung um so schwerer wiegen, je enger das familienrechtliche Verhältnis war, in dem die Zurückgesetzten zu dem Erblasser standen, wenn vor allem Ehefrau und Kinder zugunsten der Bedachten zurückgesetzt worden sind. Es kann aber durchaus die Gültigkeit der Verfügung auch dann in Frage gestellt sein, wenn der Erblasser entferntere Verwandte oder sonstige Personen zugunsten der Bedachten hat zurücktreten lassen, die bei dem gegebenen Sachverhalt nach der Auffassung "aller billig und gerecht Denkenden" nicht hätten zurückgesetzt werden dürfen. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn etwa eine entfernte Verwandte oder sonstige Bekannte den Erblasser lange Zeit aufopfernd gepflegt oder sonstige erhebliche Opfer für ihn gebracht hat, dieser aber das zunächst zugunsten dieser Person errichtete Testament später durch ein solches zugunsten einer Geliebten oder auch zugunsten einer anderen, ihm ganz fernstehenden Person, die keinerlei "moralischen" Anspruch auf eine Zuwendung hat, ersetzt. Neben der Enge der familienrechtlichen und sonstigen Beziehungen des Erblassers zu den zurückgesetzten Personen wird von Bedeutung sein, wie diese Personen im übrigen wirtschaft-

lich gestellt sind und wie sich die Bevorzugung der Bedachten für sie wirtschaftlich auswirkt. Auch wird erheblich sein können das rechtliche Verhältnis, in das die Bedachte auf Grund der letztwilligen Verfügung zu den Zurückgesetzten tritt. Ferner wird gegebenenfalls die Frage Berücksichtigung verdienen, woher das der Bedachten zugewandte Vermögen stammt, wenn etwa ein in zweiter Ehe verheiratet gewesener Erblasser seine Geliebte zur Erbin einsetzt unter Zurückstellung seiner erstehelichen Kinder, obwohl das vermachte Vermögen im wesentlichen von der Mutter dieser zurückgesetzten Kinder stammt. Auf der anderen Seite wird aber auch das Verhalten der "zurückgesetzten" Personen in Betracht gezogen werden müssen, insbesondere ob und in welcher Weise diese zu einer gegebenenfalls eingetretenen Entfremdung zwischen ihnen und dem Erblasser selbst beigetragen haben. Ihre Zurücksetzung wird um so eher als nicht anstößig erachtet werden dürfen, je weniger ihr Verhalten dem entsprach, was von ihnen wegen ihrer Beziehungen zu dem Erblasser hätte erwartet werden dürfen und müssen, ohne daß es einen solchen Grad von Feindseligkeit erreicht zu haben braucht, wie er gemäß §§ 2333 bis 2335 und 2339 BGB Voraussetzung für Pflichtteilsentziehung und Erbunwürdigkeit ist. Ebenso werden auf seiten der Bedachten die Art und Dauer der Beziehungen zu dem Erblasser, gegebenenfalls die Opfer, die sie für den Erblasser gebracht hat, sowie sonstige Umstände Berücksichtigung erheischen, die eine letztwillige Verfügung zu ihren Gunsten als gerechtfertigt oder zumindest weniger anstößig erscheinen lassen können. In diesem Zusammenhang kann als gegen die Sitten-

widrigkeit der Zuwendung sprechend neben etwa für den Erblasser erbrachten Opfern in Betracht kommen, daß der Erblasser an der Bedachten begangenes Unrecht gutmachen, daß er seiner Verantwortung für die etwa von ihm erzeugten Kinder Rechnung tragen will und dergleichen.

Mit dem Gesagten sind jedoch die Umstände, die bei einer Gesamtwürdigung einer letztwilligen Verfügung, die ein Erblasser zugunsten einer "Geliebten" getroffen hat, im Rahmen des § 138 BGB Bedeutung erlangen können, keineswegs erschöpft. Die vorstehenden Erwägungen können lediglich beispielhaft verdeutlichen, welche Umstände im Rahmen einer solchen Würdigung entscheidungserheblich werden können.

c) Was die Frage der Beweislast angeht, so gilt im Rahmen der hier zur Beurteilung stehenden Fragen nichts von den allgemeinen Grundsätzen Abweichendes. Es hat mithin jede Partei die tatsächlichen Voraussetzungen für eine von ihr in Anspruch genommene günstige Rechtsfolge darzutun und zu beweisen, d.h. sie hat für den Fall der Nichterweislichkeit dieser Tatsachen die Folgen zu tragen und kann die für sie günstige Rechtsfolge nicht in Anspruch nehmen. Dabei können, wie auch sonst, tatsächliche Vermutungen und Erfahrungssätze und damit auch die Grundsätze des sogenannten Anscheinsbeweises, wenn die entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind, Bedeutung gewinnen. In dem hier interessierenden Zusammenhang folgt daraus, daß

jede Partei die Umstände, die bei der Beurteilung der Frage der Sittenwidrigkeit der letztwilligen Verfügung jeweils zu ihren Gunsten von Bedeutung sein können, darzutun und zu beweisen hat. Etwas anderes kann auch der bisherigen Rechtsprechung (vgl. RG DR 1942, 1341 = SeuffArch 96 Nr. 65; OGHZ 1, 249, 251; LM Nr. 2 und Nr. 14 zu § 138 Cđ BGB) nicht entnommen werden, die im allgemeinen dahin wiedergegeben wird, bei Bestehen ehewidriger Beziehungen zwischen dem Erblasser und der letztwillig Bedachten habe diese das Vorliegen auch anderer, achtenswerter Motive des Erblassers für seine letztwillige Verfügung zu beweisen. In dem vom Reichsgericht aaO entschiedenen Fall hatte der verheiratete Erblasser seine um 40 Jahre jüngere Geliebte mit einem Vermächtnis bedacht, und das Reichsgericht hatte dazu ausgeführt, es sei nicht fehlsam, wenn der Berufungsrichter "gegenüber dem dem Vermächtnis des Erblassers angesichts seines langjährigen ehebrecherischen Umgangs mit der um rund 40 Jahre jüngeren Klägerin anhaftenden sittenwidrigen Charakters die Darlegung der besonderen, die Anwendung des § 138 BGB ausschließenden Umstände und die Beweisführung darüber als Obliegenheit der Klägerin betrachtet". Damit weicht das Reichsgericht, soweit es um die Beweislastfrage geht, nicht von den oben umrissenen allgemeinen Grundsätzen ab. Das gleiche gilt von der angeführten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone. Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob die Erfahrungstatsache, von der das Gericht in dieser Entscheidung ausgegangen ist, als solche anerkannt werden könnte oder nicht. Jedenfalls

weicht auch diese Entscheidung im Grundsätzlichen nicht von dem sonst zur Beweislastfrage Gültigen ab. Der Bundesgerichtshof, der in seiner Entscheidung unter Nr. 2 zu § 138 (Cd) BGB die Beweislastfrage ausdrücklich offengelassen hat, hat auch in der Entscheidung unter Nr. 14 aaO ebenfalls eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Auffassung zur Beweislastfrage nicht vertreten.

d) Hier steht nicht fest, daß der Erblasser die bedachte Frau M. mit dem ihr testamentarisch Zugewendeten für die mit ihr unterhaltenen langjährigen geschlechtlichen Beziehungen belohnen oder sie zur Fortsetzung dieser Beziehungen bestimmen wollte. Dafür spricht auch nicht eine allgemeine Lebenserfahrung. Denn bei einer langjährigen Verbindung, wie sie zwischen dem Erblasser und der Bedachten bestanden hat, erschöpfen sich die Beziehungen in aller Regel nicht im Sexualbereich. Setzt der Erblasser die Frau, mit der er zusammengelebt hat, in einem solchen Fall zu seiner Erbin ein, so kann die Erbeinsetzung nach der Lebenserfahrung ebensogut wie auf dem sexuellen Bereich der Beziehungen auf anderen, zumindest auch auf anderen Beweggründen beruhen. Das hat der erkennende Senat bereits in dem mehrfach genannten Urteil vom 26. Februar 1968 = NJW 1968, 932 aufgezeigt. Zutreffend weist das Kammergericht in seinem Vorlegungsbeschluß dazu darauf hin, daß es zweifelhaft ist, ob in einem solchen Fall überhaupt eine Scheidung der einzelnen Beweggründe nach ihrer Intensität möglich

ist. Zumindest gibt es keinen Erfahrungssatz, daß in einem solchen Fall ausschließlich im Bereich des Sexuellen liegende Motive den Erblasser zu der Zuwendung veranlaßt haben, die dann ihrerseits wegen des anstößigen Beweggrundes des Erblassers als sittenwidrig erachtet werden müßte. Nur ein solcher Erfahrungssatz aber könnte allenfalls eine entsprechende tatsächliche Vermutung begründen und es rechtfertigen, der Bedachten die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände aufzuerlegen, die im Rahmen der Beurteilung der letztwilligen Verfügung unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit zu ihren Gunsten ins Gewicht fallen könnten; insbesondere also dafür, daß im konkreten Einzelfall andere "achtenswerte", d.h. sittlich nicht anstößige Beweggründe für die Zuwendung im Vordergrund gestanden haben.

Hier wird - der erkennende Senat hat darüber nicht mehr zu befinden - den Ausführungen des Landgerichts und des Kammergerichts darin zugestimmt werden können, daß zwar die Zurücksetzung der Ehefrau des Erblassers durch die Einsetzung der Frau M. als Alleinerbin unwirksam sei, weil achtenswerte Beweggründe, welche diese Zurücksetzung der Ehefrau zugunsten der Geliebten des Erblassers rechtfertigen könnten, nicht festzustellen seien und deshalb die Erbeinsetzung der Frau M. unter Zurücksetzung der Ehefrau nicht als wirksam hingenommen werden könne. Das bei der insoweit anzunehmenden Unwirksamkeit des Testaments verbleibende Viertel des Nachlasses können demgegenüber die Geschwister des Erblassers

auf Grund gesetzlicher Erbfolge nicht für sich in Anspruch nehmen, da das Testament im übrigen nicht nichtig ist.

Wie oben bereits gesagt ist, kann bei einer Beurteilung der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung im Rahmen des § 138 BGB in der Regel nicht außer Betracht bleiben, wie stark das Familienband ist, das den Erblasser mit der zugunsten der Geliebten bei der erbrechtlichen Nachfolge übergangenen Person verbindet. Dem trägt bereits die gesetzliche Regelung dahin Rechnung, die neben dem Ehegatten nur den Kindern und Eltern des Erblassers Pflichtteilsrechte zugesteht, und damit für die Beschränkung der Testierfreiheit auf den Grad der familienrechtlichen Verbundenheit des Erblassers zu seinen Verwandten abhebt. Die Zuwendung an eine Frau, mit der der Erblasser lange Jahre zusammengelebt hat, kann insoweit, als durch sie die Geschwister des Erblassers benachteiligt werden, in aller Regel nur dann als sittenwidrig angesehen werden, wenn eine solche Zurücksetzung der Geschwister aus besonderen Umständen sittlich als untragbar erscheint, wenn etwa die Geschwister auf Grund ihrer familiären Verbundenheit dem Erblasser besondere Opfer erbracht haben, denen der Erblasser bei der Verteilung seines Nachlasses die Anerkennung nicht versagen kann, oder wo auf Grund besonderer Umstände ein Vertrauensverhältnis geschaffen worden ist, das durch die Bevorzugung der Geliebten in unerträglicher Weise enttäuscht werden würde. Fehlt es an einer solchen, das übliche

Maß überschreitenden engen familiären Verbundenheit zwischen dem Erblasser und seinen Geschwistern, so fehlt es in aller Regel auch an einer sittlichen Verpflichtung, die dem Erblasser in seiner Testierfähigkeit Beschränkungen auferlegt.

In einem solchen Fall ist deshalb das Rechtsgeschäft der Erbeinsetzung einer Frau, mit der der Erblasser außerhalb der Ehe jahrelang wie Mann und Frau zusammengelebt hat, nicht als sittenwidrig mit der Folge der Nichtigkeit zu erachten, selbst wenn besondere achtenswerte Beweggründe für die Zuwendung nicht festgestellt werden können, sofern nicht erwiesen ist, daß der Erblasser durch die Zuwendung die Bedachte allein zur Fortsetzung der geschlechtlichen Hingabe bestimmen oder sie hierfür belohnen wollte. Soweit das Urteil des erkennenden Senats vom 26. Februar 1968 - III ZR 38/65 = NJW 1968, 932 diesen Ausführungen entgegensteht, hält der erkennende Senat an seiner damals vertretenen Auffassung nicht länger fest.

Hier sind besondere Umstände, die auch die Zurücksetzung der Geschwister des Erblassers zugunsten der Bedachten nach dem zuvor Gesagten als unsittlich erscheinen lassen würden, weder von den Geschwistern des Erblassers vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Ebenso fehlt es an besonderen Umständen für die Annahme, daß es der Witwe des Erblassers nicht zugemutet werden könne, sich mit Frau M. als Miterbin über den Nachlaß auseinanderzusetzen. Der Um-

stand, daß das im Westen belegene Vermögen im wesentlichen aus einem Laubengrundstück besteht, das von der Erbengemeinschaft gemeinsam zu verwalten ist, reicht zu dieser Annahme allein nicht aus, zumal diese Verwaltung eine häusliche Gemeinschaft der Witwe des Erblassers mit Frau M. nicht voraussetzt.

Schließlich erfaßt die teilweise Unwirksamkeit der Erbeinsetzung der Frau M., soweit durch sie die Witwe des Erblassers benachteiligt worden ist, auch nicht notwendig das gesamte Testament. Die rechtliche Möglichkeit, eine einheitliche Verfügung von Todes wegen, die wie hier eine teilbare Zuwendung anordnet, in der Weise zu teilen, daß ein Teil als wirksam erklärt wird, im übrigen die Verfügung aber unwirksam bleibt, wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt (FamRZ 1963, 287; BGHZ 52, 17). Wenn der Erblasser wie hier der Bedachten alles das zuwendet, was er ihr rechtswirksam zuwenden zu können glaubt, die Zuwendung aber gleichwohl deshalb teilweise unwirksam ist, weil sie über das sittlich Zulässige hinausgeht, spricht nach der Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung dafür, er würde ihr auch bei Kenntnis der wahren Rechtslage soviel als möglich zugewendet haben. Tatsachen, die diese Vermutung entkräften könnten, sind nicht ersichtlich. Es kann daher unbedenklich davon ausgegangen werden, daß der Erblasser Frau M. zu einem Viertel als Erbin eingesetzt hätte, wenn er damit gerechnet hätte, eine höhere Zuwendung sei unwirksam.

IV.

Damit erweist sich die weitere Beschwerde der Geschwister des Erblassers insoweit als unbegründet und muß zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 131 Abs. 1 KostO und § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Keßler