

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB §§ 138 Cd, 139, 2085

Eine einheitliche Verfügung von Todes wegen, durch die eine teilbare Zuwendung angeordnet wird (hier alleinige Erbeinsetzung der Geliebten), kann wegen Verstoßes gegen die guten Sitten teilweise nichtig, im übrigen aber gültig sein (hier mit Folge: Geliebte testamentarische Erbin zur Hälfte, Ehefrau sowie eheliche Kinder gesetzliche Erben zur anderen Hälfte) (Bestätigung des Urteils v. 15. Juni 1955 - IV ZR 80/55 = FamRZ 1963, 287).

BGH, Urt. v. 17. März 1969 - III ZR 188/65 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III_ZR_188/65

URTEIL

Verkündet am

17. März 1969

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. Frau Ida S , geb. S , Hausfrau,
München-Obermenzing, Schrämelstraße 189 I,
2. Frau Eleonore P , geb. S , Hausfrau,
L , T -Straße ,
3. Angestellte Anna S , M -O ,
S straße / ,
4. Frau Ruth H , geb. S , Hausfrau,
K , B1 weg ,
5. Bauingenieur Helmut S , M -P ,
Cervantestraße 19,
6. Frau Elisabeth Sch , geb. S ,
Hausfrau, L , L weg ,

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

Pensionsinhaberin Luise N , S /V ,
Veltlinerweg 563,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

1. Auf die Rechtsmittel der Kläger wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 13. April 1965 teilweise aufgehoben und das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 22. September 1964, an Verkündungs Statt zugestellt am 12. und 13. Oktober 1964, abgeändert und neugefaßt wie folgt:

Es wird festgestellt, daß das Testament des am 31. Oktober 1963 verstorbenen Diplom-Ingenieurs Otto S vom 17. Juli 1957 (Urkunde des Notars Dr. B in M UR Nr. 5187) insoweit nichtig ist, als die Beklagte zu mehr als der Hälfte des Nachlasses als Erbin eingesetzt ist.

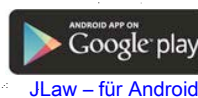
Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

2. Im übrigen werden die Rechtsmittel der Kläger zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger 3/4, die Beklagte 1/4.

Von Rechts wegen



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Tatbestand:

Der am Oktober in S (V /Ö
verstorbene Diplom-Ingenieur Otto S hat durch
ein notarielles Testament vom 17. Juli 1957 (Urkunde des
Notars Dr. B in M - URNr 5187), die Beklagte zu
seiner alleinigen Erbin bestimmt und seine Ehefrau und die
sieben ehelichen Kinder auf den Pflichtteil gesetzt. Die
Kläger - die Witwe und fünf der ehelichen Kinder des Erb-
lassers - halten die Erbeinsetzung für sittenwidrig.

Im einzelnen handelt es sich um folgendes: Der am
Mai geborene Erblasser war seit dem 30. Oktober 1915
mit der am März geborenen Klägerin zu 1) verheiratet.
Aus dieser Ehe sind in der Zeit von 1918 bis 1929 acht Kin-
der hervorgegangen. Ein Sohn ist im Kriege gefallen.

Der Erblasser war seit dem Ende des ersten Weltkriegs
bei der M Baufirma A K & Co. beschäftigt
und wurde von ihr als leitender Ingenieur bei Großbauten
außerhalb M eingesetzt. Anfänglich begleitete ihn
seine Ehefrau an die Orte seiner Tätigkeit, gab dies aber
etwa im Jahre 1926 wegen der wachsenden Kinderzahl auf und
blieb ständig in M .

Am 20. Juli 1938 wurde der Erblasser als verantwort-
licher Bauleiter nach P (V) zum Bau der
Silvretta-Staumauer versetzt. Kurz zuvor hatte er sich in
M -O ein Wohnhaus errichtet und im Grund-
buch sich und seine Ehefrau als Eigentümer je zur Hälfte
eintragen lassen. Die Klägerin zu 1) wohnt dort noch heute.

Gegen Ende 1938 stellte der Erblasser die damals 22 Jahre alte Beklagte bei seiner Firma ein. Aus der Bekanntschaft entwickelte sich ein Liebesverhältnis mit Geschlechtsverkehr. Aus dieser Verbindung stammen vier Söhne, die am September 1941, am September 1945, am März 1951 und am Dezember 1953 geboren sind.

Im Jahre 1950 errichtete die Beklagte in S (V) eine kleinere Fremdenpension. Nach ihren Angaben hat ihr die Firma A K & Co. ein hypothekarisch gesichertes Darlehen von 300.000 öS. gewährt; es soll inzwischen weitgehend getilgt sein. Der Erblasser zog im selben Jahre zur Beklagten in dieses Haus und hat sich dort mit den vier Söhnen der Beklagten bis zu seinem Tode aufgehalten.

Im Jahre 1951 erhob der Erblasser Scheidungsklage zum Landgericht Feldkirch. Das Landgericht gab der Klage statt; das Oberlandesgericht Innsbruck wies sie ab. Die Revision des Erblassers blieb erfolglos.

Die Kläger haben vorgetragen: Der Erblasser habe die Beklagte, mit der er Jahrzehntlang ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten habe, durch die Einsetzung als Erbin für die geschlechtliche Hingabe belohnen und zur Fortsetzung des Verhältnisses bestimmen wollen. Er habe sie damit gegenüber seiner Ehefrau, die ihm in vielen Ehejahren die Treue gehalten habe, und den ehelichen Kindern bevorzugt.

Die Kläger haben beantragt, die Nichtigkeit des Testamentes festzustellen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und unter anderem ausgeführt: Es sei zu unterscheiden, ob jemand durch letztwillige Verfügung nach einem kurzen Liebesverhältnis für chebrecherische Beziehungen belohnt werde, und einem Fall wie hier, wo die Erbeinsetzung lediglich ein Äquivalent für die Frau sein solle, die mit dem Erblasser in einem eheähnlichen Verhältnis gelebt, ihm Opfer gebracht und Dienste geleistet habe. Zudem habe der Erblasser hier durch die Erbeinsetzung der Mutter die Ausbildung der vier unehelichen Söhne einigermaßen sichern wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgen die Kläger ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen mit folgenden Erwägungen begründet: Auch bei Berücksichtigung des Alters der Ehegatten, der Dauer der Ehe, der Zahl und des Alters der ehelichen Kinder, des Festhaltens der Klägerin an der Ehe und des Alters der Beklagten bei Beginn ihres Verhältnisses zum Erblasser sei ausschlaggebend, daß im Zeitpunkt der Testamentserrichtung vier unmündige Kinder aus diesem Verhältnis vorhanden gewesen seien; da es nach der Lebenserfahrung wenig wahrscheinlich sei, daß der damals 70 Jahre alte Erblasser die Beklagte für die geschlechtlichen Beziehungen habe belohnen oder zu deren

Fortsetzung habe bestimmen wollen, sei für ihn die Sorge für die Zukunft der unehelichen Mutter bestimmend gewesen; die Erbeinsetzung habe in gleichem Maße oder überwiegend die Ausbildung und den Unterhalt der vermögenslosen und unmündigen unehelichen Kinder sichern sollen. Die Erbeinsetzung der Beklagten habe nach den gegebenen Verhältnissen nicht einmal überwiegend, geschweige denn ausschließlich, der Geliebten gegolten, der Erblasser habe vielmehr in erster Linie für die Beklagte als Mutter seiner vier unehelichen Kinder sorgen wollen, um es ihr zu ermöglichen, die zu erwartenden erheblichen Ausbildungskosten für die Kinder zu bestreiten, da die Einkünfte aus der kleinen, noch mit Schulden behafteten Fremdenpension hierzu ersichtlich nicht ausreichen würden. Auf der anderen Seite habe er den Lebensabend seiner Ehefrau, die bereits zur Hälfte Miteigentümerin des M Anwesens gewesen sei, die den Pflichtteil habe erhalten sollen und der eine Witwenrente aus der Angestelltenversicherung zustehe, ebenso als gesichert ansehen können wie das Einkommen seiner längst erwachsenen ehelichen Kinder. Die der Lebenserfahrung entsprechende Absicht des Erblassers, den Unterhalt und die Ausbildung seiner vier unehelichen Kinder sicherzustellen, erscheine auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß solchenfalls der Erblasser die unehelichen Kinder hätte als Erben einsetzen können. Die Einsetzung der Mutter als Erbin lasse zum Beispiel erwarten, daß die Verwaltung und Verwertung des oterbten Vermögens erleichtert werde. An dem Ergebnis der Gültigkeit des Testamentes könne auch die Härte nichts ändern, die sich für die Witwe daraus ergebe, daß das von ihr bewohnte und zur Hälfte in ihrem Eigentum stehende Haus zur anderen Hälfte im Eigentum der Beklagten stehe mit der Folge, daß es gemeinsam verwaltet werden und die Klägerin

möglicherweise an die Beklagte Miete zahlen müsse. Dem könne man entgegenhalten, daß die Beklagte als Erbin mit den Pflichtteilsansprüchen der Witwe und der ehelichen Kinder belastet sei und nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen genötigt sein dürfte, den Miteigentumsanteil am Haus zu veräußern, um die Pflichtteilsansprüche erfüllen zu können. Den unehelichen Kindern stünden erhebliche Unterhaltsansprüche gegen die Erben des Erzeugers zu (§§ 176, 171 ÖsterABGB). Gingen diese Ansprüche auch nach Art. 21 Halbs. 2 EGBGB nicht weiter als die nach deutschem Recht gegebenen Ansprüche, so dürften sie trotzdem beträchtlich sein (§ 1708 BGB). Den Klägern würde daher auch bei einem für sie günstigen Ausgang des Rechtsstreits das gegen sie gerichtete Verhalten des Erblassers auf lange Zeit vor Augen geführt.

Der wesentliche Zug des Gesamtbildes, daß nämlich der Erblasser im Alter von 70 Jahren durch die Einsetzung der Beklagten als Erbin seiner Verantwortung gegenüber ihren Kindern habe gerecht werden wollen, die er erzeugt habe und die damals unmündig und unversorgt gewesen seien, mindere den Makel der Erbeinsetzung soweit, daß diese mit dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden noch vereinbar erscheine.

II.

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Berufungsurteils, die Freiheit, über das eigene Vermögen letztwillig zu verfügen, werde durch den in Art. 6 Abs. 1 GG geforderten besonderen Schutz der Familie nicht beeinträchtigt. Auch wenn der Erblasser nächste Angehörige übergeht oder gegen-

über Familienfremden zurücksetzt, ist seine Verfügung nicht schon aus diesem Grunde nichtig. Dem benachteiligten Angehörigen gibt das Gesetz lediglich unter gewissen Voraussetzungen die Ansprüche auf den Pflichtteil (§§ 2303 ff BGB) und, was die Ehefrau angeht, auf den Ausgleich des Zugewinns (§§ 1371 ff BGB). Diese Ansprüche, denen im übrigen das Testament des Erblassers Rechnung trägt, können zwar zur Unwirksamkeit einzelner Bestimmungen einer letztwilligen Verfügung führen (§ 2306 BGB) und deren Durchführbarkeit beeinträchtigen, z.B. im Falle der Kürzung eines Vermächtnisses durch den pflichtteilsberechtigten Erben (§ 2318 Abs. 3 BGB), lassen aber die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung als solcher unberührt. Die Benachteiligung der nächsten Angehörigen gegenüber dem Zustand, der sich bei gesetzlicher Erbfolge ergeben würde, allein genügt daher nicht, eine letztwillige Verfügung mit dem Makel der Unsittlichkeit zu belasten und ihre Nichtigkeit auf Grund des § 138 BGB herbeizuführen. Diese Wirkung tritt vielmehr nur dann ein, wenn zur Hintansetzung der Angehörigen andere Umstände hinzutreten, die das Verhalten des Erblassers als sittlich bedenklich erscheinen lassen, und die letztwillige Verfügung nach dem sich ergebenden Gesamtbild gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt. Das ist nach gefestigter Rechtsprechung regelmäßig dann der Fall, wenn ein verheirateter Mann durch letztwillige Zuwendungen eine Frau für den mit ihr gepflogenen ehebrecherischen Verkehr belohnen oder zur Fortsetzung solchen Verkehrs bestimmen will. Indessen hat die Rechtsprechung nicht immer die Zuwendungen als ungültig angesehen, wenn zwischen dem Erblasser und der bedachten Frau ein ehebrecherisches Verhältnis vorlag, sondern ihre Gültigkeit

ganz oder auch teilweise bejaht, wenn der Erblasser sich nicht ausschließlich durch seine erotischen Beziehungen zu der Bedachten hatte leiten lassen, sondern für ihn in erster Linie oder doch maßgebend neben diesen Beziehungen auch andere, achtenswerte Beweggründe bestimmend waren. Bei der Beurteilung der Frage, ob die Erbeinsetzung der Beklagten nach Beweggrund, Inhalt und Zweck unsittlich ist, müssen alle Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden; entscheidend ist, wie bereits hervorgehoben, das Gesamtbild (BGH Urt.v. 8. Januar 1964 - V ZR 5/62 = IM Nr. 14 zu § 138 (Cd) BGB = FamRZ 1964, 140 mit zahlreichen Nachweisen).

2. Nun meint zwar die Revision, der im gesetzlichen Güterstande lebende Erblasser hätte bei Lebzeiten nicht ohne Einwilligung seiner Ehefrau über seinen Hälfteanteil an dem Hausgrundstück - sein einziges wesentliches Vermögensstück - und auch nicht über Gegenstände des ehelichen Hausrats verfügen dürfen (§§ 1365 Abs. 1, 1369 Abs. 1 BGB); diese vom Gesetz mit Recht normierte Sicherung der Grundlage der Familiengemeinschaft falle nicht mit dem Tode eines Gatten weg; sie setze vielmehr auch der Testierfreiheit des Ehegatten eine Schranke.

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Wie der V. Senat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 13. November 1963 - V ZR 56/62 = BGHZ 42, 218 = FamRZ 1964, 25 dargelegt hat, bezweckt die Bestimmung des § 1365 einmal, den anderen Ehegatten vor der Gefährdung seines Ausgleichsanspruchs zu schützen, er dient darüberhinaus in erster Linie der Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der gesamten Familie

und enthält deshalb ein absolutes Veräußerungsverbot. Das gilt aber nur für die Zeit des Bestehens der Ehe. Wie in dem angeführten Urteil weiter ausgeführt ist, ist der das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschende Grundsatz der Testierfreiheit durch die Neuregelung des gesetzlichen Güterrechts (Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 - BGBl I 609) nicht eingeschränkt worden. An dieser Auffassung ist entgegen der Ansicht der Revision festzuhalten. Der Gesetzgeber hat die Stellung des im gesetzlichen Güterstande lebenden Ehegatten durch die Bestimmungen über die Zugewinnsgemeinschaft gerade auch für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten gegenüber dem früheren Rechtszustande wesentlich verbessert (§ 1371 nF BGB). Es ist daher kein sachlicher Grund ersichtlich, der ihn hätte veranlassen können, dem überlebenden Ehegatten einen noch weitergehenden Schutz durch die Beschränkung der Freiheit, letztwillig zu verfügen, zu gewähren. Dazu kommt, daß das Gleichberechtigungsgesetz auch erbrechtliche Bestimmungen, insbesondere § 2303 Abs. 2 BGB, geändert hat. Es fehlt jeder Anhaltspunkt für die Annahme, der Gesetzgeber habe zwar die Einwirkungen der Gleichberechtigung auf das Erbrecht in einzelnen Punkten ausdrücklich geregelt, eine so wesentliche und noch dazu systemwidrige Änderung wie die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Erblassers aber sozusagen stillschweigend einführen wollen. Danach war der Erblasser rechtlich nicht gehindert, über sein Vermögen letztwillig auch zugunsten anderer Personen als seiner gesetzlichen Erben zu verfügen.

3. Eine andere Frage ist die, ob - wie die Revision weiter geltend macht - die vom Erblasser getroffene Verfügung aus sonstigen Gründen der Rechtswirksamkeit entbehrt.

Die Revision ist der Ansicht, das Berufungsgericht habe die Rechtsfolgen der Einsetzung der Beklagten und den Unterschied gegenüber der Rechtslage, wie sie sich bei gesetzlicher Regelung ergäbe, verkannt und den Sachverhalt ungenügend geprüft. Die verfahrensrechtlichen Rügen bleiben ohne Erfolg.

a) Die Tatsache, daß der Erblasser nicht seine unehelichen Kinder, sondern deren Mutter bedacht hat, ist vom Berufungsgericht nicht übersehen, sondern ausdrücklich gewürdigt worden. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Einsetzung der Mutter schließe nach der Lebenserfahrung nicht aus, daß der Erblasser den Unterhalt für die Ausbildung seiner vier unehelichen Kinder sicherstellen wollte, sie sei geeignet, die Verwaltung und Verwertung des ererbten Vermögens zu erleichtern, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß die Beklagte ihre Pflichten als Mutter nicht erfüllt habe, ist von den Klägern nicht vorgetragen worden. Es ergeben sich daher keine Anhaltspunkte für die Annahme, der Erblasser habe bei der Errichtung seines Testaments nicht damit rechnen können und gerechnet, daß die Beklagte das ihr vermachte Vermögen nicht (mindestens auch) für den Unterhalt ihrer Kinder verwenden werde; auch die Revision hat in dieser Richtung nichts vorgebracht. Unter diesen Umständen mußte das Berufungsgericht hinsichtlich der Vorstellungen des Erblassers bei der Testamentserrichtung keine Schlüsse zu Lasten der Beklagten daraus ziehen, daß das Testament die Unterhaltsansprüche der Kinder nicht ausdrücklich regelt und auch keine Bestimmung für den Fall einer Verheiratung der Beklagten enthält.

b) Gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die geschlechtlichen Beziehungen des Erblassers zu der Beklagten seien nicht der wesentliche Grund für die Erbeinsetzung gewesen, kann die Revision nichts daraus herleiten, daß das jüngste uneheliche Kind etwa 3 1/2 Jahre vor der Errichtung des Testaments geboren worden ist. Für die Beurteilung der Gültigkeit des Testaments kommt es auf die Umstände an, die zur Zeit seiner Errichtung gegeben waren (BGHZ 20, 71). Der Erblasser war in diesem Zeitpunkt 70 Jahre alt. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die geschlechtlichen Beziehungen hätten für den Erblasser nicht mehr die Bedeutung gehabt, wie in jüngeren Jahren, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt daher kein Rechtsverstoß darin, daß das Berufungsgericht auch aus dem Alter des Erblassers ein Anzeichen dafür entnommen hat, daß andere Gründe als diese Beziehungen für die Erbeinsetzung der Beklagten maßgeblich bestimmend waren.

c) Unzutreffend ist der Vortrag der Revision, die Kläger hätten unbestritten vorgetragen, der Erblasser habe die Zukunft der Beklagten durch die Einrichtung einer Fremdenpension gesichert und für ihren und der Kinder Unterhalt dadurch gesorgt (Schriftsatz vom 27. Mai 1964 S. 16). Unbestritten ist zwar, daß die Beklagte eine Familienpension besitzt. Sie hat aber (Schriftsatz vom 26. Juni 1964 S. 10) ihrerseits unbestritten vorgetragen, es sei noch ein Kredit von 180.000 öS abzutragen; an Zins und Tilgung seien jährlich 20.000 öS aufzubringen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, das Einkommen aus der Fremdenpension reiche nicht aus, den Unterhalt der Beklagten und ihrer Kinder sicherzustellen, ist deshalb mindestens für den maßgebenden Zeitpunkt der Testamenterrichtung rechtlich unbedenklich.

Die Revision könnte auch nichts daraus herleiten, wenn die Unterhaltsansprüche der unehelichen Kinder, die sich gegen die Erben des Vaters richten, niedriger wären, als das Berufungsgericht angenommen hat. Denn je ungesicherter die Zukunft dieser Kinder war, destomehr Anlaß hatte ihr Vater, für sie zu sorgen. Im übrigen richtet sich die Unterhaltspflicht für die Kinder der Beklagten gemäß Art. 1 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (BGBl II 1013) nach österreichischem Recht, solange die Kinder das 21. Lebensjahr nicht vollendet haben. Insoweit sind Art. 21 2. Halbsatz EGBGB und § 1712 Abs. 2 BGB entgegen der Ansicht der Revision nicht anwendbar (Palandt BGB 27. Aufl. Art. 21 EGBGB Anm. 4).

Das Berufungsgericht war auch entgegen der Ansicht der Revision nicht verpflichtet, durch Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO) zu klären, ob und in welcher Höhe die unehelichen Kinder zur Zeit der Testamenterrichtung für den Fall des Todes ihres Vaters Renten aus der Angestelltenversicherung zu erwarten hatten. Zwar erhalten nach deutschem Recht auch uneheliche Kinder eines männlichen Versicherten Waisenrente (§ 39 Abs. 5 Ziff. 5, § 44 AVG); es liegen aber keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, daß die Rente ausreicht, den Unterhalt und die Ausbildung der Kinder zu bestreiten, wobei zu berücksichtigen ist, daß mindestens der älteste Sohn der Beklagten eine Hochschule besucht hat. Das Berufungsgericht hatte daher, zumal im Anwaltsprozeß, keinen Anlaß, von sich aus die Frage anzuschneiden, ob die Kinder der Beklagten etwa Einkommen aus der Angestelltenversicherung beim Tode ihres Vaters zu erwarten hätten.

Somit erweisen sich alle Angriffe als unbegründet, mit denen die Revision sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts wendet, die Erbeinsetzung der Beklagten sei wesentlich dem Bestreben des Erblassers entsprungen, seiner Verantwortung gegenüber seinen unehelichen Kindern gerecht zu werden. Damit ist ein achtenswerter Beweggrund für die Bedenkung der Beklagten rechtsirrtumsfrei festgestellt.

4. Die Erbeinsetzung der Beklagten ist auch entgegen der Ansicht der Revision nicht insgesamt deshalb nichtig, weil sie zu einer Rechtsgemeinschaft zwischen der Klägerin zu 1) und der Beklagten hinsichtlich des Hauses in M führt, dessen Eigentümer die Eheleute S je zur Hälfte waren. Allerdings kann das Miteigentum der Beklagten für die Kläger erhebliche Nachteile und Gefahren bringen. Die Gemeinschaft hat nach der Regelung des Gesetzes eine gemeinsame Verwaltung zur Folge (§ 744 Abs. 1 BGB). Die Beklagte hat Anteil an den Erträgen des Hauses; das bedeutet, daß die Klägerin zu 1) und ihre Kinder, soweit sie im Hause wohnen, verpflichtet sein können, eine Miete oder Nutzungsentschädigung zu zahlen oder sich anrechnen zu lassen. Die Beklagte kann die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung betreiben (§§ 749, 753 BGB). Das Berufungsgericht hat indessen nicht übersehen, daß den Klägern eine Rechtsgemeinschaft mit der Beklagten aus gutem Grunde schwer erträglich ist und daß ihnen aus der Gemeinschaft Nachteile und Gefahren erwachsen können. Die Erwägungen, aus denen es gleichwohl ablehnt, aus den Folgen der Rechtsgemeinschaft hinsichtlich des Hauses einen Grund für die Nichtigkeit der Erbeinsetzung der Beklagten herzuleiten, sind jedenfalls im Ergebnis zu billigen. Da der Hausanteil das einzige ins Gewicht fallende Vermögensstück

des Erblassers war, entsprach es dem sittlich unbedenklichen Zweck seines Testamentes, die Kinder der Beklagten zu versorgen, daß die getroffene Regelung sich auf dieses Vermögensstück erstreckte. Wären die Kinder der Beklagten als Erben eingesetzt worden, dann hätte die Rechtsgemeinschaft ebenfalls bestanden, und der Unterschied gegenüber dem Zustand, daß die Beklagte selbst Miteigentümerin ist, wäre voraussichtlich von geringer praktischer Bedeutung gewesen. Unter diesen Umständen liegt kein Rechtsverstoß darin, daß das Berufungsgericht die hinsichtlich des Hauses begründete Rechtsgemeinschaft nicht als für die Kläger schlechthin unzumutbar und die Erbeinsetzung der Beklagten nicht deshalb als unwirksam angesehen hat.

III.

Trotzdem kann dem Berufungsgericht nicht dahin gefolgt werden, daß die Beklagte alleinige Erbin geworden sei. Indem der Erblasser sie zur Alleinerbin bestimmt und seine Ehefrau und die ehelichen Kinder auf den Pflichtteil gesetzt hat, ist er über das hinausgegangen, was zum Erreichen achtenswerter Ziele erforderlich war, und hat er in sittenwidriger Weise gegen Verpflichtungen und Rücksichten verstoßen, die er gegenüber seinen Angehörigen, insbesondere seiner Ehefrau, zu beachten hatte. Bei der Abfassung seines in notarieller Form, also unter sachkundiger Beratung, errichteten Testamentes hatte der Erblasser offensichtlich Kenntnis von dem wesentlichsten Inhalt des Pflichtteilsrechts. Es war ihm klar und er war damit einverstanden, nahm es zumindest an hin, daß seine Ehefrau und seine ehelichen Kinder als Pflichtteilsberechtigte Anspruch auf den halben Wert des Nachlasses haben würden. Um der Beklagten und ihren Kindern die andere

Hälfte des Nachlaßwertes zukommen zu lassen, war es nicht erforderlich, Ehefrau und eheliche Kinder in die gegenüber der Miterbenstellung mindere Rechtsstellung des lediglich Pflichtteilsberechtigten zu drängen. Als solche wären Frau und Kinder darauf angewiesen, ihre Ansprüche gegen die Beklagte, gegebenenfalls im Klagewege, geltend zu machen. Sie hätten keinen unmittelbaren Einfluß auf die Verwaltung des Nachlasses, dessen wesentlichster Bestandteil der Hausanteil ist, sowie auf die Feststellung und Abwicklung der die Höhe des Pflichtteils mitbestimmenden Nachlaßverbindlichkeiten, die hier in Gestalt der Unterhaltsansprüche der Kinder der Beklagten in schwer überschaubarem Ausmaße in Betracht kommen und die niedrig zu halten schwerlich im Interesse der Beklagten liegt. Insbesondere für die Klägerin zu 1), aber auch für ihre Kinder, wäre es peinlich und demütigend, sich wegen ihrer Ansprüche an den Nachlaß des Ehemannes und Vaters an die Beklagte, dessen Geliebte, wenden zu müssen. In der Stellung als Pflichtteilsberechtigte wären die Kläger umsomehr benachteiligt, als die Beklagte, wäre sie Alleinerbin, in gleichem Maße an dem Hause in M. Anteil hätte wie die Klägerin zu 1), nämlich zur Hälfte, und sich dadurch bei der Verwaltung des Hauses für diese Klägerin erheblich leichter Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten ergeben könnten, als wenn ihr und ihren Kindern höhere Miteigentumsanteile als der Beklagten zustehen. Die Erwägungen, aus denen es noch tragbar erscheint, daß der Erblasser der Beklagten Erbenstellung eingeräumt hat, rechtfertigen noch nicht die Verweisung der Kläger auf den Pflichtteil. Vielmehr liegt in dieser eine gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßende, unzumutbare und deshalb sittenwidrige Zurücksetzung. Das Testament

ist daher gemäß § 138 BGB nichtig, soweit der Erblasser seiner Ehefrau und seinen Kindern die Hälfte des Nachlasses nur als Pflichtteilsberechtigten statt als Erben zugewendet, d.h. soweit er die Beklagte zu mehr als der Hälfte als Erbin eingesetzt hat. Hinsichtlich der einen Nachlasshälfte sind die Witwe und die ehelichen Kinder Erben im Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile geworden; insoweit ist gesetzliche Erbfolge eingetreten (§ 2088 Abs. 1 BGB). Hinsichtlich der anderen Hälfte bleibt die Erbeinsetzung der Beklagten gültig. Denn es kann nicht angenommen werden, der Erblasser hätte die Beklagte überhaupt nicht als Erbin eingesetzt, wenn er damit gerechnet hätte, er könne sie nicht zur Alleinerbin machen. Die Einsetzung der Beklagten als Alleinerbin und die Beschränkung der Ehefrau und der ehelichen Kinder auf den Pflichtteil stellen eine einheitliche Verfügung dar, denn das Zweite ist die unvermeidliche gesetzliche Folge des Ersten (RG DR 1941, 1000 Nr. 10). Die rechtliche Möglichkeit, eine einheitliche Verfügung von Todes wegen, die eine teilbare Zuwendung oder Belastung anordnet, in der Weise zu teilen, daß ein Teil als unwirksam erklärt wird, im übrigen die Verfügung aber wirksam bleibt, wird von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, insbesondere in dem Urteil vom 15. Juni 1955 - IV ZR 80/55 = FamRZ 1963, 287, das einen dem vorliegenden ähnlichen Fall betrifft. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Es ist dem Richter zwar nach geltendem Rechte nicht gestattet, unbillige letztwillige Verfügungen abzuändern. Das schließt jedoch die Möglichkeit nicht aus, gegebenenfalls Verfügungen, die lediglich durch das Übermaß der Zuwendung gegen die guten Sitten verstoßen, hinsichtlich des Übermaßes für nichtig zu erklären und dadurch insoweit die gesetzliche Regelung zum Tragen zu bringen. Denn

einerseits kann eine Verfügung, die nur durch ein Zuviel gegen die guten Sitten verstößt, nicht im ganzen für nichtig erklärt werden, weil der Wille des Erblassers soweit als möglich zu beachten ist und nicht unbeachtet bleiben kann, soweit ein Verstoß gegen die guten Sitten nicht vorliegt, andererseits geht es nicht an, eine solche Verfügung insgesamt als wirksam zu behandeln. Der Anmerkung Boschs zum Urteil vom 15. Juni 1955 (FamRZ 1963, 290), durch diese Rechtsprechung werde faktisch ein "materielles Noterbrecht der nächsten Angehörigen anerkannt, die Testierfreiheit eingeschränkt und eine von den Schöpfern des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht gewollte Miterbengemeinschaft zwischen gesetzlichen Noterben und Testamentserben geschaffen", ist entgegenzuhalten: Der Testierfreiheit ist insofern eine Grenze gezogen, als gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäfte nichtig sind. Diese Grenze wird durch die angeführte Rechtsprechung nicht verschoben. Wo sie liegt, ist nach dem Gesamtbild des Einzelfalles zu bestimmen. Unzumutbare Folgen, die sich aus einer Zuwendung für den Ehegatten und die ehelichen Kinder des Erblassers ergeben, sind dabei ebenso zu berücksichtigen wie andererseits als achtenswerter Beweggrund gewürdigt werden kann, daß der Erblasser für seine unehelichen Kinder sorgen wollte. Die gesetzliche Erbfolge tritt notwendig ein, wenn und soweit, gleich aus welchem Grunde - nicht nur im Falle des § 138 BGB -, eine gültige Erbeinsetzung fehlt. Die aus testamentarischen und gesetzlichen Erben bestehende Erbengemeinschaft ist im Gesetz vorgesehen (§ 2088 BGB). Die Alternativen zur vorliegenden Entscheidung - volle Gültigkeit oder volle Nichtigkeit der Erbeinsetzung der Beklagten - würden entweder zu unzumutbaren Folgen für die legitimen Angehörigen des Erblassers führen oder dessen uneheliche

Kinder ungerechtfertigt benachteiligen. Gerade der vorliegende Fall rechtfertigt die Rechtsprechung, die es gestattet, eine einheitliche, aber teilbare letztwillige Zuwendung oder Belastung für teilweise nichtig und teilweise gültig zu erklären.

Es bedarf hier keiner Erörterung der Streitfrage, ob dann, wenn eine einheitliche, jedoch ^{eine} teilbare Zuwendung oder Belastung anordnende Verfügung von Todes wegen teilweise nichtig ist, die Gültigkeit der Verfügung im übrigen nach § 139 oder nach § 2085 BGB zu beurteilen ist, d.h. ob ihre Gültigkeit nach der allgemeinen Regel des § 139 BGB den Nachweis voraussetzt, daß der Erblasser die Verfügung auch ohne den nichtigen Teil getroffen hätte, oder ob die erbrechtliche Regel des § 2085 BGB hier entsprechend anwendbar ist, nach der die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen die Unwirksamkeit der übrigen nur zur Folge hat, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde. Denn wenn wie hier der Erblasser der Bedachten all 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 weder geltend gemacht noch ersichtlich. Es kann daher unbedenklich davon ausgegangen werden, daß der Erblasser die Beklagte zur Hälfte als Erbin eingesetzt hätte, wenn er damit gerechnet hätte, eine höhere Zuwendung sei unwirksam. Damit ist auch den strengeren Anforderungen des § 139 BGB für eine Teilnichtigkeit genügt.

IV.

Danach ist das Berufungsurteil teilweise aufzuheben und das landgerichtliche Urteil abzuändern, wie im Urteilsatz geschehen. Im übrigen sind die Rechtsmittel der Kläger zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Gähtgens

Keßler