

11

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V e r s ä u m n i s -

URTEIL

III ZR 206/64

Verkündet am

16. Mai 1966
Scheibl, Justiz-
obersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Hedwig S [REDACTED] in A [REDACTED],
S [REDACTED] Nr. [REDACTED], Kreis Land H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Anna S [REDACTED] geb. S [REDACTED] in
H [REDACTED], H [REDACTED] weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter

II. Instanz:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 1966 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt,
Dr. Hußla, Gähtgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle
vom 9. April 1964 in der Kostenentscheidung und
insoweit aufgehoben, als in ihm die Beklagte ver-
urteilt ist, die Wohnstelle Haus Nr. [REDACTED] in A [REDACTED]
[REDACTED]-S [REDACTED] nebst den dazu gehörigen Ländereien
zu räumen und an die Klägerin herauszugeben.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsge-
richt zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurück-
gewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
rechtszuges wird dem Berufungsgericht überlassen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Nichte der verstorbenen Ehe-
leute Georg und Marie S [REDACTED]. Sie ist von beiden te-
stamentarisch bedacht worden.

In dem notariellen gemeinschaftlichen Testament
vom 8. Januar 1930 setzten sich die Eheleute S [REDACTED]
gegenseitig als alleinige Erben ein. In einem weiteren
privatschriftlich errichteten gemeinschaftlichen Testa-
ment vom 5. Oktober 1934 setzten sich die Eheleute -
offenbar im Hinblick auf das damals geltende Erbhof-
recht - wechselseitig als alleinige Anerben ein. Schließ-
lich errichteten die beiden Eheleute unter dem 20. Juli

- 3 -

1951 ein privatschriftliches Testament folgenden Inhalts:

"Unter dem 8. Januar 1930 haben wir, die Eheleute Bauer Georg S. [REDACTED] und Frau Marie S. [REDACTED], geb. J. [REDACTED], in A. [REDACTED]-S. [REDACTED] ein notarielles gemeinschaftliches Testament errichtet. Dieses Testament, welches im übrigen bestehen bleiben soll, ergänzen wir dahin, daß die Wohnstelle Haus Nr. [REDACTED] in A. [REDACTED]-S. [REDACTED] mit den dazu gehörigen Ländereien und dem im Hause vorhandenen Mobiliar nach dem Tode des Letztlebenden von uns an unsere Nichte, Frau Anna Sch. [REDACTED], geb. S. [REDACTED] in H. [REDACTED], H. [REDACTED] weg [REDACTED] fallen soll.

Diese Bestimmung wird in Anerkennung der von unserer Nichte für uns lange Jahrelang verrichteten unentgeltlichen Arbeiten getroffen. Sollte die Frau Sch. [REDACTED] vor uns versterben, so tritt an dessen Stelle dessen Sohn Günther Sch. [REDACTED]."

Das Vermögen der Eheleute S. [REDACTED] bestand im wesentlichen aus dem Hof in A. [REDACTED]-S. [REDACTED] Nr. [REDACTED], der von der Ehefrau S. [REDACTED] stammte. Im Jahre 1937 wurden von dem Hof etwa 2 ha abgeteilt und darauf als Klinkerbau das Haus Nr. [REDACTED] errichtet, in dem die Eheleute S. [REDACTED] als Altenteiler wohnten. Der Hof wurde an einen Verwandten verpachtet; etwa 1954 ist er dem jetzigen Eigentümer übergeben worden.

Im Jahre 1954 zog die Beklagte als Mieterin in das Haus Nr. [REDACTED] ein. Als die Ehefrau S. [REDACTED] zu kränkeln begann, übernahm die Beklagte in zunehmendem Maße Handreichungen im Haushalt der Eheleute S. [REDACTED], bis sie beide Eheleute ganz versorgte. Am 23. August 1959 starb die Ehefrau S. [REDACTED]. Der überlebende Ehemann S. [REDACTED] führte von nun an mit der Beklagten einen gemeinsamen Haushalt. Am 25. September 1959 schloß er mit der Beklagten folgenden Mietvertrag:



"§ 1

Zur Benutzung als Wohnung werden der Mieterin folgende im Haus A [REDACTED]-S [REDACTED] Nr. [REDACTED] gelegene Räume vermietet:

- a) Im Erdgeschoß 3 Zimmer und Küche,
- b) im Obergeschoß 2 Zimmer und Küche.

Mitvermietet sind der im Hause vorhandene Keller- und Bodenraum und der zum Haus gehörige Gemüsegarten sowie der vorhandene Scheunenbau.

.....

§ 2

Der Abschluß des Mietvertrages erfolgt auf Lebenszeit der Mieterin.

Das Mietverhältnis hat bereits vor mehreren Jahren begonnen.

§ 3

Der Mietzins beträgt monatlich 12.-- DM - i.W. zwölf Deutsche Mark -. Er ist monatlich im voraus an den Vermieter zu zahlen oder nach dessen Tode an dessen Erben.

Die Mieterin ist verpflichtet, sämtliche am Wohnhaus vorkommende Reparaturen auf ihre Kosten auszuführen. Sie ist berechtigt, solche Reparaturkosten gegen Vorlage der Rechnungsbelege von der Miete abzuziehen.

Die Mieterin ist auch verpflichtet, die Gemeindesteuern sowie sonstigen öffentlichen Lasten (Wasserlasten) und die Kosten der Feuerversicherung zu tragen.

§ 4

Die Mieterin ist zur Untervermietung nach dem Tode des Vermieters Georg S [REDACTED] berechtigt. Solange der Vermieter Georg S [REDACTED] lebt, darf sie nur mit dessen Zustimmung untervermieten. Der Vermieter Georg S [REDACTED] bewohnt zur Zeit noch in dem vermieteten Grundstück von dem mit vorliegendem Verträge an die Mieterin vermieteten Räume im Erdgeschoß ein Zimmer sowie die Küche und im Obergeschoß ein weiteres Zimmer.

Ohne Rücksicht darauf beträgt der monatliche Mietzins schon jetzt 12.-- DM. Während der Lebenszeit des Vermieters Georg S. [REDACTED] sind jedoch von der Mieterin nicht die Steuern, öffentlichen Lasten und Abgaben sowie Feuerversicherung zu tragen.

§ 5

Der Vermieter erwartet, daß ihn die Mieterin wie bisher weiterhin besorgt und betreut.

§ 6

Anderungen oder Ergänzungen müssen schriftlich erfolgen."

Der Ehemann S. [REDACTED] (im folgenden Erblasser genannt) starb am [REDACTED] 1963. Er ist ausweislich des Erbscheins des Amtsgerichts Osten vom 15.8.1963 von der Klägerin allein beerbt worden.

Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der Mietvertrag das ganze Haus mit allen Räumen betrifft, und daß der darin genannte Gemüsegarten identisch ist mit den im Testament vom 20. Juli 1951 genannten zum Haus gehörigen Ländereien.

Die Klägerin begehrt als Alleinerbin des Erblassers Georg S. [REDACTED] nunmehr von der Beklagten die Räumung und Herausgabe der Wohnstelle Nr. [REDACTED] nebst Ländereien und dem im Hause befindlichen Mobiliar, soweit es im Eigentum der Eheleute S. [REDACTED] gestanden hat. Sie hat hierzu vorge-
tragen:

Das Testament vom 20. Juli 1951 sei kein Berliner Testament, sondern bestimme den Ehemann S. [REDACTED] zum Vor-
erben, während sie Nacherbin des zuerst Versterbenden, also hier der Ehefrau, sei. Daher sei der Mietvertrag wegen Ver-

stoßes gegen § 2113 BGB unwirksam. Selbst wenn aber ein Berliner Testament vorliege, so sei der Mietvertrag wegen Umgehung der gemeinschaftlich von den beiden Eheleuten S. [REDACTED] getroffenen letztwilligen Verfügung nichtig. Die Beklagte habe nämlich zuerst bei ihrem Einzug in das Haus Ende 1954 im Erdgeschoß das erste Zimmer rechts vom Eingang für einen Mietzins von 10.--- DM bewohnt. Sie habe jedoch offenbar die Eheleute S. [REDACTED] gut zu nehmen gewußt und schließlich bei ihnen mietefrei gewohnt und auch noch ihren Lebensunterhalt finanziert erhalten. Dem frühzeitig sichtbar werdenden Streben der Beklagten nach Annäherung und Familienanschluß habe sich die Ehefrau S. [REDACTED] trotz ihrer Gebrechlichkeit und ihrer Pflegebedürftigkeit stets widersetzt. Der Ehemann S. [REDACTED] habe sich seiner Frau immer mehr entfremdet und die Beklagte sei seine Geliebte gewesen. Dies habe zu einer Feindschaft zwischen ihr, der Klägerin, und dem Erblasser geführt. Dieser habe wiederholt erklärt, er werde es schon so einzurichten wissen, daß sie nicht das Haus bekomme. Er wolle sich mit dem Notar in Verbindung setzen, um eine Abänderung des mit seiner Ehefrau gemeinschaftlich errichteten Testaments zum Vorteil der Beklagten zu erreichen, weil sie, die Klägerin, nichts haben solle. Derartige Äußerungen habe er wiederholt in der Öffentlichkeit und auch in Gegenwart der Beklagten getan. In gleicher Richtung habe auch die Beklagte den Erblasser beeinflußt. In jedem Falle stelle der Mietvertrag eine verschleierte Schenkung dar, die der Erblasser vorgenommen habe, um sie als Erbin zu beeinträchtigen. Seit der Beerdigung des Erblassers habe die Beklagte ihr den Zutritt zum Hause verweigert. Die Beklagte habe ein neues Schloß anbringen lassen, zu dem sie, die Klägerin, keinen Schlüssel besitze.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Wohnstelle Haus Nr. [REDACTED] in A [REDACTED] - S [REDACTED] nebst den dazugehörigen Ländereien zu räumen und mitsamt dem ehemals den Eheleuten Georg und Marie S [REDACTED] geb. J [REDACTED] gehörigen Mobiliar an die Klägerin herauszugeben.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und hierzu vorgetragen:

Sie habe im Hause der Eheleute S [REDACTED] niemals mietefrei gewohnt und sei niemals von ihnen unterhalten worden. Sie habe über auskömmliche Hinterbliebenen- und Invalidenrenten verfügt. Von Anfang an habe sie für die Eheleute S [REDACTED] gearbeitet. Sie sei jahrelang deren unbezahlte Arbeitskraft gewesen. Lediglich im August 1959, noch vor dem Tode der Ehefrau S [REDACTED], habe sie einmal 1.000.-- DM erhalten. Intime Beziehungen zu dem Ehemann S [REDACTED] habe sie niemals gehabt, zumal der Ehemann S [REDACTED] 1877 geboren und somit 1957 bereits 80 Jahre alt gewesen sei. Jedoch habe sie ihn bis zu seinem Tode betreut und ihm wie eine Wirtschaftlerin den Haushalt geführt. Der Wert ihrer Arbeitsleistung allein in den letzten vier Jahren vor dem Tode des Erblassers sei mit 250.-- DM monatlich zu veranschlagen, so daß ihr für die letzten vier Jahre noch etwa 12.000.-- DM zustehen würden. Den Mietvertrag habe sie lediglich auf Drängen des Erblassers unterschrieben. Niemals habe sie den Erblasser beeinflußt, die Klägerin zu benachteiligen. Den Grund für die Unstimmigkeiten zwischen dem Erblasser und der Klägerin kenne sie nicht. Der Erblasser habe jedoch den deutlichen Willen gehabt, sie für die jahrelange Arbeit etwas günstiger in dem Hause wohnen zu lassen. Deshalb habe er sich Rat von einem Notar in O [REDACTED] geholt. Das

Mobiliar in den oberen Räumen und in der Küche stehe der Klägerin im übrigen jederzeit zur Verfügung. Zwei Zimmer links vom Eingang und die Speisekammer im Erdgeschoß habe ohnehin die Klägerin abgeschlossen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Beklagte verurteilt, die Wohnstelle Haus Nr. [REDACTED] in A [REDACTED] -S [REDACTED] nebst den dazu gehörigen Ländereien zu räumen und samt dem in diesem Hause befindlichen ehemals den Eheleuten Georg S [REDACTED] und Marie S [REDACTED] geb. J [REDACTED] gehörigen Mobiliar an die Klägerin herauszugeben.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin ist zu Händen ihrer Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz am 15. Februar 1966 zur Revisionsverhandlung geladen worden, hat sich jedoch nicht vertreten lassen. Die Beklagte hat daraufhin den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe:

1. Da die Revision zulässig ist und die Klägerin frist- und ordnungsgemäß zur Revisionsverhandlung geladen worden ist, sie sich in dieser jedoch nicht hat vertreten lassen, ist über die Revision sachlich zu entscheiden (BGHZ 37, 79, 81 - 84).

2. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß es sich bei den letztwilligen Verfügungen der Eheleute

S [REDACTED] vom 8. Januar 1930 und 20. Juli 1951 um ein sogenanntes Berliner Testament im Sinne des § 2269 BGB gehandelt habe mit der Wirkung, daß der Erblasser nach dem im August 1959 erfolgten Tode seiner Frau gemäß § 2271 Abs. 2 BGB an die Erbeinsetzung der Klägerin gebunden gewesen sei, und daß mit seinem Tode im Juli 1963 der Klägerin als seiner Erbin die Wohnstelle Haus Nr. [REDACTED] in A [REDACTED] - S [REDACTED] mit den dazu gehörigen Ländereien und dem im Hause befindlichen Mobiliar zugefallen sei. Dem Testament von 1934, in dem beide Ehegatten sich zu "Anerben" einsetzten, mißt das Berufungsgericht keine Bedeutung bei, da hier offenbar dem damaligen Erbschaftsrecht Rechnung getragen worden und im übrigen nichts anderes als im Testament von 1930 bestimmt sei.

Dies läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Ungerechtfertigt rügt die Revision dem gegenüber eine Verletzung des § 2087 Abs. 2 BGB. Die Revision meint, da im Jahre 1951 noch unstreitig das Hofgrundstück im Vermögen der Eheleute S [REDACTED] gestanden habe, der Klägerin aber lediglich die vom Hofgrundstück abgetrennte Wohnstelle zugewendet worden sei, habe es sich nur um die Zuwendung eines einzelnen Gegenstandes gehandelt, so daß die Klägerin nur als Vermächtnisnehmerin anzusehen sei und gegenüber der Beklagten überhaupt keinen Anspruch habe.

Die Revision übersieht hierbei, daß § 2087 Abs. 2 BGB nur eine Auslegungsregel für den Zweifelsfall gibt, das Berufungsgericht einen Zweifel jedoch nicht gehabt hat. Denn eine Erbeinsetzung kann auch vorliegen, wenn der Nachlaß nicht nach Bruchteilen, sondern nach Vermögensgruppen verteilt wird. In diesem Fall sind die so Bedachten als Erben nach dem Verhältnis der Werte der Vermögensgruppen anzu-

sehen, wobei die Erbeinsetzung mit einer Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 BGB verbunden ist.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht einen solchen Fall als vorliegend angenommen, indem es hierzu ausführt:

Die Eheleute S. [REDACTED] seien sich bei der Errichtung des Testaments im Jahre 1951 darüber im klaren gewesen, daß eine Verfügung nur über das restliche Vermögen noch in Betracht gekommen sei. Das Vermögen der Eheleute S. [REDACTED] habe außer der Wohnstelle Haus Nr. [REDACTED] aus dem Hof im Sinne der Höfeordnung bestanden, über den sie durch das Testament von 1951 nicht hätten verfügen wollen und hinsichtlich dessen die Erbfolge sich nach der Höfeordnung gerichtet habe. Deshalb gelte hier nicht die Vermutung des § 2087 Abs. 2 BGB. Die Eheleute S. [REDACTED] hätten die Klägerin als Erbin für das nicht der Höfeordnung unterliegende Vermögen einsetzen wollen und dies sei auch geschehen.

Soweit die Revision dem noch entgegenhält, der Klägerin sei nicht das gesamte hoffreie Vermögen der Eheleute S. [REDACTED] zugewandt worden, da diese ihr den Pachtzins, der aus dem Hof floß, nicht zugedacht hätten, trägt sie nicht dem Umstand Rechnung, daß auch der Pachtzins dem hofgebundenen und nicht dem hoffreien Vermögen der Eheleute S. [REDACTED] zuzurechnen war.

3. Obwohl die Klägerin, so führt das Berufungsgericht weiter aus, als Schlußerbin des zuletzt verstorbenen Ehemannes S. [REDACTED] das Eigentum an der hier streitigen Wohnstelle erlangt habe, sei die Beklagte Besitzerin der Wohnstelle und Inhaberin der tatsächlichen Sachherr-

schaft. Das gelte für sämtliche Räume des Hauses, auch soweit sie von der Klägerin abgeschlossen worden seien, da die Beklagte der Klägerin den Zutritt zu dem Grundstück verwehre und das Haustürschloß durch ein neues ersetzt habe, so daß die Klägerin mit ihrem Schlüssel das Haus nicht betreten könne. Habe sonach die Klägerin zwar nach § 857 BGB die Besitzerstellung des Erblassers geerbt, so bleibe ihr doch die tatsächliche Sachherrschaft vorenthalten, die erst mit der tatsächlichen Besitzergreifung entstehe. An dieser Besitzergreifung werde sie durch die Beklagte gehindert. Diese berufe sich zwar gegenüber dem Herausgabeanspruch der Klägerin auf ein Recht zum Besitz (§ 986 BGB) auf Grund des mit dem Erblasser abgeschlossenen Mietvertrages vom 25. September 1959, jedoch stehe der Beklagten ein Recht zum Besitz nicht zu. Denn der Mietvertrag sei nichtig, weil er als Rechtsgeschäft unter Lebenden nur abgeschlossen worden sei, um die nach § 2271 Abs. 2 BGB bestehende Bindung an das Testament von 1951 zu umgehen. Zwar habe die in erster Instanz durchgeführte Beweisaufnahme für eine Nichtigkeit des Mietvertrages nach § 138 BGB oder eine Umgehungsabsicht des Erblassers nichts ergeben. Die Behauptungen der Klägerin seien von den Zeugen nicht bestätigt worden. Keine der Zeugen habe bekundet, daß der Erblasser trotz seines Alters noch intime Beziehungen zur Beklagten aufgenommen und wiederholt erklärt habe, er werde Mittel und Wege finden, um die Klägerin um das Haus zu bringen. Einige Zeugen hätten lediglich ein entsprechendes "Dorfgespräch" erwähnt. Jedoch ergebe sich die Umgehungsabsicht aus dem Mietvertrage selbst, so daß dessen Nichtigkeit aus § 134 BGB folge.

4. Den Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu ist nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht etwa, wie die

Revision meint, eine Nichtigkeit oder teilweise Nichtigkeit des Mietvertrages aus dem Gesichtspunkt eines Scheingeschäftes im Sinne des § 117 BGB angenommen hat. Zwar könnten die vom Berufungsgericht gewählten Formulierungen hierfür sprechen. Der Umstand aber, daß das Berufungsgericht den § 117 BGB überhaupt nicht angeführt und sich auch mit der Frage einer Teilnichtigkeit, deren Erörterung im Hinblick auf § 139 BGB bei Annahme eines Scheingeschäftes nahe gelegen hätte, nicht beschäftigt hat, läßt erkennen, daß auch das Berufungsgericht den ganzen Mietvertrag als ernstlich gewollt ansieht und mit seinen Formulierungen nur zum Ausdruck bringen will, soweit der Mietvertrag Regelungen für die Lebensdauer des Erblassers enthalte, habe er rechtlich und tatsächlich an dem bestehenden Zustand nichts geändert. Nur die Annahme eines von den Vertragschließenden ernstlich gewollten Mietvertrages konnte das Berufungsgericht überhaupt erst zur Erörterung des Problems der sogenannten "Aushöhlung" eines gemeinschaftlichen Testaments führen. Denn wäre eine Nichtigkeit des Mietvertrags bereits aus § 117 BGB herzuleiten, dann hätte sich für das Berufungsgericht die Frage der "Aushöhlung" des Testaments von 1951 überhaupt nicht mehr stellen können.

An der Ernstlichkeit des Mietvertrages kann auch kein Zweifel bestehen. Jedoch ist dem Berufungsgericht nicht in seiner Annahme zu folgen, der Mietvertrag stelle sich als ein die Bindung des § 2271 Abs. 2 BGB umgehendes Rechtsgeschäft dar und sei daher nach § 134 BGB nichtig.

Zu der Frage der sogenannten "Aushöhlung" von gemeinschaftlichen Testamenten läßt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von anfänglicher "Nichtigkeitsfreundlichkeit" zunehmend eine Tendenz zur "Nichtigkeitsfeindlichkeit" erkennen. Die Rechtsprechung legt dabei immer mehr Gewicht

der Überlegung bei, daß angesichts der Vorschrift des - auch auf gemeinschaftliche Testamente sinngemäß anzuwendenden - § 2686 BGB die Wirksamkeit selbst von solchen Verfügungsgeschäften, die wirtschaftlich dem Ziel des gemeinschaftlichen Testamentes widersprechen und dieses damit "aushöhlen", nicht in Frage gestellt werden kann und daß die Vorschriften des § 2287 BGB, die ebenfalls für bindende Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten gelten, sogar beeinträchtigende Schenkungen, die einen besonders schweren Verstoß gegen die Bindung des Überlebenden bedeuten, lediglich zur Grundlage eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs machen, und auch dies nur bei Benachteiligungsabsicht des Schenkers. Das hat den hier erkennenden Senat im Anschluß an die neuere Rechtsprechung des V. Zivilsenats (Urteile vom 12. Oktober 1960, V ZR 65/59 = FamRZ 1961, 76, 78; vom 22. Februar 1961, V ZR 175/59 = NJW 1961, 1111; vom 2. Oktober 1963, V ZR 140/61 = NJW 1964, 547; vgl. dazu auch die Übersicht bei Mattern DNotZ 1964, 196 ff) dazu geführt, eine Nichtigkeit von derartigen Rechtsgeschäften unter Lebenden wegen Aushöhlung einer in einem gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrag getroffenen bindenden Verfügung von Todeswegen nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen anzunehmen und ein Rechtsgeschäft, das sich seiner rechtlichen Gestalt nach als Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellt, grundsätzlich dann als gültig und nicht als unwirksamen Versuch zur Umgehung des Testierverbotes zu werten, wenn die in dem Rechtsgeschäft vorgesehenen und mit ihm angestrebten Regelungen nicht erst nach dem Tode des Erblassers, sondern bereits zu dessen Lebzeiten zum Tragen kommen und verwirklicht werden sollen (vgl. die Urteile vom 11. Mai 1964, III ZR 132/63 = DNotZ 1965, 357 und III ZR 180/63, vom 9. Juli 1964, III ZR 239/62, und vom 29. Oktober 1964, III ZR 13/63 = DNotZ 1965, 617 = FamRZ

1965, 41).

Gemessen an den Grundsätzen dieser neueren Rechtsprechung hat das Berufungsgericht zunächst verkannt, daß der von ihm festgestellten Umgehungsabsicht gar nicht die entscheidende Bedeutung zukommen kann, die es ihr beigelegt hat. Denn hätten die in dem Mietvertrag vorgesehenen und mit ihm angestrebten Regelungen nicht erst nach dem Tode des Erblassers, sondern bereits zu dessen Lebzeiten zum Tragen kommen und verwirklicht werden sollen, dann wäre der Mietvertrag selbst bei vorhandener Umgehungsabsicht grundsätzlich als gültig und nicht als unwirksamer Versuch zur Umgehung des Testierverbotes zu werten. Was aber die Frage der Verwirklichung des Mietvertrages zu Lebzeiten des Erblassers anbetrifft, so hat das Berufungsgericht sowohl den rechtlichen als auch den wirtschaftlichen Auswirkungen des Mietvertrages nicht hinreichend Rechnung getragen. Geht man zunächst von den rechtlichen Folgen des Mietvertrages aus, wie sie sich für den Erblasser und die Beklagte unter Einbeziehung aller Entwicklungsmöglichkeiten darstellten, so wollte sich der Erblasser seines Alleinbesitzes an der Wohnstelle begeben und diesen auf die Beklagte übertragen, mag er sich dabei auch den Mitbesitz der von ihm bewohnten Räume vorbehalten haben. Er und die Beklagte glaubten auch, dies mit dem Mietvertrag erreicht zu haben. Dieser Wille für den Vollzug ist maßgebend. Selbst das Berufungsgericht räumt noch weitere rechtliche Erschwernisse für den Erblasser dahin ein, als für ihn die vorzeitige Beendigung des auf Lebenszeit der Beklagten geschlossenen Mietvertrages dadurch erschwert war, daß er auf eine Aufhebungsklage nach § 2 des Mieterschutzgesetzes beschränkt, dagegen mit der Eigenbedarfsklage ausgeschlossen wurde. Wenn auch die Aufgabe des Alleinbesitzes und der damit verbundenen weiteren rechtlichen

Folgen für den Erblasser in Anbetracht seines Alters und desjenigen der Klägerin und der Beklagten mehr zum Nachteil der Klägerin ausschlug, so konnte dies nichts an der entscheidenden Tatsache ändern, daß der Erblasser selbst jedenfalls bis an sein Lebensende dieses Opfer auf sich nahm. Demgegenüber ist ohne ausschlaggebende Bedeutung, daß er nach dem tatsächlichen Ablauf der Dinge sich wirtschaftlich nicht wesentlich anders stellte, als er für den Fall gestanden hätte, wenn der Mietvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Selbst wenn der vereinbarte Mietzins nur fingiert war, so war insoweit zwar ein Mietvertrag vorgetäuscht, der jedenfalls teilweise eine Schenkung verdecken sollte. Beide Arten von Rechtsgeschäften waren dem Erblasser aber erlaubt. Die Vornahme dieser ausdrücklich erlaubten Art von Rechtsgeschäften läßt nicht erkennen, daß sie nicht etwa auch vorgenommen wären, wenn die erbrechtliche Bindung nicht bestanden hätte, der Erblasser vielmehr alsdann eine letztwillige Verfügung getroffen hätte.

Im übrigen wäre gerade dann, wenn der Vertrag zwischen dem Erblasser und der Beklagten eine zumindest teilweise Schenkung zum Inhalt gehabt hätte, vom Erblasser bereits mit dem Vertragsschluß nicht nur ein rechtliches sondern auch ein wirtschaftliches Opfer insoweit erbracht worden, als sich der Vertrag ertragsmindernd auf die Wohnstelle ausgewirkt und damit noch zu Lebzeiten des Erblassers ihren Wert im Hinblick auf jederzeit mögliche Verfügungsgeschäfte herabgemindert hätte (§ 571 BGB). Wie das Berufungsgericht selbst zutreffend ausführt, wäre eine sofortige Nießbrauchsbestellung eine wirksame Verfügung unter Lebenden gewesen, da dies einen erheblichen rechtlichen Eingriff in das Eigentum des Erblassers noch zu seinen Lebzeiten bedeutet hätte. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte also der Erblasser

der Beklagten die Wohnstelle zu Besitz und Nutzung mit Ausschluß des ihm auch nach dem Mietvertrag verbliebenen Nutzungsrechtes (§ 1030 Abs. 2 BGB) wirksam überlassen können. Damit ist es nicht vereinbar, daß das Berufungsgericht den in seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkung einer solchen Nießbrauchsbestellung gleichkommenden Mietvertrag als eine Maßnahme angesehen hat, die für den Erblasser zu seinen Lebzeiten nicht mit einer nennenswerten rechtlichen oder wirtschaftlichen Einbuße verbunden gewesen sein soll.

5. Danach läßt sich das vom Berufungsgericht gewonnene Ergebnis, der Mietvertrag sei als ein die Bindung des § 2271 Abs. 2 BGB umgehendes Rechtsgeschäft nach § 134 BGB als nichtig anzusehen, nicht halten. Dem Mietvertrag steht vielmehr unter Beachtung der in der neueren Rechtsprechung entwickelten Grundsätze die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 BGB nicht entgegen.

Jedoch ist dem Revisionsgericht, auch wenn von der Wirksamkeit des Mietvertrages auszugehen ist, eine sachliche Entscheidung nicht möglich, da nunmehr das vom Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus mit Recht unerörtert gebliebene Vorbringen der Klägerin Bedeutung gewinnt, der Mietvertrag vom 25. September 1959 habe eine verschleierte Schenkung des Erblassers an die Beklagte dargestellt, die der Erblasser in der Absicht vorgenommen habe, die Klägerin als seine Erbin zu benachteiligen. Träfe dieses zu, dann könnte die Klägerin, da die Vorschriften der §§ 2286, 2287 BGB anerkanntermaßen auch für das gemeinschaftliche Testament entsprechend gelten (BGHZ 31, 13, 15), von der Beklagten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2287 Abs. 1 BGB).

Dies hätte im vorliegenden Falle zur Folge, daß dem von der Beklagten aus dem Mietvertrag hergeleiteten Besitz- und Nutzungsrecht seitens der Klägerin die Einrede der Bereicherung entgegenstände. Hierzu bedarf es aber zunächst der tatrichterlichen Feststellung, ob in dem Vertrag vom 25. September 1959 überhaupt eine unentgeltliche oder zumindest teilweise unentgeltliche Zuwendung an die Beklagte gelegen hat, wobei nicht nur der vereinbarte Mietpreis, sondern auch die darüber hinaus von der Beklagten übernommenen Verpflichtungen zu berücksichtigen sind, und ob die Vertragsteile sich darüber einig waren, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgen solle (§ 516 Abs. 1 BGB). Nur wenn sich dies bejahen läßt, bedarf es noch der weiteren Feststellung, ob der Erblasser die Schenkungen in der Absicht vorgenommen hat, die Klägerin zu beeinträchtigen, wobei die Beeinträchtigungsabsicht der eigentliche Zweck, d.h. der, wenn auch nicht alleinige Hauptgrund der Schenkung gewesen sein muß. Waren neben der Beeinträchtigungsabsicht andere Gründe für den Entschluß des Erblassers von entscheidender Bedeutung, kann § 2287 BGB keine Anwendung finden. Alles dies bedarf noch der tatrichterlichen Klärung.

Das Berufungsurteil ist daher, soweit in ihm die Beklagte verurteilt ist, die Wohnstelle Haus-Nr. [REDACTED] in A [REDACTED]-S [REDACTED] nebst den dazu gehörigen Ländereien zu räumen und an die Klägerin herauszugeben, aufzuheben, und die Sache ist insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

6. Soweit das Berufungsgericht die Beklagte auch zur Herausgabe des im Hause befindlichen, ehemals den Eheleuten S [REDACTED] gehörenden Mobiliars an die Klägerin

verurteilt hat, läßt dies einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Beklagte selbst hat diesen Herausgabeanspruch nicht in Abrede gestellt, sondern im Gegenteil hierzu erklärt, das Mobiliar stehe der Klägerin jederzeit zur Abholung zur Verfügung. Mit Recht hat das Berufungsgericht in dieser erst im Rechtsstreit abgegebenen Erklärung der Beklagten keine Befriedigung des Anspruchs gesehen, der die Klägerin klaglos hätte stellen können. Ob eine solche Erklärung gegenüber der Klägerin schon vor der Klageerhebung abgegeben wurde, so daß die Beklagte durch ihr Verhalten der Klägerin keine Veranlassung zur Klageerhebung gab und sich die Klägerin sogar, wie die Revision meint, in Gläubigerverzug befand, kann dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn das der Fall wäre, hätte dies allenfalls die Folgen der §§ 300 ff. BGB auslösen können. Dem nun einmal geltend gemachten Klageanspruch gegenüber konnte die Beklagte nur durch ein sofortiges Anerkenntnis begegnen, was zwar auch zu ihrer Herausgabeverurteilung, aber zur Verurteilung der Klägerin zur Kostentragung insoweit geführt hätte. Ein solches Anerkenntnis hat die Beklagte jedoch nicht abgegeben, sondern im Gegenteil auch die Abweisung des auf die Mobiliarherausgabe gerichteten Anspruchs begehrt.

Die Revision der Beklagten ist daher insoweit zurückzuweisen.

7. Trotz der teilweisen Zurückweisung der Revision erscheint es angebracht, dem Berufungsgericht auch die gesamte Kostenentscheidung über den Revisionsrechtszug zu überlassen.

Von einer teilweisen Vollstreckbarkeitserklärung des Urteils, soweit dieses echtes Versäumnisurteil ist, wird Abstand genommen, da hier weder zur Hauptsache noch wegen der Kosten eine Vollstreckung aus dem Urteil in Betracht kommen kann.

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Gähtgens

Dr. Reinhardt