

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 228/65

URTEIL

Verkündet am

14. März 1968
Schorm,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Luise D [REDACTED] geb. H [REDACTED],
D [REDACTED]-B [REDACTED], Am S [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Emmy L [REDACTED] geb. H [REDACTED],
D [REDACTED]-Bi [REDACTED], Sp [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Hußla, Gähtgens und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 8. Oktober 1965 in der Kostenentscheidung voll, im übrigen teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 22. Januar 1965 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts in Dortmund abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, in die Berichtigung des Grundbuchs von Dortmund-Außenstadt Bd. 114 Bl. 5311 dahin einzuwilligen, daß in Abtlg. I

- a) die Klägerin,
- b) die Beklagte,
- c) Frau Amanda Sch. geb. H. aus D. - P., Zur Ho.

als Eigentümerinnen in ungeteilter Erbgemeinschaft eingetragen werden Zug um Zug gegen Zahlung von 1.800 DM durch die Klägerin an die Beklagte.

Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Von den Kosten des gesamten Verfahrens haben die Klägerin 1/30 und die Beklagte 29/30 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegenüber der Beklagten ein Grundbuchberichtigungsverlangen geltend. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien sind Geschwister. Ihre Eltern waren der Bergmann Heinrich H. [REDACTED] und seine Ehefrau Emma geb. W. [REDACTED]. Weitere Kinder sind aus deren Ehe nicht hervorgegangen. Heinrich H. [REDACTED] war vorher schon einmal verheiratet. Aus seiner ersten Ehe stammt außer einem im Ersten Weltkrieg gefallenen Sohn eine Tochter, die Ehefrau Amanda Sc. [REDACTED] geb. H. [REDACTED] in D. [REDACTED]-P. [REDACTED].

Die Eltern der Parteien errichteten am 30. August 1919 zusammen ein notarielles Testament folgenden Wortlauts:

Wir setzen uns gegenseitig und wechselseitig zu Erben ein, und zwar dergestalt, daß der Letztlebende von uns alleiniger und unbeschränkter Erbe des Zuerstversterbenden sein soll. Unsere Kinder sollen nur das erhalten, was beim Tode des Längstlebenden übrig ist.

Der Vater der Parteien starb im Jahre 1952. Sein Nachlaß bestand im wesentlichen aus einem 1.532 qm großen Grundstück in Dortmund mit einem im Jahre 1905 errichteten Wohn- und Geschäftshaus. Mit notariell beurkundeter Erklärung vom 12. Dezember 1956 bot die Mutter der Parteien der Beklagten den Abschluß eines Vertrages an, durch den sie



ihr "im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" das genannte Hausgrundstück übertrug. Sie behielt sich dabei den lebenslangen Nießbrauch an der Besetzung vor und legte der Beklagten die Verpflichtung auf, der Klägerin und ihrer Halbschwester Amanda Se [REDACTED] sechs Jahre lang, beginnend mit dem Tode der Mutter "Abfindungsbeträge" in Höhe von 75 DM monatlich zu zahlen. Diese Verpflichtung wurde davon abhängig gemacht, daß Pflichtteilsansprüche nicht geltend gemacht werden. Die Beklagte nahm das Vertragsangebot durch notariell beurkundete Erklärung vom 13. Dezember 1956 an und wurde am 19. März 1957 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Im November 1958 änderten die Beklagte und ihre Mutter den Vertrag dahin, daß die an Amanda Se [REDACTED] zu zahlende Abfindung vom elterlichen Vermögen auf 1.000 DM ermäßigt wurde. Die Mutter der Parteien starb am 14. Januar 1963.

Die Klägerin ist der Ansicht, der Vertrag vom 12./13. Dezember 1956 sei nichtig, da er gegen das Testament der Eltern vom 30. August 1919 und überdies gegen die guten Sitten verstoße, so daß das Grundstück im Eigentum der Mutter verblieben und mit deren Tod auf die Parteien sowie Amanda Schneider als Testamentserben übergegangen sei. Sie hat dazu vorgetragen: Die Mutter habe der Beklagten das Grundstück nur in der äußeren Form eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden übertragen, um ihre Bindung an das Testament zu umgehen. In Wahrheit habe es sich um die vorweggenommene Ausführung einer unzulässigen Verfügung von Todes wegen gehandelt. Das

ergebe sich nicht nur aus dem Vorspruch des Vertragsangebotes vom 12. Dezember 1956, sondern auch aus dem Inhalt des Vertrages.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß im Grundbuch von D. [REDACTED] - Außenstadt Bd. [REDACTED] Bl. [REDACTED] in Abt. I 1. die Klägerin, 2. die Beklagte, 3. Frau Amanda Sch. [REDACTED] als Eigentümerinnen in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen werden.

Die Beklagte hat um Klageabweisung geboten. Sie hat die Befugnis der Klägerin in Abrede gestellt, zugleich für Amanda Schneiker zu klagen. Außerdem hat sie vorgetragen: Der Vertrag vom 12./13. Dezember 1956 sei ein Rechtsgeschäft unter Lebenden gewesen. Die Worte "im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" seien von dem amtierenden Notar aufgenommen worden, um steuerliche Nachteile zu vermeiden. Sie besagten jedoch nichts über die Natur des Vertrages. Die Mutter sei berechtigt gewesen, über das Grundstück unter Lebenden zu verfügen. Darüber hinaus ergebe die Auslegung des Testaments, daß die Ehegatten eine unbeschränkte Verfügungsbefugnis des überlebenden Teiles gewollt hätten. Die Übertragung des Grundstücks auf sie, die Beklagte, habe auch dem Willen des Vaters entsprochen, wie dieser noch kurz vor seinem Tode erklärt habe. Die Übertragung des Grundstücks habe auch nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Denn sie habe jahrelang beide Eltern versorgt und gepflegt, während die Klägerin Hilfsleistungen mit dem ausdrücklichen Hinweis abgelehnt habe, sie -

die Beklagte - erbe ja. Die Mutter habe ihr das Haus zur Sicherstellung ihres - der Mutter - weiteren Lebensunterhalts und ihrer Pflege, mithin aus sittlich einwandfreien Beweggründen geschenkt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihren erstinstanzlichen Vortrag wiederholt und weiterhin vorgetragen: Die schenkweise vorgenommene Übertragung des Grundstücks sei in der Absicht erfolgt, sie zu benachteiligen, woraus sich ergebe, daß die Beklagte ihr das Grundstück zu $\frac{1}{3}$ aufzulassen habe. Zumindest habe sie Anspruch auf Zahlung des Betrages, um den ihr Erbteil durch die Schenkung gemindert worden sei.

Dementsprechend hat die Klägerin ihren Antrag erster Instanz wiederholt und hilfsweise bzw. ganz hilfsweise beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

- a) das Grundstück zu $\frac{1}{3}$ (evtl. angemessenem) Bruchteil an die Klägerin gegen Erlaß deren Zahlungsanspruchs aus dem Verträge vom 12./13. Dezember 1956 und gegen Zahlung der übrigen Gegenleistung aus diesem Verträge aufzulassen, die auf den die Klägerin beeinträchtigenden Teil der Schenkung entfällt,
- b) an die Klägerin den Wert des Teiles der Schenkung zu zahlen, der ihr Erbe schmälert.

Die Beklagte hat um Zurückweisung der Berufung gebeten. Sie hat ergänzend vorgetragen: Das Testament vom 30. August 1919 enthalte keine letztwillige

Verfügung zugunsten der Kinder. Seiner Formulierung nach besage das Testament nicht, daß den Kindern Rechte verschafft, sondern daß sie in ihren Rechten beschnitten werden sollten. Selbst wenn in dem Testament aber eine Erbeinsetzung der Kinder zu erblicken sei, habe die Bestimmung, daß der Längstlebende "unbeschränkter Erbe" sein solle, dem überlebenden Elternteil das Recht gegeben, seine zugunsten der Kinder getroffene Verfügung zu widerrufen. Dem gemeinschaftlichen Testament fehle daher die Wechselbezüglichkeit. Darüber hinaus hätten die Eltern das Testament noch zu Lebzeiten des Vaters übereinstimmend, wenn auch nicht in der notwendigen Form, aufgehoben. Dies folge aus deren wiederholten Erklärungen, sie, die Beklagte, solle das Haus haben. Das hätten die Eltern auch deswegen gewollt, weil die Klägerin im Jahre 1938 das elterliche Lebensmittelgeschäft bekommen habe, das sie bis 1960 gewinnbringend geführt habe. Auch habe die Mutter der Parteien nicht in der Absicht gehandelt, die Klägerin zu benachteiligen. Es habe sich um eine sogenannte gemischte Schenkung gehandelt, bei der der Schenkungscharakter von untergeordneter Bedeutung gewesen sei, zumal seit dem Tode des Vaters die Mutter auf ihre, der Beklagten, Hilfe weitgehend angewiesen gewesen sei und ihr daher etwas habe zukommen lassen wollen, um weiterhin versorgt und gepflegt zu werden.

In der Berufungsverhandlung hat die Beklagte hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht wegen Aufwendungen, die sie für die Beerdigung der Mutter, zur Begleichung von Nachlaßschul-

den sowie für die Erhaltung des Hauses gemacht habe, ferner wegen ihres Anspruchs auf Erstattung der an die Klägerin gezahlten Abfindungen in Höhe von 1.800 DM.

Die Klägerin hat den Erhalt eines Abfindungsbetrages in Höhe von 1.800 DM nicht in Abrede gestellt, sondern auf Befragen des Berufungsgerichts erklärt, daß sie von der Beklagten 1.800 DM erhalten habe.

Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils dem Hauptantrage der Klägerin stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag, die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen, und damit ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht legt das gemeinschaftliche Testament vom 30. August 1919 dahin aus, daß sich die Eltern der Parteien nicht nur gegenseitig zu Erben eingesetzt, sondern gleichzeitig ihre gemeinsamen Kinder, die Parteien, sowie die Tochter des Vaters aus erster Ehe, Amanda Se[REDACTED], zu Schlußerben berufen hätten, und daß die Erbeinsetzung der Kinder wechselseitig im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB erfolgt sei,

so daß die Mutter nach dem Tode des Vaters gemäß § 2271 Abs. 2 BGB an die Erbeinsetzung der Kinder gebunden gewesen sei und mit ihrem Tode folglich die Parteien und Amanda Se [REDACTED] zu gleichen Teilen ihre Erben geworden seien.

Diese Testamentsauslegung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Im Hinblick auf die Bindung der Mutter der Parteien an das gemeinschaftliche Testament hält das Berufungsgericht den Vertrag zwischen der Mutter der Parteien und der Beklagten vom 12./13. Dezember 1956 als Umgehungsgeschäft gemäß § 134 BGB für nichtig, weil dieser Vertrag gegen das Testierverbot des § 2271 Abs. 2 BGB verstoßen habe. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Es handelt sich hierbei um das Problem der sogenannten "Aushöhlung" von Erbverträgen und diesen insoweit gleichgestellten gemeinschaftlichen Testamenten. Gemäß den Vorschriften der §§ 2289, 2271 BGB kann sich ein Erblasser durch Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament hinsichtlich seiner letztwilligen Verfügungen in bestimmtem Umfang binden. Aus der für gemeinschaftliche Testamente in gleicher Weise wie für Erbverträge geltenden Bestimmung des § 2286 BGB ergibt sich jedoch, daß auch bei einer solchen Bindung die freie Verfügungsbefugnis durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden dem Erblasser in vollem Umfang erhalten bleibt. Das hat die Rechtsprechung ver-

anlaßt, der Überlegung immer mehr Gewicht beizumessen, daß angesichts der Vorschrift des § 2286 BGB die Wirksamkeit selbst von solchen Verfügungsgeschäften unter Lebenden, die wirtschaftlich dem Ziel des gemeinschaftlichen Testaments widersprechen und dieses damit "aushöhlen", nicht in Frage gestellt werden kann, zumal nach der Vorschrift des § 2287 BGB, die ebenfalls für bindende Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten gilt, sogar beeinträchtigende Schenkungen, die einen besonders schweren Verstoß gegen die Bindung des Überlebenden bedeuten, nicht zur Nichtigkeit der Schenkung, sondern lediglich zur Grundlage eines schuldrechtlichen Herausgabeanspruchs führen, und auch dies nur bei Benachteiligungsabsicht des Schenkers. Diesen vom Gesetz selbst getroffenen Regelungen entsprechend hat der erkennende Senat in seiner Rechtsprechung Rechtsgeschäfte, die sich ihrer rechtlichen Gestalt nach als Rechtsgeschäfte unter Lebenden darstellen, grundsätzlich dann als gültig und nicht als unwirksamen Versuch zur Umgehung des Testierverbotes gewertet, wenn die in den Rechtsgeschäften vorgesehenen und mit ihnen angestrebten Regelungen nicht erst nach dem Tode des Erblassers, sondern bereits zu dessen Lebzeiten zum Tragen kommen und verwirklicht werden sollten, auch wenn sie nach der Absicht des Erblassers wirtschaftlich dem Ziel des von ihm errichteten gemeinschaftlichen Testaments oder des von ihm geschlossenen Erbvertrages widersprachen. Eine Nichtigkeit solcher Rechtsgeschäfte unter Lebenden läßt sich nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen annehmen. Ein Rechtsgeschäft kann mithin als ein gemäß § 134 BGB unwirksamer Ver-

such zur Umgehung des für den Erblasser durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag begründeten Testierverbotes nur dann gewertet werden, wenn es sich nur seiner äußeren Gestalt nach als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellt, wenn insbesondere die rechtsgeschäftlich vorgesehenen und mit ihm angestrebten Regelungen wesentlich erst mit dem Tode des Erblassers zum Tragen kommen, mithin in Wahrheit eine vom gemeinschaftlichen Testament oder vom Erbvertrag abweichende Erbfolge herbeigeführt werden soll. Anders ausgedrückt hat eine im Blick auf § 134 BGB anzunehmende Unwirksamkeit zur Voraussetzung, daß mit der Anerkennung des Rechtsgeschäfts nicht der Befugnis des Erblassers zur freien Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden Rechnung getragen, sondern eine dem Erblasser verwehrte und dem Gesetz zuwiderlaufende anderweite Regelung der Erbfolge bestätigt würde (vgl. BGH Urteile vom 11. Mai 1964 - III ZR 132/63 = DNotZ 1965, 357, vom 9. Juli 1964 - III ZR 239/62, vom 29. Oktober 1964 - III ZR 13/63 = DNotZ 1965, 617 = FamRZ 1965, 41 und vom 16. Mai 1966 - III ZR 206/64).

Das Berufungsgericht hat entgegen der Ansicht der Revision diese erörterten Rechtsgrundsätze nicht verletzt.

Der Revision ist zuzugeben, daß, wie schon der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 2. Oktober 1963 (- V ZR 140/61 = NJW 1964, 547) ausgesprochen hat, Umgehungsgeschäfte im Hinblick auf ein gesetzliches Testierverbot durch eine erst mit dem Tode des Erblassers eintretende Wirkung

gekennzeichnet werden und es sich in erster Linie nach den rechtlichen Folgen, wie sie sich den Parteien unter Einbeziehung aller Entwicklungsmöglichkeiten darstellten, entscheidet, ob dies der Fall ist. Da sich aber kaum ein Umgehungsgeschäft denken läßt, bei dem nicht schon zu Lebzeiten des Erblassers bereits ein endgültiger Rechtsübergang erfolgt, wäre es sinnlos, überhaupt noch von Umgehungsgeschäften zu sprechen, wenn der mit jedem Rechtsgeschäft unter Lebenden verbundene Rechtsverlust schlechthin die Wichtigkeit ausschlösse. Zu einer solchen Schlußfolgerung ist auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bisher nicht gelangt. Der Bundesgerichtshof hat vielmehr in einigen Fällen auch solche Rechtsgeschäfte unter Lebenden, durch die ein wesentlicher Nachlaßgegenstand schon vom Erblasser selbst übereignet worden war, als nichtige Umgehungsgeschäfte angesehen. Es handelte sich hierbei um Fälle, in denen der Zusammenhang mit unwirksamen letztwilligen Verfügungen zunächst eindeutig gegeben und dadurch das im Streit stehende Rechtsgeschäft unter Lebenden als Umgehungsgeschäft gekennzeichnet war. Der Erblasser hatte entgegen der Bindung aus einem vorausgegangenen gemeinschaftlichen Testament anderweitig, also unwirksam, letztwillig verfügt und durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden diese unwirksame letztwillige Verfügung ausgesprochenermaßen oder in unmittelbarem Zusammenhang vorwegnehmend vollzogen und dadurch eindeutig die Umgehungsabsicht zum Ausdruck gebracht (BGH Urteile vom 8. Juli 1954 - IV ZR 229/53 = LM § 2271 BGB Nr. 4 und vom 26. Februar 1958 - V ZR 127/56 = DNotZ 1958, 654). In einem Falle

hatte sich der Erblasser überdies an einem wertvollen Grundstück den lebenslänglichen Nießbrauch vorbehalten, das mit der Schenkung für ihn verbundene Opfer also nicht schon zu seiner Lebenszeit auf sich genommen (Urteil vom 17. November 1959 - V. ZR 127/56 = NJW 1960, 524). Desgleichen hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 29. Oktober 1964 - III ZR 13/63 - die Schenkung eines Sparguthabens wegen der dort gegebenen besonderen Fallgestaltung wegen Verstoßes gegen das Testierverbot des § 2271 BGB gemäß § 134 BGB für nichtig erachtet.

Dies zeigt, daß dem Vermögensopfer, das der Erblasser schon zu Lebzeiten rechtlich erbringt, zwar eine maßgebliche, aber nicht die ausschließliche Bedeutung zukommt, sondern daß nur sämtliche mit dem Rechtsgeschäft unter Lebenden verbundenen Umstände einen brauchbaren Beurteilungsmaßstab abgeben können.

3. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß der Vertrag vom 12./13. Dezember 1956 sich äußerlich als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden darstellte, das der Mutter der Parteien gemäß § 2286 BGB nicht verboten war, und daß die rechtlichen Folgen des Vertrages, auf die in erster Linie abzustellen war, schon zu Lebzeiten der Mutter durch Übereignung des Grundstücks auf die Beklagte eintreten sollten und auch noch vor dem Tod der Mutter durch Eintragung der Beklagten im Grundbuch als Eigentümerin eingetreten sind. Das Berufungsgericht hält jedoch die Zielsetzung und die wirtschaftlichen

Auswirkungen des Vertrages für die einer letztwilligen Verfügung, zu der die Mutter der Parteien nicht befugt gewesen sei, und führt hierzu aus:

Einen Anhaltspunkt dafür gebe schon der Vorschlag des Vertragsangebotes vom 12. Dezember 1956, wonach das Hausgrundstück "im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" übertragen worden sei. Die Behauptung der Beklagten, diese Formulierung sei vom Notar aus steuerlichen Gründen gewählt worden, stehe dem nicht entgegen. Denn nach der Vorschrift des § 6 des Steueranpassungsgesetzes sei ein bestimmter steuerlicher Vorteil durch bloße Formulierung nicht zu erreichen. Soweit es steuerlich günstiger gewesen sei, wenn die Beklagte das Haus im Hinblick auf eine Erbenstellung erhalte, müßten die Beteiligten letzteres auch wirklich gewollt haben, um den steuerlichen Erfolg zu erzielen. Einer Vernehmung des Notars habe es daher nicht bedurft. Auch die Abfindungen, die die Beklagte nach dem Vertrage an ihre beiden Schwestern habe zahlen sollen, sprächen dafür, daß der Vertrag als Ersatz für eine Erbregelung gedacht gewesen sei. Denn diese Abfindungen hätten erst nach dem Tode der Mutter fällig werden sollen. Sie seien zudem in dem Abänderungsvertrag von November 1958 als "Abfindung vom elterlichen Vermögen" bezeichnet. Sie unterschieden sich also der Sache nach nicht von Vermächtnissen, wie sie ein Erblasser einem erbenden Kinde zugunsten enterbter Abkömmlinge aufzuerlegen pflege. Durch die Vertragsbestimmung, daß die Abfindungen nicht zu zahlen seien, wenn die Schwestern ihren Pflicht-

teil verlangten, werde der erbrechtliche Charakter dieser Regelung noch unterstrichen. Ausschlaggebend sei aber, daß die Mutter sich in dem Vertrag den lebenslangen Nießbrauch an dem Hausgrundstück vorbehalten habe. Sie habe damit das Vermögensopfer, das mit einer Verfügung unter Lebenden verbunden sei, wirtschaftlich zu ihren Lebzeiten nicht voll auf sich genommen. Die Beklagte habe zunächst lediglich buchmäßig die Stellung eines Grundstückseigentümers erhalten, während die Nutzungen der Besitzung, die wirtschaftlich ihren Hauptwert ausmachten, der Mutter bis zu ihrem Tode verblieben. Die wesentlichen Auswirkungen des Vertrages sollten also wie bei einer Verfügung von Todes wegen erst mit dem Tode der Mutter eintreten. Der Vertrag erweise sich damit als ein unzulässiger Versuch der Mutter, ihre Bindung an das gemeinschaftliche Testament zu umgehen.

Gegen diese in erster Linie dem Tatrichter obliegende und vom Revisionsgericht grundsätzlich nur auf Verstöße gegen allgemeine Auslegungsregeln, Denkgesetze und Erfahrungssätze nachprüfbare Würdigung des Sachverhalts lassen sich rechtliche Bedenken nicht erheben.

Danach ist die von der Mutter der Parteien in bezug auf ihr Vermögen zugunsten der Beklagten getroffene Verfügung nicht entscheidend zu werten als Ausfluß der Befugnis, über ihr Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei zu verfügen, sondern sie erhält ihr besonderes und entscheidendes Gepräge durch das Bestreben der Mutter, den durch das sie

bindende gemeinschaftliche Testament als Erbinnen eingesetzten zwei Schwestern, nämlich der Beklagten und der Frau Amanda Sch[REDACTED], den künftigen Nachlaß zu entziehen und ihn der Beklagten allein zuzuwenden. Sinn und Zweck der seitens der Mutter zugunsten der Beklagten getroffenen Verfügung war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts somit nicht, der Beklagten etwas zu "schenken" oder "teilweise zu schenken" und sich selbst ihres Vermögens bereits zu Lebzeiten zu entäußern, sondern dieses Rechtsgeschäft wurde entscheidend und eindeutig durch den Willen der Mutter geprägt, die Beklagte anstelle aller drei Töchter zur Erbin einzusetzen.

4. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Schlußfolgerungen, die das Berufungsgericht aus der Formulierung im Vorspruch des Vertragsangebotes vom 12. Dezember 1956 gezogen hat, die Übertragung des Grundbesitzes erfolge im Wege der "vorweggenommenen Erbfolge".

Sicherlich ist der Revision zuzugeben, daß das bürgerliche Recht das Institut der "vorweggenommenen Erbfolge" nicht kennt. Jedoch hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Einzelfällen Übergabeverträge, die einen Hof im Sinne der Höfeordnung zum Gegenstand hatten, nicht lediglich als ein gewöhnliches Veräußerungsgeschäft unter Lebenden angesehen, sondern sie um ihrer erbrechtlichen Bedeutung willen wie eine Verfügung von Todes wegen behandelt, soweit sie das

Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigten, da bei diesen Verträgen als vorweggenommene Erbfolge das Hauptgewicht auf der Zuwendung an den Übernehmer liegt und diese Art von Verträgen nach der Höfordnung auch erbrechtliche Wirkungen hat (BGH LM § 17 HöfO Nr. 4; § 12 HöfO Nr. 3). Mag nun auch die Rechtsprechung Übergabeverträge, die keine Höfe im Sinne der Höfordnung zum Gegenstand hatten, nicht wie Verfügungen von Todes wegen behandelt haben, weil diese Verträge hinsichtlich der vorweggenommenen Erbfolge keine Sonderstellung einnahmen, so schließt das nicht aus, daß solche Verträge durch den von den Parteien vereinbarten materiellen Gehalt des Rechtsgeschäfts auf eine Erbfolgeregelung abzielen. Das gilt um so mehr, wenn, wie hier, der Vertrag in seiner Einleitung sogar ausdrücklich von einer "im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" vorgenommenen Grundbesitzübertragung spricht.

Wenn die Beklagte aber selbst vorträgt, die Worte "im Wege der vorweggenommenen Erbfolge" seien nur aufgenommen worden, um steuerliche Nachteile zu vermeiden, so verstoßen die vom Berufungsgericht hieraus gezogenen Schlußfolgerungen weder gegen Erfahrungssätze noch gegen Denkgesetze. Jedenfalls konnte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß sich die Steuerpflichtigen im allgemeinen korrekt gegenüber der Steuerbehörde verhalten. Entgegen der Ansicht der Revision erübrigte sich auch die Zeugeneinvernahme des Notars, der den Überlassungsvertrag beurkundet hatte; denn dieser war von der Beklagten nur als Zeuge dafür benannt worden,

daß man die Formulierung aus steuerlichen Gründen gewählt habe. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Daß man aber diese Formulierung nur gewählt habe, um die Steuerbehörde irrezuführen, ist von der Beklagten selbst nicht behauptet worden. Etwas derartiges will auch wohl die Revision nicht zum Ausdruck bringen.

Zuzugeben ist der Revision weiterhin, daß die Verpflichtung zur Zahlung von "Abfindungen" an die Klägerin und an Frau Sc[REDACTED], für sich allein gesehen, noch keine erbrechtliche Regelung zu bedeuten brauchte. Dem steht auch nicht die Vorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB entgegen, nach der für ein Schenkungsversprechen von Todes wegen die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung zu finden haben. Denn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (RGZ 106, 1, 2; BGHZ 8, 23, 31/32) stellen Verträge, die eine lebzeitige Zuwendung auf den Todesfall durch eine Mittelsperson zum Gegenstand haben, keine Schenkungsversprechungen im Sinne des § 2301 Abs. 1 BGB dar, sondern begründen vielmehr gemäß § 331 BGB ein Forderungsrecht für einen Dritten, stellen also eine Handschenkung des Versprechensempfängers an den Dritten dar. Das Berufungsgericht hat es aber nicht allein auf die Fälligkeit der Abfindungen erst nach dem Tode der Mutter abgestellt, sondern sieht die erbrechtliche Regelung darin, daß die Abfindungen in dem Abänderungsvertrag vom 15. November 1958 als "Abfindung vom elterlichen Vermögen" bezeichnet sind und daß weiter diese Abfindungen entfallen sollen, wenn die Schwe-

stern ihren Pflichtteil verlangen. Das rechtfertigt den Schluß, daß in den Verträgen mit den Abfindungen nicht eine lebzeitige Schenkung der Mutter an die Klägerin und deren Stiefschwester gewollt war. Insbesondere zeigt dies auch der notarielle Abänderungsvertrag vom November 1958, in dem einseitig von der Mutter der Parteien und der Beklagten die Abfindung der Frau Sc [REDACTED] "vom elterlichen Vermögen" auf 1.000 DM herabgesetzt wurde. Hiermit war eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Mutter der Parteien und die Beklagte in den in dem notariellen Vertrag vom 12./13. Dezember 1956 festgesetzten Abfindungen der Klägerin und der Frau Sc [REDACTED] nicht eine lebzeitige Schenkung im Sinne der §§ 331, 328 BGB, sondern ein Schenkungsversprechen im Sinne von § 2301 Abs. 1 BGB sahen. Denn nur ein solches Schenkungsversprechen, auf das die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung finden, hätte ohne Mitwirkung der Frau Sc [REDACTED] widerrufen oder, wie hier, abgeändert werden können. Schließlich zeigt auch die Bestimmung, wonach bei Verlangen des Pflichtteils die Abfindungen entfallen sollen, daß man ein Erbrecht der Beklagten und der Frau Sc [REDACTED] ausschließen wollte und nur noch ihre Pflichtteilsberechtigungen in Erwägung zog.

Danach stand im Vordergrund nicht, daß der Beklagten mit der Übertragung des Grundbesitzes - durch Rechtsgeschäft unter Lebenden - etwas geschenkt oder teilweise geschenkt wurde, sondern die Mutter hat ihr in Wirklichkeit - jedenfalls hat sie dies nach den ganzen Umständen so gewollt -

lediglich die Stellung der künftigen Erbin eingeräumt und ihr Verpflichtungen gegenüber den Schwestern auferlegt, wie sie allgemein dem Erben als Vermächtnisse auferlegt werden.

Es mag dahinstehen, ob, wie vom Berufungsgericht angenommen, ausschlaggebend für die Nichtigkeit des Vertrages vom 12./13. Dezember 1956 der Umstand sein konnte, daß die Mutter sich in dem Vertrag den lebenslänglichen Nießbrauch an dem Grundstück vorbehalten hatte, da, wie das Berufungsgericht ausführt, die Mutter damit das Opfer, das mit einer Verfügung unter Lebenden verbunden sei, wirtschaftlich zu ihren Lebzeiten nicht voll auf sich genommen habe. Stände die Nießbrauchbestellung allein in Rede, dann wäre ihr eine Bedeutung beigemessen, die ihr nicht zukommen könnte. Es müßte vielmehr bei der Würdigung des Überlassungsvertrages unter den Gesichtspunkten, wie sie für die Frage der "Aushöhlung" des gemeinschaftlichen Testaments maßgeblich sind, entscheidend die Tatsache Berücksichtigung finden, daß die Mutter der Parteien durch den - etwa sechs Jahre vor ihrem Tode geschlossenen - Überlassungsvertrag endgültig über ihr Eigentum an dem Grundbesitz verfügt und diesen bereits zu ihren Lebzeiten aus ihrem Vermögen herausgegeben hat. Der ihr vorbehaltene Nießbrauch minderte zwar die wirtschaftlichen Auswirkungen der Übereignung bedeutsam herab, entscheidend müßte aber bleiben, daß die Mutter der Parteien noch zu ihren Lebzeiten ihre Rechtsstellung als Eigentümerin ihres Grundbesitzes aufgegeben und die Eigentümer-

stellung voll auf die Beklagte übertragen hatte.

Kann somit der Nießbrauchbestellung auch nicht die vom Berufungsgericht zugesprochene ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, so rundet sie jedenfalls das Gesamtbild einer erbrechtlichen Regelung ab. Durch diese Maßnahme blieb die rechtliche Eigentumsänderung ohne wesentliche wirtschaftliche Folgen für die Mutter der Parteien. Diese verblieb im vollen wirtschaftlichen Genuß des Grundbesitzes, während die rechtliche Übereignung an die Beklagte bis zum Tode der Mutter nur von untergeordneter Bedeutung war. Desgleichen änderte sich auch die wirtschaftliche Stellung der Beklagten nicht. Zwar erwarb sie die Verfügungsberechtigung über den Grundbesitz, bis zum Tode der Mutter brachte ihr das angesichts der Nießbrauchbestellung aber keine wirtschaftlichen Vorteile, wie umgekehrt Verpflichtungen ihrerseits auch erst mit dem Tode der Mutter eintreten sollten.

Erfolglos bleibt die Revision mit ihren in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen, das Berufungsgericht sei rechtsirrtümlich von einer nur buchmäßigen Eigentümerstellung der Beklagten ausgegangen und habe fehlerhaft mit den Begriffen des "juristischen und wirtschaftlichen Eigentums" argumentiert, die sich nur einem Treuhandverhältnis zuordnen ließen. Mag das Berufungsgericht auch fehlerhaft von einer lediglich buchmäßigen Stellung der Beklagten als Grundstückseigentümerin sprechen, so ergibt sich aus dem Zusammenhang seiner Urteils-

gründe dennoch eindeutig, daß es vom rechtlichen Eigentum der Beklagten ausgegangen ist und mit dem Ausdruck "buchmäßige Stellung" nur die wirtschaftliche Lage kennzeichnen wollte, ohne dabei etwa sagen zu wollen, die wirtschaftliche Stellung der Mutter habe die Verfügungsbefugnis der Beklagten als Grundstückseigentümerin in irgendeiner Weise eingeschränkt, wie es bei dem von der Revision angeführten Treuhandverhältnis infolge schuldrechtlicher Bindungen des Treuhänders der Fall sein kann.

Ins Leere geht die Rüge der Revision, die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der durch den Nießbrauch gesicherte Nutzungsbezug den wirtschaftlichen Hauptwert der Besetzung ausmache, entbehre der realen Grundlage, da das Berufungsgericht von unstreitigen monatlichen Mieteinnahmen in Höhe von 750 DM ausgehe, die Höhe der Mieteinnahmen aber bestritten gewesen sei und überdies die Beiakten 3 O 313/63 des Landgerichts Dortmund, auf die sich das Berufungsgericht beziehe, insoweit nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung in dem hier vorliegenden Rechtsstreit gewesen seien.

In der Regel macht der durch Bestellung eines Nießbrauchs gesicherte Nutzungsbezug den wirtschaftlichen Hauptwert der Besetzung aus. Jedenfalls ist von der Beklagten selbst nicht vorgetragen worden, daß hier dem Nutzungsbezug keine Bedeutung zukam, weil etwa die Lasten die Nutzungen aufhoben oder gar überstiegen. Es wäre daher gar nicht erforderlich gewesen, daß sich das Berufungsgericht noch

mit der Art und Höhe der Nutzungen auseinandersetzte. Für die Entscheidung ist es daher ohne Bedeutung, daß das Berufungsgericht seine Feststellungen hierzu möglicherweise fehlerhaft getroffen hat. Fehlerfrei und auch von der Revision nicht gerügt hat das Berufungsgericht dagegen die entscheidungserhebliche Feststellung getroffen, daß die Mutter der Parteien sich den Nießbrauch nicht nur der Form nach vorbehalten, sondern ihn auch tatsächlich bis zu ihrem Tode ausgeübt hat.

5. Nach alledem muß die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht dahin, daß die Übertragung des Hausgrundstücks gegen das gemeinschaftliche Testament verstoße und deshalb als Umgehungsgeschäft gemäß § 134 BGB nichtig sei, als zutreffend gebilligt werden. Würde man in diesem Falle das zur Erörterung stehende Rechtsgeschäft der Mutter als gültig erachten, so würde das in dem vorliegenden Fall nicht den Schutz der dem Erblasser gemäß § 2286 BGB grundsätzlich zustehenden freien Verfügungsbefugnis, sondern das dem Gesetz zuwiderlaufende Sanktionieren einer dem Erblasser durch das gemeinschaftliche Testament versagten anderweiten Regelung der Erbfolge bedeuten.

Ist sonach von der Rechtsunwirksamkeit der Grundstücksübertragung auf die Beklagte auszugehen, dann kann unerörtert bleiben, ob gegebenenfalls auch der Hilfsanspruch der Klägerin aus § 2287 BGB begründet wäre. Zutreffend ist daher das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß in-

folge Nichtigkeit des Überlassungsvertrages die Eintragung der Beklagten im Grundbuch unrichtig gewesen sei und die Klägerin als berechtigte Miterbin von ihr die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs gemäß §§ 2039, 894 BGB verlangen könne.

6. Die Revision hat hingegen einen teilweisen Erfolg mit ihrer Rüge, das Vorbringen der Klägerin hinsichtlich eines Zurückbehaltungsrechts in der Berufungsverhandlung habe nicht gemäß § 529 Abs. 2, § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden dürfen.

Was zunächst das Zurückbehaltungsrecht anbelangt, das die Beklagte im Hinblick auf von ihr getragene Beerdigungskosten und Hausinstandhaltungskosten sowie bezahlte Nachlassschulden geltend gemacht hat, so kann es dahingestellt bleiben, ob das Berufungsgericht dieses Vorbringen als verspätet und unsubstantiiert zurückweisen durfte. Denn in jedem Falle steht der Beklagten als Miterbin wegen dieser Ansprüche das von ihr beanspruchte Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Der § 273 BGB gewährt dieses Recht dem Schuldner, der aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat, nur, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt. Hiernach bildet das Zurückbehaltungsrecht nur die Regel, und es ist stets zu prüfen, ob davon nicht nach dem gegebenen Schuldverhältnis eine Ausnahme zu machen ist. Ein solcher Ausnahmefall liegt

hier jedoch vor. Die Beklagte, die infolge der Nichtigkeit des Überlassungsvertrages zur Rückgewähr des Grundstücks an die Erbengemeinschaft im Wege der Zustimmung zur Grundbuchberichtigung verpflichtet ist, zugleich aber Miterbin in bezug auf den Nachlaß ist, kann nach der Natur dieses Schuldverhältnisses nicht verlangen, daß die hiernach von ihr geschuldete Rückgewähr von der Berichtigung ihrer Ansprüche aus der Tilgung von Nachlaßverbindlichkeiten abhängig gemacht werde. Denn die Rückgewähr des Grundstücks dient letztlich dem Zwecke der Auseinandersetzung der Miterbengemeinschaft. Voraussetzung aber für diese bildet nach den §§ 2046 f BGB die Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und die Erstattung der Auslagen, die etwa einzelne Miterben zu diesem Zweck gemacht haben. Dazu muß aber nötigenfalls der Nachlaß gemäß § 2046 Abs. 3 BGB in Geld umgesetzt werden. Gerade die Befriedigung einzelner Miterben wegen solcher Ansprüche auf Erstattung von Auslagen für die Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten verlangt danach die vorgängige Herausgabe - hier die Grundbuchberichtigung - der zum Nachlaß gehörigen Vermögensstücke. Hierbei ist dem zur Herausgabe verpflichteten Miterben zur Sicherung der wirklichen Berichtigung seiner Forderungen ein Mittel durch den § 2038 BGB gegeben, wonach die Verwaltung des Nachlasses den Miterben gemeinschaftlich zusteht, jeder Miterbe dem anderen gegenüber verpflichtet ist, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind, und jeder Miterbe die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der anderen treffen kann (RG

WarnRspr 1910 Nr. 141; RGZ 132, 81, 84; RG RGRK, 11. Aufl., § 2040 Anm. 8; Staudinger-Lehmann § 2040 Anm. 22).

Anders verhält es sich jedoch mit dem von der Beklagten geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der von ihr auf Grund des für nichtig erachteten Überlassungsvertrages an die Klägerin gezahlten Abfindung in Höhe von 1.800 DM. Wie sich aus dem berichtigten Tatbestand des Berufungsurteils ergibt, ist diese Zahlung unter den Parteien unstreitig. Sie bedurfte mithin keiner weiteren Aufklärung, so daß insoweit auch keine weitere Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits in Rede stand, die möglicherweise eine Zurückweisung wegen verspäteten Vorbringens hätte rechtfertigen können. Hat die Beklagte aber unstreitig an die Klägerin auf Grund des Vertrages vom 12./13. Dezember 1956 1.800 DM gezahlt, so führt die festgestellte Nichtigkeit dieses Vertrages dazu, daß die Klägerin die Zahlung der 1.800 DM auf Kosten der Beklagten ohne Rechtsgrund erhalten hat und damit zur Herausgabe dieses Betrages an die Beklagte gemäß § 812 Abs. 1 BGB verpflichtet ist. Nun wird man allerdings anzunehmen haben, daß die Gründe, die in der Regel dazu führen, dem Nachlassschuldner wegen eines Anspruches gegen die Erbengemeinschaft kein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem nach § 2039 BGB verfolgten Nachlaßanspruch zuzugestehen, um so mehr dann gelten, wenn der Nachlassschuldner nicht einmal einen Anspruch gegen die Erbengemeinschaft, sondern nur gegen einen einzel-

nen Miterben hat. Diese Gründe müssen hier jedoch zurücktreten hinter anderen Erwägungen, die bei der besonderen Sachlage eine von der Regel abweichende Beurteilung des Rechtsverhältnisses zwischen der Klägerin als Miterbin und der Beklagten als Nachlassschuldnerin verlangen. Es würde Recht und Billigkeit widersprechen, wollte man hier das natürliche Band zwischen den beiden demselben Lebensverhältnis entsprungenen Ansprüchen rechtlich zerschneiden. Der Beklagten als Nachlassschuldnerin ist vielmehr wegen ihres gegen die Klägerin gerichteten Bereicherungsanspruches ein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem Berichtigungsanspruch der Klage zuzugestehen (RGZ 132, 81, 86/87). Stehen sich hier auch nicht wechselseitig derselbe Gläubiger und Schuldner gegenüber, so findet das Leistungsverweigerungsrecht seine Rechtfertigung dennoch darin, daß gerade die Klägerin von der Klagebefugnis des § 2039 BGB Gebrauch gemacht hat und daher nach Treu und Glauben jedenfalls gegen sich das von der Beklagten geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht gelten lassen muß. Dies ist um so mehr anzunehmen, als hier die Vorschrift des § 2038 BGB nicht durchgreift, die dem zur Herausgabe verpflichteten Miterben eine gewisse Sicherheit für die wirkliche Berichtigung seiner Ansprüche gibt. Da die Beklagte, wie sich aus dem Tatbestand des Berufungsurteils ergibt, in der Berufungsverhandlung ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß §§ 273 Abs. 1, 274 BGB - jedenfalls soweit ihre Forderung in Höhe von 1.800 DM in Rede steht - zulässig und begründet

geltend gemacht hat, hätte sie auf die Klage hin nur zur Leistung Zug um Zug gegen Zahlung von 1.800 DM durch die Klägerin verurteilt werden können. Der unstreitige Sachverhalt ermöglicht es dem Revisionsgericht, nunmehr unter Abänderung des Berufungsurteils eine solche Verurteilung auszusprechen.

7. Auf die Revision der Beklagten ist daher das Berufungsurteil, wie erfolgt, abzuändern, während sich die Revision der Beklagten im übrigen als unbegründet erweist und insoweit zurückzuweisen ist. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Hußla

Bundesrichter
Gähtgens ist
beurlaubt und
ortsabwesend;
er ist an der
Leistung der
Unterschrift
verhindert.

Dr. Reinhardt

Dr. Pagendarm