

Verkündet am 29. Oktober 1964
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Bergmannes Paul K [REDACTED] in G [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Frau Toni K e [REDACTED] geb. K [REDACTED] in G [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. September 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Beyer und Dr. Reinhardt
für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Hamm (Westf) vom 26. Oktober 1962 wird zurück-
gewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Be-
klagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister. Ihre Eltern, die im Jahre 1893 in G. geheiratet haben, haben in westfälischer Gütergemeinschaft (nach Maßgabe des preuss. Gesetzes betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg vom 16. April 1860, Ges. S. S. 1865, in der Fassung des Art. 48 PrAG BGB vom 20. September 1899, Ges. S. S. 177, 205 - Westf. G. -) gelebt und in einem gemeinschaftlichen Testament vom 30. Januar 1948 bestimmt, daß die Gütergemeinschaft nach dem Tode des Erstversterbenden mit den Kindern fortgesetzt werden und die Klägerin Erbin des "Letztlebenden" sein solle. Nachdem die Mutter der Parteien am 14. September 1956 gestorben war, errichtete der Vater am 11. Februar 1957 eine notarielle letztwillige Verfügung des Inhalts, daß die Erbeinsetzung der Klägerin aufgehoben, sie von der Erbschaft ausgeschlossen sein und ihr wegen anstößigen und unsittlichen Lebenswandels der Pflichtteil entzogen werden solle. An demselben Tage schloß der Vater einen notariellen Übergabevertrag, durch den er dem Beklagten die zum Vermögen der Gütergemeinschaft gehörende Besitzung in Gladbeck, Dorstenerstraße 46, übertrug und in dem weiter vereinbart war, daß der Beklagte nach dem Tode des Vaters an seine Schwester Maria eine Zimmereinrichtung und eine Nähmaschine herauszugeben habe. In einem weiteren Vertrag vom 16. Februar 1957 (nicht 1961, wie es im Tatbestand des Berufungsurteils irrtümlich heißt) trat der Vater ferner alle Ansprüche, die ihm gegen die Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen unentgeltlicher Wohnung und Verpflegung zustehen könnten, an den Beklagten ab.

- 3 -

Nachdem der Vater der Parteien am 4. Juli 1957 gestorben war, wurde der Klägerin auf ihren - gemäß dem gemeinschaftlichen Testament vom 30. Januar 1948 gestellten - Antrag ein Erbschein dahin erteilt, daß sie alleinige Erbin ihres Vaters geworden sei. Sie klagte alsdann gegen ihren auch jetzt beklagten Bruder auf Auflassung des Grundstücks Gladbeck, Dorstenerstraße 46. Dieser Rechtsstreit (6 O 316/57 LG Essen) endete mit einem Vergleich, in dem der Beklagte die Eintragung der Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch im Wege der Grundbuchberichtigung (nicht die Auflassung, wie im Tatbestand des Berufungsurteils gesagt ist) bewilligte und die Klägerin ihrerseits sich verpflichtete; an den Beklagten zur Abgeltung sämtlicher Streitigkeiten aus dem Erbfall nach den verstorbenen Eltern der Parteien 2.500,-- DM zu zahlen. Der Beklagte erklärte in dem Vergleich, daß er aus dem Nachlaß nach dem verstorbenen Vater einen Barbetrag von 8.000,-- DM nicht erhalten habe.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin Ansprüche auf ein von dem Erblasser bei der Stadtparkasse in G [REDACTED] eingerichtetes Sparguthaben in Höhe von rund 3.500,-- DM geltend. Mit der Begründung, das Sparguthaben habe zu dem Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehört und sei ihr als Erbin zugefallen, hat sie beantragt, den Beklagten zur Herausgabe des Sparbuches Nr. 5931 der Stadtparkasse Gladbeck zu verurteilen.

Der Beklagte, der um Abweisung der Klage gebeten hat, hat demgegenüber vorgetragen, daß der Vater ihm das Sparbuch im April 1957 geschenkt habe. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat die Klägerin u.a. noch geltend gemacht, daß ihr notfalls ein Rückübertragungsanspruch



aus § 2287 BGB gegen den Beklagten zustehe. Sie hat dementsprechend vor dem Oberlandesgericht beantragt,

1. als Hauptanspruch:

- a) festzustellen, daß die Klägerin Gläubigerin des Sparguthabens Nr. 5931 der Stadtparkasse G [REDACTED] ist,
- b) den Beklagten zu verurteilen, das Sparbuch Nr. 5931 der Sparkasse G [REDACTED] an die Klägerin herauszugeben,

2. hilfsweise, den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin das Sparguthaben Nr. [REDACTED] der Stadtparkasse G [REDACTED] abzutreten und das Sparbuch darüber an sie herauszugeben.

Das Oberlandesgericht hat dem Hauptantrag der Klägerin stattgegeben.

Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die Klägerin in dem gemeinschaftlichen Testament der Eltern der Parteien als Alleinerbin des Vermögens der fortgesetzten Gütergemeinschaft eingesetzt worden sei und ihr nicht nur der Anteil des Vaters an der fortgesetzten Gütergemeinschaft zugewandt werden sollte, läßt einen in der Revisionsinstanz beachtlichen Rechtsfehler nicht erkennen. Das gleiche gilt, soweit das Berufungsgericht - in Anwendung des hier mangels Sonderbestimmungen des westf. Güterrechts maßgeblichen § 2271 Abs. 2 BGB (vgl. LM Nr. 3 Westf. Güterrecht) - angenommen hat, daß die am 11. Februar 1957 seitens des Vaters erklärte Aufhebung der

Erbeinsetzung der Klägerin unwirksam sei, weil die Voraussetzungen für die Entziehung des Pflichtteils nicht dargetan seien. Die Revision hat insoweit auch keine Bedenken gegen das Berufungsurteil geltend gemacht.

2.) Die Revision bekämpft in erster Linie die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Schenkung des - zum gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden - Sparguthabens seitens des Vaters an den Beklagten nichtig sei. Damit kann sie jedoch keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß durch die gemäß § 2271 Abs. 2 BGB eingetretene Bindung an die im gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügung grundsätzlich nicht die Befugnis des Vaters der Parteien eingeschränkt war, nach Maßgabe des - gemäß § 200 EG BGB in soweit noch beachtlichen - § 10 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Westf.G. über einzelne Gegenstände des gemeinschaftlichen Vermögens durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden auch unentgeltlich zu verfügen, mithin auch das hier interessierende Sparguthaben an den Beklagten zu verschenken, und daß ihm lediglich dem gemeinschaftlichen Testament widersprechende Verfügungen von Todeswegen verwehrt waren. Es muß indes auch die Auffassung des Berufungsgerichts gebilligt werden, daß die Schenkung des Sparguthabens an den Beklagten angesichts der hier gegebenen besonderen Fallgestaltung wegen Verstoßes gegen das Testierverbot des § 2271 BGB gemäß § 134 BGB nichtig ist.

Es geht dabei um das Problem der sogenannten "Aushöhlung" von gemeinschaftlichen Testamenten und in dieser Frage läßt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von anfänglicher "Nichtigkeitsfreundlichkeit" zunehmend eine Tendenz zur "Nichtigkeitsfeindlichkeit" erkennen (vgl. dazu die Übersicht bei Mattern in LNotZ 1964, 196 ff). Die Recht-

sprechung legt dabei immer mehr Gewicht der Überlegung bei, daß angesichts der Vorschrift des - auch auf gemeinschaftliche Testamente sinngemäß anzuwendenden - § 2286 BGB die Wirksamkeit selbst von solchen Verfügungsgeschäften, die wirtschaftlich dem Ziel des gemeinschaftlichen Testaments 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 jetzt 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 = DNotZ 1964, 234) 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 - nicht zur Veröffentlichung vorgesehenen - Urteile vom 11. Mai 1964, III ZR 132/63 und III ZR 180/63 sowie vom 9. Juli 1964, III ZR 239/62).

In dem hier interessierenden Zusammenhang ist im vorliegenden Fall von Bedeutung: Der Vater der Parteien wollte durch die letztwillige Verfügung vom 11. Februar 1957 die - im gemeinschaftlichen Testament vorgesehene und grundsätzlich bindend gewordene - Erbeinsetzung der Klägerin wieder aufheben. An demselben Tag hat er durch Übertragungsvertrag die zum Gesamtgut gehörende Grundbesitzung dem Beklagten übertragen. Bereits wenige Tage danach hat er an den Beklagten vermeintliche Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Klägerin abgetreten und wenig später mit der Schenkung des Sparguthabens das Barvermögen der Gemeinschaft als letzten Vermögensgegenstand dem Beklagten zugewendet. In dem Übertragungsvertrag war vorgesehen, daß der Beklagte nach dem Tode des Vaters an Geschwister Abfindungen zahlen sowie an eine Schwester eine Zimmereinrichtung und eine Nähmaschine herausgeben sollte. Von dem Sparguthaben sollte der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Abfindung an seine Schwester Maria zahlen.

Im Blick auf diese zuletzt erwähnte Feststellung wirft die Revision dem Berufungsgericht vor, es lasse nicht erkennen, worauf es diese Feststellung gründe. Dieser Vorwurf ist unbegründet; denn die Feststellung des Berufungsgerichts findet seine Grundlage in den Bekundungen, die die Zeuginnen Frau K. und Frau B. am 19. September 1961 gemacht haben und deren Richtigkeit vom Beklagten selbst nicht in Abrede gestellt worden ist.

Den vorstehend wiedergegebenen Sachverhalt hat das Berufungsgericht dahin gewertet: Der Beklagte habe praktisch das gesamte Vermögen der Gemeinschaft erhalten sollen. Diese Vermögensübertragung komme einer Erbeinsetzung gleich und sei auch - wie sich aus den in den einzelnen Übertragungsakten angeordneten und nach dem Tode des Vaters fälligen Ausgleichs-

zahlungen zu Gunsten der Geschwister mit Ausnahme der Klägerin ergebe - als solche gewollt gewesen. Dieser Sinn der Gesamtheit der Vermögensverfügungen werde besonders deutlich, wenn der gleichzeitige, allerdings unwirksame Widerruf der Erbeinsetzung der Klägerin berücksichtigt werde. Der Vater der Parteien, der mit allen Mitteln, darunter der Schenkung des Sparguthabens bemüht gewesen sei, an Stelle der Klägerin den Beklagten zum vermögensrechtlichen Nachfolger der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu machen, habe mithin durch die Summe der schenkweisen Zuwendungen an den Beklagten eine von dem gemeinschaftlichen Testament abweichende Erbfolge in das gemeinschaftliche Vermögen herbeiführen wollen.

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 sind die vom Vater der Parteien in Bezug auf das Vermögen der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu Gunsten des Beklagten getroffenen Verfügungen nicht entscheidend zu werten als Ausfluß der Befugnis, über die zu diesem Vermögen gehörenden Gegenstände durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden frei zu verfügen, sondern sie erhalten ihr besonderes und entscheidendes Gepräge durch das Bestreben des Erblassers, der durch das auch ihn bindende gemeinschaftliche Testament als Erbin eingesetzten Klägerin den künftigen Nachlaß zu entziehen und einem anderen zuzuwenden. Sinn und Zweck der seitens des Erblassers zugunsten des Beklagten getroffenen Verfügungen - insbesondere Übertragsvertrag und Übertragung des Sparguthabens - war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts somit nicht, dem Beklagten etwas zu "schenken" und sich selbst seines Vermögens bereits zu Lebzeiten zu ent-

äußern, sondern diese Rechtsgeschäfte werden entscheidend und eindeutig durch den Willen des Erblassers geprägt, den Beklagten anstelle der Klägerin zum Erben einzusetzen. Dies wird insbesondere an den in dem Übertragsvertrag getroffenen einzelnen Regelungen deutlich: Der Erblasser behält sich vor, daß er selbst unentgeltlich die bisher von ihm bewohnten Räume bis zu seinem Tode weiter benutzt und auch seine Tochter Maria, die ihn damals pflegte, solange im Hause wohnen bleibt. Er legt ferner - nach seinem Tode fällig werdende - Abfindungen für einen weiteren Sohn und ein Enkelkind sowie für seine Tochter Maria fest. In gleicher Weise bestimmt er bei der Abtretung des Sparguthabens, daß der Beklagte davon nach seinem, des Erblassers, Tode einen Betrag an seine Schwester Maria zu zahlen habe. Danach steht im Vordergrund nicht, daß dem Beklagten - durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden - etwas geschenkt wird, sondern der Erblasser hat ihm in Wirklichkeit - jedenfalls hat er das so gewollt - lediglich die Stellung des künftigen Erben eingeräumt und ihm Verpflichtungen gegenüber anderen Abkömmlingen auferlegt, wie sie allgemein dem Erben als Vermächtnisse auferlegt werden. Dieser mit den hier in Rede stehenden Rechtsgeschäften verfolgte Zweck, nämlich den Beklagten anstelle der Klägerin zum Erben zu machen, wird in einer alle Zweifel ausschließenden Weise noch durch den unmittelbar vor Abschluß des Übertragsvertrags mit dem Beklagten erfolgten - zwar unwirksamen - Widerruf der Erbeneinsetzung der Klägerin bestätigt. Dem Umstand, daß der Erblasser sich durch die getroffenen Regelungen bereits vor seinem Tode dadurch, daß er den Grundbesitz an den Beklagten aufließ und diesem das Sparbuch aushändigte, der formellen Verfügungsbefugnis begab, kann bei der hier gegebenen besonderen Sachlage und vor allem auch angesichts der Tatsache, daß der Erblasser bereits in dem ungewöhnlich hohen Alter von 91 Jahren stand

und mit Rücksicht auf die im Übertragsvertrag vorbehaltenen Rechte die Aufgabe der Verfügungsbefugnisse praktisch bis zu seinem Tode überhaupt nicht zu spüren bekam und nicht bekommen sollte, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

Nach alledem muß auch die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht dahin, daß die Schenkungen in ihrer Gesamtheit gegen das gemeinschaftliche Testament verstießen und deshalb als Umgehungsgeschäfte gemäß § 134 BGB nichtig seien, als zutreffend gebilligt werden. Würde man in diesem Fall die zur Erörterung stehenden Rechtsgeschäfte des Erblassers als gültig erachten, so würde das in dem vorliegenden Fall nicht den Schutz der den 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.

3.) Ist sonach von der Rechtsunwirksamkeit der Schenkung des Sparguthabens an den Beklagten auszugehen, dann kann unerörtert bleiben, ob gegebenenfalls auch der Hilfsanspruch der Klägerin aus § 2287 BGB begründet wäre.

II.

Schließlich kann die Revision auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts wendet, der zwischen den Parteien vor dem Landgericht Essen am 6. November 1958 geschlossene Vergleich stehe dem Klageanspruch nicht entgegen.

Das Berufungsgericht hat seine Auffassung damit begründet: Die in dem Vergleich abgegebene Erklärung des Beklagten, daß er einen Barbetrag von 8.000,-- DM aus dem Nachlaß seines Vaters nicht erhalten habe, sei dahin auszulegen, daß der

Vergleich etwa bestehende Ansprüche der Klägerin wegen des im Nachlaß vorhandenen Barvermögens nicht erfassen solle. Dazu gehöre auch der Anspruch auf Rückgabe eines im Nachlaß vorgefundenen Sparbuches. Dabei sei unerheblich, daß der Beklagte das Sparbuch auf Grund einer Schenkung für sich in Anspruch nehme, da die Klägerin bei Vergleichsabschluß von dieser Schenkung nichts gewußt habe und somit auch auf Inanspruchnahme des Guthabens nicht habe verzichten können. Die Aufnahme der in Rede stehenden Erklärung des Beklagten in den Vergleich sei gerade dadurch veranlaßt worden, daß die Klägerin in jenem Rechtsstreit geltend gemacht hatte, der Beklagte habe noch Bargeld, wozu auch das Sparguthaben zu rechnen sei, im Gesamtbetrage von 8.000,-- DM aus dem Nachlaß bekommen. Der Beklagte habe das Sparguthaben vorsätzlich verschwiegen, wobei es gleichgültig sei, ob dies - wie er dem Sinne nach vortrage - auf Betreiben seines Prozeßbevollmächtigten geschehen sei, da er dessen Verhalten gegen sich gelten lassen müsse. Es könne auch nach Inhalt und Sinn des Prozeßvergleiches nicht zweifelhaft sein, daß die Geschäftsgrundlage für einen in dem Vergleich von der Klägerin etwa erklärten Verzicht auf weitere Ansprüche die Richtigkeit der in Rede stehenden Erklärung des Beklagten gewesen sei. Daß es dabei weder auf den genauen Betrag von 8.000,-- DM, noch auf die Formulierung "aus dem Nachlaß" entscheidend ankomme, bedürfe in Hinblick auf § 133 BGB keiner besonderen Erwähnung.

Die Revision macht demgegenüber geltend: Das Berufungsgericht habe zu Unrecht den Zeugenbeweis nicht erhoben, den der Beklagte dafür angetreten gehabt habe, daß der Vergleich eine endgültige Erledigung aller auf Grund des Erbfalles zwischen den Geschwistern möglichen Streitigkeiten habe herbeiführen sollen, eine Auffassung, wie sie auch einer verständigen Auslegung eines solchen Vergleiches entspreche.

Dazu ist zu sagen: Die oben wiedergegebenen Ausführungen des Berufungsgerichts ergeben, daß das Berufungsgericht für seine Auffassung, der Vergleich stehe dem Klageanspruch nicht entgegen, eine zweifache Begründung gegeben hat: Das Berufungsgericht sagt zunächst, daß die Erklärung des Beklagten dahin auszulegen sei, der Vergleich habe die Ansprüche der Klägerin wegen des zum Nachlaß gehörenden Barvermögens überhaupt nicht erfassen sollen. Danach würde der Klageanspruch auf Feststellung des Gläubigerrechts der Klägerin hinsichtlich des zu dem Barvermögen gehörenden Sparguthabens und auf Herausgabe des Sparbuches von dem Vergleich überhaupt nicht berührt sein. Mit den weiteren Ausführungen gibt das Berufungsgericht eine zweite Begründung dahin: Selbst wenn der Vergleich auch Verzichtserklärungen der Klägerin enthalten sollte, so sei jedenfalls die dafür maßgebliche "Geschäftsgrundlage" nämlich die Richtigkeit der Erklärung des Beklagten über den Nichterhalt von Barvermögen, weggefallen, nachdem sich die Unrichtigkeit dieser Erklärung herausgestellt habe. Gegenüber dieser zweiten Begründung kommt es auf das - von der Revision als zu Unrecht übergangen gerügte - Beweisthema, daß der Vergleich eine endgültige Erledigung aller Streitigkeiten aus dem Erbfall habe herbeiführen sollen, nicht an. Denn selbst wenn das richtig sein sollte, so würde es eben doch an der Geschäftsgrundlage für den so zu verstehenden Vergleich gefehlt haben. Wenn das Berufungsgericht aus diesem Fehlen der Geschäftsgrundlage die rechtliche Folgerung gezogen hat, daß die Klägerin nicht mehr an den in dem Vergleich - möglicherweise - erklärten Verzicht hinsichtlich des zu dem Nachlaß gehörenden Barvermögens (einschließlich Sparguthaben) gebunden sei, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

III.

Nach alledem erweist sich die Revision des Beklagten als unbegründet und muß zurückgewiesen werden.

Die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels hat der Beklagte gemäß § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Dr. Reinhardt