

Verkündet am
21. Mai 1953
Klett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Witwe Fritz G. Elisabeth geb. S.,
2. der Witwe Karola W. geb. G.,
3. der Ursula G.,
4. des Landwirts Max G.,
5. der minderjährigen Kinder Ruth und Richard G.,
gesetzlich vertreten durch ihren Vater, Landwirt
Max G., sämtlich in Bad K.,

Kläger und zu 2) bis 5) Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter der Kläger zu 2) bis 5):
Rechtsanwalt -

g e g e n

den Dipl.-Kaufmann Lothar G. in Bad K.,

. Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat Dr.
-

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. Mai 1953 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt und der Bundesrich-
ter Ascher, Raske, Dr.v.Werner und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Koblenz vom 2. Juli 1952 wird auf Kosten der
Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger zu 2) und 4) und der Beklagte sind Kinder, die Kläger zu 3) und 5) Enkel der im Laufe des Rechtsstreits verstorbenen Klägerin zu 1). Zwischen den Klägern und dem Beklagten, die als Gesellschafter der in Liquidation befindlichen Firmen G. & Co und Ho. & Se. beteiligt sind, bestanden Streitigkeiten, die zu einer Reihe von Verfahren zwischen ihnen geführt haben. Am 31. Oktober 1947 schlossen die Kläger ohne Mitwirkung des Beklagten vor dem Notar Dr. v. Ro. in Bad K. einen als Erbvertrag bezeichneten Vertrag, in dem u.a. folgendes bestimmt ist:

"Der nachstehende Vertrag wird zunächst unter uns ohne Zustimmung unseres Sohnes bzw. Bruders, des Herrn Lothar G., abgeschlossen. Es wird jedoch Herrn Lothar G. Gelegenheit gegeben werden, diesem Vertrag beizutreten.

Der Zweck dieses Vertrages ist der, alle gegenseitigen Ansprüche der Kinder der Frau Fritz G. unter sich oder gegenüber der Mutter bzw. der Mutter gegenüber den Kindern ein für alle Mal zu bereinigen und Streitigkeiten zwischen den Kindern G. unter sich oder gegenüber ihrer Mutter für alle Zukunft auszuschliessen. Deshalb wird vereinbart:

§ 1

Frau Witwe Fritz G. setzt hiermit ihre drei Kinder bzw. Enkel:

- 1) Ursula, Ruth und Richard G., Kinder von Max G., zu je 1/9,
- 2) Karola, Witwe Ernst W., zu 1/3,

- 3 -

3) Lothar G. zu 1/3,

zu ihren Erben ein.

Sollte aber Lothar G. nicht binnen 14 Tagen seit
Zustellung dieses Erbvertrages

- a) demselben in notarieller Form beigetreten sein,
- b) nicht alle laufenden Verfahren gegen seine Mutter
oder Geschwister endgültig eingestellt und der
Mutter dies nachgewiesen haben,

so sollen er und sein ganzer Stamm mit fruchtlosem
Ablauf der bezeichneten Frist als Erben wegfallen,
so dass dann nur der Stamm Max G. und Witwe Ernst
W. die Erben von Frau Witwe Fritz G. zu je
1/2 sind.

§ 2

a) Die Kinder von Frau Wwe. Fritz G. verpflichten sich, bei der Teilung des mütterlichen Vermögens zur Ausgleichung zu bringen:

- 1) alle Zuwendungen aus dem elterlichen bzw. mütterlichen Vermögen, die sie bis heute erhalten haben,
- 2) die gegenseitigen Ansprüche aus den Gesellschaften G. & Co und H. & Se., Zigarren- und Zigarettenfabrik in Liquidation, wobei anerkannt wird, dass der Mutter eine Forderung von ungefähr 560.000.- RM, in Worten: fünfhundertsechzigtausend Reichsmark, gegen die genannten Firmen zusteht,
- 3) die persönlichen Zuwendungen aus dem Vermögen des Herrn Hermann St. an jedes der Kinder G. ohne Rücksicht darauf, ob diese Zuwendungen



von Rechtswegen ausgleichspflichtig sind oder nicht. Frau Wwe. Fritz G. [REDACTED] wird diese Zuwendungen in ihren weiteren letztwilligen Verfügungen gebührend berücksichtigen, zugunsten von Herrn Lothar G. [REDACTED] jedoch nur dann, wenn er dieser Vereinbarung beiträgt,

- 4) die Zuwendungen an die Kinder G. [REDACTED] in dem Vertrag betreffend die Teilung des Nachlasses Hermann St. [REDACTED] vor dem amtierenden Notar vom 21. August 1947, UR Nr 841/47.

Für die Bewertung sind die Taxen verbindlich, die die Herren Dr. Z. [REDACTED] und F. [REDACTED] festgesetzt haben oder noch festsetzen werden, mit Ausnahme der Taxe der neuen Hofgebäude des Ritterguts Ba. [REDACTED], für die der Wert auf 200.000,-- RM herabgesetzt worden ist.

b) Die Generalbereinigung aller gegenseitigen Ansprüche in der Familie Fritz G. [REDACTED] unter Berücksichtigung der gemäss § 2a vorzunehmenden Ausgleichungen soll durch die Mutter erfolgen, und zwar in der Weise, dass diese die Abrechnung durch Verfügung unter Lebenden oder von Todes wegen nach bestem Wissen und Gewissen autoritativ und endgültig unter Ausschluss jeder Einwendung aufstellen soll, wozu sie hiermit von ihren Kindern ausdrücklich ermächtigt wird. Die so aufgestellte Abrechnung soll den Kindern erst nach dem Tode der Mutter bekanntgegeben werden, und es bleibt der Mutter ausdrücklich vorbehalten, in einer weiteren letztwilligen Verfügung die Verteilung ihres Nachlasses entsprechend den festgestellten Ausgleichsbeträgen vorzunehmen.

Sollte aber die Mutter aus irgendwelchen Gründen diese Abrechnung nicht hinterlassen haben, so soll eine Kommission bestehend aus den Herren Lothar St. [REDACTED], Rechts-

anwalt Dr. B[REDACTED] und Bürgermeister Dr. Fi[REDACTED] die Abrechnung vornehmen. Sollte einer der genannten Herren hieran verhindert sein, so haben die oder der Überlebende einen bzw. zwei Ersatzmänner zu bestellen.

Auch der Entscheidung dieser Kommission unterwerfen sich sämtliche Kinder unter Ausschluss jeden Rechtsweges.

c, d, ...

e) Die Kinder von Frau Wwe. Fritz G[REDACTED] erkennen sämtlich die Vereinbarungen, die ihre Mutter mit Herrn Lothar St[REDACTED] über die Teilung des Nachlasses Hermann St[REDACTED] und die Bereinigung der Geschwister Lothar St[REDACTED] und Frau Fritz G[REDACTED] in Ansehung der Firmen G[REDACTED] & Co und H[REDACTED] & Se[REDACTED] getroffen haben, als auch für sie rechtsverbindlich an.

§ 3

Zur Aufstellung der im vorigen Paragraphen erwähnten Abrechnung verlangt die Mutter, dass ihr Sohn Lothar Gräff Rechenschaft ablegt über:

- 1) die Wertpapier- und Bargelder aus der Erbmasse Hermann St[REDACTED], die durch die Hände von Lothar G[REDACTED] gegangen sind,
- 2) seine Geschäftsführung in den Firmen G[REDACTED] & Co und Ho[REDACTED] & Se[REDACTED], insbesondere über den Verbleib der Wertpapiere,
- 3) über die Verwaltung sonstiger Werte und Gelder.

Sollte Herr Lothar G[REDACTED] über die vorstehenden Punkte nicht binnen 2 Monaten, gerechnet vom Tage seines notariellen Beitritts zu diesem Vertrage, seiner Mutter

befriedigende Rechenschaft abgelegt haben, so hat auch das die Wirkung, dass er mit fruchtlosem Ablauf dieser Frist mit seinem ganzen Stamm automatisch enterbt ist.

Die Mutter wird dann die Abrechnung unter Berücksichtigung der zu Ziffer 1 bis 3 genannten Punkte nach bestem Wissen und Gewissen autoritativ selber festsetzen oder durch die mehrerwähnte Kommission festsetzen lassen.

Das Pflichtteil soll aber dem Lothar G. verbleiben, jedoch nur zu der Hälfte des Wertes des kleinsten Erbteils.

§ 4.

Mit diesem Erbvertrag sollen alle Ansprüche der Vergangenheit endgültig erledigt sein.

Sollte trotzdem eines von den Kindern vor oder nach dem Tode der Mutter solche Ansprüche gerichtlich geltend machen, so würde es mit seinem ganzen Stamm damit automatisch enterbt sein und alles, was es bereits aus dem Nachlass Hermann St. oder aus dem Nachlass der Mutter empfangen hätte, an die anderen Erben zu gleichen Teilen herausgeben müssen.

Die Beteiligten nehmen alles Vorstehende gegenseitig an, insbesondere halten sich Frau Fritz G., Herr Max G. und Frau Karola W. an diesen Vertrag auch dann gebunden, wenn Herr Lothar G. ihm nicht beitrifft.

.....

§ 5

Diejenigen Verfügungen, die nicht erbvertraglich getroffen werden können, sollen als einseitig letztwillige oder als vertragsmässige unter Lebenden aufrechterhalten bleiben.

Die Unwirksamkeit einer Verfügung hat nicht ohne weiteres die der anderen zur Folge.

Frau Wwe. Fritz G. ist durch frühere letztwillige Verfügungen an der Tätigkeit dieses Erbvertrages nicht verhindert.

....."

Nachdem dem Beklagten der Vertrag wie dort vorgesehen zugestellt war, hat er den Notar um Aufschluss über die Bedeutung der Bestimmung in § 1 Ziff b des Vertrages gebeten. Dieser antwortete mit Schreiben vom 24. November 1947 u.a. folgendes:

"Unter den laufenden Verfahren, die von Ihnen eingestellt werden sollen, ist u.a. folgendes gemeint:

- 1) Sie sollen sofort die Kosten in Sachen N. an Herrn Rechtsanwalt R. zahlen.
- 2) Sie sollen sofort dem Handelsregistergericht erklären, dass Sie damit einverstanden sind, dass eine neutrale Person vom Registergericht als alleiniger Liquidator bestellt wird.
- 3) Wenn Sie Ihr Vorkaufsrecht in Sachen A. ausüben, so haben Sie unverzüglich die notarielle Erklärung abzugeben, dass aus der Ausübung des Vorkaufsrechtes keinerlei Nachteile für die Erben-

gemeinschaft Fritz G. [REDACTED] entstehen. Insbesondere dürfen Sie selbst keine Ansprüche gegen die Erbengemeinschaft Fritz G. [REDACTED] erheben, noch dürfen Sie gegen die Firma A. [REDACTED] solche Ansprüche geltend machen, für welche dann von der Firma A. [REDACTED] die restliche Erbengemeinschaft Fritz G. [REDACTED] regresspflichtig gemacht werden kann."

Am gleichen Tag nahm der Beklagte seinen früher gestellten Antrag auf Abberufung der Kläger zu 1), 2) und 4) als Liquidatoren der Firmen G. [REDACTED] & Co und H. [REDACTED] & Se. [REDACTED] durch Erklärung gegenüber dem Amtsgericht in Kreuznach als Registergericht zurück und teilte die Rücknahme dem Notar Dr. v. Ro. [REDACTED] mit, der die Klägerin zu 1) davon verständigte. Ausserdem gab der Beklagte an diesem Tag zu Protokoll dieses Notars eine Erklärung ab, die u.a. folgendes enthält:

"Ich habe Kenntnis genommen von dem Erbvertrag zwischen meiner Mutter, der Frau Wwe. Fritz G. [REDACTED] und meinen Geschwistern Max G. [REDACTED] und Frau Wwe. Ernst W. [REDACTED], abgeschlossen am 31. Oktober 1947 vor Notar Dr. von Ro. [REDACTED], Bad K. [REDACTED], unter dessen UR Nr 1080/47

Es wurde mir heute Gelegenheit gegeben, folgende Verträge auf dem Notariat Dr. von Ro. [REDACTED] einzusehen:

..... (im einzelnen hier ohne Bedeutung)

Nachdem ich diese Urkunden zur Kenntnis genommen habe, erkläre ich hiermit meinen Beitritt zu dem Erbvertrag vom 31. Oktober 1947, UR Nr 1080/47, so dass dieser Vertrag dadurch in allen

Teilen für mich rechtsverbindlich wird.

Zu § 1 lege ich ein Schreiben an das Amtsgericht - Abteilung Handelsregister - Bad Kreuznach vom 24. November 1947 vor.

Es ist mir nicht bewusst, dass sonst noch Verfahren gegen meine Mutter oder Geschwister schweben.

Ich behalte mir noch vor, zu dem Schreiben des amtierenden Notars vom 24. November 1947 im einzelnen Stellung zu nehmen."

Der Beklagte ist den Bedingungen, die in dem Schreiben des Notars vom 24. November niedergelegt sind, nicht nachgekommen. Er hat auch die von ihm nach § 3 des Erbvertrags verlangte Rechnung den Klägern gegenüber nicht gelegt, sondern ihnen mit Schreiben vom 22. Januar 1948 folgendes mitgeteilt:

"Gemäss § 3 des Erbvertrages vom 31.10.1947 bin ich zur Rechnungslegung, dem Abs 1, 2 und 3 dieses Paragraphen entsprechend, verpflichtet. Die Rechnungslegung ist von mir nunmehr fertiggestellt und kann daher, der erbvertraglichen Frist entsprechend, am 24. Januar 1948 ausgehändigt werden. Die Übergabe erfolgt jedoch nur gegen Eure gleichzeitige schriftliche und unwiderrufliche Anerkennung meiner Vertragserfüllung nach § 1, Abs a und b des Erbvertrages, d.h. meines rechtswirksamen Vertragsbeitritts vom 24.11.1947. Mit dieser Eurer Erklärung befindet Ihr Euch bereits seit 13. Dezember 1947 in Verzug. Wiederholt habt Ihr die Rechtswirksamkeit meines Beitritts sogar

noch in Abrede gestellt. Eine Rechnungslegung kann mir daher ohne Abgabe Eures erwähnten Anerkenntnisses nicht zugemutet werden."

Das von den Klägern verlangte Anerkenntnis ist von ihnen nicht abgegeben worden. Die Kläger sind vielmehr der Ansicht, der Beklagte sei dem Erbvertrag nicht rechtswirksam beigetreten. Die Erklärung vom 24. November 1947 sei unter einem Vorbehalt abgegeben, weil sich der Beklagte seine Stellungnahme zu der Erklärung des Notars vom gleichen Tag ausdrücklich vorbehalten habe. Die in diesem Schreiben enthaltenen Bedingungen seien keine "neuen" von dem Inhalt des Vertrags abweichenden wie der Beklagte behaupte, es handele sich vielmehr nur um eine Erläuterung des § 1 b des Erbvertrags. Ausserdem habe der Beklagte nicht alle schwebenden von ihm anhängig gemachten Verfahren eingestellt, so nicht das bei dem Amtsgericht in Kreuznach anhängige Verfahren G. gegen G. 1 Q 2/43. Ausserdem habe der Beklagte Gehaltsansprüche gegen die Firma G. & Co an seine Ehefrau abgetreten, diese habe sie in dem Rechtsstreit 2 C 245/48 beim Amtsgericht in Kreuznach eingeklagt. Das verstosse gegen den Sinn des § 1 des Erbvertrages. Mit der Klage haben die Kläger beantragt

festzustellen, dass der von dem Beklagten in der Urkunde vor Notar Dr. von Ro. vom 24.11.47 (UR Nr 1168/47) erklärte Beitritt zu dem Erbvertrag vom 31. 10.47 (UR Nr 1080/47 des Notars Dr. von Roesgen) unwirksam ist.

Der Beklagte ist den Behauptungen der Kläger entgegengetreten. Er macht geltend, er habe den Beitritt zu dem "Erbvertrag" rechtswirksam vollzogen und die ihm

darin auferlegten Bedingungen erfüllt oder nicht zu erfüllen brauchen. Die in dem Schreiben des Notars vom 24. November 1947 aufgeführten Bedingungen seien neu, ausserdem habe es sich dabei nicht um schwebende Verfahren im Sinne des § 1 b des Vertrages gehandelt. Das Verfahren Gräff gegen Gräff 1 Q 2/43 sei kein schwebendes, da er nicht innerhalb der ihm auf den Antrag der Antragsgegner nach § 926 ZPO gesetzten Frist Klage erhoben habe, die Kläger hätten ohne weiteres die Aufhebung der einstweiligen Verfügung herbeiführen können. An dem Rechtsstreit seiner Ehefrau sei er nicht beteiligt. Die Gehaltsansprüche seien an sie schon etwa 2 1/2 Monate vor dem Abschluss des Erbvertrages abgetreten worden. Dieser Rechtsstreit sei auch beim Abschluss des Erbvertrages noch nicht anhängig gewesen. Die Rechnungslegung zu erstatten, sei er nicht verpflichtet, da die Kläger die Rechtswirksamkeit seiner Beitrittserklärung in Zweifel gezogen hätten. Die Rechnung selbst sei fristgemäss fertiggestellt.

Das Landgericht in Koblenz hat die Klage abgewiesen, weil der Beitritt des Beklagten zum Erbvertrag rechtswirksam sei und der Beklagte sämtliche Bedingungen erfüllt habe.

Gegen das Urteil haben die Kläger zu 2) bis 5) am 12. Juli 1949 Berufung eingelegt. Sie beantragen in erster Linie unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils nach dem Antrag der Klage zu erkennen, hilfsweise bitten sie festzustellen, dass der Beklagte enterbt sei.

Der Beklagte hat in der Berufungsinstanz noch geltend gemacht, der Erbvertrag vom 31. Oktober 1947 sei nichtig, weil die Vorschrift des § 30 TestG nicht gewahrt sei. Er verstosse ausserdem wegen verschiedener Bestimmungen gegen die guten Sitten. Einzelne Bestimmungen liefen anderen

Gesetzesvorschriften zuwider und seien deswegen nichtig. § 2 a Ziff 3 des Vertrages verletze die Bestimmungen über den Schutz der Testierfreiheit (§ 2302 BGB), § 2 b entziehe unzulässigerweise den Beteiligten die Berufung auf offenbare Unbilligkeit. Die Schiedsgerichtsvereinbarung in § 2 b sei nach § 1027 ZPO nichtig. Der Vertrag enthalte Verfügungen über das Vermögen der Firmen G. & Co und H. & Se., die nicht ohne Zustimmung sämtlicher Beteiligten hätten getroffen werden können. Auch die Verfügungen über das elterliche Vermögen seien unwirksam, da sie die Klägerin zu 1) nicht einseitig hätte treffen können. Im übrigen ist der Beklagte den Ausführungen der Kläger über die Unwirksamkeit des Beitritts entgegengetreten.

Die Klägerin zu 1) ist am 15. Dezember 1949 verstorben. Nach ihrem Tode führten die zwischen den Streitteilen geführten Verhandlungen zum Abschluss verschiedener Vergleiche.

Die Parteien haben zunächst einen Zwischenvergleich und am 11. April 1950 einen Prozessvergleich abgeschlossen. Gleichzeitig wurde in einem Schiedsvertrag ein Schiedsgericht zur Entscheidung über gewisse in dem Vergleich genannte Angelegenheiten eingesetzt. Der Vergleich erlangte jedoch keine Wirksamkeit, da die vorbehaltene Zustimmung der Ehefrau des Beklagten nicht erteilt wurde.

Schliesslich haben die Parteien am 15. Juli 1950 einen aussergerichtlichen Vergleich und in besonderer Urkunde einen Schiedsvertrag geschlossen. Der Vergleich bestimmte u.a.:

"Die Kläger und der Beklagte sind sich über die Rechtsunwirksamkeit des Erbvertrages vom 31.10. 1947 einig und wollen demzufolge hinsichtlich des Nachlasses ihrer am 15.12.1949 verstorbenen Mutter bzw. Grossmutter, der Witwe Elisabeth G. geb. St., die gesetzliche Erbfolge gelten lassen. Diese Erbfolge soll mit der Maßgabe gelten, dass die auf Max G. entfallenden Erbanteile auf dessen Kinder übergehen sollen.....

Beide Parteien behalten sich vor, den Rechtsstreit wieder aufzunehmen, wenn der Vergleich nicht innerhalb zweier Monate infolge der Versagung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder aus irgendeinem anderen Grund zustandekommt."

Dem in diesem Vertrag zum Obmann des Schiedsgerichts bestellten Richter ist von der vorgesetzten Dienstbehörde die Genehmigung zur Annahme dieses Amtes nicht erteilt worden. Die Parteien streiten darüber, ob dadurch der aussergerichtliche Vergleich unwirksam geworden sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Kläger zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Kläger Revision eingelegt, mit der sie ihre früher gestellten Klaganträge weiter verfolgen. Der Beklagte hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht erörtert zunächst die Frage, ob der zwischen den Parteien am 15. Juli 1950 abgeschlossene aussergerichtliche Vergleich rechtliche Bedeutung für die Fortsetzung des Verfahrens und die zu treffende Entscheidung besitzt. Es verneint sie. Es führt aus, der am selben Tag in besonderer Urkunde geschlossene Schiedsvertrag sei nach § 1033 ZPO ausser Kraft getreten, da der als Obmann des Schiedsgerichts vorgesehene Richter die Genehmigung seiner vorgesetzten Behörde zur Übernahme des ^mAmtes nicht erhalten habe und deshalb als Schiedsrichter weggefallen sei. Daraus folge aber, dass auch der Vergleich unwirksam sei. Die in Ziff 1 des Vergleichs getroffene Vereinbarung, den Erbvertrag vom 31. Oktober 1947 als unwirksam zu behandeln, habe, wie das Berufungsgericht aus dem ganzen Zusammenhang dieser Abrede mit den übrigen Abreden des Vergleichs entnimmt, nur die Grundlage für das vorgesehene Schiedsverfahren bilden sollen. Insbesondere weist das Berufungsurteil auf die Bestimmung in Ziff 4 des Vergleichs hin, die die Wiederaufnahme und Fortsetzung des hier anhängigen Rechtsstreits vorsieht, falls der Vergleich aus den dort aufgeführten Gründen nicht zustande kommt. Deshalb habe die in Ziffer 1 getroffene Vereinbarung nicht unabhängig von der Möglichkeit der Erledigung im Schiedsgerichtsverfahren getroffen werden sollen. Der Schiedsvertrag sei wesentlicher Bestandteil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts. Seine Unwirksamkeit ziehe die des gesamten Geschäfts nach sich.

Das Ergebnis, zu dem das Berufungsurteil kommt, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

2. Der Berufungsrichter hält den Hauptantrag der Klage wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses (§ 256 ZPO) für unzulässig und den in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag für unbegründet. Das Berufungsgericht kommt im wesentlichen zur Zurückweisung der Berufung, weil ein Erbvertrag zwischen der verstorbenen Klägerin zu 1) und dem Beklagten wegen Verstosses gegen § 30 TestG nicht zustandegekommen sei. Wie es aus noch zu erörternden Umständen entnimmt, sei der "Erbvertrag" seinem ganzen Umfang nach nichtig.

Das Vorhandensein des nach § 256 ZPO bei der Feststellungsklage erforderlichen Feststellungsinteresses ist auch in diesem Rechtszug von Amts wegen zu prüfen. Wenn der Berufungsrichter ein solches im vorliegenden Fall verneint, so ist dies im Hinblick auf den Vortrag der Parteien und den Umstand, dass die Erblasserin im Verlaufe des Rechtsstreits verstorben und damit der Erbfall eingetreten ist, nicht zu beanstanden. Im Berufungsurteil wird zutreffend ausgeführt, dass die in dem Hauptantrag begehrte Feststellung nur dann einen Sinn hat, wenn der als Erbvertrag bezeichnete Vertrag vom 31. Oktober 1947 an und für sich gültig und wirksam ist. Denn nur dann werden die Rechtsbeziehungen der Streitteile dadurch bestimmt, ob der Beitritt des Beklagten zu diesem Vertrag wirksam erfolgt ist oder nicht. Liegt ein gültiger Vertrag nicht vor, dann hat die Erklärung des Beitritts keine rechtliche Bedeutung, die Feststellung ihrer Unwirksamkeit würde die eigentliche unter den Parteien streitige Frage nicht rechtskräftig entscheiden und einem erneuten Rechtsstreit nicht entgegenstehen. Damit entfällt aber ein berechtigtes Interesse

an der mit dem Hauptantrag begehrten Feststellung.

Es kann daher sachlich nur über den Hilfsantrag entschieden werden, bezüglich dessen das Feststellungsinteresse vorhanden ist, wie einer weiteren Begründung nicht bedarf. Dem Ergebnis, zu dem der Berufungsrichter gelangt ist, stehen durchgreifende Bedenken nicht entgegen.

Nach dem auf den vorliegenden Fall noch anzuwendenden § 30 TesG kann ein Erbvertrag nur vor einem Richter oder einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden. Damit wird für den Erbvertrag die Anwendbarkeit des § 152 BGB ausgeschlossen. Sieht man in der am 31. Oktober 1947 beurkundeten Erklärung der vormaligen Klägerin zu 1), soweit sie eine Erbeinsetzung zum Gegenstand hat, mit Rücksicht auf den in § 1 Abs 2 des Vertrages vorgesehenen "Beitritt" des Beklagten einen an diesen gerichteten Vertragsantrag zum Abschluss eines Erbvertrages (§ 145 BGB), so ist durch die Erklärung vom 24. November 1947, in der der Beklagte seinen Beitritt erklärt, ein Erbvertrag zwischen ihm und seiner Mutter nicht geschlossen worden. Darin ist dem Berufungsgericht zu folgen.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Die Revision geht bei ihren Erwägungen davon aus, dass in dem Vorspruch zum Erbvertrag gesagt werde, dass der Vertrag zunächst unter den Anwesenden ohne Zustimmung des Beklagten abgeschlossen werde, dass diesem aber Gelegenheit gegeben werde, dem Vertrag beizutreten. Der Gebrauch des Wortes "Zustimmung" begründet nach Ansicht der Revision die Vermutung,

dass es im technischen Sinne der §§ 182 bis 184 BGB gemeint sei, dass hier also die dem Vertrag nachfolgende Zustimmung als nachträgliche Genehmigung nach § 184 BGB angesehen werden müsse. Eine Genehmigung des Beklagten sei nur eine solche Rechtshandlung, die ihn für den Fall seiner Zustimmung berechtigen und verpflichten solle. Als eine solche Rechtshandlung komme aber nur die Vertretung des Beklagten durch die anderen Miterben als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Frage. Es sei der Wille der Parteien gewesen, dass der Erbvertrag zwischen dem Beklagten und seiner Mutter schon abgeschlossen sei, ebenso wie der mit den anderen, nur dass er bezüglich des Beklagten dessen Zustimmung bedurft hätte. Die Form des Vertrages entspreche deshalb den Formerfordernissen des § 30 TestG in Verbindung mit § 182 BGB.

An den Ausführungen der Revision ist soviel richtig, dass beim Abschluss eines Erbvertrages zwar nicht der Erblasser (§ 29 Abs 1 TestG) wohl aber der Vertragsgegner nicht persönlich anwesend zu sein braucht. Dieser kann auch durch eine andere Person vertreten werden. Hat diese keine Vertretungsmacht gehabt, so kann der Erbvertrag durch nachträgliche Genehmigung des anderen Vertragsteils nach Massgabe der hier anzuwendenden §§ 182 ff BGB rückwirkend wirksam werden. Wenn das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht unter diesem Gesichtspunkt geprüft hat, so fällt ihm deswegen ein Rechtsverstoss nicht zur Last. Aus dem im Vorspruch gebrauchten Begriff der "Zustimmung" allein, ist ein Wille der an dem Vertragsabschluss Beteiligten, die Erklärungen auch im Namen des Beklagten abzugeben, nicht zu entnehmen. Schon, dass eine Vermutung dafür vorhanden sei, dass dieses Wort im technischen Sinne der §§ 182 ff BGB gebraucht sein müsse, ist eine irrige Annahme. Eine solche Vermutung

besteht nicht. In demselben Vorspruch wird auch von der dem Beklagten eingeräumten Möglichkeit des Beitritts zum Vertrag gesprochen. Dieser Begriff ist kein technischer. Die Bedeutung ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Annahme des Berufungsgerichts, der in § 1 Abs 1 des Vertrages zum Ausdruck gekommene Wille der am Vertragsschluss Beteiligten gehe dahin, dass dem Beklagten ein Vertragsantrag gemacht werde, der durch die Erklärung des Beklagten angenommen werden sollte, enthält keine Verletzung von Auslegungsregeln. Gegen die von der Revision als möglich vertretene Auslegung spricht entscheidend, dass weder aus dem Vertrag noch aus den den Abschluss umgebenden Umständen sich ein Anhaltspunkt dafür ergibt, einer der zahlreichen Vertragsschliessenden habe im Namen des Beklagten als sein Vertreter gehandelt. In dem Vertrag werden nicht nur Bestimmungen über die Erbfolge nach der Klägerin zu 1) getroffen, er enthält auch vertragliche Abreden unter Lebenden. Dessen sind sich die Beteiligten ausweislich der Bestimmung in § 4 Abs 2 auch bewusst gewesen.

Es sollten durch den Vertrag auch Rechtsbeziehungen zwischen den Kindern und Enkeln der Erblasserin einerseits und dem Beklagten andererseits begründet und geregelt werden, die durch Verfügung von Todes wegen überhaupt nicht getroffen werden konnten. Dass die an diesen Beziehungen materiell beteiligten Kläger zu 2) bis 5) dabei auch für den Beklagten handeln wollten, ist in der Vertragsurkunde nicht zum Ausdruck gekommen (§ 164 Abs 2 BGB). Ohne dass die Urkunde über einen schriftlich oder notariell abgeschlossenen Vertrag hinreichende Anhaltspunkte für einen solchen Willen zur Vertretung enthält, ist ein solcher rechtswirksam nicht erklärt (RGZ 80, 400 402; 154, 41 44).

Die Revision meint schliesslich, auch wenn der Beklagte beim Abschluss des Vertrages nicht vertreten gewesen sei, dann sei der zwischen der Klägerin zu 1) und ihren beim Vertragsschluss anwesenden Abkömmlingen geschlossene Erbvertrag durch den blossen "Beitritt" des Beklagten diesem gegenüber wirksam und bindend geworden. Dies will die Revision aus einer Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 152, 380 entnehmen. Diese Entscheidung bezieht sich auf die Auflassung eines Grundstücks, das einer Erbengemeinschaft gehörte. Das Grundstück war nur von einem Teil der beteiligten Miterben an einen Dritten aufgelassen worden, weil die Vertragschliessenden der irrigen Meinung waren, andere Miterben, deren Mitwirkung es bei der Auflassung bedurfte, seien nicht vorhanden. Als sich diese Annahme als irrtümlich herausgestellt hatte, hat der an der Auflassung nicht mitwirkende Erbe diese nachträglich durch einseitige Erklärung genehmigt. Das Reichsgericht hält dies für eine den Erfordernissen des § 185 BGB entsprechende Genehmigung der Auflassung durch Nichtberechtigte und eine Nachholung der Auflassungsverhandlung unter Beteiligung des übergangenen Miterben nicht für erforderlich. Was das Reichsgericht aber für ein Verfügungsgeschäft unter Lebenden ausgesprochen hat, kann auf den Erbvertrag nicht übertragen werden. Der Erbvertrag ist weder ein Rechtsgeschäft unter Lebenden noch enthält er eine Verfügung über ein Recht. Der Erbvertrag ist vielmehr ein Vertrag mit rein erbrechtlichen Wirkungen, die darin bestehen, dass die Grundlage für eine Erbeinsetzung, einen vermächtnisrechtlichen Erwerb oder für eine künftige Auflagenverpflichtung geschaffen wird (Planck-Flad BGB 4. Aufl § 1941 Bem 3). Damit entfällt die Anwendbarkeit des § 185 Abs 2 BGB, auf der die Entscheidung beruht. Dementsprechend wird es auch bereits in den Motiven V Seite 348 als zweifellos bezeichnet, dass der Bei-

tritt eines Dritten zu einem Erbvertrag nur im Wege eines völlig neuen Vertrages, bei welchem der Dritte als Vertragsschliessender mitauftritt, sich vollziehen kann (vgl auch Schiffner in JherJb 41, 104 f). Dieser Wille des Gesetzgebers ist in der (später durch die entsprechende Vorschrift des § 30 TestG ersetzte) Bestimmung des § 2276 Abs 1 Satz 1 BGB zum Ausdruck gekommen.

3. Davon ausgehend, dass der Vertrag vom 31. Oktober 1947, soweit er erbvertragliche Bestimmungen im Sinne des § 1941 BGB enthält, wegen Verstosses gegen die Vorschrift des § 30 TestG nichtig sei, führt das Berufungsgericht weiter aus, diese Nichtigkeit habe die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages zur Folge. Es sei, so meint der Berufungsrichter, nicht anzunehmen, dass die Kläger als die ursprünglichen Vertragspartner den Erbvertrag auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Vertragsangebots an den Beklagten, d.h. auch ohne die Beitrittsmöglichkeit für den Beklagten gewollt haben würden. Aus § 1 des Vertrags sei zu entnehmen, dass zwischen den an dem Vertrag Beteiligten und dem Beklagten eine Reihe von Rechtsstreitigkeiten geschwebt hätten und bei Vertragsschluss noch schwebten. Andere Streitpunkte zwischen ihnen seien aus § 3 des Vertrages und dem Schreiben des Notars vom 24. November 1947 zu entnehmen. Aus dem Inhalt des Vertrages ergebe sich, dass er in erster Linie den Sinn gehabt habe, sämtliche mit dem Beklagten bestehende Streitigkeiten aus der Welt zu schaffen. Dieses Ziel hätten die Vertragsschliessenden dadurch erreichen zu können geglaubt, dass sie dem Beklagten die Möglichkeit zum Vertragsbeitritt eingeräumt hätten. Auf dieser Möglichkeit sei der ganze Vertrag aufgebaut, wie sich aus dem Vorspruch und aus § 1, § 2 Ziff 2, § 3 und auch aus § 4 Abs 3 ergebe. Dem Beklagten habe die Möglichkeit gegeben werden sollen, die

vorgesehene Enterbung zu vermeiden. Wenn er diese nicht habe wahrnehmen wollen, dann hätte er enterbt werden sollen. Nur für diesen Fall sollte der Erbvertrag unter den Klägern nach § 4 Abs 3 weiteren Bestand haben. Fehlte es aber von vornherein an dieser Möglichkeit, dann hätte der Beklagte auf keinen Fall die Folge der Enterbung vermeiden können. Gerade das hätten die Erblasserin und die Kläger nicht erreichen wollen. Wenn die Erblasserin diesen Willen gehabt hätte, dann hätte sie den Beklagten ohne weiteres enterben können. Es sei also den Klägern darauf angekommen, den Beklagten vertraglich zu binden. Das Angebot zum Beitritt sei mit der letztwilligen Verfügung unlösbar verbunden gewesen. Sofern es als ein selbständiger Teil eines Rechtsgeschäfts angesehen werden könne, liege jedenfalls die Voraussetzung des § 139 BGB für die Wirksamkeit des Erbvertrages ohne das Vertragsangebot an den Beklagten nicht vor.

Im Zusammenhang mit der Verneinung des Hilfsantrags führt das Berufungsgericht weiter aus, der nichtige Erbvertrag könne auch nicht in ein gültiges öffentliches Testament umgedeutet werden. Die Möglichkeit der Umdeutung des nichtigen Erbvertrages in ein Testament nach § 140 BGB sei zwar zu bejahen. Auch entspreche im vorliegenden Fall der nichtige Erbvertrag den Erfordernissen eines öffentlichen Testaments. Es sei jedoch nicht anzunehmen, dass die Erblasserin ihre letztwilligen Verfügungen bei Kenntnis der Nichtigkeit des Erbvertrages als Testament gewollt hätte. Der zum Zweck der Beilegung der Familienstreitigkeiten geschlossene Vertrag enthalte nicht nur Verfügungen von Todes wegen, sondern auch Verpflichtungen und "Anerkennnisse" der Kinder als Rechtsgeschäft unter Lebenden. Zugleich habe der Beklagte durch die Möglichkeit, innerhalb ei-

ner bestimmten Frist bei Gefahr der Enterbung dem Vertrag beizutreten, unter Druck gesetzt werden sollen. Da das Testament die Möglichkeit des Beitritts nicht biete, sei schon aus diesem Grund eine Umdeutung in ein Testament ausgeschlossen. Wenn man aber auch an und für sich die Umdeutung des Erbvertrages in ein Testament für möglich erachten wolle, in dem die Erbeinsetzung und die Enterbung des Beklagten bei Nichterfüllung der Bedingungen der §§ 1 und 3 des Vertrages verfügt sei, so scheitere die Umdeutung daran, dass die Erblasserin bewusst die Regelung durch einen Erbvertrag und nicht durch ein Testament habe vornehmen wollen. Entgegen ihrer ursprünglichen Absicht, ein Testament zu errichten, habe sie sich zu dem Abschluß eines Erbvertrages entschlossen, um den Wünschen des Beklagten entgegenzukommen, der eine Bindung habe herbeiführen wollen. An den Vorverhandlungen für den Vertragsentwurf habe der Beklagte nicht teilgenommen. Wenn die Kläger sich gleichwohl entschlossen hätten, ohne Mitwirkung des Beklagten einen Erbvertrag einzugehen, so erhelle daraus, dass sie gerade eine testamentarische Regelung nicht wünschten. Bei der Regelung, die die Erblasserin im Auge gehabt habe, seien letztwillige Verfügungen und Rechtsgeschäfte unter Lebenden so eng verbunden gewesen, dass sie nur durch einen Vertrag hätten erreicht werden können. Eine vertragliche Bindung des Beklagten hätte - insbesondere im Hinblick auf die künftige Auseinandersetzung - durch Testament allein nicht herbeigeführt werden können.

Diese Ausführungen des Berufungsurteils lassen einen Rechtsirrtum, der der Revision zum Erfolg verhelfen könnte, nicht erkennen. Das Berufungsgericht hebt besonders hervor, dass es den Klägern wesentlich darauf ankam, den Beklagten vertraglich zu binden, um so die

bestehenden Streitigkeiten in der Familie aus der Welt zu schaffen. Nun würde zwar durch den Beitritt des Beklagten zu dem Vertrag vom 31. Oktober 1947, soweit er Verfügungen von Todes wegen enthielt, wie sie zulässig durch einen Erbvertrag getroffen werden können (§ 1941 Abs 1 BGB), eine Bindung des Beklagten nicht eingetreten sein. Durch die vertragliche Verfügung von Todes wegen wird nur der Erblasser, nicht aber der Bedachte oder der andere Vertragsteil gebunden. Dieser Teil des Vertragswerkes machte einen "Beitritt" des Beklagten nicht notwendig, die Erblasserin hätte diesen Erfolg auch durch einen allein mit den Klägern abgeschlossenen Erbvertrag erreichen können (§ 1941 Abs 2 aaO). Dann hätte es aber auch stets in der Hand der Vertragschliessenden gelegen, ohne Mitwirkung des Beklagten die eine Verfügung von Todes wegen enthaltenden Bestimmungen des Vertrages vom 31. Oktober 1947 jederzeit wieder aufzuheben (§ 2290 aaO). Dies würde nicht im Interesse des Beklagten gelegen haben. Denn er sollte ja auch seinerseits sofort, ohne Rücksicht auf den Eintritt des Erbfalls zu erfüllende Verpflichtungen übernehmen, die seinen Beitritt unbedingt erforderlich machten, weil der Vertrag insoweit ein solcher unter Lebenden war und sein sollte. Es versteht sich unter diesen Umständen von selbst, dass die Erblasserin und die Kläger sich auch gegenüber dem Beklagten binden wollten. Eine solche Bindung konnte aber nur herbeigeführt werden, wenn der Beklagte auch an dem erbrechtlichen Teil des Vertrages als Vertragschliessender beteiligt war. Zieht man aber weiter in Betracht, dass der Vertrag vom 31. Oktober 1947 untrennbar Verfügungen von Todes wegen und Verfügungen unter Lebenden miteinander verband (§ 139 BGB), so ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Berufungsrichter annimmt, dass es dem Willen der Beteiligten entsprach, dass der Beklagte dem Vertrag in seiner Gesamtheit beitreten sollte.

und daß ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen ist, weil ein solcher Beitritt im Hinblick auf die Vorschrift des § 30 TestG nicht möglich war. Eine Verletzung der §§ 139 und 140 BGB kann in dem Ergebnis zu dem der Berufungsrichter kommt, nicht gesehen werden, wie die Revision meint. Lässt sich, wie hier, ein in einer bestimmten Richtung ergehender Wille der Beteiligten ermitteln, so ist das Revisionsgericht durch die Feststellungen des Berufungsrichters, die hier wesentlich auf tatsächlichem Gebiet liegen, gebunden. Ein Verstoss gegen Denkgesetze oder ein Verkennen der Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 139, 140 aaO ist nicht erkennbar. Insbesondere kann dem Berufungsrichter nicht mit der Revision der Vorwurf gemacht werden, dass er Umstände, aus denen sich etwa ein entgegenstehender Wille der Kläger und der Erblasserin entnehmen lässt, nicht beachtet habe. Wenn § 5 Abs 1 des Vertrages vorsieht, dass diejenigen Verfügungen, die nicht erbvertraglich getroffen werden können, als einseitig letztwillige oder als verfassungsmässige unter Lebenden aufrechterhalten bleiben sollen, so kann aus dieser Bestimmung für die hier zu entscheidende Frage nichts entnommen werden. Denn diese Klausel, die vom Notar ersichtlich mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 1941 Abs 1 BGB aufgenommen ist, soll nur klarstellen, dass einzelne Verfügungen von Todes wegen, die in dem Vertrag enthalten sind, dann als letztwillige oder solche unter Lebenden aufrechterhalten werden sollen, wenn sie ihrem Inhalt nach nicht durch Erbvertrag getroffen werden können. Die Anwendung dieser Vertragsklausel setzt also das Zustandekommen des Vertrages als solchen voraus. Ein rechtswirksamer Vertragsschluss ist aber nach den Feststellungen des Berufungsrichters nicht erfolgt. An den unangreifbaren tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils scheitert aber die Möglichkeit, den

Vertrag vom 31. Oktober 1947 in irgendeiner Form als zustandegekommen anzusehen.

Die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die mit der Klage erhobenen Ansprüche nicht bestehen, treffen daher zu. Deshalb war die Revision mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Folge zurückzuweisen.

Schmidt

Ascher

Raske

v. Werner

Bundesrichter Scheffler
ist erkrankt und verhin-
dert, zu unterschreiben.

Schmidt