

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die amtliche Sammlung!

2458 093

21

Gesetz: BGB § 138

Rechtssatz: Setzt ein Ehemann in einem Testament unter gleichzeitiger Enterbung seiner Ehefrau zu Erben seine Kinder und ausserdem eine andere Frau ein, mit der er ehewidrige, wenn auch nicht auf geschlechtlichem Gebiet liegende Beziehungen unterhalten hat, und bevorzugt er die Frau sogar vor den Kindern, so können solche Bestimmungen des Testaments, in denen diese Frau bevorzugt bedacht wird, wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig sein.

Aktenzeichen: IV ZR 53/54

Urteil des BGH vom 6. Mai 1954

OLG Köln

11
IV ZR 53/54

Verkündet
am 6. Mai 1954
Wüst, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Ernst August R [REDACTED] in K [REDACTED], D [REDACTED]
Str. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die kaufm. Angestellte Margarete A [REDACTED] in O [REDACTED],
B [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1954 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske, Dr. v. Werner, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
30. Dezember 1953 teilweise aufgehoben und wie folgt
gefasst:

"1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil

- 2 -

der 2. Zivilkammer des Landgerichts in Bonn vom 12. Mai 1953 teilweise geändert.

2. Es wird festgestellt, dass das Testament des am 25. November 1951 verstorbenen August Wilhelm R. [REDACTED] nichtig ist, soweit in ihm bestimmt ist,

- a) dass die Beklagte bei der Erbteilung den gesamten Inhalt an Möbeln und Einrichtungsgegenständen, Kleidern, Wäsche, Hausrat usw. des ihr auf Grund der Teilungsanordnung zufallenden Grundstücks erhalten soll,
 - b) dass mit den der Beklagten auf Grund der Teilungsanordnung zufallenden Gegenständen deren Erbteil völlig abgegolten sein, eine Bewertung der Gegenstände auf den Zeitpunkt des Erbfalles nicht geschehen und die Bestimmung, dass damit der Erbteil der Beklagten abgegolten sei, ohne Rücksicht darauf gelten soll, ob die Gegenstände im Augenblick des Erbfalles etwa objektiv betrachtet mehr oder weniger wert sind,
 - c) dass im Innenverhältnis der drei Erben untereinander der der Ehefrau R. [REDACTED] zustehende Pflichtteilsanspruch allein zu Lasten der Kinder des Erblassers geht,
 - d) dass die Zuteilung des Inhalts und Zubehörs des der Beklagten zugewiesenen Grundstücks an diese mit grösstmöglicher Beschleunigung nach dem Ableben des Erblassers erfolgen soll,
 - e) dass die Beklagte zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird.
3. Abgewiesen wird die Klage, soweit mit ihr begehrt wird,
- a) festzustellen, dass auch die sonstigen Bestimmungen



des Testaments, in denen die Beklagte bedacht wird, nichtig sind,

- b) die Beklagte zu verurteilen, das Hausgrundstück B. str. in O. zu räumen und an den Kläger sowie Ingelore R. herauszugeben.

4. Im übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen."

II. Die Revision des Klägers wird im übrigen zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger zwei Drittel, die Beklagte ein Drittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1888 geborene, in K [REDACTED] wohnhafte Bankbeamte August Wilhelm R [REDACTED] (der Erblasser) schloss am 1. März 1924 mit der am 16. Mai 1897 geborenen Eleonore K [REDACTED] die Ehe. Aus dieser sind zwei Kinder, der am 30. Dezember 1924 geborene Kläger und die am 5. Januar 1929 geborene Ingelore R [REDACTED] hervorgegangen. Seit dem Jahre 1944 verkehrte die im Jahre 1924 geborene Beklagte, die damals in derselben Bank wie der Erblasser beschäftigt war, in dessen Familie. In der Zeit vom Oktober 1944 bis zum August 1945, in der die Ehefrau und die Tochter des Erblassers von Köln evakuiert waren, lebte die Beklagte mit dem Erblasser in derselben Wohnung, wo sie ihm den Haushalt führte. Im November 1945 erhob der Erblasser Klage auf Ehescheidung. Um dieselbe Zeit trennte er sich von seiner Ehefrau. In dem Scheidungsrechtsstreit brachte diese vor, ihr Mann unterhalte ehebrecherische oder ehewidrige Beziehungen zu der jetzigen Beklagten. Die Klage wurde durch Urteil des Landgerichts in Köln vom 3. August 1946 abgewiesen, die von dem damaligen Kläger eingelegte Berufung durch Urteil des Oberlandesgerichts in Köln vom 6. März 1947 zurückgewiesen. In dem Urteil des Oberlandesgerichts wird ausgeführt, es könne nicht festgestellt werden, dass unerlaubte Beziehungen zwischen dem damaligen Kläger und der in dem Ehescheidungsrechtsstreit als Zeugin vernommenen jetzigen Beklagten bestanden hätten, doch sei der Ehefrau kein Vorwurf daraus zu machen, dass sie aus den gesamten Umständen Beziehungen geargwöhnt habe, die sich mit den Pflichten eines Ehemannes nicht vereinbaren liessen.

Nach der rechtskräftigen Abweisung der Scheidungsklage nahmen die Ehegatten die häusliche Gemeinschaft nicht wieder auf. Inzwischen hatte auch die Beklagte die Bezie-

hungen zu dem Erblasser und seiner Familie abgebrochen. Im Jahre 1947 zog jedoch die Mutter der Beklagten zusammen mit dieser zu dem Erblasser, der nach O [REDACTED] übergesiedelt war, um ihm den Haushalt zu führen. Als die Mutter der Beklagten im Juli 1948 starb, übernahm die Beklagte gegen ein Gehalt von monatlich 100,-- DM und freie Station die Führung des Haushalts.

Am 28. März 1951 errichtete der Erblasser, der wenige Tage vorher an einem Prostataleiden erkrankt war, ein Testament folgenden Inhalts:

- "1. Ich setze zu meinen Erben ein meine Kinder Ernst August R [REDACTED] (den Kläger), Fräulein Ingelore R [REDACTED], sowie Fräulein Margret A [REDACTED] in O [REDACTED] (die Beklagte) zu je einem Drittel des Nachlasses.
2. Ich bestimme folgende Teilungsanordnung:
Frl. Margret A [REDACTED] soll bei der Erbteilung das Hausgrundstück B [REDACTED] str. [REDACTED] mit Garten in O [REDACTED] so wie es im Grundbuch verzeichnet ist, nebst dem gesamten Inhalt an Möbeln und Einrichtungsgegenständen, Kleidern, Wäsche, Hausrat, usw. erhalten, und zwar zur völligen Abgeltung ihres Erbteils. Eine Bewertung der Frl. A [REDACTED] durch diese Teilungsanordnung zugewiesenen Gegenstände soll auf den Zeitpunkt des Erbfalles nicht geschehen. Die Bestimmung, dass damit der Erbteil von Margret A [REDACTED] abgegolten ist, soll ohne Rücksicht darauf gelten, ob die Gegenstände im Augenblick des Erbfalles etwa objektiv betrachtet mehr oder weniger wert sind.
3. Im Innenverhältnis der drei Erben untereinander geht der der Ehefrau R [REDACTED] für den Fall, dass sie mich überlebt, zustehende Pflichtteilsanspruch allein zu Lasten meiner Kinder Ernst August und Ingelore R [REDACTED].
4. Die Zuteilung des Hausgrundstücks B [REDACTED] str. [REDACTED] nebst Inhalt und Zubehör an Frl. Margret A [REDACTED] gemäss der vorstehenden Teilungsanordnung soll mit grösstmöglicher Beschleunigung nach meinem Ableben erfolgen.

Zu meinem Testamentsvollstrecker bestimme ich die Miterbin Fräulein Margret A [REDACTED]."

Am 25. November 1951 starb der Erblasser. Die Beklagte hat das Amt des Testamentsvollstreckers nicht angenommen.

Der Kläger behauptet, die Beklagte habe zu dem Erblasser in ehebrecherischen Beziehungen gestanden. Mit Rücksicht hierauf habe der Erblasser sie in seinem Testament bedacht. Der Kläger hält deshalb die letztwillige Verfügung, soweit der Beklagten in ihr Zuwendungen gemacht sind, für sittenwidrig und nichtig.

Er hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Testament nichtig sei, soweit es die Beklagte bedenke,
2. die Beklagte zu verurteilen, das Hausgrundstück in O [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED], zu räumen und an ihn sowie Ingelore R [REDACTED] herauszugeben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat das Vorbringen des Klägers bestritten.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 12. Mai 1953 den Klaganträgen entsprochen. Auf die von der Beklagten eingelegte Berufung hat das Oberlandesgericht durch Urteil vom 30. Dezember 1953 die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter.

Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine letztwillige Verfügung, wenn ihre Wirksamkeit auch nicht mehr nach der aufgehobenen Vorschrift des § 48 Abs. 2 TestG zu beurteilen ist, gegen die guten Sitten verstösst und nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, soweit sie Zuwendungen enthält, mit denen ein verheirateter Mann eine Frau für ehebrecherischen Verkehr, den beide unterhalten haben, belohnen will, oder soweit er sie durch die Zuwendung zur Fortsetzung solchen Verkehrs bestimmen will (RG JW 1910, 6; 1911, 29). Die Rechtsprechung hat dem ehebrecherischen Verkehr in dieser Hinsicht anderen, den guten Sitten widersprechenden und den Verdacht des Ehebruchs begründenden Verkehr gleichgestellt (RG Warn. 1929, 166 [167]). Sie hat aber eine letztwillige Zuwendung, auch wenn die bedachte Frau zu dem Erblasser in einem ehebrecherischen oder ehewidrigen Verhältnis gestanden hatte, nicht in jedem Fall als ungültig angesehen. Wurde der Erblasser zu dieser nicht vor allem durch seine erotischen Beziehungen zu der Frau veranlasst, waren vielmehr für sie in erster Linie oder jedenfalls massgeblich neben diesen Beziehungen auch andere beachtenswerte Beweggründe bestimmend, etwa der Umstand, dass die Frau dem Erblasser wertvolle Dienste geleistet hatte, dass sie durch die Verbindung mit ihm andere Möglichkeiten, ihr Leben zu gestalten, aufgegeben hatte, dass er an ihr begangenes Unrecht sühnen oder seiner Verantwortung für ihre von ihm erzeugten Kinder gerecht werden wollte, so ist eine derartige Verfügung ganz oder teilweise als gültig angesehen worden (RG Warn. 1910, 388; 1928, 342 [345]; 1934, 193 [194]; RG LZ 1927, 531 [533]; OGHZ 1, 249 [251, 253]; ebenso zu § 48 Abs. 2. TestG: RG SeuffArch. 95, 17 [19]; 96, 59 [60]; OLG Düsseldorf DR 1940, 1424). Doch ist in den Erkenntnissen wieder-

holt betont worden, dass bei der Entscheidung der Frage, ob die letztwillige Verfügung nach ihrem Beweggrund, Inhalt und Zweck unsittlich ist, alle Umstände des Falles zu berücksichtigen sind, und dass sich feste Regeln nicht aufstellen lassen, dass vielmehr das jeweilige Gesamtbild entscheidend ist. So dürfen, wenn die Beziehungen zwischen dem Erblasser und der bedachten Frau längere Zeit hindurch bestanden, deren verschiedenartige Auswirkungen nicht außer acht gelassen werden, und es kann auch von Bedeutung sein, wen die Schuld an einer eingetretenen Zerrüttung der Familienverhältnisse des Erblassers trifft, sowie ferner, ob es den Angehörigen des Erblassers nach sittlichen Grundsätzen zuzumuten ist, die Bedachte als Alleinerbin oder neben sich als Miterbin oder Vermächtnisnehmerin anzuerkennen (RG Warn. 1929, 166 [168]; RG DR 1940, 2167 [2168]; OGHZ 3, 158 [161, 162]; sowie zu § 48 Abs. 2 TestG: RG SeuffArch. 96, 145 [146]).

Die Rechtsprechung hat weiter den Satz entwickelt, dass bei langjährigem ehebrecherischem Umgang des Erblassers mit der bedachten Frau diese zu beweisen habe, die Zuwendung sei den Umständen nach nicht sittenwidrig (RG SeuffArch. 96, 171; OGHZ 1, 249 [252]; ähnlich RGZ 166, 395 [399]; OLG München HRR 1937 Nr. 495). Auch im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht, obwohl es ehebrecherische oder andere auf geschlechtlichem Gebiet liegende Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Beklagten nicht für erwiesen hält, wegen des von ihm trotzdem als ehewidrig angesehenen Charakters des zwischen beiden bestehenden Verhältnisses angenommen, es sei Sache der Beklagten, ein Motiv für ihre Bedenkung nachzuweisen, das frei von einem unsittlichen Inhalt sei. Ob das Berufungsgericht die Verteilung der Beweislast richtig vorgenommen hat, kann dahinstehen. Schon von seinem Standpunkt

aus kam es, abgesehen von der Frage, ob geschlechtliche Beziehungen bestanden hatten, auf die Beweislast nicht an, da das Berufungsgericht von der Annahme aus, dies sei nicht der Fall gewesen, zu dem positiven Ergebnis gelangt ist, dass die letztwillige Verfügung des Erblassers zugunsten der Beklagten den ganzen Umständen nach nicht mit dem Makel der Unsittlichkeit behaftet sei. Wenn der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht in vollem Umfang zu folgen ist, so gestattet der von den Parteien vorgetragene und der festgestellte Sachverhalt doch seine Beurteilung daraufhin, ob und in welchem Umfang das Testament des Erblassers gegen die guten Sitten verstösst. Auf die Beweislast braucht dabei nicht zurückgegriffen zu werden. Wem diese obliegt, wenn der Erblasser zu der bedachten Frau zwar in einem ehewidrigen Verhältnis steht, auf dem geschlechtlichen Gebiet liegende Verfehlungen jedoch nicht festgestellt sind, ist hier mithin unerheblich.

Zu der Frage der Sittenwidrigkeit, die sich als eine Rechtsfrage darstellt, hat das Revisionsgericht von sich aus Stellung zu nehmen (RGZ 160, 52 [56]).

2. Die Revision wendet sich bereits dagegen, dass es sich nach der Auffassung des Berufungsgerichts nicht feststellen lässt, ob der Erblasser durch die der Beklagten gemachten Zuwendungen deren geschlechtliche Hingabe an ihn belohnen oder erreichen wollte. In dem Berufungsurteil wird zunächst ausgeführt, der Erblasser habe das Testament errichtet, nachdem er wenige Tage zuvor an einem Prostataleiden erkrankt sei, das sich ständig verschlimmert und nach 6 Monaten seinen Tod herbeigeführt habe. Der Erblasser habe auch den Ernst der Krankheit sogleich erkannt, da er sonst nicht alsbald das Testament errichtet hätte. Bei der Art seines Leidens könne er an einen

Geschlechtsverkehr nicht mehr gedacht haben, so dass die Annahme, er habe solchen Verkehr mit der Beklagten durch die Erbeseinsetzung ermöglichen wollen, ausscheide. Es sei deshalb unerheblich, ob die Beklagte von dem Inhalt des Testaments Kenntnis gehabt habe.

Die Revision bringt vor, die Feststellung, dass das Prostataleiden zum Tode des Erblassers geführt habe, habe in dem in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt keine Grundlage. Der Kläger würde, wenn er darauf hingewiesen worden wäre, unter Beweis gestellt haben, dass der Erblasser an einer Embolie gestorben sei. Er würde sich ferner auf ein ärztliches Gutachten dafür berufen haben, dass der Erblasser trotz seiner Krankheit zur Ausübung des Geschlechtsverkehrs noch in der Lage gewesen sei. Letzteres hatte der Kläger bereits in seinem nachgereichten Schriftsatz vom 18. Dezember 1953 behauptet, wie er auch vorgebracht hatte, nicht die Tochter des Erblassers, sondern die Beklagte habe wegen der zwischen ihr und dem Erblasser bestehenden erotischen Beziehungen nachts in dessen Krankenzimmer schlafen sollen.

Die Rügen greifen jedoch nicht durch. Auch wenn der Tod des Erblassers unabhängig von seinem Prostataleiden eingetreten sein sollte und dieses eine geschlechtliche Betätigung nicht ausschloss, so würde den ganzen Umständen nach die Möglichkeit, dass die Einsetzung der Beklagten zur Miterbin sie zur geschlechtlichen Hingabe an den Erblasser geneigt machen sollte, doch nur dann in Betracht kommen, wenn bereits vorher geschlechtliche Beziehungen zwischen ihnen bestanden hatten. Die Annahme, dass der an einem schweren Leiden erkrankte Erblasser nunmehr erst mittels der Erbeseinsetzung geschlechtliche Beziehungen zu

der Beklagten anzuknüpfen unternahm, scheidet nach dem von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt aus. Es beweist auch, wie in dem Berufungsurteil gesagt wird, nichts für unerlaubte Beziehungen auf diesem Gebiet, wenn die Beklagte später verschiedentlich die Nächte in dem Krankenzimmer des Erblassers zubrachte. Entscheidend kommt es also darauf an, ob bereits vor der Testamentserrichtung derartige Beziehungen bestanden.

Auch sie hält das Berufungsgericht nicht für erwiesen, wie sie in dem Ehescheidungsrechtsstreit, der zwischen dem Erblasser und seiner Ehefrau schwebte, gleichfalls nicht hatten festgestellt werden können. Zwar habe der Erblasser, so wird in dem Berufungsurteil ausgeführt, etwa von der Zeit der Beendigung des Ehescheidungsprozesses an bis zu seinem Tode mit der Beklagten zusammen in O [REDACTED] gewohnt; auch für diese Zeit sei aber selbst unter Berücksichtigung der früheren Vorgänge ein Geschlechtsverkehr nicht festgestellt. Die Zeugin Ingelore R [REDACTED], die Tochter des Erblassers, die mit der Beklagten das Schlafzimmer in O [REDACTED] geteilt habe, habe diese allerdings durch ihre Aussage stark belastet. Sie habe bekundet, sie sei im Februar 1951 nach einer nächtlichen Abwesenheit morgens gegen 6 Uhr unvermutet in die Wohnung ihres Vaters zurückgekehrt und habe in ihrem und der Beklagten gemeinsamem Schlafzimmer beide Betten benutzt vorgefunden. Die Aussage sei, so fährt das Berufungsgericht fort, jedoch unzuverlässig. Die Zeugin sei nämlich ebenso wie der Kläger am Ausgang des Rechtsstreits interessiert und möge sich von dem unbewussten Bestreben haben leiten lassen, etwas Ungünstiges über die Beklagte auszusagen; es sei auch zweifelhaft, ob die Zeugin sich in einer Verfassung befunden habe, die jedes Bedenken gegen ihre Fähigkeit zu einer verlässlichen Wahrnehmung ausschliesse. Es

sei möglich, dass das zweite Bett in Wirklichkeit in der gerade zu Ende gegangenen Nacht nicht benutzt, sondern am vorhergehenden Tag nicht zugelegt worden sei. Die Zeugin sei selbst ihrer Sache nicht sicher gewesen, denn sie habe der Beklagten keine Vorhaltungen wegen ihrer Beobachtung gemacht, sondern den Verkehr mit ihr unverändert fortgesetzt. Unter diesen Umständen komme es nicht auf die Behauptung des Klägers an, die Zeugin habe damals sogleich in Bestürzung das Haus verlassen und ihrem Bekannten, dem als Zeugen benannten Jacob B. [REDACTED] der vor dem Hause auf sie gewartet habe, von ihrer Wahrnehmung berichtet. Es sei deshalb davon abgesehen worden, ihn zu vernehmen. Ein gemeinsames Übernachten des Erblassers und der Beklagten sei mithin nicht erwiesen. Es scheide die Möglichkeit aus, dass der Erblasser einen Geschlechtsverkehr mit der Beklagten habe belohnen wollen; denn geschlechtliche Beziehungen zwischen beiden seien nicht dargetan.

Die Revision ist der Auffassung, dass das Berufungsgericht sich bei der Würdigung der Aussage der Zeugin R. [REDACTED] von rechtsirrtümlichen Erwägungen habe leiten lassen, und dass es in diesem Zusammenhang auch Beweisanträge des Klägers zu Unrecht übergangen habe. Die von der Zeugin bekundeten Tatsachen könnten nicht unbewusst falsch angegeben sein. Das Interesse eines Zeugen am Ausgang des Rechtsstreits rechtfertige noch keinen Schluss auf seine Unglaubwürdigkeit. Auch sei die Annahme, dass die Zeugin, als sie die Beobachtung gemacht habe, sich in schlechter Verfassung befunden haben könne, willkürlich, sie entbehre jeder Begründung. Dass das Bett der Zeugin noch von der vorhergehenden Nacht aufgedeckt gewesen sei, sei nicht erwiesen; indem das Berufungsgericht diese von der Beklagten selbst nicht behauptete Möglichkeit in Rechnung stelle, verstosse es gegen die Regeln des Beweises des

ersten Anscheins. Als unglaubwürdig habe das Berufungsgericht die Zeugin ferner nicht deshalb bezeichnen dürfen, weil sie der Beklagten seinerzeit keine Vorhaltungen gemacht habe, denn solche Vorhaltungen würden erfahrungsgemäss dazu geführt haben, dass die Zeugin aus dem Hause gewiesen worden wäre. Das Berufungsgericht habe sich auch nicht mit dem Antrag des Klägers, die Zeugin R. zu beidigen, auseinandergesetzt. Nach Ansicht der Revision hätte es schliesslich der Vernehmung des Zeugen B. mindestens darüber bedurft, in welcher Verfassung die Zeugin R. sich an jenem Morgen befunden habe, sowie über seine eigenen das Verhältnis der Beklagten und des Erblassers betreffenden Wahrnehmungen, für die er gleichfalls als Zeuge benannt worden sei. Ebenso hätte die Witwe des Erblassers vernommen werden müssen, die dafür benannt worden sei, dass auch sie im Jahre 1945 bei ihrer Rückkehr nach K. zwei benutzte Betten im Schlafzimmer vorgefunden habe.

Diese Rügen gehen sämtlich fehl. Das Berufungsgericht, das die Bekundungen der Zeugin R. zu würdigen hatte, ohne dabei an bestimmte Regeln gebunden zu sein, konnte an sich Zweifel in die Objektivität der Zeugin setzen, für die der Ausgang des Rechtsstreits selbst von Bedeutung ist. Allerdings hätte es alle Mittel, um sich über die Zuverlässigkeit der Zeugin zu vergewissern, erschöpfen müssen, soweit es darauf ankam. Wenn es dem Berufungsgericht möglich erschien, dass die Zeugin sich von dem unbewussten Streben hatte leiten lassen, etwas Ungünstiges über die Beklagte auszusagen, so hätten dahingehende Unklarheiten möglicherweise durch die Vernehmung des Zeugen B. beseitigt werden können, denn der Zeuge war dafür benannt, dass die Zeugin R. ihm von ihrer Beobach-

tung, unmittelbar nachdem sie diese gemacht hatte, berichtet habe. Der Zeuge B. hätte unter Umständen auch sagen können, dass die Fähigkeit der Zeugin R. zu zuverlässigen Wahrnehmungen an jenem Morgen nicht durch Übermüdung oder andere Umstände beeinträchtigt war. Aber selbst wenn der Zeuge B. die Behauptungen des Klägers bestätigt hätte, so würde das Berufungsgericht, wie das Urteil ergibt, aus den Angaben der Zeugin R. nicht gefolgert haben, dass der Erblasser die Nacht zusammen mit der Beklagten in einem Zimmer verbracht haben müsse. Die Möglichkeit, dass nicht der Erblasser dieses Bett benutzt hatte, besteht nach Auffassung des Berufungsgerichts in jedem Fall, da es dem Gericht nicht als ausgeschlossen erscheint, dass das Bett noch vom Vortage her oder aus einem anderen Grunde nicht ordentlich zugelegt worden war; dass nach den Regeln des Beweises des ersten Anscheines hier zunächst das Gegenteil angenommen werden müsste, trifft nicht zu. Es war auch nach den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung nicht unmöglich, daraus, dass die Zeugin in ihrem Verkehr mit der Beklagten keine Änderung eintreten liess, zu schliessen, sie sei sich ihrer Sache nicht sicher gewesen.

Die Beeidigung der Zeugin R. stand im Ermessen des Berufungsgerichts (§ 391 ZPO). Der Umstand, dass das Berufungsgericht in seinem Urteil nichts darüber sagt, weshalb es dem Antrag des Klägers, die Zeugin zu beeidigen, nicht stattgegeben hat, gibt keinen Anhalt dafür, dass es die Grenzen seines Ermessens verkannt oder nicht beachtet hätte. Die Revision hätte dartun müssen, welche Tatsachen die Annahme nahelegen könnten, das Berufungsgericht habe sein Ermessen rechtlich fehlerhaft angewendet (BGH Urteil vom 24. November 1951 - II ZR 65/51 § 13, 147, der Leitsatz der Entscheidung ist in NJW 1952, 384 veröffentlicht).

Das Berufungsgericht brauchte den Zeugen B. auch nicht über die Beobachtungen zu vernehmen, die der Zeuge bei seinem Verkehr im Hause des Erblassers hinsichtlich des Verhältnisses zwischen diesem und der Beklagten gemacht hatte. Der Kläger hatte behauptet, dem Zeugen sei "aus einer Reihe bestimmter Einzelheiten" klar geworden, dass die Beziehungen zwischen den beiden Personen weder die eines Chefs zu seiner Angestellten noch die eines Vaters zu seinem Kind noch die eines Hausherrn zu einer Hausangestellten oder Haushälterin gewesen seien. Es kann dahinstehen, ob zu verlangen gewesen wäre, dass der Kläger die Tatsachen, über die der Zeuge aussagen sollte, bestimmter hätte angeben müssen. Dass der Erblasser mit der Beklagten geschlechtlichen Umgang gehabt hätte, sollte der Zeuge nicht bekunden, wie das Beweisangebot erkennen lässt; dafür aber, dass der Erblasser eine starke Zuneigung zu der Beklagten gefasst hatte und dieser Raum gab, bedurfte es keines weiteren Beweises, da das Berufungsgericht ohnehin dahingehende Feststellungen getroffen hat.

Das Beweisangebot, die Witwe des Erblassers darüber zu vernehmen, dass sie einmal im Schlafzimmer zwei benutzte Betten vorgefunden habe, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoss unbeachtet gelassen. Der Kläger hatte seine dahingehende Behauptung erstmals in dem Schriftsatz aufgestellt, dessen Nachreichung nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ihm nach § 272a ZPO gestattet worden war. Wenn in dem Tatbestand des Berufungsurteils wegen aller Einzelheiten auf den Inhalt der Akten und Beiakten Bezug genommen wird, so lässt sich dem nicht entnehmen, dass die in Frage stehende Behauptung bereits in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurde; in dem nachgereichten Schriftsatz aber durfte der Kläger sich nur zu Behauptungen der Beklagten erklären, die ihm nicht

rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung mitgeteilt worden waren, nicht mehr durfte er aber in diesem Zeitpunkt selbständige neue Behauptungen aufstellen (BGH Urteil vom 20. Oktober 1952 - IV ZR 99/52 § 167).

3. Der Kläger hat mithin nicht den Beweis dafür erbracht, dass der Erblasser mit der Beklagten in ehebrecherischen Beziehungen stand. Ebensowenig vermochte das Berufungsgericht festzustellen, dass beide sonst die auf dem geschlechtlichen Gebiet gebotene Zurückhaltung verletzt hätten. Wohl aber muss es, wie sich aus dem Berufungsurteil ergibt, dem Erblasser und der Beklagten zum Vorwurf gemacht werden, dass sie ihren persönlichen Verkehr, durch den sie bereits früher den Verdacht unerlaubter Beziehungen erweckt hatten, ^{Zeit} einige nach der Abweisung der Scheidungsklage des Erblassers nicht nur fortsetzten, sondern enger als vorher gestalteten, obwohl ihnen beiden deutlich geworden war, dass das der Wiederherstellung eines guten ehelichen Verhältnisses zwischen dem Erblasser und seiner Frau hindernd im Wege stehen musste. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass die Ehefrau des Erblassers deswegen gegen diesen einen Scheidungsgrund gemäss § 43 EheG gehabt habe.

Für die Frage, ob es unter diesen Umständen gegen die guten Sitten verstösst, dass der Erblasser die Beklagte unter Zurücksetzung seiner Ehefrau als Erbin neben seinen Kindern eingesetzt und ihnen gegenüber durch verschiedene Anordnungen begünstigt hat, ist es nicht ohne Bedeutung, wie es zu der Annäherung des Erblassers an die Beklagte kam, welche Entwicklung ihre Beziehungen nahmen, und wie sich das Verhältnis zwischen dem Erblasser und seiner Familie gestaltete. Die Revision meint, es sei unerheblich, ob die ehewidrigen Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Beklagten durch die Umstände begünstigt worden seien, aber

das ist in dieser Allgemeinheit unrichtig; denn nicht die ehewidrigen Beziehungen als solche sind hier zu beurteilen, vielmehr geht es darum, inwieweit diese Beziehungen die Zuwendung an die Beklagte sittenwidrig erscheinen lassen.

Unangreifbar stellt das Berufungsgericht fest, dem Erblasser sei die Beklagte, die in derselben Bank wie er gearbeitet habe und der Lebenstüchtigkeit, Fleiss und Streb- samkeit zu eigen seien, als Freundin seiner Tochter, die eine Förderung in jeder Hinsicht nötig gehabt habe, geeignet erschienen. Diesen Ausgangspunkt der Bekanntschaft kann die Revision nicht, wie sie dies tut, in Zweifel ziehen; insbesondere geht ihre Rüge, die Feststellung der genannten guten Eigenschaften der Beklagten entbehre jeden Beweises, fehl. Der Kläger hatte zwar bestritten, dass der Erblasser die Beklagte gebeten habe, seine Tochter von unerwünschten Freundinnen fern zu halten, er hatte aber selbst vorgetragen, der Erblasser habe die Beklagte in seine Familie eingeführt, und es sei zunächst ein freundschaftsähnliches Verhältnis zwischen dieser und Ingelore R. ent- standen. Dass die Beklagte, die dem Erblasser in den schweren Zeiten vor und nach dem Zusammenbruch zur Seite ge- standen hatte, fleissig und strebsam sei, konnte das Beru- fungsgericht, das einen persönlichen Eindruck von ihr ge- wonnen hatte, auf Grund des gesamten Sachverhalts ohne weitere-Beweiserhebungen annehmen. Damit war es auch nicht gehindert, im Wege freier Würdigung des Inhalts der Ver- handlungen und der Beweisaufnahme festzustellen, der Erb- lasser habe sich von der Beklagten einen guten Einfluss auf seine Tochter erhofft und ihr deshalb Zugang zu sei- ner Familie gewährt. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich gegen diese Feststellung nichts aus der Tat-

sache herleiten, dass die Beklagte später mit dem Erblasser in Zeiten zusammenwohnte, in denen die Tochter sich nicht bei ihm aufhielt. Davon, dass die Beklagte in dieser späteren Zeit nicht wegen der Freundschaft mit der Tochter in dem Hause des Erblassers lebte, geht auch das Berufungsgericht aus.

Das Berufungsgericht stellt weiter fest, die Beklagte und der Erblasser seien sich in den Notzeiten gegen Ende des Krieges besonders nahe gekommen, als der Erblasser ohne seine Familie in K. lebte. Das damals bestehende starke Streben nach gegenseitiger Hilfeleistung in den Unbilden der Zeit habe beide, die zusammengewohnt hätten, noch enger zusammengeführt. Durch dieses Nehmen und Geben sei eine wechselseitige Verbindlichkeit entstanden. Als die Ehefrau des Erblassers nach vielen Monaten der Abwesenheit im August 1945 nach K. zurückgekehrt sei, habe sich gezeigt, dass die Ehegatten sich stark entfremdet hätten. An der weiteren Zerrüttung der Ehe trage weniger die damals 21 Jahre alte Beklagte eine Schuld als der Erblasser und seine Frau selbst. Nach der Rückkehr der Ehefrau habe die Beklagte die Beziehungen zu dem Erblasser und dessen Familie ganz abgebrochen, und auch während des Scheidungsprozesses und nach dessen Beendigung sei es bei der Trennung geblieben. Erst als im Jahre 1947 die Schwester des Erblassers, die ihn in O. versorgt habe, gestorben sei, habe sich der alleinstehende Erblasser an die Mutter der Beklagten gewendet, deren Ehe gerade geschieden worden sei, und sie veranlasst, seinen Haushalt zu führen. Mit dieser sei die Beklagte nach O. übersiedelt, und sie habe die Haushaltsführung nach dem im Juli 1948 erfolgten Tode ihrer Mutter übernommen. Von da an habe die Beklagte dem Erblasser etwa drei Jahre lang Dienste geleistet, und zwar gegen

eine angemessene Entlohnung, die ausser freier Station monatlich 100,-- DM betragen habe. Für ihre Einsetzung als Erbin werde das Gefühl, sich für die erwiesenen Hausdienste über die Entlohnung hinaus dankbar zu erzeugen, bei dem Erblasser weniger massgebend gewesen sein als Gefühle anderer Art. Die Beklagte habe dem Erblasser menschliche Anteilnahme entgegengebracht und Verständnis für die Enttäuschungen gezeigt, die seine Ehe und Familie ihm gebracht hätten. In dem Erblasser sei das Gefühl stark geworden, dass die Beklagte ihm menschlich näher stehe als Frau und Kinder. Er müsse bei dem Ausbruch seiner Krankheit auch daran gedacht haben, dass die Beklagte der einzige Mensch sei, der ihm in dieser Not beistehen werde. In der Erwartung und zur Anerkennung solcher Dienste, die mit dem Lohn einer Haushälterin nicht ausgeglichen seien, habe der Erblasser die Beklagte in seinem Testament bedacht.

Das Berufungsgericht, das unter diesen Umständen die der Beklagten gemachten Zuwendungen für sittlich unbedenklich hält, berücksichtigt dabei auch die Tatsache, dass der Erblasser seine Kinder in dem Testament gleichfalls zu Erben berufen und also nicht übergangen hat. Besondere sittliche Verpflichtungen gegenüber seinen Kindern, so heisst es in dem Berufungsurteil, habe der Erblasser nicht gehabt, denn weder der Kläger noch seine Schwester hätten sich um die Familie Verdienste erworben. Die Zeugin R. habe vielmehr ihren Eltern schon in jungen Jahren viele Sorgen bereitet, da sie in der Schule schlechte Leistungen und ein tadelnswertes Betragen gezeigt habe; sie habe auch später mehrere Verhältnisse mit Männern unterhalten, die von dem Erblasser missbilligt worden seien, und sie habe diesem die Krankheitspflege ohne beachtlichen Grund versagt. Dafür, dass der Erblasser dies durch Vernachlässigung der Erziehung oder schlechtes Beispiel verschuldet habe, lä-

gen keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Zwar sei er an der Zerrüttung seiner Ehe, die der Entwicklung der Tochter sicher abträglich gewesen sei, nicht schuldlos gewesen, doch sei seine Schuld nicht so gross, dass er deshalb sittlich verpflichtet gewesen wäre, seine Tochter besonders zu bedenken.

Auch diese Ausführungen greift die Revision an. Die sittlichen Verpflichtungen, auf die § 138 BGB abstelle, seien gegenüber jedermann begründet, besonders aber gegenüber den eigenen Kindern. Wenn die Tochter des Erblassers auf Abwege geraten sei und dazu die Entwicklung der Ehe ihrer Eltern beigetragen habe, an der der Erblasser nicht schuldlos gewesen sei, so habe für ihn eine erhöhte Pflicht bestanden, dies wieder gut zu machen. Doch habe der Kläger bestritten, dass seine Schwester einen nicht einwandfreien Lebenswandel geführt habe, und das Berufungsgericht habe sich damit nicht auseinandergesetzt und die angebotenen Beweise nicht erhoben. Es habe auch den Vortrag des Klägers unberücksichtigt gelassen, dass die Beklagte den Erblasser niemals allein gelassen und sich zwischen ihn und seine Tochter gedrängt habe, und dass die Tochter zu der Krankenpflege, zu der sie bereit und willig gewesen sei, bewusst nicht zugelassen worden sei; die sich darauf beziehenden Beweisangebote des Klägers seien gleichfalls übergangen worden. Dessen Vortrag spreche dafür, dass die Beklagte von dem Erblasser jeden fremden Einfluss ferngehalten und sittenwidrig gehandelt habe; auch das habe das Berufungsgericht übersehen.

Der Revision ist zuzugeben, dass sich aus dem Verhalten der Zeugin R. zugunsten der Beklagten nichts herleiten lässt. Die Ausschliessung eines Kindes von der Erbfolge wegen seines anstössigen Lebenswandels mag unter besonderen Umständen sittlich gerechtfertigt sein. Umgekehrt

mag ausnahmsweise für einen Vater, der Erziehungsversäumnisse oder eine andere Schuld gut zu machen hat, ein sittliches Gebot, das Kind in seinem Testament besonders zu bedenken, bestehen. Aber hier kann nach dem beiderseitigen Parteivortrag weder von dem einen noch von dem anderen die Rede sein. Wenn das Berufungsgericht feststellt, die Zeugin R. habe ihren Eltern schon in der Schulzeit Sorgen gemacht und später Verhältnisse mit mehreren Männern unterhalten, so gestattet das noch nicht die Annahme, ihre Zurücksetzung in dem Testament des Vaters zugunsten derjenigen Frau, die die Ehe ihrer Eltern gestört hatte, sei sittlich eher zu billigen als es etwa diejenige eines anderen Kindes sein würde, das seinem Vater weniger Enttäuschungen bereitet hatte. Andererseits bestand hier den gesamten Umständen nach für den Erblasser keine Verpflichtung, seiner durch die Zerrüttung der elterlichen Ehe in ihrer Entwicklung beeinträchtigten Tochter besondere Zuwendungen zu machen. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit der die Beklagte begünstigenden Testamentsbestimmungen kommt es mithin nicht darauf an, ob die Lebensweise der Zeugin R. so war, wie es das Berufungsgericht feststellt, oder ob der Erblasser keinen Anlass gehabt hatte, ihr deswegen Vorwürfe zu machen. Insoweit kann mithin der Auffassung des Berufungsgerichts nicht gefolgt werden, doch bedarf es auch keiner weiteren Aufklärung des Sachverhalts in der hier in Frage stehenden Richtung. Ebensowenig kommt es darauf an, ob die Zeugin R. es seinerzeit ablehnte, die Krankenpflege ihres Vaters zu übernehmen. Da der Erblasser das Testament bereits bei Beginn seiner Erkrankung errichtete, kann dessen Abfassung nicht von dem Verhalten, das die Zeugin R. im Verlaufe der Krankheit ihres Vaters an den Tag legte, beeinflusst worden sein. Im übrigen lag es nahe, dass die Beklagte, da sie nun einmal den Haushalt des Erblassers führte, während die Zeugin R. nach dem eigenen Vortrag der Beklagten in K. berufstätig war,

die Pflege übernahm. Dem Berufungsgericht kann deshalb ebenfalls nicht gefolgt werden, wenn es zugunsten der Beklagten den Umstand verwertet, dass die Zeugin sich an der Krankenpflege nicht habe beteiligen wollen. Es brauchte aber auch der Behauptung des Klägers nicht weiter nachzugehen, die Beklagte habe sich zwischen den Erblasser und seine Kinder gedrängt und ihn niemals mit diesen allein gelassen, und sie habe es auch nicht zugelassen, dass an ihrer Stelle Inge-lore R. die Krankenpflege übernahm. Darauf, wie sich das Zusammenleben des Erblassers, seiner Kinder und der Beklagten im einzelnen gestaltete, kommt es bei der Beurteilung des Sachverhalts nicht an. Entscheidend ist das Gesamtbild, das mit hinreichender Deutlichkeit aus den von dem Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen hervortritt und eine abschliessende Würdigung gestattet.

Dass der Erblasser in dem Testament seine Ehefrau enterbt hat, hält das Berufungsgericht nicht für sittenwidrig. Bei einer zerrütteten Ehe erlaube es die Testierfreiheit dem Ehemann, seine Frau von der Erbfolge auszuschliessen. Davon wäre nach Ansicht des Berufungsgerichts nur eine Ausnahme zu machen, wenn der Erblasser ausser der Ehefrau auch die Kinder übergangen und den ganzen Nachlass ohne einen aner kennenswerten Beweggrund einem anderen zugewendet hätte. Das sei hier nicht geschehen.

Demgegenüber macht die Revision geltend, dass die Ehe des Erblassers gerade durch das Dazwischentreten der in dem Testament bedachten Beklagten zerrüttet worden sei. Daran ist mindestens so viel richtig, dass der Bestand der Ehe, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts früher auch durch Äusserungen der Ehefrau des Erblassers, die diesen herabsetzten, in ihrer Entwicklung beeinträchtigt worden war, durch die zwischen dem Erblasser und der Beklagten

bestehenden Beziehungen weiter erheblich belastet wurde, und dass diese Beziehungen eine Vertiefung der etwa schon vorher eingetretenen Ehezerrüttung herbeiführten, so dass die Ehefrau nach Auffassung des Berufungsgerichts sogar nach § 43 EheG auf Scheidung hätte klagen können. Nicht ohne Grund weist die Revision ferner darauf hin, dass es auch in den Notzeiten der Kriegs- und Nachkriegszeit die Pflicht der Beklagten und des Erblassers um dessen Ehe willen gewesen wäre, alles zu vermeiden, was die Ehegatten weiter auseinanderführen konnte. Es war nicht richtig, dass der Erblasser angesichts der Belastung, die das für seine Ehe bedeuten musste, im Jahre 1947 mit der Mutter der Beklagten diese selbst in sein Haus aufnahm; die Möglichkeit einer Aussöhnung zwischen den Ehegatten wurde dadurch weiter erschwert. Auch das führt die Revision zutreffend an.

Im Mittelpunkt der Darlegungen der Revision steht der Satz, es sei nicht mit dem Sittengesetz zu vereinbaren, wenn wie im vorliegenden Fall ein Ehemann der Frau, durch die seine Ehe zerrüttet worden sei, unter gleichzeitiger Enterbung der Ehefrau etwas vermache und ihr dabei sogar deren Stellung oder die eines Kindes einräume.

In der Tat sprechen diese Umstände hier zwar nicht gegen die Gültigkeit aller die Beklagte begünstigenden Testamentsbestimmungen, wohl aber gegen die Gültigkeit derjenigen, durch die der Beklagten eine bevorzugte Stellung vor allen anderen gesetzlichen Erben eingeräumt worden ist. Seine Ehefrau auf den Pflichtteil zu setzen, stand dem Erblasser allerdings auch dann frei, wenn er selbst die Hauptschuld an der Zerrüttung der Ehe trug, und eine Unwirksamkeit der die Beklagte betreffenden Teile des Testaments kommt auch nicht der Ehefrau, sondern den anderen testamentarischen Erben zugute (§ 2094 Abs. 1

BGB). Die Ehegatten hatten sich bereits längere Zeit vor der Testamentserrichtung - nicht ohne alle Schuld der Ehefrau - endgültig getrennt, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind ehebrecherische Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Beklagten nicht dargetan, die Beklagte sorgte für den Erblasser und dieser glaubte, in ihr einen Menschen gefunden zu haben, der an seinem Schicksal Anteil nahm. Bei diesem Sachverhalt blieb es mit dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden noch in Einklang, wenn der Erblasser die Beklagte in dem Testament, in dem er seine Ehefrau auf den Pflichtteil setzte, in angemessenem Rahmen neben seinen Kindern bedachte. Das mussten die Witwe und die Kinder des Erblassers hinnehmen, möchte es auch sowohl von seiten der Beklagten wie von seiten des Erblassers ein Unrecht gegen sie gewesen sein, dass beide in nahe persönliche Beziehungen getreten waren.

Es liess sich deshalb rechtfertigen, dass der Erblasser die Beklagte in derselben Weise wie seine eigenen Kinder bedachte und sie mit ihnen zu gleichen Teilen als Erbin einsetzte. Das Rechtsgefühl kann es ausserdem hinnehmen, dass die Beklagte das Haus- und Gartengrundstück, auf dem der Erblasser seine letzten Lebensjahre zusammen mit ihr verbrachte und auf dem sie für ihn sorgte, erhält, zumal da noch weiterer Grundbesitz zum Nachlass gehört und dieser den Kindern zufällt. Bei der Sachlage ist auch dem dahingehenden Willen des Erblassers, dass die Beklagte das erwähnte Haus- und Gartengrundstück erhält, die Beachtung nicht grundsätzlich zu versagen.

Dem Sittengesetz widerspricht es jedoch, dass, während die Witwe des Erblassers sich mit dem Pflichtteil begnügen muss, diejenige Frau, deren Beziehungen zu dem

Erblasser sich nachteilig auf die Entwicklung seiner Ehe ausgewirkt haben, durch Zuteilung eines wesentlichen Nachlassgegenstandes vor den aus der Ehe hervorgegangenen Kindern derart befriedigt werden soll, dass ihr dieser ungemindert auch dann zufällt, wenn er im Wert den Erbteil, den sie an sich erhalten soll, übersteigt. Diese Bestimmung könnte unter Umständen die gleichzeitig getroffene Anordnung, die Beklagte solle zu gleichen Teilen wie die Kinder des Erblassers erben, gegenstandslos machen und dazu führen, dass in Wirklichkeit der Erbteil der Beklagten höher als derjenige der anderen Erben ist. Schon die Möglichkeit, dass die Beklagte in dieser Weise vor den anderen Erben bevorzugt ist, ist mit dem, was unter den gegebenen Umständen noch als billig und gerecht erscheinen kann, nicht mehr vereinbar. Die Zuteilung des Grundstücks kann die Beklagte also nur derart verlangen, dass sein Wert auf ihren Erbteil voll angerechnet wird. Die Beklagte müsste also, falls sie die Zuteilung begehrt, bereit sein, den etwa sich ergebenden Mehrwert an die Miterben herauszuzahlen. Sie kann angesichts der Rechtslage, wie sie sich jetzt darstellt, jedoch nicht als verpflichtet gelten, das Grundstück in Anrechnung auf ihren Erbteil zu übernehmen (vgl. über die Teilungsanordnung, nach der die Übernahme eines Gegenstandes in Anrechnung auf den Erbteil erfolgen soll, Kipp-Coing Erbrecht 9. Bearb. § 108 IV 1 und RG DR 1942, 977 [978, 979]; der Fall, dass der Erbe den Mehrwert zu erstatten hat, wird dort allerdings nicht behandelt).

Entsprechendes gilt für die Bestimmung, dass mit den der Witwe des Erblassers zustehenden Pflichtteilsansprüchen nur die Erbteile seiner Kinder belastet sein sollen, nicht aber derjenige der Beklagten. Eine derartige Bestim-

nung ist zwar grundsätzlich eine zulässige Teilungsanordnung im Sinne des § 2048 Satz 1 BGB (RG HRR 1937 Nr. 809); es geht aber nicht an, dass gerade diejenige Frau, an der nicht zuletzt die Erfüllung der Ehe des Erblassers gescheitert ist, nicht einmal diesem Pflichtteilsanspruch soll mit Rechnung tragen müssen, und dass ihr gegenüber die Witwe des Erblassers, die bis zu dessen Tod mit ihm in gültiger Ehe lebte, gleichsam als nicht existierend behandelt werden soll. Demgegenüber spielt es keine Rolle, dass die Kinder, die neben der Beklagten Miterben sind, ihre Mutter später voraussichtlich beerben werden. Dass sie allein im Ergebnis deren Pflichtteilsanspruch erfüllen sollen und damit schlechter als die Beklagte gestellt sind, steht mit den guten Sitten nicht in Einklang.

Es lässt sich mit den guten Sitten ferner nicht vereinbaren, dass die familienfremde Beklagte die gesamte Einrichtung des ihr zugeteilten Hausgrundstücks einschließlich der Kleidung und Wäsche des Erblassers erhält. Es wäre nichts dagegen einzuwenden gewesen, wenn der Erblasser der Beklagten Einrichtungsgegenstände für ihre Wohnung im begrenzten Umfang hätte zukommen lassen, dass sie jedoch den ganzen Hausrat erhalten soll, der sich in dem Hause befindet, in dem der Erblasser seine letzten Lebensjahre verbrachte, wie auch die Kleidung und Wäsche, lässt sich nicht rechtfertigen. Es muss die Familienangehörigen des Erblassers in hohem Maße kränken, wenn sie, die der Natur der Dinge nach die nächsten sind, die Sachen zu übernehmen, die der Erblasser um sich hatte, diese ohne Einschränkung der Beklagten überlassen müssen. Bestimmt eine Testamentsbestimmung Derartiges zugunsten desjenigen, durch den der Familienfrieden gestört worden ist, so wird das allgemein als ein Verstoss gegen die

rechte Ordnung und gute Sitte empfunden.

Nichts anderes lässt sich schliesslich zu der Bestimmung sagen, dass die Beklagte Testamentsvollstreckerin sein solle.

Nach dem in § 2085 BGB ausgesprochenen Grundsatz hat die Unwirksamkeit einzelner in einem Testament enthaltener Verfügungen die Unwirksamkeit der sonstigen darin getroffenen Verfügungen im Zweifel nicht zur Folge. Das gilt auch dann, wenn die Anordnungen, die in einer letztwilligen Verfügung enthalten sind, zum Teil gegen die guten Sitten verstossen (OGHZ 1, 249 [252, 253]). Hier lassen sich diejenigen testamentarischen Bestimmungen, die sich als sittenwidrig darstellen, ohne weiteres von den anderen sondern, so dass dem Willen des Erblassers in nicht unerheblichem Umfang auch insoweit Rechnung getragen werden kann, als er die Beklagte bedacht hat.

4. Weder das Urteil des Oberlandesgerichts, das die Klage abgewiesen, noch dasjenige des Landgerichts, das ihr stattgegeben hat, konnten deshalb in vollem Umfang aufrechterhalten werden. Da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, war vom Revisionsgericht gemäss § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache selbst zu erkennen und das Urteil des Berufungsgerichts teilweise aufzuheben. Es erschien sachgemäss, dieses Urteil völlig neu zu fassen. Unter teilweiser Änderung des Urteils des Landgerichts war festzustellen, dass das Testament des Erblassers in den oben bezeichneten Richtungen nichtig ist. Wenn ausdrücklich ausgesprochen wird, dass auch die Ziffer 4 des Testaments wegfällt, soweit sie den Inhalt und das Zubehör des Grundstücks betrifft, so entspricht das der Feststellung, dass die Zuteilung des Inhalts des Grundstücks an Köbeln und Einrich-

tungsgegenständen, Kleidern, Wäsche, Hausrat usw. an die Beklagte nichtig ist. Nicht soll damit jedoch gesagt werden, dass auch das eigentliche Zubehör des Grundstücks im Sinne von § 97 BGB von der Zuteilung an die Beklagte ausgenommen sei (vgl. §§ 314, 926, 2164 BGB).

Wenn die Beklagte auch das Amt einer Testamentsvollstreckerin nicht angenommen hat, so war es doch sachgemäß, die Nichtigkeit der dahingehenden Testamentsbestimmung ausdrücklich klarzustellen, da das Berufungsurteil nicht ersehen lässt, ob die Beklagte die Ablehnung des Amtes formgerecht erklärt oder die gesetzte Frist für die Erklärung über die Annahme versäumt hat (§ 2202 Abs. 2, 3 BGB) und diese Bestimmung damit gegenstandslos geworden ist.

Abgewiesen werden musste die Klage, soweit der Kläger festgestellt haben will, dass auch andere Bestimmungen des Testaments ungültig seien, und soweit er begehrt, die Beklagte zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks an ihn und seine Schwester zu verurteilen. Einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks erwirbt die Beklagte allerdings erst, wenn sie sich ihren Miterben gegenüber zur Übernahme bereit erklärt, womit sie dann auch die Verpflichtung übernimmt, ihnen den etwaigen Mehrbetrag, um den der Wert des Grundstücks ihren Erbteil übersteigt, zu zahlen. Der Kläger aber könnte derzeit nur Leistung an alle Erben fordern (§ 2039 Satz 1 BGB), nicht dagegen hat er das Recht, von der Beklagten die völlige Aufgabe des Besitzes an dem Grundstück und die Herausgabe allein an ihn und seine Schwester zu verlangen.

5. Über die Kosten aller Rechtszüge war einheitlich zu entscheiden. Von diesen Kosten muss nach den §§ 92 Abs. 1,

97 Abs. 1 ZPO der Kläger zwei Drittel, die Beklagte ein Drittel tragen.

Schmidt

Raske

v. Werner

Scheffler

Wüstenberg