

Verkündet am 23. September 1964
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Ehefrau Mathilde S [REDACTED] geb. G [REDACTED] in K [REDACTED]-V [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],
2. a) des am [REDACTED] 1943 geborenen Lehrlings
Hans G [REDACTED],
b) des am [REDACTED] 1947 geborenen Lehrlings
Günther G [REDACTED],

beide gesetzlich vertreten durch ihre Eltern, den
Lacktechniker Johann G [REDACTED] und Frau Erika G [REDACTED]
geb. D [REDACTED] in K [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Frau Veronika K [REDACTED] in K [REDACTED]-Z [REDACTED],
H [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte;

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. September 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter
Schuster, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Dr. Grell
für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 2. April 1962 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tra-
gen die Erstklägerin die Hälfte und die Zweit-
kläger je ein Viertel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Erstklägerin ist eine Tochter, die Zweitkläger sind die Sohnessöhne des am [REDACTED] 1958 mit 86 Jahren verstorbenen Kaufmanns Markus G. [REDACTED] (Erblasser). Die über 70jährige Beklagte ist eine Nichte der Ehefrau des Erblassers und dessen langjährige Haushälterin.

Der Erblasser hat insgesamt 6 notarielle Testamente errichtet, von denen die 3 ersten (von 1923, 1937 und 1950) sowie das 5. (von 1953) durch das jeweils folgende aufgehoben und das 4. vom 22. Dezember 1952 nach dem Tod der Ehefrau (1955) durch das 6. vom 15. Dezember 1955 geändert wurde.

Nach dem 4. Testament sollte die damals noch lebende Ehefrau des Erblassers und Mutter bzw. Großmutter der Kläger befreite Vorerbin sein und Nacherben zu je 1/3 seine weitere Tochter Anna B. [REDACTED], die Beklagte und (je 1/9) die drei Kinder der Erstklägerin.

Das 5. Testament bedachte die Beklagte (zu ihrem Nacherbtteil) mit einer lebenslänglichen Rente von monatlich 60 DM bis zum Tod der Ehefrau des Erblassers.

Durch das 6. Testament setzte der Erblasser statt seiner jetzt verstorbenen Ehefrau die Beklagte zur befreiten Vorerbin und zu Nacherben zu dem bisher der Beklagten zugedachten Drittel deren Erben ein; zugleich hob er das damit überholte 5. Testament auf.

Seinen Kindern Mathilde (Erstklägerin) und Johann (Vater der Zweitkläger) entzog er bereits durch das 4. Testament den Pflichtteil, weil sie ihn körperlich mißhandelt und ihm nach dem Leben getrachtet hätten.

- 3 -

Die Beklagte ist im Besitz des Nachlasses. Zu ihm gehört insbesondere das Hausgrundstück H [REDACTED] Weg [REDACTED] in K [REDACTED]-Z [REDACTED].

Die Kläger halten die 3 letzten Testamente wegen Sittenwidrigkeit für nichtig, weil sie ausschließlich auf einem ehebrecherischen Verhältnis des Erblassers zur Beklagten und der dadurch verursachten Entfremdung von seiner Familie beruhten; infolgedessen sei das 3. Testament gültig, wonach Erben die 3 Kinderstämme seien. Sie klagen demgemäß auf:

1. Auskunft über den Nachlaßbestand und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände, über die von der Beklagten aus dem Nachlaß gezogenen Nutzungen und geführten erbschaftlichen Geschäfte,

2. Einwilligung zur Eintragung der Erbengemeinschaft zwischen den Abkömmlingen des Erblassers (Kläger und Anna Brauer) als Eigentümer des genannten Grundstücks.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat sie als unbegründet abgewiesen.

Mit der Revision verfolgen die Kläger sie weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt die Rechtswirksamkeit des 6. Testaments offen, weil die Klage jedenfalls wegen Wirksamkeit des 4. Testaments unbegründet sei. Das ist, falls

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



diese Voraussetzung zutrifft, entgegen der Meinung der Revision nicht zu beanstanden:

1. Die Revision ist der Auffassung, auch bei Zugrundelegung des 4. Testaments hätte, weil dieses die Beklagte nur zu $\frac{1}{3}$ und neben ihr zu insgesamt $\frac{2}{3}$ die Kinderstämme bedenke, der Klage in diesem eingeschränkten Umfange stattgegeben werden müssen. Sie übersieht dabei aber, daß die nach dem 4. Testament zu Erben berufenen Abkömmlinge andere Personen sind als die Kläger, nämlich die Kinder der Erstklägerin und die Tochter Anna des Erblassers; infolgedessen steht nach dem 4. Testament den Klägern, da sie nicht Erben sind, weder der Auskunftsanspruch noch der Grundbuchberichtigungsanspruch auch nur zu einem Teil zu; zur Bejahung einer Prozeßstandschaft der Kläger für die (unterstellten) wirklichen Gläubiger dieser Ansprüche fehlt es an einer Grundlage. Damit entfällt bei Gültigkeit des 4. Testaments die Aktivlegitimation der Kläger; auf die weiteren Erwägungen der Revision zu diesem Punkte kommt es deshalb nicht mehr an.

2. Mit Recht verneint das Oberlandesgericht auch die Möglichkeit, daß vom 6. Testament nur der positiv verfügende Teil (Nr. II: Erbeinsetzungen) nichtig, der negative Teil (Nr. I: Aufhebung der Verfügungen im 4. Testament) jedoch gültig sein könnte mit der Wirkung, daß die Beklagte überhaupt nicht zur Erbin berufen (sondern etwa gesetzliche Erbfolge eingetreten) wäre. Soweit sich allerdings das Berufungsgericht hierzu auf § 139 BGB stützt, verweist die Revision mit Recht darauf, daß dieser Bestimmung bei Testamenten die Sondervorschrift des § 2085 BGB vorgeht, wonach die Vermutung nicht für Abhängigkeit, sondern für Unabhängigkeit der einzelnen Verfügungen voneinander spricht (vgl.

dazu Senatsurteil vom 16. September 1959, V ZR 20/59, I M BGB § 2085 Nr. 2). Der Revision ist auch zuzugeben, daß es denkmöglich ist, der Erblasser hätte bei Kenntnis der Nichtigkeit des 6. Testaments (und ihres Grundes) die Beklagte, wie in früheren Testamenten, nur mit einem Vermächtnis bedacht. Aber diese Möglichkeit scheidet nach den tatrichterlichen Feststellungen praktisch aus. Denn aus dem Wortlaut des 6. Testaments (Nr. I: "... aufgehoben und durch folgende Bestimmungen ersetzt") und aus dem dem Gesamtinhalt der tatrichterlichen Feststellungen zu entnehmenden Willen des Erblassers zu fortdauernder möglichst weitgehender Begünstigung der Beklagten ergibt sich, daß die Aufhebung des 4. Testaments, im besonderen seiner die Beklagte bedenkenden Verfügung - nur diese steht hier in Frage - überhaupt nicht als eine Verfügung mit eigenem Inhalt und selbständiger Bedeutung gewollt war. Sie sollte nur in rechtlich überflüssig Weise eine Rechtswirkung klarstellen, die sich bereits aus den, vom 4. Testament abweichenden und den ganzen Nachlaß erschöpfenden, folgenden ("ersetzenden") positiven Verfügung von selbst ergab (§ 2258 Abs. 1 BGB). Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob es sich im vorliegenden Fall überhaupt um "eine von mehreren Verfügungen" im Sinn des § 2085 BGB handelt; wenn ja, ist die Selbständigkeitsvermutung des § 2085 BGB widerlegt. Das ist ersichtlich auch die Auffassung des Berufungsgerichts.

II.

Ohne Rechtsirrtum bejaht das Berufungsgericht die Rechtswirksamkeit der Einsetzung der Beklagten als Erbin im 4. Testament (Nacherbin und über §§ 2102 Abs. 1, 2096 BGB Ersatzerbin zu 1/3) und damit die Rechtswirksamkeit dieses Testaments im ganzen.

1. Der Tatrichter hebt dabei hinsichtlich der Frage der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) auf die tatsächlichen Verhältnisse zur Zeit der Testamentserrichtung, nicht des Erbfalls ab. Das entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 20, 71), an der auch gegenüber den Angriffen insbesondere von Gernhuber (FamRZ 1960, 326 ff, 334/35) festgehalten wird (vgl. dazu neuerdings Birk, FamRZ 1964, 120).

Das Oberlandesgericht unterstellt zugunsten der Kläger, daß der Erblasser bei Errichtung des 4. Testaments trotz bestehender Ehe seit mehr als 40 Jahren zu der Beklagten intime Beziehungen unterhalten und seit etwa 3 Jahrzehnten mit ihr zusammen gelebt, dadurch seine Ehe völlig zerrüttet, den familiären Frieden tiefgreifend zerstört und sich und seinen Angehörigen die Mißachtung der Umwelt zugezogen hatte. Es hält diese Umstände jedoch noch nicht für ausreichend, um die letztwillige Bedenkung der Beklagten im 4. Testament in jedem Fall sittenwidrig und unwirksam zu machen, sondern stellt darauf ab, ob die geschlechtlichen Beziehungen des Erblassers zur Beklagten das (wenigstens) überwiegende Motiv für ihre Bedenkung waren (BU S. 23/25), oder ob die Art und Weise, wie er den Nachlaß unter seine Angehörigen und die Beklagte verteilte, sittlich untragbar war (BU S. 25-29). Diese Differenzierung entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, welche an die des Reichsgerichts anknüpft (BGHZ 20, 71; LM BGB § 138 (Cd) Nr. 2, 9, 11; Urteil vom 15. Juni 1955, IV ZR 80/55, FamRZ 1963, 287; Senatsurteil vom 8. Januar 1964, V ZR 5/62). Auch an der Grundlinie dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Daß es für die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts im Sinne von § 138 BGB auch auf die subjektive Einstellung des Erklärenden ankommen kann, ist allgemein anerkannt. Als allein maßgebend sieht es die Rechtsprechung nicht an.

Die kritische Untersuchung von Gernhuber (aaO) zeigt keine überzeugende andere Möglichkeit, dieses schwierige Problem in einer für die Praxis befriedigenden Weise zu lösen.

2. Im einzelnen erwägt das Oberlandesgericht zur Frage des überwiegenden Beweggrundes:

Motiv des Erblassers für die Bedenkung der Beklagten im 4. Testament sei nicht gewesen, sie zur Fortsetzung des Liebesverhältnisses zu bestimmen; denn damals seien er 70 und sie 61 Jahre alt gewesen. Genau so wenig sei nach den gesamten Umständen anzunehmen, daß er sie für (frühere) geschlechtliche Hingabe habe belohnen wollen. Der überwiegende Zweck ihrer testamentarischen Begünstigung sei vielmehr ersichtlich gewesen, die Beklagte für ihren Lebensabend sicherzustellen. Dieses im Vordergrund stehende Motiv lasse seine letztwillige Verfügung ihrem Inhalt nach moralisch vertretbar erscheinen: Sei sein Zusammenleben mit der Beklagten auch unsittlich und ein großes Unrecht gegenüber seiner Familie gewesen, so seien ihm dessen ungeachtet aus dieser Verbindung gegenüber der Beklagten sittliche Verpflichtungen erwachsen. Dabei müßten das Zustandekommen des Verhältnisses wie auch seine Auswirkungen berücksichtigt werden: der Erblasser habe die Beklagte, als sie fast noch ein Kind war, in seinen Haushalt aufgenommen, sie schon wenige Jahre später verführt und allmählich ganz unter seinen Einfluß gebracht; infolgedessen habe sie darauf verzichtet - gewiß nicht ohne eigenes Verschulden -, ihr Leben anders zu gestalten und sich eine vom Erblasser unabhängige Existenz zu schaffen; die Beklagte habe über mehrere Jahrzehnte einen wesentlichen Teil ihrer Arbeitskraft dem Erblasser zur Verfügung gestellt indem sie ihm den Haushalt führte und ihn betreute; sie habe deshalb keine Möglichkeit gehabt, für ihr Alter entsprechend vorzusorgen, habe aber andererseits auch damit rechnen dürfe

daß der Erblasser sie ausreichend testamentarisch bedenken werde; umgekehrt sei es für den Erblasser bei Errichtung des 4. Testaments voraussehbar gewesen, daß die Beklagte nach seinem Tode angesichts ihres schon beträchtlichen Alters nicht mehr in der Lage sein werde, ihren Unterhalt selbst zu bestreiten. In erheblichem Maße werde die Erbsatzung der Beklagten auch insoweit gerechtfertigt, als sie eine nachträgliche Belohnung ihrer jahrzehntelangen unentgeltlichen Dienste im Haushalt des Erblassers darstelle. Ihre Leistungen seien nicht dadurch ausgeglichen, daß der Erblasser ihr den Unterhalt gewährt und das Gemüsegeschäft eingerichtet habe.

Die Revisionsangriffe hiergegen sind unbegründet.

Entgegen der Meinung der Revisionskläger hat das Berufungsgericht nicht angenommen, Zuwendungen eines verheirateten Mannes an eine Frau seien nur dann sittenwidrig, wenn damit ihre geschlechtliche Hingabe entweder belohnt oder erreicht werden sollte (das Wörtchen "nur" ist im Berufungsurteil abweichend vom Zitat der Revisionsbegründung nicht enthalten).

Wenn das Berufungsgericht beim Erblasser trotz der in diesem Zusammenhang nochmals betonten Unsittlichkeit und des erheblichen Unrechtscharakters seines Zusammenlebens mit der Beklagten sittliche Pflichten ihr gegenüber bejaht, so meint es damit ersichtlich eine Pflicht zu ihrer Altersversorgung in einem gewissen, durch das 4. Testament nicht überschrittenen Umfang. Diese Auffassung ist entgegen der Meinung der Revision rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Revision verweist auf das im Testament erwähnte frühere Versprechen des Erblassers an die Beklagte, sie letztwillig zu bedenken, und meint, dieses Versprechen sei

als Belohnung für geschlechtliche Hingabe anzusehen. Aber mit dieser letzteren Würdigung steht die Revisionsbegründung zugegebenermaßen im Widerspruch zu der ersichtlichen Auffassung des Berufungsgerichts. Das Versprechen ist ferner entgegen dem Vortrag der Revision nicht im 4., sondern im 6. Testament erwähnt und als Grund für die dortige Bedenkung angegeben; über Zeitpunkt und nähere Umstände der Versprechensabgabe ist weder aus dem Berufungsurteil noch aus einem etwa von der Revision in Bezug genommenen Tatsachenvortrag der Kläger in den Vorinstanzen etwas ersichtlich; unter diesen Umständen brauchte sich das Berufungsgericht mit diesem Punkt nicht ausdrücklich zu befassen; weder § 133 noch der nur für Verträge geltende § 157 BGB ist verletzt.

Auf die Entscheidungen RG DR 1940, 2167 und OGHZ 1, 249 hat sich das Berufungsgericht nur dafür bezogen, daß Belohnung wertvoller Dienste je nach Sachlage für Rechtswirksamkeit der Bedenkung der Geliebten sprechen kann; diese Bezugnahme trifft zu und wird nicht dadurch entkräftet, daß jene Fälle mit dem jetzigen nicht in allen Punkten gleich liegen. Der zweite in Bezug genommene Entscheidungsfall weicht übrigens zuungunsten der Kläger vom jetzigen insofern ab, als dort die Haushalts- und Pflegedienste der Geliebten sich auf einen kürzeren Zeitraum beschränkten und die Verwandten überhaupt nicht bedacht wurden. Daß dieses Urteil weiter annimmt, beim Bestehen intimer Beziehungen zwischen einem Erblasser und der letztwillig bedachten Frau müsse diese dartun, daß jene Beziehungen nicht überwiegendes Motiv der Bedenkung gewesen seien (ebenso das genannte Senatsurteil vom 8. Januar 1964), spielte für das Berufungsgericht keine Rolle, da es nicht nach Beweisfähigkeit entschieden, sondern das Überwiegen eines anderen, sittlich nicht zu beanstandenden Motivs positiv festgestellt hat.

Daß der Erblasser der Beklagten schon zu Lebzeiten ein Gemüsegeschäft eingerichtet hat, hebt das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ausdrücklich hervor. Daß es dabei nicht auch an die damit verbundene Raumüberlassung (erst Torcinfahrt in K■■■■-N■■■■, seit 1928 hälftiger Laden in K■■■■-Z■■■■) gedacht hätte, wie die Revision rügt, ist nicht anzunehmen, da das Berufungsgericht im Tatbestand seines Urteils diese räumlichen Verhältnisse ausführlich darlegt. Damit wird entgegen der Meinung der Revision die Annahme nicht erschüttert, der Erblasser habe der Beklagten zu seinen Lebzeiten keinen Barlohn gezahlt; daß die von ihm gewährten Leistungen Geldwert hatten, wird vom Berufungsgericht nicht verkannt.

Daß das Zusammenleben des Erblassers mit der Beklagten ein großes Unrecht gegenüber seiner Familie war, die Ehe völlig zerrüttete und ihm und seiner Familie die Mißachtung der Umwelt zuzog, hat das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt. Zu Unrecht meint die Revision, unter solchen Umständen müsse jede Zuwendung an die Beklagte gegen § 138 BGB verstoßen. Es kommt vielmehr stots auf die gesamten Umstände des einzelnen Falles an; allgemeine Regeln lassen sich nicht aufstellen. Daß das Berufungsgericht jene Umstände nicht hinreichend berücksichtigt hätte, trifft nicht zu.

3. Zur sittlichen Tragbarkeit der Nachlaßaufteilung zwischen den Angehörigen und der Geliebten ist zu sagen:

a) Hinsichtlich der Ehefrau weist das Berufungsgericht zutreffend darauf hin, daß trotz des fehlenden persönlichen Kontakts zu ihr der Erblasser sie durch die Einsetzung als alleinige befreite Vorerbin im 4. Testament angemessen bedacht habe.

Hiergegen wendet die Revision lediglich ein, die der Ehefrau im 5. Testament auferlegte Zahlung einer Rente

an die Beklagte sei für sie unzumutbar gewesen. Aber auf das 5. Testament kam es nach dem zutreffenden Ausgangspunkt des Berufungsgerichts (oben I) ebensowenig an wie auf das von der Revision in diesem Zusammenhang ebenfalls angeführte 6. Testament.

b) Hinsichtlich der Kinder im allgemeinen erwägt das Berufungsgericht: sie seien bei Errichtung des 4. Testaments alle längst versorgt gewesen und hätten eine eigene Existenz gehabt, während die damals schon ziemlich betagte Beklagte gerade infolge ihres Zusammenlebens mit dem Erblasser, also durch ihn veranlaßt, keine Alterssicherung besessen habe.

Die Revision rügt Nichtberücksichtigung des Umstands, daß die Jugend der Kinder des Erblassers durch das Verhalten der Beklagten (gemeint: die unterstellten intimen Beziehungen zwischen ihm und ihr) zerstört worden sei. Das Berufungsgericht hat dies hier zwar nicht ausdrücklich erwähnt; es hat jedoch einleitend Ehezerrüttung, Zerstörung des Familienfriedens und Preisgabe der Angehörigen an die Mißachtung der Umwelt unterstellt und damit jenen Gesichtspunkt dem Sinne nach genügend berücksichtigt. Daß es ihn unter Würdigung aller Umstände des Falles weder für sich allein noch in Verbindung mit anderen belastenden Momenten zur Bejahung der Sittenwidrigkeit genügen ließ, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

c) Was die Erstklägerin und ihre Abkömmlinge betrifft, so erwägt das Berufungsgericht: Es möge zwar zutreffen, daß die Erstklägerin dem Erblasser keinen berechtigten Grund für ihre völlige Übergehung im 4. Testament gegeben habe. Offensichtlich aber habe er mit der Erbeinsetzung

ihrer Kinder, die in diesem Testament den ursprünglich der Mutter zugedachten Platz einnehmen, nicht beabsichtigt, die Beklagte auf Kosten der Erstklägerin zu bevorzugen. Denn es seien dadurch keine neuen Mittel frei geworden, die es ihm erlaubt hätten, die Beklagte in größerem Umfang an seinem Nachlaß zu beteiligen. Auch wenn man die Enterbung der Erstklägerin und die gleichzeitige Begünstigung ihrer Kinder isoliert betrachte, erscheine sie sittlich unbedenklich; es stelle keinen groben Mißbrauch der Testierfreiheit dar, wenn der Erblasser anstelle der Erstklägerin ihre Kinder als Nacherben eingesetzt habe.

Zu Unrecht meint die Revision, mangels eines Pflichtteilsentziehungsgrundes gegenüber der Erstklägerin hätte der Erblasser ihre Kinder, wenn überhaupt, dann nur zusätzlich neben der Erstklägerin persönlich bedenken können. Ob ein Erblasser seine Kinder oder seine Kindeskindern zu Erben einsetzen will, steht nach dem Grundsatz der Testierfreiheit in seinem Belieben und ist unabhängig davon, ob gegen das Kind ein Pflichtteilsentziehungsgrund vorliegt. Auch für die Sittenwidrigkeit der Bedenkung der Beklagten ist es gleichgültig, in welcher Generation ein Kinderstamm bedacht ist (Tochter oder Enkel). Gegen die Rechtswirksamkeit der Erbeinsetzung der Beklagten spricht also entgegen der Meinung der Revision nicht schon, daß der Erblasser (weil gegen die Erstklägerin kein Pflichtteilsentziehungsgrund vorgelegen habe) diese Tochter nicht noch neben ihren Kindern zu Erben eingesetzt hat.

Entsprechendes gilt für den Ausschluß der Kinder des Sohnes Johann (unten d); er gibt für sich allein ebenfalls keinen Nichtigkeitsgrund für die Bedenkung der Beklagten.

d) Zum gänzlichen Ausschluß des Sohnesstammes (Johann und seine Kinder) vom Nachlaß erwägt das Berufungsgericht: Es sei nicht anzunehmen, daß der Erblasser den Sohn nur deshalb enterbt habe, um auf seine Kosten die Beklagte reicher zu bedenken; vielmehr hätte er ihn in seinem 4. Testament auch dann nicht berücksichtigt, wenn die Beklagte damals für eine Zuwendung nicht in Betracht gekommen wäre. Ihre Begünstigung sei für seine Enterbung ursächlich gewesen; denn schon 1937 (im 2. Testament) habe der Erblasser seinen Sohn auf den Pflichtteil beschränkt, obwohl er damals nur Angehörige zu Erben eingesetzt hatte (die Ehefrau als Vorerbin, die beiden Töchter als Nacherbinnen zu je 1/2). Außerdem sei es für den Erblasser gar nicht erforderlich gewesen, den Sohn leer ausgehen zu lassen, um die Beklagte so zu bedenken, wie es geschehen sei; ohne weiteres hätte er durch eine gleichmäßige Drittelung des seinen Abkömmlingen zufließenden Vermögens den Verdacht von sich abwenden können, er entziehe seinem Sohn den Erbteil, um ihn der Beklagten zukommen zu lassen. Auch die nach dem Vorbringen der Kläger unbegründete Pflichtteilsentziehung rechtfertige nicht den Schluß, daß der Erblasser die Beklagte von solchen Ansprüchen seines Sohnes habe freistellen wollen; denn er habe aller Wahrscheinlichkeit nach gewußt, daß bei Wirksamkeit der Entziehung die Zweitkläger stattdessen pflichtteilsberechtigt sein würden. Enterbung und Pflichtteilsentziehung möchten zwar mittelbar auf dem unerlaubten Verhältnis des Erblassers zur Beklagten beruhen, ohne welches es nicht zu den Streitigkeiten und dem schließlich unheilbaren Zerwürfnis zwischen Vater und Sohn gekommen wäre; ein so entfernter Zusammenhang zwischen der unzulässigen Beziehung des Erblassers zur Beklagten und der testamentarischen Benachteiligung des Sohnes genüge für sich allein jedoch nicht, um dem 4. Testament (gemeint: der darin verfügten Erbein-

setzung der Beklagten) gemäß § 138 BGB die Rechtsverbindlichkeit zu versagen. Mit der Sittenordnung stehe es ferner nicht im Widerspruch, daß der Erblasser auch nicht die Zweitkläger als Söhne dieses Sohnes im 4. Testament bedacht habe; eine anstößige Benachteiligung zugunsten der Beklagten gegenüber dem vorausgehenden 3. Testament sei nicht ersichtlich, vielmehr habe der Erblasser seinem Sohnesstamm schon seit diesem 3. Testament niemals mehr zukommen lassen wollen als den Pflichtteil: im 3. Testament hätten die Erbteile der Zweitkläger zusammen gerade so viel betragen wie der Pflichtteil ihres Vaters Johann, ihre Erbeinsetzung sei darüber hinaus an die Bedingung geknüpft gewesen, daß Johann seinen Pflichtteil nicht beanspruche; die Lage der Zweitkläger habe sich durch die Aufhebung des 3. Testaments insofern nicht geändert, als ihre Rechte am Nachlaß des Erblassers nach wie vor davon abhängig seien, daß der Vater den Pflichtteil nicht erhalte: sei ihre Erbeinsetzung im 3. Testament nur unter der Voraussetzung erfolgt, daß der Vater Johann seinen Pflichtteilsanspruch nicht geltend machen werde, so seien sie nunmehr nach Widerruf des 3. Testaments gemäß § 2309 BGB als entferntere Abkömmlinge insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ihr Vater den Pflichtteil verlangen könne.

Auch diese Erwägungen halten den Angriffen der Revision stand:

Die Annahme, die Enterbung des Sohnesstammes sei nicht deshalb erfolgt, um die Beklagte reicher zu bedenken, wird nicht entkräftet durch den Hinweis der Revision auf das bereits im 2. Testament (von 1937) enthaltene Vermächtnis zugunsten der Beklagten (in Höhe von $\frac{1}{4}$ der jeweiligen Reineinkünfte des Nachlasses auf Lebenszeit). Dieser Umstand macht jene Annahme des Berufungsgerichts weder zu

einem Verstoß gegen die Denkgesetze, noch entzieht er ihr zwingend die tatsächliche Grundlage.

Allerdings kann nach OGHZ 1, 249, 252 der Ausschluß der Verwandten von der Erbfolge zugunsten der Geliebten auch dann für die Nichtigkeit von deren Bedenkung sprechen, wenn weder Belohnung noch Förderung der intimen Beziehungen als Hauptmotiv festgestellt ist; jene Entscheidung betraf aber einen Fall, wo die Verwandten völlig ausgeschlossen und die Geliebte zur unbeschränkten Alleinerbin eingesetzt war. Keineswegs in gleichem Maß für die Unsittlichkeit spricht es jedoch, wenn ein Erblasser nur einen von mehreren Kinderstämmen von der Erbfolge ausschließt und den Nachlaß unter die übrigen Kinderstämme und die Geliebte verteilt; in diesem Fall spricht der Ausschluß nicht schon für sich allein gegen die Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Geliebten, sondern nur wenn noch weitere Umstände hinzukommen, etwa das geschlechtliche Motiv (oben 2) oder der große Umfang der Bedenkung der Geliebten im Verhältnis zu der Gesamtheit der Verwandten oder der innere Zusammenhang des Ausschlusses des einen Stammes mit den außerehelichen Beziehungen des Erblassers.

In letzterer Hinsicht kommt die Unterstellung des Berufungsgerichts in Betracht, daß die Beziehungen des Erblassers zur Beklagten für sein Zerwürfnis mit den Kindern und dieses Zerwürfnis wiederum für die Enterbung gegenüber Johann und seinen Kindern ursächlich war. Wenn das Berufungsgericht jedoch diesem Umstand bei der Gesamtwürdigung aller Momente keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat, so liegt hierin kein Rechtsfehler.

Und was den Umfang der Bedenkung der Beklagten in Verhältnis zu den Angehörigen anlangt, so sieht das 4. Testament zunächst den eindeutigen Vorrang der Ehefrau vor, die

als befreite Vorerbin eingesetzt ist. Hinter ihr kommen als Nacherben die Beklagte zu 1/3 und die Kinderstämme Anna und Mathilde zu zusammen 2/3. Wenn das Berufungsgericht ein solches Bedenkungsverhältnis noch nicht für sittenwidrig hält, so liegt das in der Linie der neueren Rechtsprechung, die bei überwiegender Bedenkung der Verwandtschaft eine Mitbedenkung auch der Geliebten (ohne überwiegendes geschlechtliches Motiv) je nach Sachlage noch für sittlich vertretbar hält (RG JW 1929, 33; BGH LM § 138 (Cd) Nr. 2; im Ergebnis wohl auch Gernhuber aaO 334). Die Revision erhebt in diesem Punkt auch keine Einwendungen.

e) In der erbrechtlichen Zusammenkoppelung der Angehörigen mit der Geliebten sieht das Berufungsgericht ebenfalls keinen hinreichenden Grund, die Erbeinsetzung der Beklagten als sittenwidrig anzusehen; nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts könne es zwar in Ausnahmefällen für die Angehörigen eines Erblassers unzumutbar sein, dessen Geliebte neben sich als Miterbin anzuerkennen; das sei bezüglich der testamentarischen Bestimmung eines Zahnarztes angenommen worden, nach der Tochter und Freundin, zu der er ehewidrige Beziehungen unterhalten hatte, nach seinem Tode gemeinsam seine Praxis betreiben sollten (RG JW 1929 aaO). Ein derart enges, dauerndes Zusammenwirken der Nacherben sei nach den Anordnungen des Erblassers im vorliegenden Falle jedoch nicht erforderlich; selbst wenn sich die Erbengemeinschaft nicht sofort auseinandersetze, zwingt die Verwaltung des Nachlasses nicht zu unzumutbaren Kontakten der andern Nacherben zur Beklagten.

Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht darüber ausgesprochen, ob es für die zur Zeit

der Errichtung des 4. Testaments noch lebende und als befreite Vorerbin eingesetzte Ehefrau des Erblassers zumutbar war, in dem Falle, daß sie den Erblasser überlebt hätte, die Beklagte hinter sich als Nacherbin zu dulden. Wäre diese Zumutbarkeit zu verneinen, so wäre die dann anzunehmende Nichtigkeit der Erbeinsetzung der Beklagten allerdings nicht dadurch weggefallen, daß die Ehefrau vor dem Erblasser gestorben und dadurch gar nicht Vorerbin geworden ist (Senatsurteil LM BGB § 138 (Cd) Nr. 11). Dieser Mangel bringt das Berufungsurteil jedoch nicht zu Fall. Denn der bloße Bestand einer nach § 2136 BGB auf ein Minimum zurückgeführten Beschränkung durch Nacherbschaft begründet für sich allein eine solche Unzumutbarkeit noch nicht, zumal da die Beklagte von den Angehörigen als ihren Mitnacherben überstimmt werden konnte (§ 2038 Abs. 2 i.V.m. § 745 BGB). Konkrete Einzelheiten, die darüber hinaus zu einer solchen Unzumutbarkeit hätten führen können, sind weder von der Revision vorgetragen noch sonst ersichtlich. (Nach der Feststellung des Tatrichters hat die Beklagte noch 1955 die an Krebs erkrankte Ehefrau des Erblassers nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus einige Wochen bis zu ihrem Tode gepflegt.)

Was die zu Erben berufenen Abkömmlinge des Erblassers anlangt, so sind sie allerdings rechtlich in Erbengemeinschaft mit der Beklagten verbunden. Aber auch dieser Umstand genügt mangels konkreten Tatsachenvortrages über die zu erwartenden unerträglichen Einzelauswirkungen dieser rechtlichen Gemeinschaft in Zukunft noch nicht, um die Mitbedenkung der Beklagten sittenwidrig zu machen. Auch in diesem Punkt ist dem Berufungsgericht daher beizutreten.

III.

Da auch sonst kein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts zum Nachteil der Revisionskläger ersichtlich ist, war ihre Revision als unbegründet mit der Kostenfolge aus §§ 97, 100 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Dr. Grell