

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2215 082

BGB § 2271, 2289

Geschäfte (sogenannte Zweitgeschäfte) zur Umgehung des Testierverbots i.S. des § 2289 sind wesentlich dadurch gekennzeichnet, daß - obwohl Rechtsgeschäft unter Lebenden - ihre Wirkung erst mit dem Tode des Erblassers eintreten soll. Für die Frage, ob die Wirkung erst mit dem Tod des Erblassers eintreten soll oder ob das Geschäft schon zu seinen Lebzeiten vollzogen ist, kommt es in erster Linie auf die rechtlichen Folgen des Zweitgeschäfts an, und zwar die Folgen, wie sie sich für die Parteien unter Einbeziehung aller Entwicklungsmöglichkeiten darstellen. Der Wille, das Geschäft endgültig zu vollziehen, genügt.

BGH, Urt. v. 2. Oktober 1963 - V ZR 140/61 - OLG Düsseldorf
LG Cleve

Verkündet
am 2. Oktober 1963
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Schuhmachermeisters Jakob H. [REDACTED]
und dessen Ehefrau Aenne geb. I. [REDACTED] in A. [REDACTED]
(Kreis [REDACTED]), Ho[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Karl H. [REDACTED] in K. [REDACTED],
Hu[REDACTED]straße [REDACTED], als Testamentsvollstrecker über den
Nachlaß der in A. [REDACTED] verstorbenen Eheleute Anton H. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 2. Oktober 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Augustin, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf
vom 10. Mai 1961 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwie-
sen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der
Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Erbvertrag vom 27. Januar 1958 setzten sich Anton H. (Erblasser, geboren im Jahre 1876) und seine Ehefrau Laura gegenseitig zu Erben ein. Erben des Längstlebenden sollten die Enkel sein; den noch lebenden vier Söhnen und ihren Ehefrauen wurde je zu 1/4 der lebenslange Nießbrauch am Nachlaß des Überlebenden vermacht, wobei während der Dauer des Nießbrauchs die Auseinandersetzung am wesentlichsten Vermögensnachlaßgegenstand, dem Hausgrundstück Ho. Straße in A. (eingetragen im Grundbuch von Aldekerk Band 14 Blatt 528) untersagt wurde. Zum Vermögen des Erblassers und später zum Nachlaß gehören noch unbebaute Grundstücke geringeren Werts, darunter auch zwei Flurstücke, eingetragen im Grundbuch von A. Band 16 Blatt .

Der Kläger und der Beklagte sind Söhne des Erblassers. Der Beklagte ist als Testamentsvollstrecker nach dem Überlebenden eingesetzt. Der kinderlose Kläger hat als Schuhmachermeister im väterlichen Geschäft bis zum Jahre 1956 gearbeitet und in diesem Jahr das Geschäft übernommen. Er wohnt, wie seit jeher, im väterlichen Haus, in dem auch die Eltern der Parteien bis zu ihrem Tode gewohnt haben.

Die Mutter starb am 16. März 1958. Am 13. August 1958 beurkundete der Notar, der schon den Erbvertrag beurkundet hatte, folgenden Vertrag zwischen dem Erblasser und den Klägern:

"Herr Anton H. ist Eigentümer des im Grundbuch von A. Band 16 Blatt . verzeichneten Grundbesitzes Flur 2 Parzellen Nr. 110 und 105. Er bestellt hiermit auf dem vorgenannten Grundbesitz zu Gunsten der zu II erschienenen Eheleute Jakob H. und Frau Aenne geborene L. als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht mit der Maßgabe, daß zur Löschung dieses Rechtes der Nachweis des Todes genügen soll.



Sollte Herr Jakob H[REDACTED] vor seiner Frau versterben und diese sich wiederverheiraten, so erlischt der Nießbrauch.

Die Gegenleistung für diese Nießbrauchbestellung setzt sich wie folgt zusammen:

1. Die Eheleute Jakob H[REDACTED] zahlen an den Grundstückseigentümer eine lebenslängliche Leibrente von monatlich 200 DM i.W. Zweihundert Deutsche Mark. Die Eheleute Jakob H[REDACTED] und Frau Aenne geb. Lenssen unterwerfen sich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde als Gesamtschuldner.
2. Sie übernehmen ferner die Beerdigungskosten und verpflichten sich, auf die Dauer von dreißig Jahren die Grabstätte ihrer Eltern in einem ordnungsgemäßen Zustande zu erhalten, sowie für die gleiche Zeitdauer immer am Sterbetag der Mutter eine Jahresgedächtnismesse für ihre Eltern lesen zu lassen.
3. Den Vater in gesunden und kranken Tagen zu pflegen und zu verpflegen. Sollte die Krankenversicherung etwaige Krankheitskosten nicht decken, so werden alle diese Kosten von den Eheleuten Jakob H[REDACTED] übernommen.
4. Herr Jakob H[REDACTED] hat im Betriebe seines Vaters seit dem Jahre 1920 gearbeitet ohne hierfür den vollen ihm zustehenden Lohn zu erhalten. Ferner hat der Vater keine Versicherung für ihn abgeschlossen. Zur Sicherung der Forderung des Sohnes und zu seiner Versorgung dient ebenfalls diese Nießbrauchsbestellung.

Herr Anton H[REDACTED] ist zur Zeit 82 Jahre alt.

Zum Zwecke der Kostenberechnung wird der Wert des Pflegerechtes mit monatlich 60 DM und der Wert der Beerdigungskosten auf 1 000 DM angegeben.

Herr Jakob H[REDACTED] ist zur Zeit 53 und Frau Houcken 47 Jahre alt.

Die mit dieser Urkunde verbundenen Kosten tragen die Nießbrauchsberechtigten.

Herr Anton H[REDACTED] bewilligt und beantragt, die Eintragung des vorstehenden Nießbrauchsrechts in das Grundbuch. Der Wert des Nießbrauchs beträgt jährlich etwa 2 000 DM."

Im Grundbuch Band 16 Blatt [REDACTED] wurde der Nießbrauch eingetragen. Die Kläger behaupten, in Wirklichkeit hätte der Nießbrauch am Hausgrundstück (Band 14 Blatt 528) bestellt und eingetragen werden sollen. Im November 1958 ist der Erblasser gestorben.

Als sich herausstellte, daß der Nießbrauch nicht auf dem Grundbuchblatt des Hausgrundstücks, sondern auf dem Blatt eines anderen (des geringerwertigen) Grundstücks eingetragen worden ist, erhoben die Kläger vorliegende Klage mit dem Antrag, den Beklagten zur Bewilligung der Eintragung des lebenslangen Nießbrauchs auf dem Grundstück A [REDACTED] Hofstraße [REDACTED] (eingetragen Band 14 Bl. 528) zu verurteilen. Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht dagegen auf Berufung die Klage abgewiesen. Mit der Revision begehren die Kläger Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß die Kläger sich mit dem Erblasser in Wirklichkeit über die Bestellung eines Nießbrauchs am Hausgrundstück geeinigt haben und in der Urkunde nur versehentlich die Grundbuchbezeichnung des Gartenlandes erwähnt worden ist. Es zieht daraus den Schluß, der Beklagte müßte an sich die aus § 873 BGB beanspruchte Bewilligung auf Eintragung des Nießbrauchs auf dem richtigen Grundbuchblatt erteilen. Diesem Anspruch, so führt das Oberlandesgericht weiter aus, stehe aber entgegen, daß der Vertrag vom

13. August 1958 "wegen unzulässiger Aushöhlung" des Erbvertrags vom 27. Januar 1958 nach § 134 BGB nichtig sei. Ob das Vorgehen des Klägers etwa bereits gegen die guten Sitten verstoßen habe (§ 138 BGB), bedürfe sonach keiner Prüfung.

Zur Begründung führt das Berufungsgericht aus: Der Erblasser habe zwar nach § 2286 BGB trotz des Erbvertrags Verfügung unter Lebenden treffen können, auch wenn dadurch das Vermächtnis hinfällig geworden wäre. Die Nießbrauchseinräumung stelle demgegenüber aber ein Geschäft dar, das zwar der rechtlichen Gestalt nach äußerlich ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sei, tatsächlich aber die Vorwegnahme einer unzulässigen Verfügung von Todes wegen darstelle. Auch gingen die übrigen drei Söhne des Erblassers dadurch praktisch leer aus, das Hausgrundstück sei nämlich der wichtigste Teil des Nachlasses, am Rest lohne sich nicht die Bestellung eines Nießbrauchs. Der Erblasser habe die Absicht gehabt, auf dem Umweg über ein Rechtsgeschäft unter Lebenden als Tarngeschäft etwas zu erreichen, was er durch eine Verfügung von Todes wegen nicht mehr habe erreichen können. Dies stelle eine Umgehung des Testierverbots im Sinne des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB dar. Das Tarngeschäft sei gemäß § 134 BGB nichtig.

Die Umgehungsabsicht des Erblassers entnimmt das Berufungsgericht der Aussage des Klägers. Es schließt diese Absicht daraus, daß die wesentlichsten Wirkungen des Zweitgeschäfts vor dem Tod des Erblassers nach dem Willen beider Parteien nicht eintreten sollten und zu Lebzeiten des Erblassers auch nicht eingetreten seien. Dies ergebe sich eindeutig aus dem Verhalten beider Vertragsparteien nach Abschluß des Vertrags: Alles sei beim alten geblieben. Der Betrag von 200 DM sei im Vertrag zwar als Leibrente bezeichnet. Dem Erblasser seien neben seiner Rente jedoch in Wirklichkeit die Mieteinnahmen in dieser Höhe (200 + 40 DM) verblieben. Jedenfalls könne

man bei wirtschaftlicher Betrachtung nichts anderes annehmen; auch habe der Kläger selbst erklärt, die 200 DM "hätten die Miete eigentlich sein sollen", entsprechend habe er diese Zahlungen im Kassabuch als Miete eingetragen. "Eigene Leistungen" hätten die Kläger insofern nicht erbracht, als sie 200 DM monatlich auf jeden Fall hätten zahlen müssen. Auf die Versorgung durch die Kläger sei der Erblasser nicht angewiesen gewesen. Umgekehrt habe der Kläger dem Erblasser noch einen erheblichen Geldbetrag für Leder geschuldet. Auch sei nicht bewiesen, daß die Kläger den Erblasser versorgt hätten. Die Entnahmen, die die Kläger aus ihren Geschäften gemacht hätten, seien jedenfalls bis zum Tode des Erblassers gleich geblieben. Weiter hätte die Verpflichtung zur Grabfürsorge und zum Lesen der Messe usw. dem Erblasser keine Vorteile gebracht, da diese Verpflichtungen schon im Erbvertrag geregelt gewesen seien. Schließlich sei auch die zur Begründung des Nießbrauchs unter Nr. 4 im Vertrag erwähnte Geldforderung des Klägers gegen den Erblasser nicht stichhaltig und nur vorgeschoben gewesen. Hätte dem Kläger tatsächlich eine Geldforderung zugestanden, so hätte er sie schon bei Abschluß des Erbvertrags erwähnt. Auch hätte er sie gegen seine Material- und Mietschulden verrechnet. Es handle sich sonach um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, das erst mit dem Tode des Erblassers hätte Wirksamkeit erlangen sollen. Ein solches Geschäft lege den Schluß auf Umgehungsabsicht besonders nahe. Die Bemühungen um die Rechtfertigung des Nießbrauchs durch nicht bestehende Forderungen bestätigten, daß die Kläger sich ihres unrechten Verhaltens bewußt gewesen seien. Diesen krassen Widerspruch in ihrem Verhalten hätten die Kläger nicht ausräumen können.

Die Behauptung der Kläger, der Erblasser habe selbst die Nießbrauchsregelung in dem Erbvertrag später als Fehler bezeichnet, den er durch den Vertrag vom 13. August 1958 habe gutmachen wollen, spreche für die Umgehungsabsicht. Die auf

Grund Reue angestrebte Wiedergutmachung hätte nämlich "eigentlich eine neue (unzulässige) Verfügung von Todes wegen erfordert". Dieses Motiv habe den Erblasser nicht zur Umgehung des Testierverbots berechtigt.

II.

Die Revision meint unter Hinweis auf die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 29. Januar 1958 (BGHZ 26, 274) und vom 22. Februar 1961 (LM BGB § 2271 Nr. 11), das Berufungsgericht habe den Begriff der "Aushöhlung" verkannt, und sie rügt Verletzung materiellen Rechts durch irriige Anwendung der §§ 134, 2288, 2289 BGB. Man könne, so führt die Revision aus, die entscheidende Frage, ob der Erblasser das mit dem Zweitgeschäft verbundene Vermögensopfer schon zu Lebzeiten selbst erbracht habe, nicht nach den tatsächlichen und wirtschaftlichen, sondern nur nach den rechtlichen Wirkungen des Zweitgeschäfts entscheiden.

In diesem Zusammenhang habe das Berufungsgericht unter Verletzung des § 286 ZPO nicht berücksichtigt, daß die Eintragung der Kläger als Nießbraucher noch zu Lebzeiten des Erblassers erfolgt sei und, daß die falsche Bezeichnung der Parzelle unschädlich sei, daß die Kläger somit den Nießbrauch an dem Hausgrundstück erworben hätten. Dieser Verfahrensmangel habe es an der richtigen Erkenntnis verhindert, daß hier ein zu Lebzeiten vollzogenes Rechtsgeschäft und keine "getarnte" Verfügung von Todes wegen vorliege.

III.

1. Diese letzte Rüge ist unbegründet, weil die Eintragung des Nießbrauchs nicht auf dem Grundbuchblatt des Haus-

grundstücks, sondern auf dem Grundbuchblatt eines anderen Grundstücks erfolgt ist. Zwar ist die Einigung als dinglicher Vertrag auslegungsfähig, so daß die Einigung über die Bestellung eines Nießbrauchs auch bei falscher Bezeichnung eines bestimmten Grundstücks wirksam sein kann und diese Einigung auch dann bindend im Sinne des § 873 Abs. 2 ist, wenn in der notariellen Urkunde das Grundstück falsch bezeichnet ist. Die Entstehung des Nießbrauchs setzt aber die Eintragung der Rechtsänderung auf dem Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks voraus (§ 873 Abs. 1 BGB). Daran fehlt es im vorliegenden Fall, so daß der Nießbrauch entgegen der Ansicht der Revision an keinem der Grundstücke entstanden ist (mangels Eintragung nicht am Hausgrundstück, mangels Einigung nicht an dem anderen Grundstück, auf dessen Blatt die Eintragung erfolgt ist).

2. Begründet ist dagegen die materiell-rechtliche Rüge der Revision. Die Feststellungen des Tatrichters rechtfertigen es nicht, die Einigung über den Nießbrauch als Geschäft zur Umgehung des Testierverbots und damit als nichtig wegen eines Gesetzesverstosses zu kennzeichnen. Der Klage kann jedoch aus anderen Gründen nicht stattgegeben werden, die zur Zurückverweisung des Rechtsstreits zwingen.

a) Der Anspruch auf Bewilligung der Eintragung des Nießbrauchs auf dem den Erben gehörigen Hausgrundstück wäre nur begründet, wenn der Erblasser sich zur Bestellung des Nießbrauchs verpflichtet hätte. Darüber fehlen Feststellungen. Soweit das Berufungsgericht aber glaubt, eine solche Verpflichtung der Erben aus § 873 Abs. 2 BGB ableiten zu können, liegt ein Rechtsirrtum vor. "Bindend" im Sinne dieser Vorschrift bedeutet, daß das dingliche Verfügungsgeschäft nicht mehr widerrufen werden kann. Haben die Parteien sich in Wirklichkeit - entgegen ihrem Ausdruck - über die Bestellung des

Nießbrauchs am Hausgrundstück geeinigt, so hat die Beurkundung der beiderseits falschen Bezeichnung desselben Vorstellungsobjekts zur Bindung geführt. Diese Bindung (Unzulässigkeit des Widerrufs) entfaltet jedoch keine Verpflichtung dahin, weiterhin dazu mitzuwirken, daß das dingliche Recht im Grundbuch eingetragen wird und damit zur Entstehung gelangt. Eine solche Verpflichtung könnte nur einem obligatorischen Grundgeschäft entnommen werden. Ausdrücklich ergibt sich eine solche Verpflichtung aus der Urkunde vom 13. August 1958 nicht. Sie könnte - eventuell unter Heranziehung von Umständen außerhalb der Urkunde - im Wege der Auslegung festgestellt werden. Diese tatsächlichen Feststellungen obliegen jedoch dem Tatrichter, und schon aus diesem Grunde ist die Zurückverweisung des Rechtsstreits geboten.

Anders wäre es, wenn die Kläger die Feststellung begeherten, daß die Parteien sich entgegen ihrem Ausdruck in der Urkunde darüber geeinigt hätten, daß der Nießbrauch am Hausgrundstück bestellt werden sollte und der Erblasser in Wirklichkeit die Eintragung des Nießbrauchs am Hausgrundstück bewilligt hätte. Zu dieser Feststellung bedarf es keiner Verpflichtung der Erben, zum Zwecke der Eintragung des Nießbrauchsrochts mitzuwirken.

b) Die vertragsmäßige Verfügung von Todes wegen und die bindend gewordene letztwillige Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament (§ 2271 Abs. 2 BGB) ist gegenüber der letztwilligen Verfügung im übrigen wesentlich dadurch gekennzeichnet, daß spätere Verfügungen von Todes wegen insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würden (§ 2289 Abs. 1 BGB). Durch diese Sanktion wird die vom Gesetz angestrebte Unwiderruflichkeit der vertragsmäßigen Verfügung (Bindung des Erblassers) verwirklicht. Demgegenüber soll der Erblasser in der Verfügung über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter

Lebenden nicht beschränkt sein (§ 2286 BGB). Da die Verfügung von Todes wegen (Anordnung, die erst mit dem Tod des Erblassers Wirkung haben soll) und das Rechtsgeschäft unter Lebenden (Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte, deren Wirkung bereits zu Lebzeiten des Erblassers eintritt; vgl. Lange, Lehrbuch des Erbrechts § 1 VI Nr. 3), sich nun zwar begrifflich klar trennen lassen, Rechtsgeschäfte unter Lebenden sich jedoch im wirtschaftlichen Effekt weitgehend der Wirkungsweise der Rechtsgeschäfte von Todes wegen annähern lassen (Vergabung auf den Todesfall durch lebzeitige Rechtsgeschäfte; vgl. Wieacker, Festschrift für Lehmann I, 271; Lange aaO) und diese Art von Rechtsgeschäften auch benutzt wird, um gerade die genannte Sanktion des § 2289 Abs. 1 BGB zu verhüten, erhebt sich die Frage, in welchem Umfang die Stellung des vertraglich Bedachten in solchen Fällen gesichert werden soll. Dogmatisch können die mit der genannten Absicht vollzogenen lebzeitigen Zuwendungen auf den Todesfall als Geschäfte zur Umgehung der genannten gesetzlichen Sanktion aufgefaßt werden; diese Auffassung führt zur Nichtigkeit nach § 134 BGB. Diese Zuwendungen können aber auch als ein gegen die guten Sitten verstoßendes Zusammenwirken des Erblassers mit dem Partner des Zweitgeschäftes gewertet werden, nach welcher Auffassung die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB anzunehmen wäre. Entscheidend bleibt in jedem Fall die Frage, in welchem Umfang die Rechtsposition des vertragsmäßig Bedachten geschützt werden soll.

Die §§ 2287, 2288 BGB wollen schon in gewissem Umfang verhindern, daß der Verfügende den wirtschaftlichen Erfolg der Erbeinsetzung dadurch vereitelt, daß er sein Vermögen unter Lebenden an andere verschenkt. "Andernfalls würde die Vorschrift des § 1953 - jetzt § 2289 BGB -, welche den Erblasser in Ansehung späterer Verfügungen von Todes wegen beschränkt und welche unentbehrlich ist, um der vertragsmäßigen

Erbeinsetzung die Bedeutung zu sichern, zu leicht und dem praktischen Erfolg nach umgangen werden können, da ein gleiches Ergebnis wie durch Verfügungen von Todes wegen sich durch Schenkungen unter Lebenden erreichen ließe." (Motive V, 329). Diese Vorschriften betreffen aber die Umgehung durch Schenkung allgemein, ganz ungeachtet ihrer Auswirkungen im besonderen Zusammenhang mit dem Tode des Erblassers, so daß aus diesen Vorschriften allein für den hier zu bestimmenden Umfang des Schutzes des bedachten Dritten nichts Endgültiges entnommen werden kann.

Im Einzelfall wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Übergabevertrag, der einen Hof im Sinne der Höfeordnung zum Gegenstand hat, nicht lediglich als ein gewöhnliches Veräußerungsgeschäft unter Lebenden aufgefaßt, insbesondere weil bei einem solchen Vertrag als vorweggenommene Erbfolge das Hauptgewicht auf der Zuwendung an den Übernehmer liegt und diese Art von Verträgen nach dem Gesetz auch erbrechtliche Wirkungen hat (vgl. § 17 Abs. 2 HöfeO). Diese Verträge werden um ihrer erbrechtlichen Bedeutung willen wie eine Verfügung von Todes wegen behandelt, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen (BGH LM HöfeO § 17 Nr. 4 und § 12 Nr. 3). Es wird sonach nicht die rechtliche Erscheinungsform, sondern der materiell-rechtliche Gehalt des Rechtsgeschäfts, und zwar in seiner Funktion als letztwillige Vergabung, nach welcher der Übergabevertrag eindeutig in den Bereich der erbrechtlichen Planung des Gesetzgebers fällt (vgl. Wieacker allgemein zur letztwilligen Zuwendung auf den Todesfall aaO S. 272), als maßgebend erachtet. Hier tritt der entscheidende Gesichtspunkt, nach welchem die Rechtsstellung des vertragsmäßig Bedachten zu bestimmen ist, zutage. In diesen Urteilen hat der Senat Übergabeverträge, die keine Höfe im Sinne der Höfeordnung zum Gegenstand haben, nicht wie Verfügungen von Todes wegen behandelt, weil diese

Übergabeverträge hinsichtlich der vorweggenommenen Erbfolge keine Sonderstellung erfahren haben. Es ist im Interesse der Rechtssicherheit daran festzuhalten, daß Rechtsgeschäfte unter Lebenden dann Verfügungen von Todes wegen im Sinne des § 2289 BGB gleichgestellt werden können, wenn sie auf Grund gesetzlicher Regelung jedenfalls nicht in vollem Umfang dem Recht der Rechtsgeschäfte unter Lebenden unterstellt sind, vielmehr auch erbrechtlicher Regelung unterworfen sein sollen.

In der Rechtsprechung des Senats wurde - damit im Hinblick auf die gesetzliche Unterscheidung in § 2301 Abs. 1 und 2 BGB übereinstimmend - stetig mehr als entscheidendes Kennzeichen eines Rechtsgeschäfts, das einer Verfügung von Todes wegen im Sinne des § 2289 BGB gleichgestellt werden kann, der Umstand betrachtet, daß der Erblasser nicht schon vor seinem Tode das Opfer definitiver Entäußerung gebracht hat, und umgekehrt die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts abgelehnt, wenn der Erblasser das damit verbundene Vermögensopfer schon zu seinen Lebzeiten erbracht hat (BGHZ 31, 13, 21; LM BGB § 2271 Nr. 9 und 11; BWNotZ 1962, 262).

Der Bundesgerichtshof hat weiter in einigen Fällen auch solche Rechtsgeschäfte unter Lebenden, durch welche ein wesentlicher Nachlaßgegenstand schon vom Erblasser selbst übereignet worden ist, als Umgehungsgeschäft erkannt (Urteil vom 8. Juli 1954 - IV ZR 229/53, LM § 2271 Nr. 4; Urteil vom 26. Februar 1958 - V ZR 127/56, DNotZ 1958, 654; Urteil vom 17. November 1959 - V ZR 18/59, LM BGB § 2271 Nr. 9 = NJW 1960, 524). In diesen Fällen war der Zusammenhang mit unwirksamen letztwilligen Verfügungen jedoch zumeist eindeutig gegeben und das im Streit stehende Rechtsgeschäft unter Lebenden dadurch als Umgehungsgeschäft gekennzeichnet. Der

Erblasser hatte entgegen der Bindung aus einem vorausgegangenen gemeinsamen Testament anderweitig, also unwirksam letztwillig verfügt und durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden diese unwirksame letztwillige Verfügung ausgesprochenermaßen oder in unmittelbarem Zusammenhang vorwegnehmend vollzogen und dadurch eindeutig die Umgehungsabsicht zum Ausdruck gebracht. In einem Fall (Urteil vom 17. November 1959) hatte sich der Erblasser überdies am wertvolleren Grundstück den lebenslänglichen Nießbrauch vorbehalten, das mit der Schenkung für ihn verbundene Opfer also nicht schon zu seiner Lebenszeit voll auf sich genommen. In diesem Urteil ist auch schon darauf hingewiesen, daß es sich in diesen Fällen um den Rechtsgedanken der Umgehung des Gesetzes handelt und der Ausdruck der "Aushöhlung" unscharf und verwirrend ist.

Für den Vermächtnisvertrag gilt grundsätzlich dasselbe, wie sich aus §§ 2286, 2288, 2289 BGB ergibt, nur jedoch mit der Maßgabe, daß das bindend verfügte Vermächtnis selbst schon der Unwirksamkeit verfällt, wenn der Erblasser den Vermächtnisgegenstand veräußert (§ 2169 Abs. 1) oder sich auch nur zu veräußern verpflichtet hat (§ 2169 Abs. 2; vgl. BGHZ 26, 264 mit Anmerkung Johannsen LM BGB § 2271 Nr. 6; BGHZ 31, 13, 15). Der mit einem Vermächtnis Bedachte hat allenfalls eine bloße tatsächliche Aussicht (Mattern Anm. zu LM BGB § 2271 Nr. 13 unter Hinweis auf BGHZ 12, 115, 118/9). Damit erweist sich die Stollung des Vermächtnisnehmers so schwach, daß sich die Bindung des Vermächtnisgebers fast aufhebt, und zwar um so mehr, als ein grundsätzlicher Unterschied bezüglich der tatsächlichen, durch den natürlichen Egoismus des Erblassers bewirkten Bindung besteht: im Falle der Erbeinsetzung wirkt sich diese natürliche Haltung im Hinblick auf das Erfordernis des Vollzugs der Zuwendung zu Lebzeiten des Erblassers im Sinne der Erhaltung des Nachlaßvermögens aus; eine Ergänzung im Sinne

des § 2287 BGB genügt in der Regel. Im Falle des Vermächtnisvertrags entfällt diese natürliche Bindung im Sinne der Erhaltung des Erbes, weil der Erblasser sich durch vorteilhaften Verkauf des Vermächtnisgegenstandes sogar umgekehrt bereichern kann (so richtig Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen 1860 S. 80). Im Falle des Vermächtnisvertrags bedarf daher die Frage, ob nicht neben dem Erbvertrag ein obligatorischer Vertrag (gegenüber dem Vermächtnisnehmer als Vertragspartner oder zu seinen Gunsten) abgeschlossen worden ist, durch welchen sich der Erblasser verpflichtet, über den Vermächtnisgegenstand eine Verfügung unter Lebenden zu unterlassen, besonderer Prüfung (BGHZ 31, 13, 19; vgl. dazu Lange aaO). Die Verletzung eines solchen Vertrags zeitigt Schadensersatzansprüche des Bedachten gegenüber dem Erblasser oder seinen Erben; sie kann bei einem schuldhaften Verhalten des Dritten aber auch zu einer Arglisteinrede gegenüber diesem führen.

Der Tatrichter prüfte im vorliegenden Falle allein an Hand des späteren Verhaltens der Vertragsparteien, ob die wesentlichen Wirkungen des Zweitgeschäfts eintreten sollten und eingetreten sind. Er hebt sonach nur auf die wirtschaftlichen Folgen des Zweitgeschäfts nach dem tatsächlichen Geschehensablauf ab, um hieraus Schlüsse auf die Umgehungsabsicht zu ziehen. Es muß jedoch zuerst von den rechtlichen Folgen des Zweitgeschäfts ausgegangen werden, und zwar den Folgen, wie sie sich für die Parteien darstellten unter Einbeziehung aller Entwicklungsmöglichkeiten. Danach wollte der Erblasser sein bis dahin unbelastetes Hausgrundstück sofort mit dem Nießbrauch zugunsten der Kläger belasten und beide Parteien glaubten auch, dies mit der Eintragung in das Grundbuch erreicht zu haben. Dieser Wille für den Vollzug ist maßgebend (BGHZ 31, 13, 21). Der Erblasser wollte sich eines wesentlichen Teils des Inhalts seines Eigentums begeben und beschränkte sich demgegenüber auf obligatorische Ansprüche

gegenüber den Klägern. Nach den Feststellungen des Tatrichters tat er dies im wesentlichen schenkweise, weil dem Kläger keine Forderung gegen den Erblasser zugestanden hat. Wenn auch dieses Opfer in Anbetracht des Alters des Erblassers und dasjenige der Kläger wesentlich mehr zum Nachteil der vertraglich bedachten Vermächtnisnehmer ausschlug, so ändert dies nichts an der entscheidenden Tatsache, daß der Erblasser selbst jedenfalls bis an sein Lebensende dieses Opfer auf sich genommen hat. Demgegenüber ist nicht wesentlich, daß er nach dem tatsächlichen Ablauf der Dinge sich wirtschaftlich nicht anders stellte, als er für den Fall gestanden hätte, daß sein Eigentum unbelastet geblieben wäre. Auch wenn die Forderung des Klägers gegen den Erblasser nur fingiert war, so war insoweit zwar ein entgeltliches Geschäft vorgetäuscht, das jedenfalls teilweise eine Schenkung verdecken sollte; beide Arten von Rechtsgeschäften waren dem Erblasser aber erlaubt. Die Vornahme dieser ausdrücklich erlaubten Art von Rechtsgeschäften allein läßt nicht erkennen, daß sie nicht etwa auch vorgenommen worden wären, wenn die erbrechtliche Bindung nicht bestanden hätte, der Erblasser vielmehr alsdann eine letztwillige Verfügung getroffen hätte.

Auch die - unterstellte - Erklärung des Erblassers, die Nießbrauchsregelung in dem Erbvertrag sei ein Fehler gewesen, läßt nicht den Schluß zu, die Bestellung des Nießbrauchs zugunsten der Kläger stelle ein Umgehungsgeschäft dar, da diese Beurteilung nicht ausschloß, einen solchen Fehler durch ein (erlaubtes) Rechtsgeschäft unter Lebenden zu korrigieren.

Im übrigen geht der Vortrag des Beklagten dahin, daß der Erblasser sehr genau und bestrebt gewesen sei, seine Kinder gleichzustellen; im Jahre 1958 habe er aber nach dem Tod seiner Ehefrau dem Drängen der Kläger nicht mehr die nötige Widerstandskraft entgegensetzen können (Bl. 180, 181 GA).

Danach hätte der Erblasser nicht kraft eigener Willensbildung, sondern auf den Druck der Kläger hin gehandelt; im Interesse der Kläger lag jedoch nicht eine letztwillige Verfügung, die dem Erblasser verboten gewesen wäre, und dementsprechend lag ihnen auch nicht an einer Umgehung dieses Verbots, sondern vielmehr an der sofortigen Vollziehung des Rechtsgeschäfts, wie es tatsächlich auch vorgenommen worden ist. Zu beachten ist im vorliegenden Fall endlich, daß dem Erblasser nach den bisherigen Feststellungen in die Hand gegeben war, durch Weggabe des Vermächtnisgegenstandes, hier des Nießbrauchsrechts am Hausgrundstück, die Unwirksamkeit des Vermächtnisses herbeizuführen.

c) Sollte ein Verpflichtungsgeschäft zur Bestellung des Nießbrauchs zugunsten der Kläger festgestellt werden können oder die Kläger ihren Klagantrag auf Feststellung des Inhalts des dinglichen Vertrags und der Eintragungsbewilligung umstellen, so bliebe weiter der Vortrag des Beklagten unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob die Bestellung des Nießbrauchs nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 (sittenwidrige Willensbeeinflussung des Erblassers) nichtig wäre. Der Tatrichter hat festgestellt: Die Forderung des Klägers, zu deren Sicherung der Nießbrauch nach Nr. 4 des Vertrags bestellt werden sollte, habe nicht bestanden und sei nur vorgeschoben worden. Die zugesagte Leibrente sei ein Teil der Miete gewesen, die dem Erblasser schon aus Eigentum zugestanden habe. Die Kläger haben danach in Wirklichkeit nur die Beerdigungskosten und die Pflicht zur Verpflegung übernommen. Diese beurteilt sich wesentlich nach dem Gesundheitszustand des Erblassers, der nach dem Vortrag des Beklagten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses erkennbar schlecht gewesen ist. Die Beklagten trugen weiter vor, die Kläger hätten jede Fühlungnahme zwischen dem Erblasser und den übrigen Söhnen verhindert und den Kräfteverfall des Greises und sein Gefühl,

in seinem Hause auf die Kläger angewiesen zu sein, dazu ausgenutzt, entgegen seinem natürlichen Empfinden und der gemeinsamen Planung, wie sie im Erbvertrag niedergelegt worden sei, den Erblasser dahin gebracht, sie gegenüber den übrigen Söhnen und ihren Ehefrauen unverhältnismäßig zu bevorzugen. Bestätigt sich dieser Sachverhalt, so kann wegen des auffälligen Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung in Verbindung mit einer verwerflichen Gesinnung der Kläger der Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein (vgl. BGH LM BGB § 138 (Ba) Nr. 2).

IV.

Sonach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu erneuter tatrichterlicher Prüfung unter den aufgeworfenen rechtlichen Gesichtspunkten an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Augustin

Offterdinger

Dr. Piepenbrock