

§ 138

1. Ist eine Zuwendung an die Geliebte für die Ehefrau und Erbin des Zuwendenden nach sittlichen Grundsätzen nicht zumutbar, so wird die Nichtigkeit der Zuwendung nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Ehefrau schon alsbald nach dem Ehemann stirbt und von einer Person beerbt wird, für die keine Unzumutbarkeit bestände.
2. Bei der Beurteilung, ob eine Zuwendung unter Lebenden an die Geliebte gegen die guten Sitten verstößt, spielt in erster Linie eine Rolle, ob es sich um ein (ganz oder) vorwiegend entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft handelt; außerdem sind die gleichen Gesichtspunkte zu prüfen wie bei einer Zuwendung von Todes wegen.

BGH, Urt. v. 7. Oktober 1960 - V ZR 178/59 - OLG Nürnberg
LG Regensburg

V ZR 178/59

Verkündet am 7. Oktober 1960
Hirth, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

Auguste R [REDACTED] geb. P [REDACTED], S [REDACTED], Post
K [REDACTED] ([REDACTED]),

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Fabrikantin Anni G [REDACTED], S [REDACTED] Nr. [REDACTED],
b. K [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. Oktober 1960 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag
und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts Nürnberg vom 23. September 1959 auf-
gehoben. Die Sache wird zur anderweiter Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen, dem auch die Ent-
scheidung über die Kosten der Revision über-
tragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die ursprüngliche Klägerin war in zweiter Ehe kinderlos mit dem 1882 geborenen Kaufmann Leonhard W. (Erblasser) verheiratet. Dieser war seit den zwanziger Jahren zusammen mit seiner Ehefrau, beide je hälftig, Miteigentümer von Grundbesitz in Z. und seit 1933 Alleineigentümer des benachbarten Gutes S. Er betrieb kunstgewerbliche Werkstätten und ein Sägewerk.

1941 kam die damals noch verheiratete Beklagte mit ihren zwei Kindern als Evakuierte zu den Eheleuten W. Sie wurde in der Folgezeit die Sekretärin und war, mindestens von 1946 bis 1949, die Geliebte des Erblassers; ihre Ehe wurde 1946 geschieden.

Am 3. April 1944 setzten sich die Eheleute W. durch notariellen Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben ein.

Im Sommer 1945 trennten sie sich. Der Erblasser zog zusammen mit der Beklagten auf das Gut S. und verbrachte dort den Rest seines Lebens zusammen mit ihr.

Durch notariellen Vertrag vom 5. Juli 1951 verkaufte der Erblasser das Gut S. mit allem wesentlichen Inventar an die Beklagte für 29 380 DM. Der Kaufpreis sollte geleistet werden (II 1 des Vertrages): in Höhe von 17 250 DM durch den gleichzeitig (II 2, V) für den Verkäufer bestellten lebenslänglichen Nießbrauch am Übergabegut, in Höhe von 6 674,16 DM durch Übernahme der Grundpfandbelastungen, in Höhe von 5 000 DM durch Verrechnung mit einem bilanzmäßigen Guthaben der Beklagten und in Höhe von 455,84 DM in bar. Soforthilfeabgabe und Lastenausgleichsverpflichtungen sollten beim Verkäufer ver-

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



bleiben (VI). Die Auflassung erfolgte gleichzeitig (IV), die Grundbuchumschreibung in der Folgezeit. Besitz, Nutzungen und Lasten sollten erst mit dem Tode des Verkäufers übergehen (III). Etwaige Verringerungen der übernommenen Grundpfandbelastungen bis zu seinem Tod solltender Beklagten zugute kommen (VIII).

Am 27. April 1954 ist der Erblasser gestorben. Seine Ehefrau wurde auf Grund des Erbvertrags seine Alleinerbin. Sie erhob alsbald die vorliegende Klage, starb jedoch am 25. März 1955 ebenfalls und wurde von ihrer erstehelichen Tochter allein beerbt, die den Rechtsstreit fortführt.

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit des Gutsverkaufs an die Beklagte. Die Klagpartei hält diesen Kaufvertrag für unsittlich und deshalb nichtig, außerdem für eine Schenkung in Benachteiligungsabsicht und die Beklagte deshalb zur Rückgewähr unter dem Gesichtspunkt der Bereicherung und des Schadensersatzes für verpflichtet.

Mit der Klage wird Auflassung und Herausgabe des Anwesens samt Zubehör und Inventar begehrt. Die Beklagte leugnet eine solche Pflicht und macht fürsorglich ein Zurückbehaltungsrecht geltend; die Klägerin rechnet gegenüber den Zurückbehaltungsansprüchen fürsorglich auf.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Klagansprüche weiter; die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht hält die Klagansprüche für unbegründet. Zwar stelle der Kaufvertrag in Wirklichkeit eine

"gemischte bzw. verschleierte" Schenkung dar, weil der Wert des übergebenen Gutes 1951 etwa doppelt so hoch gewesen sei wie der Kaufpreis. Aber für einen Bereicherungsanspruch aus § 2287 BGB fehle es an einer damaligen Absicht des Erblassers, seine Ehefrau, die Vertragserbin, zu beeinträchtigen; die allerdings dafür bei solchen Verträgen sprechende Vermutung sei von der Beklagten widerlegt worden. Sittenwidrigkeit (mit der Folge der Nichtigkeit nach § 138 oder eines Schadensersatzanspruchs nach § 826 BGB) wird mit ausführlicher Begründung verneint.

Den Angriffen der Revision hiergegen war der Erfolg nicht zu versagen.

I.

Unklar ist bereits die Ausgangserwägung des Berufungsggerichts über den Schenkungsscharakter der umstrittenen Zuwendung, indem die Begriffe der gemischten und der verschleierten Schenkung nicht auseinandergehalten sind. Eine gemischte Schenkung liegt vor, wenn die Zuwendung zum Teil entgeltlich, zum Teil unentgeltlich ist; eine verschleierte Schenkung liegt vor, wenn ein in Wirklichkeit unentgeltlich gewolltes Geschäft nach außen hin durch Vorspiegelung einer als solche in Wirklichkeit nicht gewollten Gegenleistung mit dem Anschein der Entgeltlichkeit versehen wird, wobei sich die Verschleierung wiederum sowohl auf eine reine Schenkung als auch auf den unentgeltlichen Teil einer gemischten Schenkung beziehen kann. Dabei ist die Frage nach der Verschleierung nur eine Vorfrage für die tatsächliche Feststellung, ob und inwieweit Schenkung vorliegt; für die aus § 2287 BGB abzuleitenden Rechtsfolgen kommt es jedenfalls in objektiver Hinsicht allein darauf an, ob und inwieweit eine, sei es reine oder ge-

mischte Schenkung vorliegt. In dieser Hinsicht ergeben die Ausführungen des Berufungsurteils zwar, daß jedenfalls hinsichtlich des den Kaufpreismehrwerts von 29 380 DM übersteigenden objektiven Mehrwerts des vom Berufungsgericht auf rund 60 000 DM geschätzten Guts, also in Höhe von rund 30 000 DM eine Schenkung vorliegt und demgemäß der Gesamtvertrag mindestens eine gemischte Schenkung darstellt. Offen geblieben ist jedoch die unter den Parteien sehr streitige und vom Berufungsgericht in keiner Weise erörterte Frage, ob nicht auch hinsichtlich des Kaufpreismehrbetrags von 29 380 DM selbst eine echte Käuferleistung zum überwiegenden Teil nicht gewollt, sondern nur vorgeschützt ist, so daß auch insoweit eine Schenkung vorliegt und infolgedessen der unentgeltliche Teil des Gesamtgeschäfts bei weitem überwiegt. Diese materiell-rechtliche und daher von Amts wegen zu prüfende Frage ist zunächst für § 2287 insofern von Bedeutung, als nur bei überwiegendem Schenkungscharakter des Geschäfts die Herausgabe des vom Schenker hingegebenen Sachwerts und andernfalls nur der Mehrwert in Geld verlangt werden kann (BGH LM § 2287 BGB Nr. 2). Die Frage kann aber auch bei der für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Geschäfts im Sinn von § 138 oder § 826 BGB gebotenen Gesamtbetrachtung aller Umstände des Falles von erheblicher Bedeutung sein. Für die Revisionsinstanz ist daher der überwiegend unentgeltliche Charakter des Geschäfts zu unterstellen.

II.

Den Bereicherungsanspruch aus § 2287 BGB hat das Berufungsgericht allerdings aus subjektiven Gründen im Ergebnis richtig verneint.

Es geht rechtlich zutreffend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus, wonach das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigungsabsicht eng auszulegen ist: gefordert wird,

daß die Beeinträchtigung für den Erblasser den Zweck seines Handelns, den alleinigen oder wenigstens den eigentlich leitenden und bestimmenden Beweggrund bildet; wenn es dem Erblasser wichtiger war, daß der Erstbedachte (Vertragserbe) den Zuwendungsgegenstand nicht erhält, als daß der Zweitbedachte (Beschenkte) ihn erhält; wenn dieser Beweggrund gegenüber jenem der schwächere war (BGH LM § 146 KO Nr. 1, BGB § 2287 Nr. 5). Die Bejahung einer solchen Absicht kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Erblasser zur Zweitverfügung in der Hauptsache durch Umstände veranlaßt wurde, die mit der Person des Erstbedachten, nicht des Zweitbedachten zusammenhängen (LM BGB § 2288 Nr. 2).

368 In der rechtlichen Würdigung des hierzu festgestellten Sachverhalts ist dem Berufungsgericht zwar nicht in allen Punkten der Begründung, aber jedenfalls im Ergebnis beizutreten.

1. Das Berufungsgericht erwägt einleitend: Gegen eine Beeinträchtigungsabsicht spreche erheblich, daß der beurkundende Notar nach seinem glaubhaften Zeugnis (ebenso wie der beratende Anwalt) den Erblasser vorher nachhaltig auf die Vorschrift des § 2287 BGB aufmerksam gemacht und bei diesen Gesprächen den Eindruck gewonnen habe, dem Erblasser liege eine Beeinträchtigungsabsicht fern; hiernach und im Hinblick auf die sonst mögliche eigene Haftbarkeit des Notars (und des Anwalts) könne nicht ohne weiteres angenommen werden, daß der Notar einen anfechtbaren Vertrag entworfen und der Erblasser ihn unterzeichnet habe. Dabei wird verkannt, daß der Wille, einen bestimmten rechtlichen Erfolg (hier Nichtanwendbarkeit des § 2287 BGB) herbeizuführen, weder rechtlich noch praktisch gleichbedeutend ist mit demjenigen rein tatsächlichen Willen, den die Rechtsordnung zur Voraussetzung jenes rechtlichen Erfolges macht (hier Fehlen eines vorherrschenden Beeinträchtigungs Motivs).

Verkannt wird weiter, daß die subjektive Überzeugung des Notars und des Anwalts vom Fehlen jener Absicht des Erblassers keineswegs objektiv richtig zu sein brauchte und daß sie auch bei objektiver Unrichtigkeit sehr wohl die eigene Haftung dieser Personen ausschließen konnte.

2. Das Berufungsgericht führt weiter aus: Der Erblasser habe auf jeden Fall verhindern wollen, daß das Gut an die(jetzige) Klägerin und ihren Ehemann falle, weil er mit diesen bereits seit den dreißiger Jahren schwer verfeindet gewesen sei; er sei sich auch bewußt gewesen, daß dieses Ziel nur über eine Beeinträchtigung seiner Ehefrau, der Vertragserbin, möglich gewesen sei. Was deren Person anlange, so habe er ruhigen Gewissens davon ausgehen können, daß die Gutsübertragung an die Beklagte für seine schon damals 70jährige Ehefrau nur zu einer verhältnismäßig kurzzeitigen Benachteiligung führen werde und die Ehefrau für den Rest ihres Lebens voll versorgt sei durch den Grundbesitz in Z [REDACTED], der ihr nach seinem Tode allein gehören würde. Das Inkaufnehmen einer solchen vorübergehenden Beeinträchtigung stelle noch keine Absicht im Sinne des § 2287 BGB dar.

Es kann dahingestellt bleiben, ob hierbei genügend berücksichtigt ist, daß die Beeinträchtigung der Ehefrau nicht nur eine mit der Erreichung des Endziels (Ausschaltung der Familie der Stieftochter) parallel laufende Nebenfolge war, sondern bereits die zwangsläufige und zeitlich vorhergehende Voraussetzung für die spätere Erreichung jenes Endziels, also das notwendige Mittel zum Zweck darstellte sowie ob sich hieraus nicht ergibt, daß der Erblasser, um dieses Endziel zu erreichen, jene Beeinträchtigung nicht nur in Kauf nehme, sondern zum Nahziel und damit zum Gegenstand seiner Absicht im allgemeinen Rechtssinne machen mußte (vgl. über die strafrechtliche

Grenzziehung zwischen Absicht und direktem Vorsatz: Frank, StGB 18. Aufl. § 59 VI; Kohlrausch/Lange, StGB 42. Aufl. § 59 III 1 a; Mezger, Kurzlehrbuch, Allgemeiner Teil V. Aufl. § 67 II; Schönke/Schröder, StGB § 59 IV 1 a; Welzel, Das Deutsche Strafrecht 6. Aufl. § 13 II 2 a). Das Berufungsgericht verkennt jedenfalls - sowohl objektiv als auch in der Vorstellung des Erblassers - das rechtliche Gewicht der Beeinträchtigung der Ehefrau, wenn es auf die Kurzzeitigkeit abstellt und darauf, daß die Ehefrau für ihren Lebensabend voll versorgt gewesen sei: die der Ehefrau durch den Erbvertrag zugedachte künftige Rechtsstellung ging nicht nur auf ihre persönliche Versorgung für den Rest ihres Lebens, sondern darüber hinaus auf die Erlangung des gesamten Vermögens des Erblassers mit der Möglichkeit, es auch weiter zu vererben.

3. Hieraus ergibt sich jedoch nicht schon die Bejahung einer Absicht im Sinn von § 2287 BGB; denn hier ist (über den allgemeinen Absichtsbegriff hinaus) Voraussetzung, daß die Beeinträchtigung nicht nur überhaupt ein Motiv, sondern bei einer Mehrheit von Motiven das vorherrschende gewesen ist. In dieser Richtung stellt das Berufungsgericht fest: Dem Bestreben des Erblassers, der Familie seiner Stieftochter unter keinen Umständen das Gut zukommen zu lassen, habe als zweiter entscheidender Beweggrund von etwa gleicher Stärke sein Bestreben gegenübergestanden, die Beklagte für ihre Dienste zu entlohnen und sich für sein Alter zu versorgen; die Beklagte habe Erhebliches für den Betrieb geleistet und sei im Verhältnis zu ihren betrieblichen Leistungen zu gering entlohnt worden - mit monatlich 250 DM, statt, wie angemessen, 500 DM -, Anhaltspunkte für größere Geschenke des Erblassers oder für die Hingabe von größeren Warenvorräten an sie fehlten, so daß sie bei gerechter Entlohnung beim Tod des Erblassers etwa 25 000 DM (als Restlohn) hätte fordern können. Diese Feststellungen wer-

den von der Revision nicht beanstandet. Hiernach hat das Beeinträchtigungsmotiv gegenüber dem Motiv der Entlohnung der Beklagten und der Sorge für das eigene Alter nicht überwogen. Damit ist eine Beeinträchtigungsabsicht im Sinn von § 2287 BGB vom Berufungsgericht mit Recht verneint. Auf den oben erörterten Mängeln beruht das Berufungsurteil in diesem Punkte nicht.

III.

Die Frage einer Nichtigkeit des Kaufvertrags hat das Berufungsgericht ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit im Hinblick auf die geschlechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien geprüft. Auf den Erbvertrag hat es in diesem Zusammenhang überhaupt nicht abgehoben. Hierin liegt der entscheidende Fehler des Urteils.

1. Bei Würdigung des Umstands, daß die Beklagte die Geliebte des Erblassers gewesen ist, stellt das Berufungsurteil im Anschluß an BGH LM § 138 (C d) BGB Nr. 2 (vgl. auch Nr. 9 aaO und BGHZ 20, 71) einmal darauf ab, ob die Übertragung des Gutes vor allem bezweckte, die Beklagte für ihren ehebrecherischen Verkehr mit dem Zuwendenden zu belohnen oder zur Fortsetzung solchen Verkehrs zu bestimmen, oder ob in erster Linie oder jedenfalls maßgeblich daneben auch andere, beachtenswerte Beweggründe bestimmend waren. Es prüft weiter, welche verschiedenartigen Auswirkungen die länger dauernden Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Beklagten hatten, wen die Schuld an der Zerrüttung der Familienverhältnisse des Erblassers traf, sowie ob den Angehörigen des Erblassers nach sittlichen Grundsätzen zuzumuten war, die der Beklagten als Zuwendungsempfängerin eingeräumte Rechtsstellung anzuerkennen, und zwar auch im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen. Die Fälle, in denen der Bundesgerichtshof im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts diese Fragen

als bedeutsam herausgestellt hat, betrafen allerdings Zweitgeschäfte von Todes wegen, die ihrer Natur nach rechtlich entgeltlos sind. Im vorliegenden Fall dagegen handelt es sich um die Beurteilung eines Zweitgeschäfts unter Lebenden; hier spielt in erster Linie eine Rolle, ob es sich um ein (ganz oder) vorwiegend entgeltliches oder unentgeltliches Geschäft handelt (oben I); zwar sind die obengenannten Fragen in jedem Falle zu prüfen, sie werden jedoch bei (überwiegender) Entgeltlichkeit weit seltener zur Bejahung der Sittenwidrigkeit führen als bei (überwiegender) Unentgeltlichkeit. Auch für Zweitverfügungen unter Lebenden gilt, daß alle Umstände des Falles zu berücksichtigen sind und feste Regeln sich nicht aufstellen lassen, vielmehr das jeweilige Gesamtbild entscheidend ist (BGH LM aaO Nr. 2).

In tatsächlicher Hinsicht führt das Berufungsgericht zur Frage des vorwiegenden Beweggrundes aus: Schon für die Jahre 1946 bis 1949 spreche nichts dafür, daß die geschlechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und der Beklagten im Verhältnis zu den menschlich-seelischen und auch geschäftlichen Beziehungen von übergeordneter Bedeutung gewesen wären; die Beklagte habe Erhebliches für das Geschäft geleistet und es mit schwindender Kraft des Erblassers auch leisten müssen, auch die seelischen Bindungen seien stark gewesen; seit 1949, mindestens im Jahre 1951 hätten die erotischen Beziehungen wegen des Gesundheitszustands des Erblassers (jedenfalls) keine sonderliche Bedeutung (mehr) gehabt; Beweggrund der Gutszuwendung sei beim Erblasser daher nicht das Bestreben gewesen, die Beklagte zu weiterer geschlechtlicher Hingabe zu veranlassen. Hierin liegt entgegen der Meinung der Revision die tatsächliche Feststellung, daß das erotische Motiv auch insoweit, als eine Belohnung von früherem geschlechtlichem Verkehr in Betracht kam, gegenüber den genannten sonstigen Motiven nicht überwog. Die Feststellung verstößt nicht gegen eine angebliche, von der Revision ins Feld geführte Erfahrungstatsache, daß alternde Menschen

gegenüber wesentlich jüngeren Geliebten häufig eine besondere Verpflichtung zu materieller Entgeltung fühlten und daß das erotische Moment mit dem menschlich-seelischen in solchen Fällen meist eng verflochten sei; daß diese Verflechtung stets zur Bejahung der Sittenwidrigkeit führen müßte, ist in BGHZ 20, 71, 73 nicht ausgesprochen. Dafür, daß das Berufungsgericht die genannten Gesichtspunkte übersehen hätte, liegt kein Anhaltspunkt vor. Diese Feststellung des Berufungsgerichts ist daher nicht zu beanstanden.

Hinsichtlich der Zerrüttung der Ehe des Erblassers sieht das Berufungsgericht die intimen Beziehungen zur Beklagten jedenfalls zunächst nicht als Ursache, sondern als Folge an; die Ursache der mißlichen Eheverhältnisse liege in der Person der jetzigen Klägerin, nämlich im Streit um die 1944 von deren Ehemann aufgeworfenen Zweifel an ihrer ehelichen Abstammung (BU S. 22/23); als die Beklagte in Erscheinung trat, sei die Ehe des Erblassers bereits weitgehend zerrüttet gewesen (BU S. 19/21); die Beziehungen des Erblassers zur Beklagten hätten die Zerrüttung seiner Ehe nicht eingeleitet, sondern nach der Trennung der Ehegatten lediglich vertieft. Bedenken gegen diese Feststellungen sind weder innerhalb der Revisionsbegründungsfrist geltend gemacht noch ersichtlich.

2. Während die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Sittenwidrigkeit bis hierher der Nachprüfung standhalten, bekämpft die Revision mit Erfolg seine abschließenden Ausführungen darüber ob den Angehörigen des Erblassers bei Berücksichtigung des Gesamtbildes des Falles die Anerkennung des Kaufvertrags nach sittlichen Grundsätzen zuzumuten war.

Hier ist bereits die Fragestellung schief. Das Berufungsgericht stellt neben der ursprünglichen Klägerin gleichermaßen

auf die Person der jetzigen Klägerin ab und gründet die Bejahung der Zumutbarkeit ganz überwiegend auf Erwägungen, die die Person dieser mit dem Erblasser weder verwandten noch in Vertragsbeziehungen stehenden, auch schwer verfeindeten und längst seinem Hauswesen entwachsenen Stieftochter betreffen. Wie demgegenüber die Revision mit Recht betont, kam es in erster Linie auf die Zumutbarkeit des Kaufvertrags für die Ehefrau an, mit welcher den Erblasser sowohl durch seine Ehe als auch durch den Erbvertrag enge rechtliche und sittliche Bande verknüpften. War die genannte Zumutbarkeitsfrage nur für die Stieftochter und nicht auch für die Ehefrau zu bejahen, so war der Vertrag objektiv nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig und die Klage in der Person der ursprünglichen Klägerin begründet, und es könnte sich äußerstenfalls nur fragen, ob die Beklagte der Geltendmachung dieser Nichtigkeit durch die jetzige Klägerin etwa den Einwand der Arglist entgegensetzen könnte. In der Frage der Zumutbarkeit des Kaufvertrags für die Ehefrau des Erblassers hat das Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht rügt, den Tatsachenvortrag der Klagpartei nicht erschöpfend gewürdigt (§ 286 ZPO).

Das Berufungsgericht erwägt hierzu in wirtschaftlicher Beziehung zunächst: die Ehefrau des Erblassers habe auch nach der Gutsvergabe an die Beklagte Besitz in etwa gleichem Wert jenes Gutes behalten - nämlich die eine Miteigentumshälfte an dem mit 130 000 DM zu bewertenden Grundbesitz in Zwiesel (BU S. 13) - und mit dem Tode des Erblassers als dessen Erbin die andere Miteigentumshälfte und damit den gleichen Wert noch einmal dazu erworben, also schließlich Vermögenswerte in doppelter Höhe des an die Beklagte gegebenen Gutes besessen (so ist die wortlautmäßig mißverständliche Feststellung BU S. 21 ersichtlich gemeint). Aber es kam bei einem Vergleich der Vermögenswerte nicht nur auf den Umfang der Substanz, sondern auch auf den der Ertragsfähigkeit an. Das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten Kessel hatte die Erträge des Z

Grundbesitzes als verhältnismäßig niedrig und nach Abzug der Werbungskosten zur Deckung der laufenden Lastenausgleichslasten nicht ausreichend bezeichnet (GA I 152). Ein Grundstücksverkauf, um diese Lasten zu decken, war der Ehefrau des Erblassers, zumal bei ihrem Alter, nicht zuzumuten. Das Berufungsgericht hätte sich hiermit auseinandersetzen und, falls es diesen Vortrag für nicht substantiiert genug ansah, weiteren Parteivortrag darüber anregen müssen (§ 139 ZPO), worauf die Klägerin nach ihrem Revisionsvortrag das dort näher angegebene Zahlenmaterial beigebracht und durch Sachverständigengutachten unter Beweis gestellt hätte.

Eine solche Prüfung der Ertragsfähigkeit war umsomehr geboten, als der Kaufvertrag die vom beurkundenden Notar zutreffend als schon damals unüblich bezeichnete Regelung enthielt, daß die Lastenausgleichslast für das weggegebene Gut beim Erblasser als Verkäufer bleiben sollte. Diese Klausel bedeutete für die Zeit nach dem Tode des Erblassers, daß die Ehefrau als seine Vertragserbin den Lastenausgleich für das an die Geliebte weggegebene Gut zu tragen hätte. Das Berufungsgericht meint selbst (BU S. 21), hierin könnte tatsächlich eine Unbilligkeit liegen, hält sie aber zur Bejahung einer Sittenwidrigkeit deshalb nicht für ausreichend, weil bei Vertragsschluß das Lastenausgleichsgesetz noch nicht verkündet und sein Inhalt noch nicht voraussehbar gewesen sei und weil eine Übernahme des Lastenausgleichs durch die Beklagte einen weiteren wertmindernden Lastfaktor bedeutet hätte. Die letzter Begründung ist nicht schlüssig. An der ersteren Begründung ist richtig, daß es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf die Umstände zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts und nicht etwa des späteren Erbfalles ankommt (BGHZ 20, 71, 73 ff) sie vermag jedoch nicht zu rechtfertigen, daß der Erblasser (nicht nur zunächst sich selbst, sondern) für die Zeit nach

seinem Tode auch seiner Ehefrau die Lastenausgleichslasten für den Grundbesitz seiner Geliebten aufbürdete.

Für die Frage, ob die Vertragsparteien diese objektive Lage auch gekannt und gebilligt haben, weist die Revision darauf hin, daß der Erblasser nach der eigenen Feststellung des Berufungsgerichts als Kaufmann den Stand seines eigenen Vermögens und des Vermögens seiner Frau überblickt und geprüft hat (BU S. 13). Sie führt dazu aus: dem Erblasser seien die Ertragnisse der Liegenschaften in Z [REDACTED] und das Fehlen sonstiger Einnahmequellen für seine künftige Witwe bekannt gewesen - der von ihm geführte Betrieb sei an die Beklagte mitverkauft worden -; er habe auf Grund der Soforthilfeabgabe die künftigen Lastenausgleichslasten wenigstens in ungefährem Umfang abschätzen können; es habe auch offengelegen, daß die Kreditgewinnabgabe bzw. Hypothekengewinnabgabe ihren einzigen Ursprung in den auf Gut S [REDACTED] betriebenen gewerblichen Unternehmungen habe, während die Vermögensabgabe hälftig auf den Besitz in Z [REDACTED] und denjenigen in S [REDACTED] entfalle; dabei sei auch zu beachten, daß die Gutsweggabe zeitlich unmittelbar auf die finanzamtliche Betriebsprüfung (Mai/Juni 1951) gefolgt sei, obwohl die Prüfungsfeststellungen steuerliche Nachveranlagungen ergeben hätten und der Erblasser schon bis dahin Steuerrückstände aufzuweisen gehabt habe. Die Klägerin hätte in diesem Zusammenhang noch auf ihren Vortrag in den Vorinstanzen abheben können, wonach der Erblasser noch wenige Monate vor seinem Tode den Z [REDACTED] Grundbesitz unter Benutzung einer Vollmacht seiner Ehefrau aus dem Jahre 1922 mit einer Eigentümergrundschuld von 15 000 DM belastet habe, die zur Abtretung an das Finanzamt zwecks Sicherung von Steuerrückständen des S [REDACTED] Betriebes bestimmt gewesen sei (vgl. GA II 297 und Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 24. Februar 1954 in der Mappe übergebene Schriftstücke); wenn

dieser Vorgang auch längere Zeit nach dem Abschluß des umstrittenen Kaufvertrags lag, so konnte er möglicherweise in Verbindung mit anderen Momenten einen Rückschluß auf eine bereits 1951 vorhandene Planung des Erblassers gestatten.

Über die subjektive Einstellung der Beklagten führt die Revision aus: ihr seien die wirtschaftlichen und betrieblichen Verhältnisse bekannt gewesen, wie sich daraus ergebe, daß sie dem Betriebsprüfer des Finanzamts ausweislich seines in den Tatinstanzen vorgetragenen Berichts vom 29. Mai 1952 darüber Auskünfte erteilt habe.

Diese Behauptungen können für die Beurteilung der Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB von Bedeutung sein. Das Berufungsgericht hat sich damit nicht auseinandergesetzt.

3. Hinzu kommt aber noch weiter, daß der Erblasser gegenüber seiner Ehefrau sittliche Bindungen nicht nur durch die Ehe, sondern auch durch den Erbvertrag hatte. Wenn das Vorhandensein des Erbvertrags auch für sich allein nicht ausreicht, um dem Kaufvertrag die Rechtswirksamkeit zu nehmen (vgl. § 2286 BGB), so fällt es doch bei der Gesamtbetrachtung des Falles als Erschwerungsmoment nicht wenig ins Gewicht. In diesem Punkt unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von dem in LM BGB § 138 (C d) Nr. 2 entschiedenen, so daß schon deshalb die dortige Entscheidung (Verneinung der Sittenwidrigkeit einer Miterbeinsetzung der Geliebten unter Enterbung der Ehefrau) einer entgegengesetzten Beurteilung des vorliegenden Falles nicht entgegensteht; darüber hinaus waren damals nicht ehebrecherische, sondern nur auf nichtgeschlechtlichem Gebiet liegende ehewidrige Beziehungen festgestellt, trotzdem wurde die Bedenkung der anderen Frau teilweise für sittenwidrig erklärt, nämlich soweit diese vor den Kindern des Erblassers

bevorzugt werden sollte. Noch weniger vergleichbar ist der Fall LM Nr. 9 aaO, wo der Erblasser und die Bedachte unverheiratet und die verdrängten gesetzlichen Erben nur Geschwister und Geschwisterkinder waren.

Zur menschlichen Seite erwägt das Berufungsgericht (BU S. 22) hinsichtlich der Zumutbarkeit für die Ehefrau lediglich: der Erblasser habe die Verbindung zu ihr auch nach Abschluß des Kaufvertrags nicht abgebrochen, wie seine regelmäßigen Besuche in Z. [REDACTED] und seine Briefe an die Ehefrau im Jahre 1951/52 ergäben. Das reicht jedoch nicht aus, um angesichts des übrigen festgestellten oder in dieser Instanz zu unterstellenden Sachverhalts (s. oben) die erörterten sittlichen Bedenken gegen den Kaufvertrag auszuräumen (vgl. auch die Entscheidung BGHZ 20, 71, wo die Sittenwidrigkeit eines Nießbrauchsvermögens an die Ehebruchspartnerin u.a. mit der Erwägung bejaht wurde, der betrogenen Ehefrau sei auch nach der erfolgten Ehescheidung das Wohnen unter einem Dach mit der Nebenbuhlerin als ihrer Hausherrin nicht zuzumuten). Die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts zur Frage der menschlichen Zumutbarkeit betreffen nicht die Person der Ehefrau, sondern der Stieftochter und müssen daher in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben.

IV.

Hiernach kann die Verneinung der Sittenwidrigkeit aus § 138 BGB mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten werden.

Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und die Sache wie geschehen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die weiteren tatsächlichen Feststellungen zur Frage der Sittenwidrigkeit zu treffen und im Bejahungsfalle

die bisher nicht erörterte Einrede des Zurückbehaltungs-
der Beklagten und den klägerischen Gegeneinwand der Auf-
nung zu prüfen haben.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern