

Verkündet am 22. Oktober 1958
Fieser, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Hedwig F. in K., B. Straße ,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den Regierungsdirektor Dr. Ludwig F. in Fr.
bei K., L. Straße ,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1958 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Schuster und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 7. Februar 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 25. November 1905 geborene, ledige Klägerin und der um einige Jahre ältere Beklagte sind Geschwister. Der Vater starb 1945, die Mutter 1954.

1936 errichteten die Eltern eigenhändig das folgende gemeinschaftliche Testament:

"I.

Wir setzen jeder den andern als Erben seines gesamten Nachlasses ein mit der Bestimmung, daß nach dem Tode des Überlebenden unser beiderseitiger Nachlaß an Grundstücksanteilen ..., an Wertpapieren, Spareinlagen, Möbeln, Betten, Wäschestücken, Silbersachen, Kristallsachen und was an sonstigen Gegenständen aller Art noch vorhanden ist, an unsere Tochter Hedwig F. [REDACTED] fallen soll, sodaß sie also für unseren gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt Verstorbenen eingesetzt ist. § 2269 BGB. Wir befreien den Überlebenden von uns von allen Verpflichtungen, von welchen wir ihn als Vorerbe befreien können, sodaß unsere Tochter als unser Nacherbe auf dasjenige eingesetzt ist, was zur Zeit des Ablebens des Überlebenden von uns von unserem Nachlaß noch vorhanden ist. Unsere Söhne Walter, Ludwig und Richard F. [REDACTED] haben ihren Erbteil durch die Kosten ihrer Schulzeit, ihres Studiums und ihrer Berufsausbildung bereits erhalten. Ebenso hat unsere Tochter Johanna, jetzige Frau des Katasterdirektors R. [REDACTED] in H. [REDACTED]/S. [REDACTED], ihr Erbteil durch die Kosten ihres Musikstudiums und durch ihre Aussteuer bereits erhalten. Sollte eines der genannten 4 Kinder trotzdem einen Pflichtanteil verlangen, so soll es von der in Ziffer II im Falle der Verheiratung unserer Tochter Hedwig vorgesehenen Nacherbfolge ausgeschlossen sein.

II.

Sollte jedoch unsere Tochter Hedwig heiraten, so ist sie verpflichtet, von ihrem Erbe den 10 000 M in Worten: zehntausend Mark übersteigenden Teil, nach Abzug ihres Erbanteils von $\frac{1}{5}$, an ihre Geschwister oder deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen, gegebenenfalls nach Stämmen, herauszugeben. Die übrigen unter I

- 3 -

bezeichneten Gegenstände, Möbel, Betten, Wäschestücke, Silbersachen, Kristallsachen und sonstige Gegenstände aller Art verbleiben unserer Tochter Hedwig auch in diesem Falle unbeschränkt.

Zum Testamentvollstrecker ernennen wir unseren Sohn Ludwig, der sich der Angelegenheit am besten widmen kann. Er hat auch die notwendigen Maßnahmen, namentlich bezüglich der Sicherung der Wertpapiere für die Nacherben zu treffen."

Der Nachlaß des Vaters bestand im wesentlichen aus I.G.-Farben-Aktien im Nennwert von 19 500 RM im Depot der Kreissparkasse K. Im Sommer 1952 erhielt die Kreissparkasse die schriftliche, mit dem Namen der Mutter unterzeichnete Aufforderung, diese Aktien auf Konto und Depot der Klägerin zu überweisen; die Sparkasse tat das. Nach dem Tod der Mutter, insbesondere mit Schreiben vom 29. Dezember 1954, forderte der Beklagte als Testamentvollstrecker der elterlichen Hinterlassenschaft die Kreissparkasse auf, sich bis zur Klärung der Rechtslage hinsichtlich der Aktien jeglicher Verfügung über sie zu enthalten; die Sparkasse sperrte daraufhin das Depot der Klägerin bezüglich der Aktien.

Die Parteien streiten um das Verfügungsrecht an den genannten Aktien. Die Klägerin will das Eigentum daran bereits auf Grund Übertragung durch die Mutter im Sommer 1952 erworben haben, die ihrerseits Vollerbin des Vaters und daher unbeschränkte Eigentümerin gewesen sei; der Beklagte sei nur für den noch nicht eingetretenen Fall der Heirat der Klägerin zum Testamentvollstrecker berufen und daher zur Aktiensperrung nicht befugt. Der Beklagte bestreitet die Vornahme und die Rechtswirksamkeit der Aktienübertragung 1952 (wegen geistiger und körperlicher Hinfälligkeit der Mutter, die damals nicht mehr willensfähig gewesen sei, wegen Mangels der nach § 13 des Depotgesetzes nötigen Schriftform, da die Mutter bei Unterzeichnung des Schreibens an die Sparkasse



von der Klägerin die Hand geführt bekommen habe, sowie weil die Mutter nur Vorerbin des Vaters und daher nicht zu wirksamer Schenkung an die Klägerin in der Lage gewesen sei, fürsorglich weil im Fall ihrer Vollerbeinsetzung die Schenkung wegen Benachteiligungsabsicht rückforderbar sei); zur Sperrung der hiernach zum elterlichen Nachlaß gehörigen Aktien hält sich der Beklagte deshalb für befugt, weil er bereits vom Tod der Mutter an als Testamentsvollstrecker berufen sei.

Die Klägerin erhob Klage auf Rückgängigmachung der Depotsperre hinsichtlich der I.G.-Farben-Industrie- und Nachfolgeaktien durch Erklärung gegenüber der Kreissparkasse, und zwar in erster Instanz im Teilwert von 20 000 DM, in zweiter Instanz (im Wege der Anschlußberufung) hinsichtlich bestimmter im einzelnen bezeichneter Wertpapiere im Nominalbetrag von zusammen 15 000 DM und 20 000 RM.

Das Landgericht hat die Klage zugesprochen, weil die Klägerin Vollerbin des elterlichen Nachlasses und der Beklagte erst auf den Zeitpunkt einer etwaigen Heirat der Klägerin zum Testamentsvollstrecker berufen sei.

Daraufhin hat ein Bruder der Parteien, der Medizinalrat Dr. Walter F. in K., das elterliche Testament angefochten und beim Nachlaßgericht einen Teilerbschein dahin erwirkt, daß er zu 1/5-Anteil Erbe der Mutter sei. Das Nachlaßgericht sieht in seiner der Erbscheinerteilung beigegebenen Begründung die Mutter als Vollerbin des Vaters und die Klägerin als Schlußerbin an (§ 2269 BGB); es hält eine Nacherbeinsetzung nur für den Fall der Heirat, nicht auch für den Fall des ledigen Versterbens der Klägerin für angeordnet; das sich hieraus für die Klage-

rin bei ledigbleiben ergebende unbeschränkte Verfügungsrecht über den gesamten elterlichen Nachlaß von Todes wegen widerspreche dem Willen der Erblasser, die Testamentsanfechtung sei daher bezüglich der Erbeinsetzung der Klägerin begründet; die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckungsanordnung werde dadurch nicht berührt (§ 2085 BGB).

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klagsanspruch in der zweitinstanzlichen Fassung (Entsperrung der dort bezeichneten einzelnen Wertpapiere) weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die behauptete Aktienübertragung durch die Mutter im Sommer 1952 - ohne zu entscheiden, ob auch aus andern Gründen - jedenfalls deshalb nach §§ 134, 138 BGB für nichtig, weil von Mutter und Tochter die Aushöhlung der Testamentsbestimmungen über Nacherfolge und Testamentsvollstreckung bezweckt und dadurch die Bindung an das Testament umgangen werden sollte. Es legt der angeordneten Testamentsvollstreckung in zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht umfassende Wirkung bei (Beginn schon mit dem Vorerbfall, keine bloße Nacherbentestamentsvollstreckung nach § 2222 BGB, Ausführung der letztwilligen Verfügungen hinsichtlich des Elternnachlasses im

Gesamten, §§ 2203 ff, hinsichtlich der der bedingten Nacherbfolge unterliegenden 4/5 des Nachlasses außerdem Dauerverwaltung bis zum Eintritt des Nacherbfalls, §§ 2209 ff). Die Testamentsanfechtung hält das Oberlandesgericht nicht für begründet; zwar gelte die Nacherbeinsetzung der Geschwister der Klägerin nur für den Fall, daß die Klägerin heirate, nicht auch für den Fall ihres ledigen Versterbens; eine Nacherbfolge im letzteren Fall sei jedoch von den Erblässern nicht nur nicht erklärt, sondern auch nicht gewollt. Der Beklagte sei daher berechtigt, die Wertpapiere in Besitz zu nehmen, und deshalb erst recht, sie (nur) sperren zu lassen. Das gelte auch hinsichtlich desjenigen Anteils, zu dem die Klägerin Vollerbin sei (1/5), da sie insoweit Teilauseinandersetzung zwar vom Beklagten verlangen, aber nicht selbst vornehmen könne.

II.

Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß der Beklagte richtigerweise persönlich und nicht als Testamentsvollstrecker verklagt worden ist. Denn der Klage liegt die Annahme zu Grunde, daß die umstrittenen Aktien nicht zum Nachlaß gehören und der Beklagte außerdem erst auf einen späteren Zeitpunkt (Nacherbfall) zum Testamentsvollstrecker berufen sei; daß sich der Beklagte zur Abwehr der Klage auf sein Besitzrecht als Testamentsvollstrecker beruft, ändert daran nichts (OGHZ 2, 45, 47).

III.

In der Beurteilung der Rechtslage für den Fall, daß die umstrittenen Aktien beim Tod der Mutter noch zum elterlichen Nachlaß gehörten, ist dem Berufungsgericht im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung beizutreten.

1. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht angenommen, daß der im Testament erklärte Wille der Erblasser auf eine möglichst umfassende Testamentsvollstreckung gerichtet war derart, daß sie nicht erst mit dem Nacherbfall, sondern schon mit dem Vorerbfall beginnt und den vollen Nachlaß, nicht nur den von einer möglichen Nacherbschaft der Geschwister betroffenen Nachlaßteil umfaßt.

Die Revision stützt ihre gegenteilige Auffassung vor allem auf die Annahme, daß die Klägerin (soweit nicht Voll-erbin) befreite Vorerbin sei, womit sich eine so umfassende Testamentsvollstreckung nicht vereinbare. Das Berufungsgericht hat jedoch die Vorerbenbefreiung ohne Rechtsirrtum verneint. Der Revision ist zuzugeben, daß in der Rechtsprechung die Neigung besteht, dann Befreiung des Vorerben anzunehmen, wenn dieser in erster Linie als Vollerbe eingesetzt und durch Nacherbschaft nur unter einer Bedingung beschwert ist, deren Ausfall sich ihrer Natur nach erst bei seinem Tod entscheiden kann (Wiederverheiratung, kinderloses Versterben; KGJ 42, 109, 114; KG in JFG 13, 155, 158 ff; 17, 154). Aber erstens ist diese Auffassung nicht unbestritten (dagegen OLG Stuttgart JFG 6, 162; vgl. auch BGH-Urteil IV ZR 64/50 vom 5.3.1951, Leitsatz abgedruckt in NJW 1951, 354). Zweitens wird sie nicht als ausnahmslos, sondern nur beim Fehlen entgegenstehender Umstände vertreten (KG aaO). Drittens wurde sie entwickelt für die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten bei gegenseitiger Erbeinsetzung mit (Wieder-)Verheiratklausel; die Interessenlage und deshalb der Erblasserwille ist jedoch hinsichtlich der Stellung des überlebenden Ehegatten typischerweise wesentlich verschieden von der Stellung des einen von mehreren überlebenden Kindern, worauf die Revisionserwiderung mit Recht hinweist. In JFG 17 aaO wird

allerdings der Erfahrungssatz vom regelmäßigen Befreiungswillen ausdrücklich über den Fall der Einsetzung des überlebenden Ehegatten hinaus auf alle Fälle von bedingter Vorerbeinsetzung der genannten Art ausgedehnt; diese Entscheidung stützt sich jedoch daneben maßgebend auf besondere Erwägungen jenes Einzelfalls, die für Vorerbenbefreiung sprachen. Im vorliegenden Falle bedarf es keiner abschließenden Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang eine Lebenserfahrung für den Willen zur Vorerbenbefreiung bei bedingter Nacherbeinsetzung spricht. Denn das Berufungsgericht entnimmt ohne Rechtsirrtum aus dem Umstand, das die Eltern im Testament den Willen zu möglichstster Freistellung hinsichtlich des überlebenden Ehegatten ausdrücklich betont haben, hinsichtlich der Klägerin jedoch nicht, einen hinreichenden Anhaltspunkt für die Annahme, daß bei der Tochter eine Freistellung von den gesetzlichen Beschränkungen, anders als beim überlebenden Ehegatten, nicht gewollt war. Daß der überlebende Ehegatte nach der Annahme des Berufungsgerichts gar nicht Vorerbe, sondern Vollerbe im Sinn von § 2269 BGB war, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Das Berufungsgericht hätte einen weiteren gewichtigen Anhaltspunkt für seine Annahme aus dem von ihm in anderem Zusammenhang gewürdigten Umstand herleiten können, daß das Testament mit besonderer Betonung gerade die Sicherung der Wertpapiere (die später das Hauptwertobjekt des Nachlasses bildeten) dem Testamentsvollstrecker als Aufgabe zuweist, was mit einem Willen zur Vorerbenbefreiung zwar nicht schlechthin unvereinbar ist (auch im Fall JFG 17 aaO bestand Testamentsvollstreckung, allerdings in einem aus der Veröffentlichung nicht ersichtlichen Umfang), aber doch als Anzeichen gegen einen solchen Befreiungswillen spricht.

Mit der Verneinung des Willens zur Vorerbenbefreiung hinsichtlich der Klägerin entfällt das Hauptargument der Revision gegen den vom Berufungsgericht angenommenen Umfang der Testamentsvollstreckung.

Aber auch die übrigen Revisionsangriffe in diesem Punkt schlagen nicht durch. Die von der Revision verneinte Nacherbentestamentsvollstreckung wird auch vom Berufungsgericht ausdrücklich abgelehnt (BU 11). Die räumliche Stellung der Testamentsvollstreckungsanordnung innerhalb des Testaments (in Abschnitt II im Anschluß an die Nacherbeinsetzung der Geschwister) wird vom Berufungsgericht mit ausführlicher Begründung ohne Rechtsirrtum als nicht entscheidend angesehen (BU 11/12; vgl. Urteil des erkennenden Senats MDR 1958, 322 = DNotZ 1958, 490). Der von den Wertpapieren handelnde Schlußsatz von Abschnitt II des Testaments wird vom Berufungsgericht mit Recht als Anzeichen für einen möglichst großen Umfang der gewollten Testamentsvollstreckung gewertet; entgegen der Auffassung der Revision wäre diese Bestimmung dann, wenn die Testamentsvollstreckung erst im Zeitpunkte des Nacherbfalls (Heirat der Klägerin) beginnen sollte, kaum verständlich, weil der Testamentsvollstreckter in diesem Zeitpunkt nicht erst die Sicherung, sondern bereits die Auseinandersetzung des Nachlasses vorzunehmen hätte; für Testamentsvollstreckervermaßnahmen gemäß § 2116 BGB wäre in diesem Fall entgegen der Meinung der Revision kein Raum mehr, weil diese Bestimmung für die Zeit vor Eintritt des Nacherbfalls gilt. Gegen eine umfassende Testamentsvollstreckung spricht auch nicht der Umstand, daß der zum Testamentsvollstreckter berufene Beklagte in seiner Eigenschaft als Nacherbe im Interessenwiderstreit mit der Klägerin stehen kann; denn ein derartiger möglicher Interessenwiderstreit besteht typischerweise auch dann, wenn von

mehreren Miterben einer zum Testamentsvollstrecker berufen ist; ein solcher Interessenwiderstreit macht sowohl beim Miterbenverhältnis als auch beim Vor- und Nacherbenverhältnis die Berufung eines Mitbeteiligten zum Testamentsvollstrecker nicht unzulässig oder auch nur unwahrscheinlich oder unüblich (OLG 40, 136). Es ist auch nicht zwingend, daß der Fürsorge- oder Gerechtigkeitsgedanke, der nach der Annahme des Berufungsgerichts der Testamentsvollstreckungsanordnung zugrunde liegt, eine Beschränkung des Testamentsvollstreckungsumfangs fordern sollte; der Testamentsvollstrecker ist seiner Natur nach Verwalter des Nachlasses, nicht aber der Rechte der einzelnen Erben daran; die Fürsorge für den Nachlaß kann er umso umfassender wahrnehmen, je umfassender seine Befugnisse sind. Ob die Eltern bei Testamentserrichtung den Eintritt des Nacherbfalls (Heirat der Klägerin) für wahrscheinlich oder unwahrscheinlich gehalten haben, spielt keine Rolle, nachdem sie diesen Fall einer ausdrücklichen Regelung für wert hielten.

Entgegen der Auffassung der Revision besteht auch kein Widerspruch innerhalb des Berufungsurteils zwischen der Annahme umfassender Testamentsvollstreckung und dem (BU 16) festgestellten Testamentszweck der Besserstellung der Klägerin; denn einmal spricht das Berufungsgericht nicht von Besserstellung schlechthin, sondern von ausgleichender Besserstellung und erläutert dies dahin, der Klägerin solle eine ähnlich sichere Lebensstellung gewährleistet werden, wie sie die Geschwister schon zu Lebzeiten der Eltern durch deren Aufwendungen für Berufsausbildung und Aussteuer erlangt hätten; und zum andern besagt die Frage, wer den Nachlaß verwalten soll, gar nichts darüber, wem er nach Substanz und Nutzung zugutekommen soll. Wie das Berufungsgericht ersichtlich annimmt, soll die Testamentsvoll-

streckung nach dem Willen der Eltern nicht nur der Sicherung der Nacherben gegenüber der Vorerbin, sondern auch der Sicherung der Vorerbin selbst vor ihrer etwaigen eigenen Geschäftswandtheit dienen; auch das spricht für einen weiten, nicht engen Umfang der Testamentsvollstreckung.

2. Die Testamentsvollstreckungsanordnung wird vom Berufungsgericht als rechtswirksam angesehen. Die Revision greift das nicht an. Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht ersichtlich.

Hiernach hat das Berufungsgericht für den Fall, daß die Beklagte die Aktien erst im Wege des Erbgangs von der Mutter erworben hat, ohne Rechtsirrtum eine Pflicht der Klägerin zur Duldung ihrer Sperrung bejaht (§ 1004 Abs. 2 BGB) und ihren Sperraufhebungsanspruch als unbegründet angesehen.

IV.

Falls die Klägerin die Wertpapiere jedoch von der Mutter durch Rechtsgeschäft unter Lebenden im Jahre 1952 erworben hat, entfällt eine Sperrbefugnis des Beklagten; denn dann gehörten und gehören die Papiere nicht zum elterlichen Nachlaß und wurden und werden daher von der Testamentsvollstreckung nicht umfaßt. Das Berufungsgericht hat einen derartigen Erwerb unter Lebenden verneint. Diese Ausführungen sind jedoch nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Mit Recht beanstandet die Revision die Annahme des Berufungsgerichts, eine etwaige Veräußerung der Aktien im Jahre 1952 von der Mutter auf die Tochter unter Lebenden sei nach §§ 134, 138 BGB nichtig.

Zwar ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden; danach haben sich die Eltern gegenseitig im Sinn des § 2269 BGB zu Vollerben, die Klägerin zur alleinigen Schlußerbin und deren Geschwister, darunter den Beklagten, bedingt zu Schlußnacherben eingesetzt, und die hier interessierenden Verfügungen stehen zueinander im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit im Sinn von § 2270 BGB; infolgedessen konnte die Mutter, die die Erbschaft des Vaters unstreitig nicht ausgeschlagen hatte, ihre letztwilligen Verfügungen, nämlich nicht nur die Schlußerbeinsetzung der Klägerin, sondern auch die bedingte Einsetzung der Geschwister zu Schlußnacherben, nicht widerrufen (§ 2271 Abs. 2 BGB); ein Rücktrittsgrund im Sinn von § 2294 oder § 2336 BGB ist nicht behauptet. Aber durch diese Bindung wurden nur Verfügungen der Mutter von Todes wegen unzulässig; ihr Recht, über das nach dem Tod des Vaters in ihrer Hand vereinigte elterliche Vermögen unter Lebenden rechtsgeschäftlich zu verfügen, wurde durch die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments nicht beschränkt. Diese grundsätzliche Verschiedenheit in der Verfügungsbefugnis unter Lebenden und von Todes wegen gilt für das gemeinschaftliche Testament in gleicher Weise, wie es für den Erbvertrag in §§ 2286, 2289 BGB ausdrücklich ausgesprochen ist (BGH DNotZ 1951, 343, 345). Verfügungen des durch gemeinschaftliches Testament gebundenen überlebenden Ehegatten unter Lebenden sind daher grundsätzlich auch dann zulässig und wirksam, wenn sie für die weiter Bedachten den Nachlaß schmälern. Eine Ausnahme erkennt die Rechtsprechung allerdings im Höferecht darin an, daß nach einer Hoferbenbestimmung durch bindendes gemeinschaftliches Testament (oder Erbvertrag) auch ein ihr widersprechender Hofübergabevertrag unwirksam ist (so der erkennende Senat in LM Nr. 4 zu HöfeO (BrZ) § 17 und ständig, zuletzt BGHZ 23, 249, 257 = LM Nr. 15 aaO; ebenso Schulte RdL 1951, 29);

das liegt jedoch an dem besonderen erbrechtlichen Einschlag des Hofübergabevertrags, wird vom erkennenden Senat ausdrücklich auf Übergabeverträge im Geltungsbereich der Hofeordnung beschränkt (aaO) und trifft jedenfalls nicht zu für Fälle wie den vorliegenden, wo überhaupt kein Übergabevertrag (auch außerhalb des Geltungsbereichs der Hofeordnung) in Frage steht, sondern nur die Übertragung von beweglichen Sachen.

Sogar im Fall der absichtlichen Benachteiligung des letztwillig bindend Bedachten durch eine Schenkung unter Lebenden sieht das Gesetz nur einen schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch vor (unten 2). Es kann dahingestellt bleiben, ob darüber hinaus eine Nichtigkeit auch des Verfügungsgeschäfts unter Lebenden aus diesem Grunde denkbar ist (bejahend der IV. Zivilsenat des BGH in IM Nr. 4 zu § 2271 BGB = JZ 1954, 676). Wenn ja, muß es sich jedenfalls um besonders krasse Ausnahmefälle handeln (IV. Zivilsenat in BGHZ 26, 274; dabei ist richtig auf § 138, nicht aber auf § 134 BGB abzustellen). Im vorliegenden Fall genügen die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Bejahung eines solchen Ausnahmefalles nicht. Das Oberlandesgericht führt aus: in dem Geschäft (Aktienübergabe der Mutter an die Klägerin 1952) liege, falls es tatsächlich abgeschlossen sein sollte, ein Zusammenwirken des Längstlebenden mit der Schlußerbin zu dem Zweck, die angeordnete Nacherbfolge nebst der Testamentsvollstreckung auszuhöhlen und damit praktisch gegenstandslos zu machen; der Nachlaß habe unstreitig im wesentlichen aus den Wertpapieren bestanden; nach dem eigenen Vortrag der Klägerin habe die Mutter die Übertragung vorgenommen, um nach ihrem Tode jeden Streit um die Aktien vermieden zu wissen. Diese Feststellungen reichen nicht aus, um eine sittenwidrige Umgehung des Testamentswiderrufsverbots zu begründen (die Wendung im Berufungsurteil - Bl. 21 -,

die Übertragung sei vorgenommen worden, um die Aktien der Klägerin "entgegen den Bestimmungen des Testaments uneingeschränkt und endgültig zu verschaffen", gibt offenbar nicht den Klagvortrag, sondern eine Schlußfolgerung des Berufungsgerichts daraus wieder). Die Benachteiligungs- und Umgebungsabsicht liegt im vorliegenden Fall keineswegs derart auf der Hand wie in dem in LM Nr. 4 zu § 2271 BGB entschiedenen: dort wurde von mehreren im Testament gleichmäßig bedachten Kindern das eine nachträglich bevorzugt; hier liegt allenfalls eine "Bevorzugung" der Haupterbin gegenüber möglichen Nacherben vor, wobei nach der eigenen Auffassung des Berufungsgerichts die Haupterbin bereits durch das Testament der Erblasser gegenüber den Nacherben bevorzugt werden sollte, weil sie bisher zu kurz gekommen sei, und wobei diese Haupterbin, wiederum nach der eigenen Auffassung des Berufungsgerichts, für den Fall ihres ledigen Versterbens sogar alleinige Vollerbin sein sollte. Dieser Fall ihres ledigen Versterbens war bei dem Alter der Klägerin schon zur Zeit der Testamenterrichtung (30 Jahre) und erst recht zur Zeit der behaupteten Aktienübertragung 1952 (46 Jahre) keineswegs völlig unwahrscheinlich. Unter diesen Umständen hätte die Annahme eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Mutter und Tochter näherer tatsächlicher Begründung bedurft.

Die Berufung des Beklagten in den Vorinstanzen auf Formnichtigkeit der behaupteten Übertragung auf Grund von § 13 DepotG ist unbegründet. Nach dem Klagvortrag soll die Übertragung des Eigentums an den Wertpapieren auf die Klägerin nicht durch Verfügung der Kreissparkasse, sondern durch Verfügung der Mutter erfolgt sein. Infrage kommt deshalb nicht eine Verfügung im Sinn von § 13 DepotG, sondern eine Verfügung nach § 931 BGB, die keiner besonde-

ren Form bedarf. Infolgedessen kommt es darauf, ob die Mutter den Brief an die Sparkasse eigenbändig oder nur unter entscheidender Mithilfe der Klägerin unterzeichnet hat, in diesem Zusammenhange nicht an.

Es bleibt die Frage, ob die Gültigkeit des Aktienerwerbs der Klägerin unter Lebenden daran scheitert, daß es an einer rechtsgeschäftlichen Betätigung der Mutter fehlt, etwa weil sie einen Übereignungswillen schon rein tatsächlich nicht erklärt hat oder weil sie auf Grund ihres damaligen körperlichen oder geistigen Zustands, insbesondere wegen Geschäftsunfähigkeit oder sonstiger Störung der Geistestätigkeit (§ 105 BGB) zu einer rechtswirksamen Willenserklärung nicht in der Lage war. Hierzu ist von beiden Parteien in beiden Instanzen Beweis angetreten (GA 25/27, 81, 102, 216), jedoch bisher nicht erhoben worden; dies wird nachzuholen sein.

2. Sollte die erneute Prüfung des Tatrichters ergeben, daß die Mutter die Aktien 1952 in willensfähigem Zustand an die Klägerin veräußert hat und dabei in der Absicht handelte, die Geschwister der Klägerin als Nacherben zu beeinträchtigen, so käme (beim Fehlen weitergehender, besonders gravierender Umstände, die vielleicht zur Annahme einer Nichtigkeit nach § 138 BGB führen könnten, siehe oben 1) eine Beurteilung nach der Bestimmung des § 2287 BGB in Betracht, die anerkanntermaßen für gemeinschaftliche Testamente entsprechend gilt (BGH DNotZ 1951, 343, 345). In diesem Falle bliebe - entgegen der Auffassung des Berufungsurteils, das von "relativer Unwirksamkeit" oder "begrenzter Unwirksamkeit" spricht (BU 21, 22) - die dingliche Wirksamkeit der testamentswidrigen Aktienübertragung unter Lebenden im vollen Umfang unberührt; die Klägerin wäre nur schuldrechtlich zur Herausgabe nach Bereicherungsvorschriften

verpflichtet. In diesem Fall würden die Wertpapiere nicht zum elterlichen Nachlaß gehören und daher ebenfalls nicht der Testamentsvollstreckung des Beklagten unterliegen. Aber auch der Bereicherungsanspruch aus § 2287 BGB selbst unterläge der Testamentsvollstreckung nicht; dieser Anspruch stammt nämlich nicht vom Erblasser und gehört daher gleichfalls nicht zum Nachlaß, sondern erwächst in der Person des letztwillig Bedachten selbst (RG JW 1936, 251). Der Beklagte könnte den Bereicherungsanspruch infolgedessen nicht als Testamentsvollstrecker, sondern allenfalls nur als Mitnacherbe (zu entsprechendem Teil) geltend machen, und zwar erst nach Eintritt des Nacherbfalles, da § 2287 BGB den Anfall der Erbschaft voraussetzt und der Anfall an den Nacherben erst im Zeitpunkt des Nacherbfalles eintritt (§ 2139 BGB); auch eine Sicherung dafür wäre vor Eintritt des Nacherbfalles allenfalls in entsprechender Anwendung des § 2128 BGB möglich. Darüber braucht jedoch abschließend nicht entschieden zu werden, da der Beklagte einen dahingehenden Sachverhalt nicht vorgetragen hat. Eine Befugnis zum eigenen Eingriff in das Eigentumsrecht der Beklagten durch Sperrung der Aktien hatte der Beklagte dann jedenfalls nicht.

3. Denkbar wäre schließlich auch eine Haftung der Klägerin auf Schadensersatz nach § 826 BGB; etwa dann, wenn sie im Jahre 1952 die Willensschwäche der Mutter sittenwidrig zum eigenen Vorteil mißbraucht hätte. Anlaß zu solcher Erwägung könnte die allerdings nur beiläufige Bemerkung in den Gründen des angefochtenen Urteils (Bl. 22) geben, die Klägerin habe ihre doch jedenfalls sehr hinfällige Mutter zu dem testamentswidrigen Geschäft bewogen. Auch ein solcher Schadensersatzanspruch würde indessen nicht zum elterlichen Nachlaß gehören und daher nicht der Testamentsvollstreckung des Beklagten unterliegen. Er würde also ebenfalls dem Be-

klagten kein Recht zur Aktiensperrung geben, so daß dahin-
gestellt bleiben kann, ob bereits jetzt (vor Eintritt des
Nacherbfalls) ein Schaden im Rechtssinne vorläge (vgl. dazu
RGZ 139, 343, 347).

V.

Hiernach bedarf es der tatsächlichen Aufklärung, ob
die Mutter im Jahre 1952 die Aktien an die Klägerin ver-
äußert hat und ob sie dabei geschäfts- und willensfähig
im Sinn von § 105 BGB war. Wenn ja, ist die Klage nach dem
derzeitigen Sachstand begründet, sonst unbegründet.

Deswegen war die Sache unter Aufhebung des angefochte-
nen Urteils wie geschehen zurückzuverweisen.

Dr. Tasche

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Schuster

Mattern