

V ZR 41/61

Verkündet am 9. Januar 1963
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. der Witwe Rosa S [REDACTED] geb. B [REDACTED], B [REDACTED],
M [REDACTED]straße [REDACTED],
2. der minderjährigen Rosemarie S [REDACTED], geboren am
[REDACTED] 1952, B [REDACTED], ebenda, gesetzlich ver-
treten durch die Beklagte zu 1,

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Kontoristin Doris R [REDACTED] in P [REDACTED], O [REDACTED]
W [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. November 1962 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 24. Ja-
nuar 1961 wird zurückgewiesen. Die Beklagten haben
als Gesamtschuldnerinnen die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Schreinermeister Wilhelm S. [REDACTED] und seine Frau Marie errichteten am 16. Mai 1933 ein gemeinschaftliches Testament. In ihm bestimmten sie u.a.:

Der Überlebende setzt zu seinem Alleinerben unsere Tochter Frieda ein - die Mutter der Klägerin Doris R. [REDACTED] -, Ersatzerben sind ihre Abkömmlinge.

Unseren Sohn Wilhelm - den Mann der Beklagten, Rosa S. [REDACTED] und Vater der Beklagten Rosemarie S. [REDACTED] - und seine Abkömmlinge schließen wir von der Erbfolge aus. Er hat seine Mutter mit den Fäusten geschlagen, den Vater mehrmals, so daß es die ganze Nachbarschaft hörte, einen Hund, Lumpen, Fetzen, Hurenbuben, Kaffer, Bankert, Bettseicher, Scherenschleifer geheißen und geschrien, der Alte hat es mit der Jungen, die Alte ist zu dumm, die merkt es nicht, die Schindmühre usw. Aus diesem Grund entziehen wir unserem Sohn Wilhelm den Pflichtteil.

Dieses Testament widerriefen sie durch das gemeinschaftliche Testament vom 14. April 1948, in welchem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Nach dem Tod von Wilhelm S. [REDACTED] senior bestimmte Marie S. [REDACTED] am 4. April 1949 letztwillig:

Das Haus M. [REDACTED]straße [REDACTED] soll mein Sohn Wilhelm bekommen, solange er lebt, nach seinem Ableben gehört das Haus meiner Enkelin Doris R. [REDACTED]. Die Schulden, die wir bezahlt haben für ihn, dürfen nicht angerechnet werden. Das halbe Haus M. [REDACTED]straße [REDACTED] gehört meiner Tochter Frieda mit Garten. Was sie als Heiratsgut erhalten hat, darf nicht angerechnet werden. Alles, was im Haus ist, sollen sie ehrlich in Frieden teilen. Lebet in Frieden wie eure Eltern. Häuser und Güter dürfen nicht höher angerechnet werden, wie wir sie gekauft und besessen haben.

- 3 -

Marie S. ist tags darauf, am 5. April 1949 gestorben. Vom Jahre 1945 bis dahin lebte die Klägerin in ihrem Haushalt.

Am 28. Mai 1949 erteilte das Nachlaßgericht B. dem Wilhelm S., ledigen Reichsbahnbeamten und der Frieda R. geb. S., geschiedene Ehefrau, als gesetzlichen Erben je zur Hälfte des Nachlasses der am 5. April 1949 gestorbenen Marie S. den beantragten Erbschein (Bl. 13 GA). Das Bezirksnotariat vermittelte außerdem am 28. Mai 1949 die Auseinandersetzung zwischen den Miterben. Außer Fahrnis, Geld, Wiesen, Äckern und Weinbergen übernahm Wilhelm S. das Grundstück M.straße in B. Frieda R. die Hälfte am Gebäude M.straße mit Garten. Die Grundbucheintragungen sind erfolgt. Zur Grundstücksübernahme heißt es in dem Erbteilungsvertrag vom 28. Mai 1949:

Die Rechtsgültigkeit des Testaments der Erblasserin Marie S. anerkennen wir. Den Inhalt legen wir so aus, daß der Sohn Wilhelm das Gebäude M.straße als Vorausvermächtnis und die Tochter Frieda die unausgemittelten Erbteile des Erblassers Wilhelm S. am Nachlaß seiner Eltern (M.straße) ebenfalls als Vorausvermächtnis erhalten soll. Das Vorausvermächtnis des Sohnes Wilhelm ist mit einem Nachvermächtnis zugunsten der Enkelin Doris R. belastet. Im übrigen ist der Nachlaß der Erblasserin Marie S. zwischen den beiden Erben gleichmäßig zu verteilen.

Wilhelm S. hat am 19. August 1950 geheiratet und ist am 15. August 1958 gestorben. Seine Erben sind die Beklagten, nämlich die Witwe Rosa S. und die am 22. Februar 1952 geborene Tochter Rosemarie S.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen dareinzuwillingen, daß die Klägerin im Wege der Berichtigung als Eigentü-



merin des Grundstücks M[redacted]straße [redacted] im Grundbuch eingetragen werde, hilfsweise das Grundstück ihr aufzulassen und die vorgenannte Eintragung zu bewilligen.

Zur Begründung brachte sie vor: Die Erblasserin habe das Nr. 26 der Mutter der Klägerin zuwenden wollen. Aus Angst, daß Wilhelm S[redacted] seine frühere Drohung, er werde das Haus in diesem Fall anzünden, wenn er es nicht bekomme, wahr mache, habe Frieda R[redacted] die beabsichtigte Zuwendung abgelehnt, worauf die Erblasserin erwidert habe: "Dann mache ich es so, daß Wilhelm das Haus bekommt solange er lebt, wenn er stirbt, bekommt es Doris, dann habt Ihr es; nicht die sollen es erben, die er bestimmt". Der Grund, weswegen die Erblasserin das Haus der Klägerin und damit der Familie R[redacted] zuwenden wolle, sei einmal darin zu finden, daß Wilhelm S[redacted] früher schon gegen seine Eltern und seine Schwester, wie auch kurz vor dem Tode der Erblasserin dieser gegenüber sich sehr schlecht benommen habe und sogar gesagt habe, Du wirst auch noch verrecken. Die Klägerin und ihre Mutter seien der Erblasserin näher gestanden, letztere habe auch ihre Eltern Jahre lang gepflegt und ihnen in der Landwirtschaft Dienste geleistet. Entgegen der Regel der §§ 2107, 2191 Abs. 2 BGB sei das Vermächtnis des Hauses an die Klägerin unter diesen Umständen bestehen geblieben, sofern es sich bei der früheren Zuwendung des Hauses an Wilhelm S[redacted] nicht überhaupt nur um eine Teilungsanordnung gehandelt habe, auf die die genannten Bestimmungen nicht anzuwenden wären.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen. Sie machen geltend, das Verhältnis von Wilhelm Schmid zu seinen Eltern sei seit 1933 gut gewesen, mit Rücksicht hierauf hätten die Eltern das frühere entorbende Testament aufgehoben.

Etwaige Spannungen seien nur auf den Einfluß der Mutter der Klägerin zurückzuführen gewesen, die auf neuerliche Enterbung des Wilhelm S. [REDACTED] gedrängt habe. Die Erblasserin habe mit einer Heirat ihres Sohnes bei der Abfassung des Testamentes nicht gerechnet. Es sei ausgeschlossen, daß sie, wenn sie die Heirat des Wilhelm S. [REDACTED] und die Geburt der Beklagten zu 2 vorausgesehen hätte, seiner Witwe und dem Kinde die Heimat hätte entziehen wollen. Sie habe sich einmal gegenüber einer Nachbarin dahin geäußert sie vermache das Haus Wilhelm; falls bei seinem Tode keine Kinder vorhanden seien, erhalte es die Enkelin Doris (Klägerin). Die Zuwendung des Hauses an Wilhelm S. [REDACTED] sei ein echtes Vermächtnis gewesen, schon deswegen, weil der wahre Wert höher liege als der nach dem Testament der Erblasserin anzusetzende frühere Kaufpreis. Zumindest sei das Testament anfechtbar wegen Irrtums der Erblasserin, gegen den Klageanspruch werde demgemäß die Einrede aus § 2083 BGB erhoben.

Das Landgericht hat die Mutter der Klägerin, Frieda R. [REDACTED], als Zeugin vernommen und dem Hilfsantrag der Klage stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Zeugenvernehmung und Beeidigung der Mutter der Klägerin die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen sie ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Mit Recht haben die beiden Vorinstanzen den Erbaucinandersetzungsvertrag vom 28. Mai 1949 als für das geltend gemachte Forderungsrecht der Klägerin unerheblich erachtet. Ihr Recht bestimmt sich lediglich nach dem Testament vom

4. April 1949 und den gesetzlichen Vorschriften. Die Revision vertritt zwar die Auffassung, die Mutter der Klägerin habe in der Auseinandersetzungsvereinbarung auch als gesetzliche Vertreterin der Klägerin für diese gehandelt, so daß die Klägerin der Deutung der Zuwendung des Hauses an Wilhelm S. [REDACTED] als eines Vorausvermächtnisses und nicht einer bloßen Erbteilungsanordnung nicht entgegentreten könne. Alloin zutreffend hält dem die Klägerin entgegen, daß gegen sie die Vereinbarung schon mangels vormundschaftlicher Genehmigung, deren Erteilung die Beklagten nicht behauptet hätten, keine Wirkung habe (§ 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821 Abs. 1, Nr. 2 und 4 BGB). Die Klägerin ist am 24. Juni 1938 geboren.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Erblasserin durch ihr Testament vom 4. April 1949 an der gesetzlichen Erbfolge, derzufolge Wilhelm S. [REDACTED] und seine Schwester Erben zu 1/2 wurden, nichts geändert. Diese Auffassung wird von den Parteien nicht angegriffen, es bestehen gegen sie auch keine rechtlichen Bedenken.

3. Das Berufungsgericht verneint den Wegfall des Vermächtnisses der Klägerin schon deshalb, weil die Klägerin nicht Nachvermächtnisnehmerin, sondern gewöhnliche Vermächtnisnehmerin sei, auf welche die den Wegfall des Vermächtnisses bestimmende Vorschrift des § 2191 Abs. 2 i.V.m. § 2107 BGB gar nicht anwendbar sei. Die Klägerin könne vielmehr von den Beklagten als Erben des Wilhelm S. [REDACTED] die Auflassung des Grundstücks verlangen (§§ 1967, 2174, 2177 BGB). Wilhelm S. [REDACTED] sei, meint das Berufungsgericht, durch die Zuweisung des Hauses gar kein Vorausvermächtnis ausgesetzt worden, es handle sich vielmehr nur um eine Teilungsanordnung. Eine über eine bloße Teilungsanordnung hinausgreifende vermächtnismäßige Begünstigung durch die Erblasserin müßte bejaht werden, folgert das Berufungsgericht weiter, wenn Wil-

helm S. das Grundstück neben seiner Erbeinsetzung und unabhängig von seiner Beteiligung als Erbe zugewendet worden wäre. Das sei jedoch zu verneinen, einmal wegen der mit einem Vorausvermächtnis nicht zu vereinbarenden Anrechnung der Grundstückswerte auf die Anteile von Wilhelm S. und der Mutter der Klägerin, aber auch deswegen, weil diese mit dem halben Haus M.straße bedacht und mit ihrem Bruder gleichgestellt worden sei. Zudem sei das Übernahmerecht kein eigentliches Vermächtnis, da im Gegensatz zu diesem erst durch die Übernahmeerklärung ein Forderungsrecht begründet werde.

Die Revision bekämpft diese Darlegungen des Berufungsgerichts als rechtsirrig und vertritt den Standpunkt, es handle sich bei der Zuweisung des Hauses Nr. an Wilhelm S. um ein richtiges Vorausvermächtnis. Ob die in dieser Hinsicht erhobenen Angriffe begründet sind, und ob die Darlegungen des Berufungsgerichts mit den Urteilen des erkennenden Senats BGHZ 36, 115 und vom 21. Februar 1962, V ZR 114/60, in Einklang stehen, braucht nicht entschieden zu werden, da, wie noch zu zeigen, jedenfalls die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts seine Entscheidung trägt. Dasselbe gilt für die - nicht ohne weiteres abzulehnende - Auffassung der Revision, in den §§ 2107, 2191 Abs. 2 BGB komme ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck, kraft dessen der durch den Tod des kinderlosen Vorerben eintretenden Nacherbschaft und dem gleichen Nachvermächtnis auch der Fall gleichgestellt werden müsse, daß einem als Erben eingesetzten Abkömmling ein Vermächtnis auferlegt werde, das erst mit seinem Tode fällig werden solle (§ 2163 Abs. 1 Nr. 1 BGB), sodaß als auch dann das Bestehen von Nachkommenschaft wie in §§ 2107, 2192 BGB den Wegfall der Zuwendung an den Vermächtnisnehmer zur Folge haben müßte.

4. a) Das Berufungsgericht führt hilfsweise noch aus: Selbst wenn in der Grundstückszuwendung an Wilhelm S. ein Vorausvermächtnis liegen sollte und er mit einem Nachvermächtnis zugunsten der Klägerin beschwert gewesen wäre, hätte diese ihr Forderungsrecht durch die Geburt der Rosemarie S. nach der Testamentserrichtung und dem Tod der Erblasserin nicht verloren. Die Erblasserin möge irrigerweise angenommen haben, ihr damals noch lediger Sohn Wilhelm werde nicht mehr heiraten und ohne Nachkommen sterben. Die Bestimmung des § 2107 BGB i.V.m. § 2191 Abs. 2 BGB, die unterstelle, der Erblasser wolle die Abkömmlinge des Vermächtnisnehmers nicht zurücksetzen, enthalte jedoch dispositives Recht. Ob ein den § 2107 BGB ausschließender Wille der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung in Betracht komme, müsse durch Auslegung des Testaments unter Berücksichtigung aller Umstände festgestellt werden. Der Klägerin sei im Testament vom 4. April 1949 insofern eine Vorzugsstellung eingeräumt worden, als nur sie, nicht dagegen ihr Bruder, genannt sei. Nach der glaubwürdigen und einleuchtenden Aussage ihrer Mutter rühre dies daher, daß die Klägerin mit der Erblasserin von Anfang 1945 bis zu deren Tode am 5. April 1949 zusammengelebt habe. Nicht nur die Erblasserin, sondern auch der verstorbene Mann hätten gewünscht, daß das Haus Nr. der Mutter der Klägerin zugewendet werde. Diese sei wegen ihrer Mitarbeit und Pflege den Eltern näher gestanden. Die Erblasserin habe, als die Mutter der Klägerin ihr abgeraten habe, das Haus ihr zu geben, erklärt: "Dann mache ich es so, er (Wilhelm S.) soll es bekommen, solange er lebt und nach dem Tod bekommt es Doris. Dann habt Ihr es und er kann nichts mehr anderes schreiben, wenn ich es so schreibe. Wenn ich das nicht so schreibe, dann bekommen Du und Doris das Haus nicht mehr". Die Absicht der Erblasserin sei also gewesen, daß das Grundstück M.straße, nachdem die Zeugin Frieda R. freiwillig die Zuwendung abgelehnt habe, nach

dem Tode von Wilhelm S. in die Familie der Zeugin falle und der Klägerin gehören solle. Dann könne diese nicht hinter der Beklagten Rosemarie S. als Abkömmling von Wilhelm S. zurückgesetzt sein. Bestimmend für den Entschluß der Erblasserin, das Grundstück nicht nur bedingt der Klägerin zu vermachen, sei auch, führt das Berufungsgericht weiter aus, das unwürdige Verhalten Wilhelm S. gegenüber seinen Eltern gewesen, insbesondere die schweren Beschimpfungen gegen die Erblasserin kurz vor der Errichtung des Testamentes und kurz vor dem Tode der Erblasserin. Auch aus diesem Gesichtspunkt sei daher die Vermutung des § 2107 ausgeschlossen, möge auch im übrigen das Testament vom 4. April 1949 gegen Wilhelm S. unauffällig gehalten sein. Dem stehe nicht entgegen, daß die Zeugin K. nach ihrer Aussage von einer inzwischen verstorbenen Frau S. erfahren haben wolle, die Erblasserin habe zu dieser einmal gesagt, wenn Wilhelm S. heirate, bekämen seine Kinder das Haus Nr. . Sicher sei, meint das Oberlandesgericht, die Zurücksetzung der Klägerin hinter das Kind Rosemarie S. bei der Testamentserrichtung am 4. April 1949 nicht der Wille der Erblasserin gewesen.

b) Die Vorschrift in § 2107 BGB, es sei unter den dort bestimmten Voraussetzungen anzunehmen, daß der Nacherbe (Nachvermächtnisnehmer) nur für den Fall eingesetzt sei, daß der zunächst bedachte Abkömmling ohne Nachkommenschaft sterbe, enthält trotz der gebietenden Fassung, wie allgemein anerkannt und auch vom Berufungsgericht nicht verkannt worden ist, nachgiebiges Recht (Staudinger/Seyboldt, BGB 11. Aufl. § 2107 Rdn. 1). Eine entgegenstehende, allenfalls auch durch Auslegung zu ermittelnde Bestimmung des Erblassers ist, da insoweit zwingendes Recht nicht vorliegt, zu beachten. Es mag sein, daß es sich bei § 2107 BGB um keine Auslegungsregel (vgl. BGHZ 33, 60), sondern um einen ergänzenden Recht:

satz handelt. Auch für den letzteren Fall ist der Streit darüber, ob eine Willenserklärung ergänzender Rechtsatz eine ergänzende Auslegung durch den Richter ausschließt (hierzu Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 157 Anm. 80 f), ohne Bedeutung, da schon nach der rechtlich nicht angreifbaren unmittelbaren Auslegung des Berufungsrichters die Erblasserin der Klägerin das Haus auf jeden Fall, somit auch für den Fall, daß ihr Sohn Wilhelm doch heiraten und Kinder haben sollte, zuwenden wollte. Bei der Auslegung eines Testaments sind außer dem Wortlaut, in dem allerdings der Wille der Erblasserin im Sinn der Auslegung einen wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muß, die gesamten Umstände heranzuziehen. Ein solch ausreichender Anhalt liegt, wie das Berufungsgericht im Gegensatz zu der Meinung der Revision mit Recht ausgeführt hat, darin, daß in dem Testament nur die Klägerin, nicht aber deren Bruder genannt ist, dessen Mitbedenkung zu erwarten gewesen wäre, wenn es sich nur darum gehandelt hätte, das strittige Haus der Linie Frieda R. deshalb zuzuwenden, weil nur in ihr Kinder bei der Abfassung des Testaments vorhanden waren. Bevorzugte die Erblasserin die Klägerin sogar gegenüber ihrem eigenen Bruder, den zu benachteiligen die Erblasserin an sich keinen Anlaß hatte, so zeigt dies, daß die Erblasserin der Klägerin erst recht gegenüber anderen etwa noch in Betracht kommenden Personen den Vorzug geben wollte. Richtig ist, daß das Berufungsgericht auch das unwürdige Verhalten des Sohnes Wilhelm als einen Grund für die unterlassene Anwendung des § 2107 BGB anführt, allein nur in dem Sinn einer Hilferwägung, daß für die Erblasserin die Bedenkung der Klägerin die erwünschte Nebenfolge einer Einschränkung der Rechtsstellung des Miterben Wilhelm S. hatte. Der Einwand der Revision, die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Benachteiligung des Wilhelm S. beträfen immer nur diesen selbst, nicht aber seine etwaigen Kinder, greift deshalb nicht durch. Ein in diesem Rechtszug unzulässiger Angriff gegen die Beweis-

würdigung des Berufungsrichters ist es dabei, wie nur nebenbei bemerkt sein mag, wenn die Revision zu dem Umstand, daß der Sohn Wilhelm als Erbe zu gleichem Teil neben seiner Schwester eingesetzt worden ist, den Schluß des Berufungsgerichts vermißt, die Aussage der Mutter der Klägerin über die Furcht der Erblasserin vor einer Brandstiftung durch den Sohn Wilhelm sei unglaubwürdig. Die Erblasserin konnte durchaus die Absicht gehabt haben, neben der genannten Erbeinsetzung über das Haus gesondert zu verfügen, und in ihrer Entschließung durch die Furcht vor dem Sohn Wilhelm beeinflußt worden sein. Besonderes Gewicht legt die Revision auch auf das Schlußwort des Testaments mit der Aufforderung der Erblasserin an ihre Kinder, Frieden zu halten. Die Revision folgert daraus, daß mit diesem Ziel die Bevorzugung der Klägerin gegenüber einem Kinde des Sohnes Wilhelm unvereinbar sei. Das Berufungsgericht erwähnt die "unauffällige" Fassung des Testaments der Mutter aber ausdrücklich und es kann nicht angenommen werden, daß der Tatrichter jene Aufforderung in dem kurzen Testament übersehen hätte. Wenn er für die Auslegung nicht den von der Revision für richtig gehaltenen Schluß gezogen hat, so ist dies kein Rechtsverstoß. Insbesondere macht die Aufforderung die vom Berufungsrichter vorgenommene Auslegung nicht etwa unmöglich. Sie kann durchaus als Mahnung der Mutter aufgefaßt werden, die von ihr für richtig gehaltenen Bestimmungen zu achten und in Frieden zu leben. Die Revisionsbeantwortung weist außerdem zutreffend darauf hin, daß nach der Feststellung des Tatrichters der Sohn Wilhelm der Friedensstörer war, als die Bitte um Verträglichkeit sich auch auf seine Lebenszeit beschränken konnte.

5. Erweist sich somit die den Beklagten günstige Auslegung als rechtlich unangreifbar, so hat der Berufungsrichter die Anfechtung des Testaments durch die Beklagten wegen Irrtums der Erblasserin über Verheiratung und Nachkommen-

schaft des Wilhelm S. erst recht mit Grund nicht durchgreifen lassen, da die Auslegung der Anfechtung vorgeht (OGHZ 1, 156, 157) und hier außerdem die Beweislast den Beklagten obliegen würde, die aus der Anfechtung ein Leistungsverweigerungsrecht ableiten wollen.

6. Nach alledem erweist sich die Revision als ungegründet. Sie war mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 und des § 100 Abs. 4 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Mattern

Offterdinger