

Verkündet
am 27. April 1960
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Otto K [REDACTED] in E [REDACTED]-S [REDACTED], G [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Gisela K [REDACTED], geb. am [REDACTED] 1949, wohnhaft in E [REDACTED]-
S [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
ihren Pfleger, den Kaufmann Friedrich V [REDACTED] in E [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. März 1960 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Schuster,
Dr. Rothe und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf)
vom 7. Oktober 1958 aufgehoben und das Urteil der 6. Zivil-
kammer des Landgerichts in Essen vom 27. Januar 1958 abge-
ändert, soweit zu ungunsten des Beklagten erkannt worden ist.

Die Klage wird auch insoweit abgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die übrigen Kosten des Rechts-
streits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1955 verstorbene Vater der Klägerin, Albert K., und der Beklagte sind Söhne der 1951 verstorbenen Amalie K. (Mutter) und ihres am [REDACTED] 1957 verstorbenen Ehemannes Michael K. (Vater). Das elterliche Vermögen bestand im wesentlichen aus zwei unbelasteten Hausgrundstücken; das eine Haus (A [REDACTED] straße [REDACTED] in G [REDACTED]-R [REDACTED], Einheitswert 28 700 DM) gehörte beiden Eltern zu je 1/2 Miteigentum, das andere hier umstrittene Grundstück G [REDACTED] straße [REDACTED] in E [REDACTED]-S [REDACTED] (Einheitswert 10 400 DM) stand im Alleineigentum des Vaters.

Aufgrund notariellen Testaments der Eltern vom 15. Juni 1948 wurde Alleinerbe der Mutter (und dadurch Miteigentümer des Grundstücks A [REDACTED] straße zu 1/2) der Sohn Albert. Der Vater wurde zu je 1/5 beerbt von den Parteien, zwei weiteren Söhnen (Paul und Wilhelm, den früheren Beklagten zu 2 und 3) und einer weiteren Enkelin (Renate K., Stiefschwester der Klägerin).

Albert K., der schon vor der Testamenterrichtung das väterliche Geschäft (Lebensmittel-, Kartoffel- und Bierhandlung) übergeben bekommen hatte, geriet nach der Testamenterrichtung infolge Trunksucht in Vermögensverfall; seine Erben sind infolge Erbausschlagung aller näheren Angehörigen unbekannt).

Kurz vor seinem Tode hat der damals 79jährige Vater seinen Grundbesitz an seine drei noch lebenden Söhne ohne ein Barentgelt, nur gegen Übernahme des Lastenausgleichs und Gewährung von Nießbrauch und Wohnrecht notariell veräußert, übergeben und aufgelassen, und zwar am 16. März 1957

- 3 -

das Grundstück G[REDACTED]straße an den Beklagten und am 1. April 1957 das 1/2-Miteigentum am Grundstück A[REDACTED]straße zu je 1/2 an Paul und Wilhelm.

Die Klägerin hält diese Veräußerungen wegen Verstoßes gegen das elterliche Testament für unwirksam.

Die beiden letzteren Erwerber, Paul und Wilhelm, haben der Klägerin durch Prozeßvergleich an der erworbenen Eigentumshälfte A[REDACTED]straße Miteigentum zu 1/5 eingeräumt.

Mit dem noch anhängigen Teil der Klage begehrt die Klägerin vom Beklagten hinsichtlich des von ihm erworbenen Grundstücks G[REDACTED]straße die Grundbuchberichtigung im Sinne der Eintragung der Erbengemeinschaft auf Ableben des Vaters (Klägerin, Beklagter, Paul, Wilhelm und Renate K[REDACTED]) als Eigentümer. Die Vorinstanzen haben dieser Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten verfolgt seinen Klageabweisungsantrag weiter; die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Klageerfolg hängt davon ab, ob das Eigentum am Grundstück G[REDACTED]straße durch ein wirksames Rechtsgeschäft unter Lebenden auf den Beklagten oder, weil dieses unwirksam war, durch Erbfolge auf die Gemeinschaft der Erben übergegangen ist.

Das Berufungsgericht nimmt das letztere an und hält die Klage deshalb für begründet. Es führt aus: Das elter-



liche Testament sei gemeinschaftlich und wechselbezüglich; es sei für den Vater durch Nichtausschlagung des Nießbrauchsvermächtnisses der Mutter unwiderruflich geworden; der Vater habe den Veräußerungsvertrag mit dem Beklagten in der Absicht geschlossen, das Widerrufsverbot zu umgehen; dieses Umgehungsgeschäft sei nichtig, und zwar sowohl das Grundgeschäft als auch das Erfüllungsgeschäft, da beide eine Einheit bildeten.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

I.

Wechselbezüglichkeit

Das Testament der Eltern vom 15. Juni 1948 lautet:

"... Wir setzen hiermit und zwar ein jeder von uns unseren jüngsten ... Sohn Albert K. ... als Alleinerben ein.

Solange nach dem Tod des Erstversterbenden von uns der andere lebt, soll er an dem Nachlasse des Erstversterbenden den uneingeschränkten Nießbrauch haben, so daß unser Sohn Albert als Alleinerbe erst mit dem Tode des Zuletztversterbenden von uns in den uneingeschränkten Besitz unseres beiderseitigen Nachlasses kommt.

Als Erbabfindung soll er an seine beiden Brüder Otto und Wilhelm je den 1/6-Wert des Einheitswerts des Hausgrundstückes E. - S. , G. - straße zahlen.

Hiermit wird bemerkt, daß der Sohn Otto während seiner kaufmännischen Ausbildung viel Unkosten verursacht und auch in der Folgezeit als kaufmännischer Angestellter etliche Jahre unentgeltlich zu Hause gewohnt hat und dort beköstigt wurde, und daß der Sohn Wilhelm eine vollständige Ausstattung als Schuhmachermeister durch Einrichtung einer Schuhmacherei erhalten hat, und

schließlich daß unser Sohn Paul durch Erbverzichtsvertrag vom 23. November 1933 ... zugunsten seiner beiden Brüder Otto und Wilhelm auf seinen Erbteil verzichtet hat.

Sollte unser Sohn Albert vor uns sterben, so sollen seine dann vorhandenen Kinder, sowie seine drei noch lebenden Brüder zu gleichen Teilen, nicht nach Stämmen, sondern nach Kopfteilen erben. ..."

Mit dem Berufungsgericht und entgegen der früheren Auffassung des Beklagten ist davon auszugehen, daß das Rechtsgeschäft ein gemeinschaftliches Testament darstellt, weil die Eltern gemeinsam ihre Vermögensverhältnisse von Todes wegen in einer Urkunde regeln wollten. Ob sie ihre Bestimmungen sprachlich in der Mehrzahl ("wir") oder in der Einzahl ("jeder von uns") getroffen haben, ist gleichgültig.

Voraussetzung einer Bindungswirkung ist die Wechselbezüglichkeit (§ 2270 BGB). Sie kann allerdings entgegen der Auffassung des Berufungsurteils nicht für ein Testament als ganzes, sondern nur für das Verhältnis der einzelnen darin getroffenen Verfügungen zu einander festgestellt werden; insofern rügt die Revision mit Recht, daß die Hauptbegründung des Berufungsgerichts für die Bejahung der Frage aus Abs. 1 von § 2270 BGB zu allgemein gehalten sei. Im vorliegenden Fall fragt sich, ob die Erbeinsetzung der fünf Abkömmlinge durch den Vater wechselbezüglich ist entweder zum Nießbrauchsvermächtnis der Mutter an den Vater oder zur Erbeinsetzung von Albert durch die Mutter (oder zu beiden); ob der Vater die fünf Abkömmlinge nicht zu seinen Erben eingesetzt hätte, wenn nicht die Mutter ihn mit ihrem Nießbrauch an dem Nachlaß bedacht oder den Sohn Albert als ihren Erben berufen hätte, oder ob die Mutter das Nießbrauchsvermächtnis

oder die Erbeinsetzung von Albert unterlassen hätte, wenn der Vater nicht die fünf Abkömmlinge zu Erben bestimmt hätte. Das Nießbrauchsvermächtnis der Mutter ist eine Zuwendung des einen Ehegatten (Mutter) an den anderen; der hierdurch Bedachte (Vater) hat für den Fall seines Überlebens durch die Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge eine Verfügung zugunsten von Personen getroffen, die mit dem anderen Ehegatten (Mutter) verwandt sind; die Wechselbezüglichkeit dieser beiden Verfügungen ist daher nach Abs. 2 (Fall 2) von § 2270 BGB im Zweifel zu bejahen; insoweit trifft die Hilfsbegründung des Berufungsurteils zu dieser Frage zu.

Mit Recht weist die Revision jedoch darauf hin, daß diese Auslegungsvorschrift nur mangels anderweitiger Aufklärbarkeit gilt. Da für die Frage der Wechselbezüglichkeit der Wille der Erklärenden entscheidet, ist unter Berücksichtigung auch von außerhalb des Testaments liegenden Umständen der Wille der Beteiligten zu erforschen (§§ 133, 2084 BGB). Zu ermitteln ist in erster Linie im Weg der unmittelbaren Auslegung der wirkliche Wille, den sie bei Testamenterrichtung hatten, hilfsweise - im Weg der ergänzenden Auslegung - der hypothetische Wille, den sie gehabt hätten, wenn sie die spätere Entwicklung der Verhältnisse gekannt und bedacht hätten (OLG München HRR 1942, 839). Hinsichtlich der ergänzenden Auslegung wird allerdings im allgemeinen Vorsicht geboten sein bei der Prüfung, ob die Beteiligten bei Kenntnis der zukünftigen Lage für diesen Fall die gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen von einander durchbrochen und damit dem Überlebenden volle Verfügungsfreiheit auch von Todes wegen gegeben hätten, oder ob sie nicht statt dessen für diesen Fall die eine oder andere der getroffenen Verfügungen selbst unterlassen hätten.

Zu einer von der Regel des § 2270 Abs. 2 BGB abweichenden Feststellung bedarf es jedenfalls besonderer, vom Tatrichter im einzelnen darzulegender Umstände.

Prüft man unter diesem Gesichtspunkt die von der Revision angeführten Hilfsbehauptungen des Beklagten, so ist es zwar ohne Bedeutung, ob der Vater vor der Veräußerung der Grundstücke im Jahre 1957 über die Frage seiner Bindung an das Testament Erkundigungen einzog; hieraus ist ein Schluß auf das Vorliegen oder Fehlen eines wirklichen oder hypothetischen Bindungswillens der Eltern zur Zeit der Testamentserrichtung im Jahre 1948 so fernliegend, daß sich das Berufungsgericht hiermit nicht ausdrücklich auseinanderzusetzen brauchte. Anders verhält es sich mit den weiteren Behauptungen, die der Beklagte schon in den Tatsacheninstanzen vorgetragen und zum Teil unter Beweis gestellt hat: erst nach Testamentserrichtung habe Albert die Mutter der Klägerin geheiratet, einen unsteten Lebenswandel begonnen, das übernommene väterliche Geschäft und das Erbe der Mutter verwirtschaftet und darüber hinaus etwa 80 000 DM Schulden gemacht, so daß auch der Vater selbst von den Gläubigern des Sohnes bedrängt worden sei; der Sohn sei trunksüchtig und gegen den Vater gewalttätig geworden, so daß dieser erwogen habe, die Entmündigung des Sohnes zu betreiben (GA 20, 58, 66, 67, 147, 148, 158). Diese Umstände, deren Richtigkeit in der Revisionsinstanz unterstellt werden muß, lassen es nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen, daß die Eltern, wenn sie sie bei Testamentserrichtung gekannt hätten, dem Überlebenden von ihnen eine abweichende Erbfolgeregelung freigestellt hätten, und zwar nicht nur zum Nachteil des Sohnes Albert persönlich, sondern auch seines Stammes und damit der Klägerin. Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, daß dem Vater

all diese Umstände spätestens seit dem Tod des Sohnes Albert, also über 1 1/2 Jahre vor der umstrittenen Grundstücksveräußerung bekannt waren und daß er sie nicht zum Anlaß genommen hat, eine abändernde Verfügung von Todes wegen zu treffen (ob und inwieweit jene Umstände auch der Mutter vor ihrem Tode bekannt wurden, ist nicht vorgetragen); es ist nicht unmöglich, daß hieraus ein Rückschluß auf einen hypothetischen Willen der Eltern zur Zeit der Testamentserrichtung dahin gezogen werden könnte, daß die Testamentsbindung auch für diesen Fall bestehen bleiben solle.

Schon aus diesem Grund kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben.

II.

Umgehungsgeschäft

Aber auch, wenn man zugunsten der Klägerin die Wechselbezüglichkeit der beiden genannten Verfügungen unterstellt, muß die Klage in ihrer vorliegenden Form erfolglos bleiben.

In diesem Falle konnte der Vater zwar die von ihm verfügte Einsetzung der fünf Abkömmlinge, darunter der Klägerin, zu seinen Erben nach dem Tod der Mutter gemäß § 2271 BGB nicht mehr widerrufen, da er das von der Mutter zugewendete Nießbrauchsvermächtnis nach der ausdrücklichen

Feststellung des Berufungsgerichts nicht ausgeschlagen hat (vgl. § 2180). Diese Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments schließt jedoch, ebenso wie beim Erbvertrag, grundsätzlich nur widersprechende künftige Verfügungen von Todes wegen (Testament, Erbvertrag) aus; sie läßt dagegen die Freiheit des Erblassers (hier des Vaters) zu anderweitigen Verfügungen unter Lebenden unberührt (§ 2286 BGB; BGHZ 31, 13). Diesen Grundsatz hat die neuere Rechtsprechung allerdings in einigen Entscheidungen durchbrochen, indem sie eine spätere Verfügung unter Lebenden als Umgehung der erbrechtlichen Bindung (§ 2271, 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB) und deshalb als unwirksam angesehen hat ("Aushöhlung" des Testaments; IM Nr. 4 zu § 2271 BGB; DNotZ 1958, 654; NJW 1960, 524; dagegen neuerdings Kipp/Coing Erbrecht 11. Bearbeitung § 38 III 4; vgl. Mattern MDR 1960, 1). Dabei handelte es sich jedoch jeweils um besonders gelagerte Ausnahmefälle, die die Geltung des Grundsatzes unberührt lassen (vgl. BGH Urteil vom 27. November 1957 - IV ZR 198/57; BGHZ 26, 274; Urteil vom 22. Oktober 1958 - V ZR 29/58; BGHZ 31, 13, 20 oben).

Das Berufungsurteil sieht in der umstrittenen Grundstücksveräußerung an den Beklagten ein solches unwirksames Umgehungsgeschäft: Die Übertragung sei im großen und ganzen unentgeltlich erfolgt (der dem Vater eingeräumte Nießbrauch habe bei seinem hohen Alter den Beklagten nicht nennenswert belastet); der Vater habe damit verhindern wollen, daß die von ihm für den wirtschaftlichen Ruin ihres Mannes mit verantwortlich gemachte Mutter der Klägerin Einfluß auf das Grundstück gewinnen könnte; der Vater habe demnach in der Absicht gehandelt, das Widerrufsverbot des § 2271 Abs. 2 BGB zu umgehen; er habe den ausschlaggebenden Teil seines Vermögens auf seine Söhne übertragen und dadurch

denselben wirtschaftlichen Erfolg herbeigeführt, wie wenn er das Testament widerrufen und zugunsten seiner Söhne anderweitig testiert hätte.

Diese Feststellungen reichen jedoch zur Begründung der Unwirksamkeit der Grundstücksveräußerungen nicht aus. Es handelt sich nicht um den vorweggenommenen Vollzug einer tatsächlich getroffenen (unwirksamen) Verfügung von Todes wegen, wie in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen LM Nr. 4 zu § 2271 BGB und NJW 1960, 524; denn der Vater hat nach dem Testament von 1948 keine weitere Verfügung von Todes wegen getroffen. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts genügen auch entgegen seiner Auffassung nicht für die Annahme, es handle sich etwa um einen Fall planmäßiger Weggabe des Gesamtvermögens (wie in der letztgenannten Entscheidung); denn diese Wirkung trat erst durch die zeitlich nachfolgende weitere Veräußerung - des 1/2-Miteigentums am Grundstück Achternbergstraße an die beiden anderen Söhne - ein, und daß der Erblasser beide Veräußerungen von vornherein als Glieder einer einheitlichen Kette gewollt und geplant hätte, hat die Klägerin nicht behauptet. Das vom Berufungsgericht festgestellte, vom Beklagten ursprünglich (GA 20/21) selbst eingeräumte Motiv des Vaters, das Grundstück nicht unter den Einfluß der Mutter der Klägerin kommen zu lassen, und die weitere Feststellung, die Übertragung sei "im großen und ganzen unentgeltlich" erfolgt (so auch Klagerwiderung GA 18), legen zwar die Annahme einer Schenkung in Beeinträchtigungsabsicht nahe, und in diesem Falle wäre ein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des unentgeltlich Erlangten begründet (§ 2287 BGB; vgl. für die gemischte Schenkung BGH LM Nr. 2 zu § 2287 BGB, ferner BGH LM Nr. 2 zu § 2288 BGB darüber, daß die Beeinträchtigungsabsicht durch die Mitwirkung noch anderer Motive nicht ausgeschlossen wird und insbesondere dann in Betracht kommt, wenn der Erblasser zur Zweitverfügung in der Hauptsache durch Umstände veranlaßt wurde, die mit der Person des Erst-

bedachten, nicht des Zweitbedachten zusammenhängen). Die Klägerin hat jedoch einen solchen Anspruch in diesem Rechtsstreit zwar erwogen, aber nicht zum Antragsgegenstand gemacht (GA 138/40); es liegt insoweit auch nicht etwa eine Verletzung der Aufklärungspflicht (§ 139 ZPO) durch das Berufungsgericht vor; dieser Anspruch scheidet daher für das vorliegende Verfahren aus. Zur Bejahung eines dinglich unwirksamen Umgehungsgeschäfts genügt der festgestellte Sachverhalt nicht.

Hiernach ist davon auszugehen, daß die Übertragung des Eigentums an dem umstrittenen Grundstück auf den Beklagten dinglich rechtswirksam erfolgt ist. Die Eintragung des Beklagten als Eigentümer entspricht der materiellen Rechtslage, der eingeklagte Grundbuchberichtigungsanspruch besteht nicht.

Infolgedessen war diese Klage unter Aufhebung bzw. Änderung der Entscheidungen der Vorinstanzen mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO als unbegründet abzuweisen.

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Mattern.