

einzelnen streitigen Inventars und des vom Beklagten hilfsweise geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts erforderlich sind. Insoweit und wegen der Kosten ist die Sache zurückzuverweisen, und zwar auf Grund der Vorschriften der zweiten Kriegsmaßnahmenverordnung an das Landgericht.

87. Das gemeinschaftliche Testament wird bei Auflösung der Ehe durch Scheidung seinem ganzen Umfange nach unwirksam. Zu den Fällen des § 2077, in denen nach § 2268 Abs. 1 BGB ein gemeinschaftliches Testament unwirksam ist, gehört die Auflösung der Ehe vor dem Tode des Erblassers. Hiervon macht § 2268 Abs. 2 die Ausnahme, daß die einzelnen im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen insoweit wirksam bleiben, als anzunehmen ist, daß sie auch für den Fall der Scheidung getroffen sein würden (Beweislast bei demjenigen, der sich darauf beruft). Der Zeitpunkt, auf den es für den maßgeblichen Willen des Erblassers ankommt, kann nur der der Errichtung der letztwilligen Verfügung sein.

BGB §§ 2077, 2268.

VI. Zivilsenat. Beschl. vom 8. Dezember 1944 (VI B 20/1944).

I. Amtsgericht Naumburg (Saale).

In der Nachlaßsache nach der Witwe G. Sch. geb. K. in Schkölen hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, in der Sitzung vom 8. Dezember 1944 auf die Beschwerde des minderjährigen H. Sch., vertreten durch seine Mutter, die Witwe E. Sch. geb. Sch. in Hamburg-Bergedorf, diese vertreten durch den Rechtsanwalt und Notar Dr. Schmidt in Zeitz, vom 1. November 1944 gegen den Beschluß des Amtsgerichts in Naumburg (Saale) vom 24. Oktober 1944 beschlossen:

Die Beschwerde wird auf Kosten des Beschwerdeführers zurückgewiesen.

Gründe

Mit notarischem Testament vom 29. Juni 1925 haben sich die Eheleute Fleischermeister E. Sch. und G. Sch. geb. K. in Schkölen in Thüringen gegenseitig zu Erben eingesetzt dergestalt, daß der Ehegatte befreiter Vorerbe sein sollte; Nacherben sollten die drei Söhne aus E. Sch.'s erster Ehe, R., A. und E. Sch. (zu gleichen Teilen) werden. Die zweite Ehe Sch. wurde am 12. Januar 1932 geschieden. Die Eheleute haben sich aber bereits im Frühjahr oder Sommer 1933 wiedervereinigt und in häuslicher Gemeinschaft miteinander gelebt, bis E. Sch. am 12. November 1942 starb. Der Sohn E. Sch. war schon am 21. Mai 1937

gestorben; er hat einen ehelichen minderjährigen Sohn H., den Antragsteller und Beschwerdeführer, hinterlassen. G. Sch. ist am 4. April 1944 verstorben. Sie hat am 3. Januar 1944 und am 6. März 1944 je ein privatschriftliches Testament errichtet. In dem ersten hat sie verfügt, daß die im wesentlichen den Gesamtnachlaß bildenden Grundstücke, ein Hausgrundstück und ein Feldgrundstück in Schkölen, an eine bestimmte Person verkauft werden und den Erlös nach Tilgung einer Hypothek von 1.000 RM ihre drei oben genannten Stiefsöhne zu gleichen Teilen erhalten sollten. Die bewegliche Habe wandte sie der Inhaberin der erwähnten Hypothek zu. In dem Testament vom 6. März 1944 hat sie im wesentlichen bestimmt, daß die beiden Grundstücke an ihre beiden Stiefsöhne R. und A. Sch. zu gleichen Teilen fallen sollten. An H. Sch. (den Beschwerdeführer) sollten 1.000 RM ausbezahlt werden. Über die bewegliche Habe verfügte sie wie im Testament vom 3. Januar 1944. Die übrigen Anordnungen des Testaments sind hier nicht von Belang.

H. Sch., gesetzlich vertreten durch seine Mutter, hat beantragt, einen Erbschein dahin zu erteilen, daß er Erbe nach der am 4. April 1944 verstorbenen Frau G. Sch. geb. K. (nicht „Witwe“, wie es in dem angefochtenen Beschluß mehrfach heißt) zu 1/3 geworden sei. Das Nachlaßgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Es führt aus:

Wenn das gemeinschaftliche Testament vom 29. Juni 1925 wirksam wäre, dann wäre als Wille der Erblasser allerdings anzunehmen, daß der Antragsteller an die Stelle seines nach der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments gestorbenen Vaters treten sollte. Aber das gemeinschaftliche Testament sei unwirksam, weil die Ehe der Erblasser vor dem Tode des zuerst verstorbenen Ehemanns geschieden worden sei (§ 2268 BGB). Die Wiederversöhnung und das Wiederzusammenleben der geschiedenen Eheleute ändere daran nichts. Die Annahme, daß die Erblasserin die in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen auch für den Fall getroffen haben würde, daß ihre Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst werden würde, sei bei wechselbezüglichen Verfügungen im Sinne von § 2270 Abs. 1 und 2 BGB, um welche es sich hier handle, regelmäßig ausgeschlossen. Die Unwirksamkeit des Testaments könne auch nicht hinsichtlich des einen Ehegatten verneint, hinsichtlich des anderen bejaht werden. Nichts rechtfertige die Annahme, daß der Ehemann die Ehefrau im Testament als befreite Vorerbin auch für den Fall eingesetzt haben würde, daß sie die Ehescheidung herbeiführen würde. Sei aber schon beim Tode des Ehemannes das gemeinschaftliche Testament als unwirksam anzusehen, so könne es nach dem Tode der zuletzt verstorbenen Ehefrau nicht anders behandelt werden. G. Sch. sei deshalb an das Testament nicht gebunden gewesen und habe über den Nachlaß frei verfügen können. Das habe sie in den beiden privatschriftlichen Testamenten getan, die dahin auszulegen seien, daß die beiden Stiefsöhne R. und A. Sch. ihre Erben sein sollten, während der Antragsteller nur

mit einem Vermächtnis von 1.000 RM bedacht sei; er sei somit nicht Erbe der G. Sch. geworden.

Der Antragsteller hat die zugelassene Beschwerde gegen diesen Beschluß formgerecht mit dem Antrage eingelegt, unter Abänderung der Vorentscheidung den beantragten Erbschein zu erteilen. Die Beschwerde ist unbegründet.

Das Amtsgericht hat die beiden privatschriftlichen Testamente der Erblasserin vom 3. Januar und 6. März 1944 als nebeneinander gleichwertig maßgebend behandelt und beiden entnommen, daß der Antragsteller nur mit einem Vermächtnis bedacht und nicht als Erbe eingesetzt sei, obwohl er nach dem ersten Testament offenbar zu 1/3 Erbe sein sollte und erst nach dem zweiten nur mehr eine Geldzuwendung an ihn angeordnet ist, während die wesentlichsten Nachlaßbestandteile an die beiden anderen Stiefsöhne übergehen sollen. Offenbar sollte aber das frühere Testament durch das zweite ersetzt werden. Dieses schließt in der Tat die Auslegung aus, daß der Antragsteller zu 1/3 Erbe geworden sei. Er stützt sich auch nicht auf dieses Testament.

Gegen die entscheidenden, auf § 2268 Abs. 2 BGB gestützten Erwägungen des Vorderrichters führt die Beschwerdebegründung im wesentlichen aus: Bei der Auflösung der Ehe (anders bei ihrer Nichtigkeit) sei es Auslegungsfrage, ob und inwieweit die letztwilligen Verfügungen bestehen bleiben; ihr Fortbestand sei im vorliegenden Falle zu bejahen. Dies ergebe sich schon aus der Fassung des Gesetzes, wonach die Verfügungen wirksam „bleiben“, soweit nicht im Wege der Auslegung etwas anderes zu ermitteln sei. Die Beweislast für den Fortbestand treffe deshalb nicht denjenigen, der ihn behauptete, sondern denjenigen, der ihn bestreite.

Schon dieser Ausgangspunkt der Beschwerde ist unrichtig. Das Gesetz bestimmt nicht, daß die letztwilligen Verfügungen wirksam bleiben, soweit nicht etwas anderes ermittelt würde, sondern es bestimmt, daß sie (nur) „insoweit wirksam bleiben, als anzunehmen ist, daß sie auch für den Fall der Auflösung getroffen sein würden“. Diese Fassung ergibt, daß das Wirksambleiben der Verfügungen die Ausnahme von der Regel des § 2268 Abs. 1 in Verbindung mit § 2077 Abs. 1 bildet, und daß es deshalb derjenige zu beweisen hat, der sich darauf beruft (so mit Recht RGRKomm. z. BGB Bd. 2 zu § 2268).

Weiter meint die Beschwerdebegründung, der Umstand, daß die früheren Eheleute Sch. jahrelang wieder zusammengelebt hätten, sei für die nach § 2268 Abs. 2 zu stellende Frage von Bedeutung; das Wiederzusammenleben, ja, auch die etwaige Wiederverheiratung seien nur dann unerheblich, wenn die Verfügungen bereits unwirksam geworden seien; ob sie unwirksam geworden seien, sei aber gerade durch Auslegung zu ermitteln und hierfür sei das Wiederzusammenleben von erheblicher Bedeutung. Dazu kämen die weiteren Beweisanzeigen, die darin bestünden, daß der Ehemann Sch. nach der Scheidung von der gemäß § 2271 bestehenden Möglichkeit des Widerrufs des gemeinschaftlichen

Testaments keinen Gebrauch gemacht, sondern „das Testament unangetastet gelassen“ und daß er seiner früheren Ehefrau sogar noch die ihm verbliebene zweite Hälfte seines Grundstücks Töpferbergstraße 179 durch Vertrag vom 4. Mai 1932 übereignet habe, endlich der Umstand, daß Frau Sch. nach dem Tode ihres früheren Ehemannes dessen Erbschaft nicht ausgeschlagen habe; sie habe sich offenbar an das gemeinschaftliche Testament gebunden gefühlt. Ihre privatschriftlichen Testamente enthielten in Ansehung der drei Erbentämme nur Teilungsanordnungen, in keinem sei „der Miterbe“ H. Sch. übergegangen worden. Beweggrund für die Nachträge sei allein das neu aufgetretene Bedürfnis der Frau Sch. gewesen, einer Freundin gewisse Zuwendungen zu machen. Deshalb seien die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments als aufrecht erhalten anzusehen. Dann aber seien die drei Erbentämme entweder Nacherben des Vaters und an seiner Stelle Ersatzerben oder bei Anwendung des § 2269 BGB nur Ersatzerben der Erblasserin geworden. Dem ist nicht zuzustimmen.

Die Regel ist: Das gemeinschaftliche Testament wird bei Auflösung der Ehe durch Scheidung seinem ganzen Umfange nach unwirksam. Zu den Fällen des § 2077, in denen nach § 2268 Abs. 1 BGB ein gemeinschaftliches Testament unwirksam ist, gehört die Auflösung der Ehe vor dem Tode des Erblassers. Hiervon macht § 2268 Abs. 2 die Ausnahme, daß die einzelnen, im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen insoweit wirksam bleiben, als anzunehmen ist, daß sie auch für den Fall der Scheidung getroffen sein würden, d.h. also, daß sie außer jedem Zusammenhange mit dem Fortbestehen der Ehe des Erblassers gelten und daher nach seinem Willen auch Bestand haben sollten, wenn die Ehe vor dem Tode eines der Gatten aufgelöst sein würde. Der Zeitpunkt, auf den es für den maßgeblichen Willen des Erblassers ankommt, kann nur der der Errichtung der letztwilligen Verfügung sein. Das scheint die Beschwerde zu verkennen. Es ergibt sich aber besonders klar aus § 2077 Abs. 3 BGB, der Anwendung fände, wenn er nicht für den Sonderfall des gemeinschaftlichen Testaments durch § 2268 ersetzt wäre. Nach § 2077 Abs. 3 bleibt die Verfügung nur wirksam, wenn der Erblasser sie auch für den Fall der Eheauflösung getroffen haben würde. Diese Regelung kann nur seinen Willen bei der Testamenterrichtung als ausschlaggebend gelten lassen, nicht etwa auch eine Willenseinstellung, die sich bei ihm erst nach der Eheauflösung gebildet hat; denn die Worte „auch für einen solchen Fall getroffen“ beziehen sich unzweideutig auf ein erst in der Zukunft liegendes Ereignis, nämlich auf die künftige Eheauflösung. Auch für § 2268 Abs. 2 BGB kann dann nichts anderes gelten. Dort ist ebenfalls auf den zur Zeit der Testamenterrichtung bei den Errichtenden vorhandenen Willen abgestellt. War dieser damals nicht darauf gerichtet, die Verfügung unabhängig vom weiteren Bestande der Ehe zu treffen, so ist die Verfügung mit der Ehescheidung unwirksam geworden. Weder die

Wiederverheiratung noch eine nur tatsächliche Wiedervereinigung der Geschiedenen miteinander kann sie dann wieder ins Leben rufen. Es mögen sich Fälle denken lassen, in denen solche späteren Vorgänge Beweisanzeichen dafür bilden, daß der vom Gesetz für die Erhaltung des Testaments geforderte Wille schon bei seiner Errichtung vorhanden war. Um einen solchen Rückschluß zu rechtfertigen, müssen aber ganz besondere Verhältnisse vorliegen, die hier völlig fehlen, und zwar um so mehr fehlen, als das Amtsgericht feststellt, der Ehemann würde die wechselbezügliche Bestimmung gewiß nicht für den Fall getroffen haben, daß seine Frau auf Scheidung klagen und die Eheauflösung herbeiführen würde. Ist aber der Rückschluß nicht möglich, so bleibt die spätere Wiedervereinigung der geschiedenen Eheleute bedeutungslos. Nur durch ein neues Testament hätte der alte Rechtszustand tatsächlich wiederhergestellt werden können; ein solches hat der Ehemann nicht gemacht.

Auch sonst hat der Beschwerdeführer nichts dafür beigebracht, daß die damaligen Ehegatten bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments den Willen gehabt hätten, die Einsetzung der Söhne des Erblassers als Nacherben des zuerst versterbenden Ehegatten unabhängig vom Bestande der Ehe zu verfügen oder die wechselseitige Verfügung der gegenseitigen Erbeinsetzung vom Ehebestande unabhängig zu machen. Vielmehr ist dies, wie in aller Regel bei wechselseitigen Verfügungen der Ehegatten, für ausgeschlossen zu erachten. Die Einsetzung der Söhne im Testament vom 29. Juni 1925 ist als Nacherbeneinsetzung unlöslich verbunden mit der Einsetzung der Ehefrau als Vorerbin, die wechselseitig geschah und keineswegs als unabhängig vom Fortbestehen der Ehe angesehen werden kann.

Dieser Erwägung gegenüber ist das Vorbringen der Beschwerde ohne Bedeutung. Insbesondere ist es gleichgültig, was die früheren Ehegatten selbst nach Auflösung der Ehe oder nach ihrer Wiedervereinigung über die Geltung ihres Testaments gedacht haben mögen, oder ob Frau Sch. nach dem Tode des früheren Ehemannes seine „Erbchaft ausgeschlagen hat“. Deshalb war die Entscheidung des Nachlaßgerichts zu bestätigen.

Gez. Dr. Günther. Eilles

88. Nach der Volksmeinung gehören zu den nahen Angehörigen auch die Verschwägerten des Ehegatten des Erblassers.

Erbregelungsverordnung vom 4. 10. 1944, §§ 1, 2.

VI. Zivilsenat. Beschl. v. 8. Dezember 1944 (VI B 25/1944).

I. Amtsgericht Jena.