

Die Revision meint dagegen, daß eine Fahrlässigkeit der Beklagten verneint werden müsse. Sie führt aus, die Beklagte habe ihren Syndikus, der sorgfältig ausgewählt und ein erfahrener Jurist sei, auch auf dem Gebiete des Wettbewerbs und des Warenzeichenrechts. Wenn die Beklagte der Rechtsauffassung ihres Syndikus gefolgt sei, so könne ihr daraus um so weniger ein Vorwurf gemacht werden, als sich das Landgericht dieser Auffassung gleichfalls angeschlossen habe.

Die Revision ist insoweit nicht begründet. Nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Nach den Grundsätzen von der Fahrlässigkeit beurteilt es sich auch, ob ein Irrtum entschuldbar ist, wobei ein Irrtum tatsächlicher und ein Irrtum rechtlicher Art einander gleichstehen. Deshalb kann auch ein Rechtsirrtum die Fahrlässigkeit ausschließen. Im gegenwärtigen Falle war die Zweifelhaftigkeit der Rechtslage bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbar, und bei Anwendung eben dieser Sorgfalt ließen sich auch Beschriftungen für die Ampullen finden, die den Belangen der Beklagten genügten, ohne in die Zeichenrechte des Klägers einzugreifen. Wenn die Beklagte von dieser Möglichkeit trotz der erkennbaren Zweifelhaftigkeit der Rechtslage keinen Gebrauch machte, sondern es darauf ankommen ließ, so verletzte sie damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und handelte fahrlässig.

6. Danach ist die Revision, entsprechend den Darlegungen unter 1. mit der aus der Urteilsformel ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 60 der Zweiten Kriegsmaßnahmenverordnung vom 27. September 1944.

90. 1. Die einseitige Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten durch eine neue Verfügung von Todes wegen ist durch § 2271 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist unabdingbar, doch ist es möglich, die Bindung der Ehegatten an wechselbezügliche Bestimmungen eines gemeinschaftlichen Testaments in diesem selbst abweichend von der gesetzlichen Regelung durch gegenseitige Einräumung der Testierfreiheit oder anderweite Gestaltung des Widerrufs zu regeln.

2. Den Gegensatz zur einseitigen Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten bei Lebzeiten des anderen Ehegatten im Sinne des § 2271 Abs. 1 Satz 2 bildet aber nur die Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament. Dafür kommen die §§ 2254, 2258 in Frage. Danach kann die in der Errichtung eines neuen Testaments liegende (§ 2258), nicht einseitige, sondern gemeinschaftliche Aufhebung der in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen

Verfügung auch nur des einen der Ehegatten schon wegen des damit verbundenen Wegfalls der Wechselbezüglichkeit der bestehenbleibenden Verfügung des anderen Ehegatten wieder nur durch gemeinschaftliches Testament geschehen; die bloße Zustimmung des anderen Ehegatten genügt nicht, den Begriff der Einseitigkeit im Sinne von § 2271 Abs. 1 Satz 2 zu beseitigen.

3. Der Rechtsgedanke des §§ 2291 Abs. 1 Satz 2 kann auf gemeinschaftliche Testamente, insbesondere auf wechselbezügliche Verfügungen, die darin getroffen sind, keine Anwendung finden.

BGB §§ 2258, 2271, 2291.

VI. Zivilsenat. Beschl. v. 15. Dezember 1944 (VI B 26/1944).

I. Amtsgericht Wittenberge.

In der Erbscheinsache nach der am 11. April 1943 in Wittenberge verstorbenen Frau Elsbeth Walther geb. Delf hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, in der Sitzung vom 15. Dezember 1944 auf die Beschwerde des Buchsachverständigen Erich Walther in Lenzen (Elbe), vertreten durch den Rechtsanwalt und Notar Dr. Meyer in Wittenberge, vom 22. November 1944 gegen den Beschluß des Amtsgerichts in Wittenberge vom 15. November 1944 beschlossen:

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben.

Die Sache wird zur weiteren Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Gründe

1. Am 11. April 1943 verstarb in Wittenberge die Ehefrau des Buchsachverständigen und Helfers in Steuersachen Erich Walther aus Lenzen, Frau Elsbeth Walther, geb. Delf. Sie hinterließ ein privatschriftliches Testament vom 30. Januar 1933, dem sie am 20. Juli 1933 einen ebensolchen Nachtrag beigefügt hatte. In diesem Testament setzte sie zu Erben nach gleichen Teilen die gemeinschaftlichen ehelichen Kinder Ulrich und Kurt ein. Der Ehemann sollte den Nießbrauch an einem der Erblasserin gehörigen Grundstück erhalten, demgemäß, wie das Nachlaßgericht ohne Rechtsfehler annimmt, nur Vermächtnisnehmer sein. Ulrich ist vor dem Tode seiner Mutter im Felde gefallen. Unterm 1. Juli 1943 erteilte das Amtsgericht Wittenberge (Lenzen a. Elbe) Erbschein dahin, daß alleiniger Erbe der Frau Elsbeth Walther ihr Sohn Kurt Walther geworden sei. Am 6. Mai 1944 beantragte Erich Walther, den Erbschein gemäß § 2361 BGB einzuziehen. Er hatte sich am 22. Januar 1944 wiederverheiratet und brachte vor, seine Frau habe am 15. Februar 1944 einen verschlossenen Umschlag mit einem Testamente vom 21. Oktober 1918 aufgefunden. Nach der von ihm vorgelegten Abschrift dieses Testaments handelt es sich um ein am

genannten Tage privatschriftlich von Erich und Elsbeth Walther errichtetes gemeinschaftliches Testament, worin sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzen; der Überlebende sollte befugt sein, frei zu verfügen. Weitere Bestimmungen sind darin nicht enthalten. Erich Walther meinte, er sei somit alleiniger Erbe seiner Ehefrau Elsbeth Walther geworden; denn die Ehefrau Walther habe durch eine neue Verfügung von Todes wegen ihre Verfügung nicht einseitig aufheben können. Später, am 10. November 1944, erklärte Erich Walther vor dem Nachlaßgericht weiter, er habe sich wegen des Grundstücks mit seinem Sohne Kurt auseinandergesetzt; das Grundstück sei auf Grund des Testaments seiner ersten Frau vom 30. Januar/20. Juli 1933 auf den Sohn umgeschrieben und für ihn, Erich Walther, der Nießbrauch eingetragen worden. Sein nunmehriger Vorschlag, „trotz des nunmehr aufgefundenen gemeinschaftlichen Testaments“ dem Sohne das Grundstück weiter zu belassen, aber auch für die nunmehrige Ehefrau des Erich Walther einen Nießbrauch darauf einzutragen, sei, soviel er wisse, von Kurt angenommen worden. Das Amtsgericht stellte nach Heranziehung der Akten W.VIII 527 (Lenzen) fest, daß der Pfleger für den Sohn Kurt dem Vormundschaftsgericht mitgeteilt habe, Kurt sei einverstanden, er, der Pfleger, bitte das Vormundschaftsgericht, alles Weitere zu veranlassen.

Mit Beschluß vom 15. November 1944 wies das Amtsgericht Wittenberge den Antrag des Erich Walther zurück. Das Testament vom 30. Januar/20. Juli 1933 sei wirksam. Frau Walther habe ihr früheres Testament wirksam widerrufen. Der Form der §§ 2271, 2296 BGB bedürfe es nach gesundem Volksempfinden nicht, wenn, wie hier, der eine Teil „mit Willen und Wissen des anderen“ seine Erklärungen im gemeinschaftlichen Testament widerrufe.

2. Die zugelassene Beschwerde ist rechtzeitig und formgerecht eingelegt. Sie muß zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses führen. Für die Beurteilung der Rechtsfrage sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend, da das gemeinschaftliche Testament im Jahre 1933 widerrufen worden sein soll. Diese Vorschriften unterscheiden sich in den hier wesentlichen Teilen nicht von denjenigen des Testamentsgesetzes, so daß die Auffassung, sie entsprächen nationalsozialistischer Rechtsauffassung und damit dem gesunden Volksempfinden nicht mehr, unhaltbar ist.

Ein gemeinschaftliches Testament können die beiden Ehegatten jederzeit durch gemeinschaftliches Testament aufheben, ohne daß es hierzu der Form der §§ 2271, 2296 BGB bedürfte; denn diese Form gilt nur für den einseitigen Widerruf, also die einseitige Beseitigung des gemeinschaftlichen Testaments durch einen der Ehegatten, und auch da nur für wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des § 2270; um solche handelt es sich allerdings offenbar bei dem gemeinschaftlichen Testament vom 21. Oktober 1918. Die einseitige Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten durch eine neue Verfügung von Todes wegen ist durch § 2271 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich ausgeschlossen.

Diese Vorschrift ist unabdingbar, doch ist es möglich, die Bindung der Ehegatten an wechselbezügliche Bestimmungen eines gemeinschaftlichen Testaments in diesem selbst abweichend von der gesetzlichen Regelung durch gegenseitige Einräumung der Testierfreiheit oder anderweite Gestaltung des Widerrufs zu regeln. (Vgl. RGRKomm. z. BGB, Bem. 4 Abs. 2 zu § 2271; Achilles-Greif BGB, 17. Aufl., Bem. 4 zu § 2270 und Bem. 4 zu § 2271.) Ob eine derartige abweichende Regelung als Willen der Eheleute dem gemeinschaftlichen Testament vom 21. Oktober 1918 entnommen werden kann, hat das Amtsgericht bisher nicht geprüft. Ist dies zu verneinen, so kann es sich weiter nur darum handeln, ob sich die Aufhebung der im gemeinschaftlichen Testament vom 21. Oktober 1918 enthaltenen wechselseitigen Verfügung der Erblasserin durch ihr privatschriftliches Testament deshalb nicht als einseitige Aufhebung darstellt, weil sie nach der Feststellung des Amtsgerichts „mit Wissen und Willen“ des Ehemannes geschehen sein soll.

Den Gegensatz zur einseitigen Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten bei Lebzeiten des anderen Ehegatten im Sinne des § 2271 Abs. 1 Satz 2 bildet aber nur die Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament. Denn von den Möglichkeiten, welche das Gesetz für die Aufhebung und den Widerruf eines Testaments überhaupt und eines gemeinschaftlichen Testaments insbesondere in den §§ 2253 bis 2258 in Verbindung mit §§ 2271, 2272 BGB vorsieht, kommt im vorliegenden Falle nur die nach §§ 2254 und 2258 in Frage, insbesondere also nach § 2258. Danach kann die in der Errichtung eines neuen Testaments liegende (§ 2258), nicht einseitige, sondern gemeinschaftliche Aufhebung der in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Verfügung auch nur des einen der Ehegatten schon wegen des damit verbundenen Wegfalls der Wechselbezüglichkeit der bestehen bleibenden Verfügung des anderen Ehegatten wieder nur durch gemeinschaftliches Testament geschehen; die bloße Zustimmung des anderen Ehegatten genügt nicht, den Begriff der Einseitigkeit im Sinne von § 2271 Abs. 1 Satz 2 zu beseitigen. Die Einseitigkeit der Aufhebung (§ 2271 Abs. 1 Satz 2) entfällt also nicht schon dann, wenn der andere Ehegatte der Aufhebung durch den einen Gatten zustimmt. Er muß vielmehr an dieser Aufhebung selbst teilnehmen, was nur durch seine Beteiligung an einem neuen gemeinschaftlichen Testament oder einem Erbvertrage mit dem anderen Gatten geschehen kann. Den Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Dresden (JW 1919 S. 516 Nr. 8) und des Kammergerichts (DR Aus. A 1941 S. 2448 Nr. 13), das auf den festzustellenden Inhalt des Willens der Eheleute im gemeinschaftlichen Testament abstellt, ist daher beizupflichten. Im übrigen steht, soweit ersichtlich, die Rechtslehre einhellig auf diesem Standpunkt. Der Rechtsgedanke des §§ 2291 Abs. 1 Satz 2 kann auf gemeinschaftliche Testamente, insbesondere auf wechselbezügliche Verfügungen, die darin getroffen sind, keine Anwendung finden und deshalb zu keiner ande-

ren Beurteilung führen. Dort ist für den Erbvertrag bestimmt, daß der Erblasser eine vertragsmäßige Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, durch Testament aufheben kann. Zur Wirksamkeit der Aufhebung ist nur die Zustimmung des anderen Vertragschließenden erforderlich, die der gerichtlichen oder notariischen Beurkundung bedarf. Wenn dort für eine Aufhebung vertraglich begründeter Verfügungen sachlich beschränkter Inhalts kein Vertrag verlangt, sondern die bloße Zustimmung des anderen Teils für genügend erklärt wird, so kann daraus angesichts der Vorschriften in §§ 2353 bis 2358, 2271, 2272 BGB nichts für das gemeinschaftliche Testament, am allerwenigsten für wechselbezügliche Verfügungen, hergeleitet werden. Eine der Vorschrift des § 2291 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Bestimmung ist für gemeinschaftliche Testamente nicht getroffen. Davon, daß diese gesetzliche Regelung dem gesunden Volksempfinden widerspricht, kann, wie bereits erwähnt, keine Rede sein angesichts der gleich lautenden Regelung im Testamentgesetz.

3. Danach kann der angefochtene Beschluß nicht aufrechterhalten werden.

Die Sache ist jedoch nicht reif für die vom Antragsteller und Beschwerdeführer begehrte Entscheidung auf Einziehung des Erbscheins. Hierfür ist vielmehr eine genauere Klärung des Sachverhalts geboten (§§ 2359, 2361 Abs. 1 und 3 BGB).

Zunächst wird, den Rechtsbestand des gemeinschaftlichen Testaments vom 21. Oktober 1918 vorausgesetzt, zu ermitteln sein, ob der Wille der Eheleute bei dessen Errichtung etwa dahin gegangen ist, daß jedem Ehegatten oder auch nur einem von ihnen die Befugnis vorbehalten bleiben sollte, das gemeinschaftliche Testament durch einseitige letztwillige Verfügung, jedoch unter Zustimmung des anderen Gatten, abzuändern oder das Widerrufsrecht anderweit zu gestalten. Dazu wird zu klären sein (§§ 2358, 2359 BGB), wie es kommt, daß der Antragsteller gemäß § 2356 Abs. 2 zunächst an Eides Statt versichert hat, es sei ihm nichts bekannt, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegenstehe, wonach die Erblasserin (nur) das Testament vom 30. Januar/20. Juli 1933 hinterlassen habe, während er hernach durch seinen Bevollmächtigten diese Angabe als unvollständig und unrichtig berichtigen und erklären ließ, er habe sich an das hernach von seiner nunmehrigen Ehefrau aufgefundene gemeinschaftliche Testament vom 21. Oktober 1918 nicht mehr erinnert; insbesondere wird weiter zu klären sein, worauf die Feststellung des Nachlaßgerichts in dem angefochtenen Beschluß beruht, das gemeinschaftliche Testament sei „mit Wissen und Willen“ des Antragstellers von der Erblasserin durch ihr eigenhändiges Testament vom 30. Januar/20. Juli 1933 „widerrufen“ worden. Die Aufklärung hierüber und sonstige in diesem Zusammenhang etwa zu ermittelnden Umstände können für die Frage von Bedeutung sein, ob etwa in dem gemeinschaftlichen Testament vom Jahre 1918 die Wechselbezüglichkeit ausgeschlossen werden

oder ob darin Testierfreiheit für jeden Ehegatten oder für die Erblasserin allein vorbehalten oder das Widerrufsrecht anderweitig gestaltet werden sollte. Auch die in der Verhandlung vom 10. November 1944 erwähnte vertragsmäßige Regelung, deren Inhalt und Zustandekommen festzustellen sein wird, mag in diesem Zusammenhang insofern Bedeutung gewinnen können, als sie etwa Rückschlüsse auf den Willen der Erblasser hinsichtlich des Inhalts und der Tragweite des gemeinschaftlichen Testaments ermöglicht. Ein ungewöhnlicher Sachverhalt, wie er sich in dem behaupteten Vergessen des Vorhandenseins eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem Einverständnis des Antragstellers zu dessen einseitiger Aufhebung durch die Erblasserin, in dem behaupteten Wiederauffinden des vergessenen Testaments durch die zweite Frau des Antragstellers und in der behaupteten nunmehrigen vertraglichen Regelung zeigt, bedarf unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der §§ 2359, 2361 Abs. 1 und 3 BGB der restlosen Aufklärung, bevor endgültig darüber entschieden werden kann, ob der erteilte Erbschein unrichtig ist.

gez. Dr. Günther. Eilles. Oesterheld.

91. Ob die familienrechtlichen Beziehungen durch *einen* Adoptionsvertrag, den beide Eheleute gleichzeitig schließen, oder durch Einzelverträge, die von den Eheleuten zu verschiedenen Zeiten geschlossen werden, geschaffen werden, ist der Natur der Sache nach gleichgültig. In beiden Fällen entstehen die gleichen Beziehungen des Kindes zu den Wahleltern. Es liegt daher nahe, den Sachverhalt gleich anzusehen, mag ein Vertrag oder mögen ihm zwei Verträge zugrunde liegen.

Zum ABGB und zu BGB § 1749.

VII. Zivilsenat. Beschl. v. 16. Dezember 1944 (VII B 43/1944).

I. Amtsgericht Engelhartzell.

In der Vormundschaftssache des minderjährigen Alfons Leopold Wundsam, vertreten durch Leopold Wundsam in Engelhartzell, wegen Bestätigung des zwischen dem Minderjährigen und der Rosa Wundsam geschlossenen Adoptionsvertrags,

hat das Reichsgericht, VII. Zivilsenat, in der Sitzung vom 16. Dezember 1944 auf den Rekurs des gesetzlichen Vertreters Leopold Wundsam, vertreten durch Dr. Max Zelzer in Engelhartzell, gegen den Beschluß des Amtsgerichts Engelhartzell vom 20. Oktober 1944 – Nc. 200/44 – beschlossen:

Es wird dem Rekurs Folge gegeben und der angefochtene Beschluß dahin abgeändert, daß der zwischen dem minderjährigen Alfons Leopold Wundsam, vertreten durch seinen