

65. 1. Ist ein von einem Ehegatten formgerecht erklärter Widerruf eines von den Eheleuten gemeinschaftlich errichteten korrespondierenden Testaments wirksam, wenn der Widerruf erst nach dem Tode des Widerrufenden dem anderen Ehegatten zugeht?

B.G.B. §§ 2270, 2271, 2296, 130.

2. Steht dem Entleiher eines Grundstückes ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen zu?

B.G.B. §§ 683 ff., 556 Abs. 2, 273.

V. Zivilsenat. Urf. v. 9. März 1907 i. S. A. (Bekl. u. Widerkl.)
w. Sp. (kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 329/06.

I. Landgericht Hagen i. W.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Stellmacher Sp. übertrug durch Vertrag vom 2. Dezember 1896 sein Vermögen, darunter sein Haus Nr. 62, unter Vorbehalt der Verwaltung und des Nießbrauchs an seine Tochter. Am 28. April 1897 wurde die Tochter auf Grund erfolgter Auflassung als Eigentümerin, und zugleich das Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht des Vaters auf das Grundstück eingetragen. Die Tochter heiratete nach dem 1. Januar 1900 den Beklagten, der in das Haus, wo auch der Vater wohnen geblieben war, einzog. Am 4. März 1904 errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten. In notariellem Protokoll vom 14. Juni 1904 widerrief die Ehefrau des Beklagten das Testament und beantragte, die Widerrufserklärung zweimal auszufertigen und beide Ausfertigungen einem Gerichtsvollzieher zu übersenden, den sie gleichzeitig beauftragte, die Schrift dem Beklagten zuzustellen. An demselben Tage errichtete sie vor dem Notar ein neues Testament, in dem sie ihren Vater zum alleinigen Erben einsetzte, dagegen ihren Ehemann, den Beklagten, auf den Pflichtteil setzte. Am 15. Juni 1904 starb sie. Die Ausfertigung des Widerrufs wurde am 16. Juni dem Beklagten durch den Gerichtsvollzieher zugestellt. Sp., der die Erbschaft seiner Tochter antrat, übertrug dann durch Vertrag vom 20. Juni 1904 sein gesamtes Vermögen unter Vorbehalt des Nießbrauchs und der Verwaltung an seinen Sohn, den Kläger, und ließ ihm am 12. Juli 1904 das Haus auf. Der Beklagte blieb auch

nach dem Tode seiner Ehefrau im Hause wohnen und leistete der Aufforderung des Klägers, auszuziehen, keine Folge.

Der Kläger verlangte daher mit der Klage Verurteilung des Beklagten zur Räumung des Hauses. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage und widerklagend, den Kläger zu verurteilen, die Auflassungserklärung bezüglich des Hauses abzugeben. Er machte geltend, er sei auf Grund des gemeinschaftlichen Testaments vom 4. März 1904 Alleinerbe seiner Ehefrau und daher Eigentümer des Hauses geworden; das Testament und der Widerruf vom 14. Juni 1904 seien ungültig, weil ihm der Widerruf erst nach dem Tode der Ehefrau, als er bereits ihr Erbe geworden, zugestellt worden sei. Eventuell nahm er wegen notwendiger Auslagen und seines Pflichtteilsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht an dem Hause in Anspruch. Der erste Richter wies die Klage ab und verurteilte den Kläger nach dem Widerklagantrage. Der zweite Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrag und wies die Widerklage ab.

Auf die Revision des Beklagten wurde das Berufungsurteil wegen Nichtbeachtung der Zurückbehaltungseinrede aufgehoben und insoweit die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen; im übrigen wurde die Revision zurückgewiesen. Die Entscheidung ist ergangen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter nimmt an, es sei der von der Ehefrau des Beklagten zu notariellem Protokoll am 14. Juni 1904 erklärte und dem Beklagten am 16. Juni zugestellte Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments der Eheleute vom 4. März 1904 trotz des inzwischen am 15. Juni eingetretenen Todes der Ehefrau rechtswirksam. Die Revision sucht dem gegenüber auszuführen, daß ein Widerruf des einen Ehegatten nur dann gültig sei, wenn in dem Augenblicke des Zugehens an den anderen Ehegatten noch beide Eheleute am Leben seien. Es ist jedoch dem Berufungsrichter beizutreten. Gemäß § 2271 Abs. 2 B.G.B. erlischt, abgesehen von gewissen Ausnahmefällen, mit dem Tode eines der Ehegatten das Recht zum einseitigen Widerruf eines gemeinschaftlichen korrespondierenden Testaments im Sinne des § 2270 B.G.B. Dagegen ist nach § 2271 Abs. 1 B.G.B. bei Lebzeiten der Ehegatten ein einseitiger Widerruf zulässig, jedoch nicht durch Errichtung einer neuen Verfügung von Todes

wegen, sondern nur nach Maßgabe der Vorschriften, die für den Rücktritt von einem Erbvertrage, soweit er nach den §§ 2293 bis 2295 B.G.B. statthaft ist, gemäß § 2296 B.G.B. gelten, also durch eine gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten. Diese, wie die gesamten Vorschriften über die gemeinschaftlichen Testamente, auf Beschlüsse der zweiten Kommission sich gründende Bestimmung beruht auf der Erwägung, daß es loyaler sei, die Aufhebung einer korrespondierenden Verfügung mit Wissen des anderen Teils als hinter dessen Rücken zu bewirken, daß auch zwischen einem unter Vorbehalt des Rücktrittes abgeschlossenen Erbvertrage und einem gemeinschaftlichen korrespondierenden Testament nicht ein solcher Unterschied bestehe, um für den Widerruf des letzteren eine abweichende Form vorzuschreiben (Prot. Bd. 5 S. 454), und daß für den Rücktritt von einem Erbvertrage jedenfalls, ebenso wie nach § 849 B.G.B. für den Rücktritt von einem obligatorischen Vertrage, eine Erklärung gegenüber dem anderen Teile zu erfordern sei.

Vgl. Motive zu § 1958 Entw. I Bd. 5 S. 342, 343; Künzler in Gruchot's Beitr. Bd. 41 S. 605.

Danach unterliegt es keinem Bedenken, die in den §§ 130 fig. B.G.B. gegebenen Vorschriften hinsichtlich des Wirksamwerdens von Willenserklärungen, die gegenüber einem anderen abzugeben sind, ebensowohl auf den Rücktritt von einem Erbvertrage, wie auf den Widerruf eines gemeinschaftlichen korrespondierenden Testaments zur Anwendung zu bringen.

Vgl. Strohal, Erbrecht Bd. 1 S. 332 Anm. 10; Frommhold, Erbrecht Anm. 2b zu § 2271 B.G.B.; Pland, Anm. II 2a; Staudinger, Anm. III A1 zu § 2271 B.G.B.; Künzler, a. a. D. S. 604.

Diese im allgemeinen Teile Abschn. III („Rechtsgeschäfte“) enthaltenen Vorschriften betreffen rechtsgeschäftliche Willenserklärungen jeder Art und ohne Unterschied; sie gelten daher auch für Willenserklärungen auf dem Gebiete des Erbrechtes. Nach § 130 Abs. 2 aber ist es auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Daß die Anwendung dieser Bestimmung auf den genannten Widerruf ausgeschlossen wäre, dafür bietet sich im Gesetze kein Anhalt, noch folgt es aus der rechtlichen Natur des Widerrufs. Zwischen Abs. 1 Satz 1 des § 2271 B.G.B., der einen

bestimmt formalisierten Widerruf zuläßt, und Abs. 2, der das Widerrufsrecht für erloschen erklärt, besteht der wesentliche Unterschied im Tatbestande darin, daß dort der andere Ehegatte, dem gegenüber widerrufen werden soll, noch am Leben, hier dagegen verstorben ist. Daß derjenige, der widerrufen will, noch lebt, ist in beiden Fällen selbstverständlich. Die Zulassung des Widerrufs in Abs. 1 Satz 1 „bei Lebzeiten der Ehegatten“ hat also keine andere Bedeutung, als daß dem einen Ehegatten der Widerruf bis zum Tode des anderen Ehegatten, aber auch nur so lange gestattet sein soll. Beide Ehegatten sollen zu ihren Lebzeiten bei der Vollendung des Widerrufs mitwirken: der eine Ehegatte soll den Widerruf erklären, dem anderen soll er bei seinen Lebzeiten zugehen. Ist der letztere zwar nach Abgabe der Widerrufserklärung, aber bevor ihm diese zugegangen ist, verstorben, so kann der Widerruf nicht mehr wirksam werden. Insofern hat also der Tod dieses einen der beim Widerrufe Beteiligten auf das Wirksamwerden des Widerrufs Einfluß. Hinsichtlich der Wirkung von Ereignissen aber, die in der Person des Widerrufenden in der Zwischenzeit zwischen Abgabe der Widerrufserklärung und deren Zugehen an den anderen Teil eintreten, greift die Vorschrift des § 130 Abs. 2 B.G.B. ein: der Tod des Erklärenden in der Zwischenzeit soll, wenn die sonstigen Erfordernisse für die Wirksamkeit gegeben sind, wenn insbesondere die Erklärung dem anderen Teile zugegangen ist, der Wirksamkeit der Erklärung nicht entgegenstehen. Diese Vorschrift hat ihren gesetzgeberischen Grund darin, daß die Handlung, die der Erklärende von seiner Seite vorzunehmen hat, völlig beendigt ist, und daß die Erklärung an sich rechtlich besteht, wenn auch ihre Wirksamkeit noch von dem Hinzutreten eines anderen Umstandes, nämlich des Zugehens an den anderen Teil, abhängt.

Vgl. Motive zu § 74 Entw. I Bd. 1 S. 159; Planck, Anm. 7 zu § 130 B.G.B.

Es ist hier also der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß Willenserklärungen, die einem anderen gegenüber abzugeben und wegen bisher nicht erfolgter Zustellung an den anderen Teil noch nicht wirksam geworden sind, trotz des inzwischen eingetretenen Todes des Erklärenden noch wirksam werden können.

Der Anwendung dieses Grundsatzes auf den Widerruf eines gemeinschaftlichen korrespondierenden Testaments steht nicht entgegen, daß

im Augenblicke des Todes des Widerrufenden das Testament noch nicht wirksam widerrufen ist, mithin bis zu dem Zeitpunkte, wo der Widerruf dem anderen Teile demnächst zugeht, sich die Erbfolge nach jenem Testamente bestimmt. Solange noch die Möglichkeit gegeben ist, daß die über den Tod des Erklärenden an sich hinaus wirkende Widerrufserklärung durch Zugehen an den anderen Teil wirksam wird, besteht tatsächlich ein Schwebezustand. Wird der Widerruf wirksam, so ist das widerrufenes Testament hinfällig geworden, und der Schwebezustand hat sich dahin gelöst, daß der im Testament eingesezte Erbe in Wirklichkeit nicht Erbe ist, sofern ihm nicht ein anderer Verursungsgrund als das Testament zur Seite steht.

Zu erfordern ist allerdings, daß der demnächst verstorbene Erklärende alles getan hat, was von seiner Seite geschehen muß, damit die Erklärung dem anderen Teile zugeht. Im Entw. I § 74 war dies dadurch zum Ausdruck gebracht, daß die Erklärung „behuß der Absendung“ abgegeben sein sollte. Hieran ist durch die von der zweiten Kommission gewählte Fassung des Gesetzes sachlich nichts geändert (Prot. Bd. 1 S. 70); „nach der Abgabe“ bedeutet, daß die Abgabe der Erklärung gegenüber dem anderen Teil von seiten des Erklärenden derart vollendet sein muß, daß durch ihn selbst behuß Zugehens der Erklärung an den anderen Teil nichts weiter zu geschehen braucht (Planck Anm. 7 zu § 130 B.G.B.). Würde im Falle des Widerrufs eines gemeinschaftlichen korrespondierenden Testaments der widerrufende Ehegatte den Widerruf zwar formgerecht erklärt, aber die Ausfertigung der Widerrufsverhandlung beispielsweise bei sich behalten und bis zu seinem Tode wegen Zusendung der Ausfertigung an den anderen Ehegatten nichts veranlaßt haben, so könnte der Widerruf nicht mehr wirksam werden, sei es auch, daß er auf diese oder jene Weise dem anderen Ehegatten noch zugeinge. Im gegebenen Falle jedoch hat die Ehefrau des Beklagten in der notariellen Widerrufsverhandlung vom 14. Juni 1904 beantragt, die zu erteilenden beiden Ausfertigungen einem Gerichtsvollzieher zu übersenden, dem sie den Auftrag erteilt hat, die Schrift ihrem Ehemanne zuzustellen. Sie hat also alles getan, was von ihrer Seite zu geschehen hatte, damit der Widerruf ihrem Ehemanne zugeing, und es ist auch durch den Gerichtsvollzieher am 16. Juni der Widerruf dem Beklagten zugestellt worden.

Danach ist trotz des inzwischen am 15. Juni eingetretenen Todes der Ehefrau der Widerruf wirksam, und damit das gemeinschaftliche Testament vom 4. März 1904 hinfällig geworden. Zugleich ist das von der Ehefrau am 14. Juni errichtete neue Testament, dessen Bestand davon abhing, daß der Widerruf des früheren Testamentes wirksam wurde, in Kraft getreten. Daß dieses Testament errichtet worden ist, bevor das durch eine neue letztwillige Verfügung einseitig nicht aufzuhebende gemeinschaftliche Testament beseitigt war, ist hinsichtlich seiner Wirksamkeit ohne Einfluß; denn das gemeinschaftliche Testament stand seiner Gültigkeit nur als ein äußeres Hindernis entgegen, und dies ist durch den später wirksam gewordenen Widerruf nachträglich behoben worden.

Vgl. Pland, Anm. II 2 b Abs. 3 zu § 2271 B.G.B.; Jastrow, Formularbuch II S. 298 Anm. 7.

Demnach ist der Revisionsangriff unbegründet, der sich gegen die Annahme des Berufungsrichters richtet, daß das gemeinschaftliche Testament vom 4. März 1904 rechtswirksam widerrufen, und das zweite Testament der Ehefrau des Beklagten vom 14. Juni 1904 gültig sei. . . .

Begründet dagegen ist zum Teil der fernere Angriff der Revision gegen die Ausführungen, mit denen der Berufungsrichter die rechtlichen Voraussetzungen für das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht verneint.

Allerdings nimmt der Berufungsrichter mit Recht an, daß dem Beklagten wegen des Anspruches auf den Pflichtteil, der ihm in dem Testamente seiner Ehefrau vom 14. Juni 1904 zugewiesen ist, ein Zurückbehaltungsrecht nicht zusteht. Denn er stützt gegenüber dem Ansprüche des klagenden Eigentümers auf Herausgabe des Grundstückes gegen ihn als Besitzer seinen Gegenanspruch wegen des Pflichtteiles darauf, daß der Vater des Klägers als Alleinerbe der Ehefrau den Nachlaß, aus dem er den Pflichtteil zu verlangen habe, übernommen und sodann durch Übertragungsvertrag auf den Kläger übertragen habe. Die Herausgabeverpflichtung des Beklagten beruht also nicht auf demselben rechtlichen Verhältnis, aus dem er gegen den Kläger einen Anspruch herleitet. Die Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 B.G.B. liegen demnach nicht vor. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob der Beklagte überhaupt

einen persönlichen Anspruch wegen des Pflichtteils gegen den Kläger zufolge des Übertragsvertrages hat.

Dagegen erscheint die Zurückweisung der Zurückbehaltungsrede im übrigen von Rechtsirrtum beeinflusst. Der Berufungsrichter geht zunächst davon aus, daß dem Beklagten die Benutzung des Grundstückes „unentgeltlich, leihweise“ gestattet worden sei. Jedoch ist nicht ersichtlich, daß auch nur eine der Parteien behauptet hat, es sei zwischen dem Beklagten und etwa seinem Schwiegervater Sp. auf Grund des diesem in dem Übertragsvertrage vom 2. Dezember 1896 vorbehaltenen Verwaltungs- und Nießbrauchsrechtes ein Leihvertrag im Sinne des § 598 B.G.B. über das Grundstück geschlossen. Im Gegenteile hat der Kläger selbst nach dem Tatbestande des ersten Urteils behauptet, Sp. habe tatsächlich den Nießbrauch nie ausgeübt. Aus der nach dem Tatbestande des zweiten Urteils auf richterliches Befragen vom Beklagten abgegebenen Erklärung, daß er nach seiner Verheiratung mit Bewilligung des Sp. in das Haus eingezogen, und daß Sp. auch in dem Hause wohnen geblieben sei, kann der Abschluß eines Leihvertrages nicht als vom Beklagten behauptet angenommen werden. Der Beklagte steht vielmehr auf dem Standpunkte, daß das Grundstück eingebrachtes Gut der Ehefrau gewesen sei, und daß er es als Ehemann gemäß seines Rechtes aus § 1373 B.G.B. in Besitz genommen habe und seitdem besitze. Auch der Kläger sieht den Beklagten als Eigenbesitzer an und verlangt von ihm in dieser Eigenschaft Herausgabe des Grundstückes. Es würde daher wegen des Zurückbehaltungsrechtes zufolge Verwendungen in das Grundstück nach den bisherigen Parteierklärungen § 1000 B.G.B. zur Anwendung zu bringen sein. Wäre aber auch wirklich ein Leihvertrag geschlossen, so wäre doch die Ansicht des Berufungsrichters rechtsirrig, daß, weil nach §§ 556 Abs. 2, 580 B.G.B. der Mieter eines Grundstückes oder von Räumen wegen Verwendungen auf das Haus ein Zurückbehaltungsrecht nicht habe, ein solches auch dem Entleiher eines Grundstückes nicht zustehe. Der Entwurf I erkannte ein Bedürfnis, dem Mieter ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen zu versagen, nicht an (Motive Bd. 2 S. 402). In der zweiten Kommission wurde der jetzige Abs. 2 des § 556 eingefügt, weil ein Zurückbehaltungsrecht wegen der meist unbedeutenden Ansprüche, hinsichtlich deren auch der Grundbesitz des Vermieters genügende Sicherheit gewähre, vom

Mieter schuldlos mißbraucht werden könne (Prot. Bd. 2 S. 189). Ein Antrag aber, auch dem Entleiher eines Grundstückes wegen Verwendungen ein Zurückbehaltungsrecht zu versagen, wurde von der zweiten Kommission abgelehnt, weil ein Bedürfnis für die Anwendung der Vorschrift auf die Leihe nicht anzuerkennen sei (Prot. Bd. 2 S. 275). Es steht daher dem Entleiher, auch wenn der Gegenstand der Leihe ein Grundstück ist, ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen nach Maßgabe des § 273 B.G.B. zu.

Vgl. Planck, Anm. 5 zu § 604; Neumann, Anm. 1 zu § 604 B.G.B.

Von Rechtsirrtum beeinflusst erscheint ferner auch die Annahme des Berufungsrichters, daß der Entleiher alle notwendigen Aufwendungen zu tragen habe, und daß daher dem Beklagten kein Ersatzanspruch zustehe, weil seine Verwendungen nach seinen eigenen Behauptungen notwendige Aufwendungen seien. Nach § 601 B.G.B. hat der Entleiher nur die „gewöhnlichen Kosten der Erhaltung“ zu tragen, während ihm der Verleiher andere Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzen muß. Der Berufungsrichter hätte daher prüfen müssen, ob die vom Beklagten behaupteten Aufwendungen zur Wiederherstellung von Dachrinnen, für Verputz, für Maurerarbeiten, für Zementierung der Treppe, für Tapezieren und Anstrich „gewöhnliche Kosten der Erhaltung“ oder „andere Verwendungen“ sind. Wegen der letzteren Verwendungen würde dem Beklagten, falls die Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch nach Maßgabe der §§ 683 ff. B.G.B. gegeben wären, auch dann ein Zurückbehaltungsrecht zustehen, wenn er das Grundstück auf Grund eines Leihvertrages in Besitz genommen hätte.“ . . .