

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 2271 Abs. 1, 2296 Abs. 2, 130 Abs. 2

Der von einem Ehegatten erklärte Widerruf seiner in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen ist unwirksam, wenn die notarielle Widerrufsverhandlung zu Lebzeiten des Widerrufenden dem anderen Ehegatten nur in beglaubigter Abschrift zugegangen ist und ihm erst nach dem Tod des Widerrufenden in Ausfertigung zugestellt wird, um dem erst zu dieser Zeit erkannten Zustellungsmangel abzuhelpfen.

Beschl.
BGH, ~~Wst~~.v. 19. Oktober 1967 - III ZB 18/67 - OLG Hamm
LG Siegen

BUNDESGERICHTSHOF

III ZB 18/67

BESCHLUSS

in der Sache

betreffend die Erteilung eines Erbscheins nach dem
am 11. Februar 1966 in E [REDACTED] verstorbenen Ober-
studienrat Dr. Hans Albert S [REDACTED],

Beteiligte:

1. Witwe Hildegard S [REDACTED], geb. R [REDACTED], E [REDACTED],
Am Si [REDACTED]

Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin
(für die weitere Beschwerde),

- vertreten durch Rechtsanwalt und Notar H [REDACTED], E [REDACTED]
B [REDACTED]straße [REDACTED];

2. Krankenschwester Margot S [REDACTED], Be [REDACTED], Bi [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Antragstellerin und Beschwerdegegnerin
(für die weitere Beschwerde),

- vertreten durch Rechtsanwalt und Notar K [REDACTED],
Be [REDACTED];

3. Gisela S [REDACTED], C [REDACTED]-R [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

- vertreten durch Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED]
C [REDACTED]-R [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED].

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat in der Sitzung am 19. Oktober 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Dr. Hußla und Dr. Reinhardt

beschlossen:

Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten Hildgard S. [REDACTED] wird der Beschluß der 3. Zivilkammer des Landgerichts Siegen vom 5. Dezember 1966 aufgehoben.

Die Beschwerde der Beteiligten Mergot Sc. [REDACTED] gegen den Beschluß des Amtsgerichts Siegen vom 4. September 1966 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das Verfahren der weiteren Beschwerde ist gerichtsgebührenfrei; Auslagen werden nicht erhoben.

Der Wert des Gegenstandes der Beschwerde und der weiteren Beschwerde beträgt 50.000 DM.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

G r ü n d e :

Die Krankenschwester Margot Sc[REDACTED], die Beteiligte zu 2), hat beantragt, ihr einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts zu erteilen, daß sie und Frau Gisela S[REDACTED], die Beteiligte zu 3), den am 11. Februar 1966 verstorbenen Oberstudienrat Dr. Hans Albert S[REDACTED] zu gleichen Teilen aufgrund Testaments beerbt haben. Folgender Sachverhalt liegt zugrunde:

Am 4. August 1958 errichtete der Erblasser gemeinsam mit seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 1), vor dem Notar H[REDACTED] in Sie[REDACTED] ein gemeinschaftliches Testament, in dem sich die Ehegatten gegenseitig zu Erben einsetzten, so daß der Überlebende Alleinerbe des zuerst Versterbenden sein sollte. Am 2. Oktober 1962 erklärte der Erblasser vor dem Notar Dr. St[REDACTED] in Siegen den Widerruf seiner in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Erklärungen und Verfügungen und beantragte zugleich bei dem Notar, eine Ausfertigung der Widerrufsverhandlung seiner Ehefrau zuzustellen. Am 8. Oktober 1962 erteilte der Notar der Ehefrau des Erblassers die erste Ausfertigung der Widerrufsverhandlung und beauftragte den Gerichtsvollzieher Ha[REDACTED] in Siegen, diese Ausfertigung der Beteiligten zu 1) zuzustellen. Der Gerichtsvollzieher stellte der Beteiligten zu 1) jedoch nicht die Ausfertigung, sondern eine von ihm beglaubigte Abschrift der Ausfertigung am 16. Oktober 1962 durch die Post zu.

Vor Erklärung des Widerrufs hatte der Erblasser am 24. August 1960 ein privatschriftliches Testament

errichtet, in dem er die Beteiligte zu 2) zu seiner Alleinerbin bestimmte. Am 10. September 1960 gab die Beteiligte zu 2) eine schriftliche Erklärung ab, die u.a. wie folgt lautete:

"Ich, Margot Sc[REDACTED], wohnhaft bei Familie Dr. Hans S[REDACTED] in E[REDACTED] am Si[REDACTED] erkläre durch meine Unterschrift in Gegenwart von Herrn Hans-Alfred L[REDACTED], E[REDACTED], Bo[REDACTED]-straße [REDACTED], daß ich das Schreiben von Herrn Dr. S[REDACTED] 24.8.1960 sowie Testament vom 24.8.1960 in Ba[REDACTED] im Haus der Familie Be[REDACTED] Bi[REDACTED]straße nicht anerkenne, bzw. die mir von Herrn Dr. S[REDACTED] lt. Testament zugedachten Sachen ablehne."

Am 9. November 1964 errichtete der Erblasser ein weiteres privatschriftliches Testament, durch das er zu Erben seines Vermögens zu gleichen Teilen die Beteiligte zu 2) und seine Schwester Gisela S[REDACTED], die Beteiligte zu 3), berief.

Alle genannten letztwilligen Verfügungen des Erblassers sind nach seinem Tod eröffnet worden.

Die Beteiligte zu 2) hat die Auffassung vertreten, daß sie und die Beteiligte zu 3) aufgrund des Testaments vom 9. November 1964 Erben geworden seien.

Das Amtsgericht hat ihren Erbscheinsantrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments vom 4. August 1958 sei nicht rechtswirksam erfolgt, weil der Beteiligten zu 1) keine Ausfertigung der notariellen Widerrufsverhandlung vom 2. Oktober 1962 zugegangen sei.

Hiergegen hat die Beteiligte zu 2) Beschwerde eingelegt. Während des Beschwerdeverfahrens wurde der Beteiligten zu 1) von dem Notar Dr. St. [REDACTED] nunmehr eine zu diesem Zweck ausgestellte dritte Ausfertigung der notariellen Widerrufsverhandlung am 21. September 1966 zugestellt. Das Landgericht hat daraufhin den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben und das Amtsgericht angewiesen, von seinen Bedenken gegen die Erteilung des Erbscheins Abstand zu nehmen.

Mit der weiteren Beschwerde begehrt die Beteiligte zu 1) die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses. Sie hat geltend gemacht: Die erst nach dem Tod des Erblassers nachgeholte Zustellung einer Ausfertigung des Testamentwiderrufs habe nicht die Wirksamkeit der Widerrufserklärung herbeiführen können. Im übrigen sei die Beteiligte zu 2) mit Rücksicht auf ihre Verzichtserklärung vom 10. September 1960 für die Beantragung des Erbscheins nicht legitimiert.

Das Oberlandesgericht Hamm hält den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments vom 4. August 1958 für unwirksam. Es möchte deshalb den Beschluß des Amtsgerichts wiederherstellen, sieht sich hieran jedoch durch die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Celle vom 7. Februar 1963 - 10 Wz 28/62 = NJW 1964, 53 = DNotZ 1964, 238 und des Kammergerichts vom 7. August 1964 - 1 W 2004/61 = DNotZ 1964, 721 gehindert und hat deshalb die weitere Beschwerde dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

I.

Die Voraussetzungen des § 28 FGG liegen vor, weil das Oberlandesgericht Hamm bei der Auslegung einer reichs- (bundes) gesetzlichen Vorschrift, die eine der in § 1 FGG näher bezeichneten Angelegenheiten betrifft, von den vorerwähnten, auf weitere Beschwerde ergangenen Beschlüssen des Oberlandesgerichts Celle und des Kammergerichts abweichen würde.

Das Oberlandesgericht Hamm hält die Rechtsfrage für entscheidungserheblich, ob der von einem Ehegatten erklärte Widerruf seiner in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen auch dann wirksam ist, wenn der Widerruf zu Lebzeiten des Widerrufenden dem anderen Ehegatten nur in beglaubigter Abschrift zugegangen ist und der mit der Zustellung des Widerrufs beauftragte Notar erst nach dem Tod des Widerrufenden dem anderen Ehegatten eine Ausfertigung der Widerrufsverhandlung zustellen läßt, um dem nun erst erkannten Zustellungsmangel abzuhelpen. Das Oberlandesgericht Hamm möchte diese Frage jedenfalls dann verneinen, wenn die Zustellung der beglaubigten Abschrift Jahre vor dem Tod des widerrufenden Ehegatten erfolgt ist und sowohl der widerrufende Ehegatte als auch der Notar den Übermittlungsvorgang längst für abgeschlossen gehalten haben.

Demgegenüber hat das Kammergericht in seinem Beschuß vom 7. August 1964 - 1 W 2004/61 = DNotZ 1964, 721 einen solchen Widerruf, den der mit der Zustellung beauftragte Notar dem anderen Ehegatten fast 14 Jahre vor dem Tod des Widerrufenden in beglaubigter Abschrift und

erst nach dem Tod des Widerrufenden in Ausfertigung hatte zustellen lassen, für wirksam gehalten. Ebenso hat das Oberlandesgericht Celle in seinem Beschluß vom 7. Februar 1963 - 10 Wz 28/62 = DNotZ 1964, 238, 239 ff = NJW 1964, 53, 54 den Rücktritt eines Erblassers vom Erbvertrag gemäß § 2296 BGB, der nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments anzuwenden ist, als wirksam angesehen, obwohl die Rücktrittserklärung 3 Jahre vor dem Tod des Erblassers dem anderen Vertragsschließenden nur in beglaubigter Abschrift und erst nach dem Erbfall in Ausfertigung zugestellt worden war. Dabei haben sich sowohl das Kammergericht als auch das Oberlandesgericht Celle auf den Standpunkt gestellt, daß der Widerruf bzw. die Rücktrittserklärung nach § 130 Abs. 2 BGB noch durch den Zugang nach dem Tod des Widerrufenden bzw. Zurücktretenden wirksam werden könne, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß die Zustellung der Erklärung nicht alsbald nach ihrer Abgabe "in einem Zuge" erfolgt war (zustimmend: Hieber DNotZ 1964, 240, 241; Palandt/Keidel BGB 26. Aufl. § 2296 Anm. 1). Das Oberlandesgericht Hamm hält demgegenüber § 130 Abs. 2 BGB auf den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments nur für anwendbar, wenn der Widerruf dem anderen Ehegatten alsbald zugeht und die Bewegung der Erklärung in Richtung auf den Empfänger nicht endgültig und zeitlich jahrelang unterbrochen wird (ebenso: Bärman NJW 1964, 53; Rosenthal/Bohnenberg BGB 16. Aufl. § 2271 Rdn. 6116). Zu Recht hat deshalb das Oberlandesgericht Hamm angenommen, daß es mit seiner Entscheidung von der Auffassung des Oberlandesgerichts Celle und des Kammergerichts abweichen würde.

Die Vorlage ist mithin zu Recht erfolgt. Infolgedessen hat nunmehr der Bundesgerichtshof selbst über die weitere Beschwerde zu entscheiden.

II.

Die weitere Beschwerde ist gemäß § 27 FGG zulässig. Sie ist auch begründet.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist das gemeinschaftliche Testament vom 4. August 1958, durch das der Erblasser seine Ehefrau, die Beteiligte zu 1), für den Fall seines Vorversterbens zu seiner Alleinerbin berufen hat, nicht wirksam widerrufen worden.

Nach § 2271 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 2296 Abs. 2 BGB hat der Widerruf von gegenseitig abhängigen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, zu denen nach § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel solche zu rechnen sind, mit denen sich - wie im vorliegenden Fall - Ehegatten gegenseitig bedenken, bei Lebzeiten der Ehegatten durch gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärung dem anderen Ehegatten gegenüber zu erfolgen. Gemäß § 130 Abs. 1 BGB wird der Widerruf in dem Zeitpunkt wirksam, in dem er dem anderen Ehegatten zugeht oder, was nach § 132 Abs. 1 BGB gleichgestellt wird, diesem durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers zugestellt wird. Zugehen muß die Widerrufserklärung in Gestalt einer Ausfertigung der Widerrufsverhandlung; die Übermittlung einer Abschrift oder einer von dem Gerichtsvollzieher beglaubigten Abschrift an den ab-

wesenden anderen Ehegatten reicht nicht aus (BGHZ 31, 5, 7; 36, 201, 203 ff).

Zu Recht hat deshalb das Landgericht angenommen, daß der von dem Erblasser am 2. Oktober 1962 vor dem Notar Dr. St. [REDACTED] erklärte Widerruf bis zum Tode des Erblassers nicht wirksam geworden ist. Denn seiner Ehefrau ist bis zu diesem Zeitpunkt nur eine von dem mit der Zustellung beauftragten Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der von dem Notar zum Zwecke der Zustellung erteilten ersten Ausfertigung der Widerrufsverhandlung, nicht aber die Ausfertigung selbst zugegangen. Damit hat die Ehefrau des Erblassers von dem Widerruf zwar vor dem Tod ihres Ehemannes Kenntnis erlangt, ihr ist jedoch die Widerrufserklärung selbst nicht, wie es das Gesetz verlangt, ordnungsgemäß zugegangen. Die Beteiligte zu 1) muß sich auch nicht nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als wäre mit der Zustellung der beglaubigten Abschrift der Widerruf ihr gegenüber wirksam erklärt worden, weil sie in Unkenntnis der Rechtslage hiervon zunächst selbst ausgegangen ist. Insoweit kann auf die Ausführungen des erkennenden Senats in seinem Urteil vom 28. September 1959 III ZR 112/58 = BGHZ 31, 5, 11/12 verwiesen werden, die auch auf den vorliegenden Fall zutreffen (vgl. auch Beschluß des V. Zivilsenats des BGH vom 14. Dezember 1961 V ZB 20/61 Seite 15 - insoweit nicht in BGHZ 36, 201 abgedruckt).

Erst nach dem Tod ihres Ehemannes und nachdem sie die Erbschaft angenommen hatte, ist der Beteiligten

zu 1) eine Ausfertigung der Widerrufsverhandlung zugestellt worden. Diese Zustellung indessen vermochte dem Widerruf nicht mehr zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Allerdings ordnet § 130 Abs. 2 BGB an, daß es auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluß ist, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Das Reichsgericht hat diese Vorschrift auch auf den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments angewendet und aus ihr hergeleitet, daß durch einen zu notariellem Protokoll erklärten Widerruf, der dem anderen Ehegatten erst nach dem Tod des Widerrufenden von dem hiermit beauftragten Notar zugestellt wird, ein gemeinschaftliches Testament wirksam aufgehoben werden könne (RGZ 65, 270, 272 ff). Dem haben sich der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs und die herrschende Lehre angeschlossen (Beschuß vom 16. April 1953 IV ZB 25/63 = BGHZ 9, 233, 234; Urteil vom 15. Mai 1963 IV ZR 298/62 = RzW 1964, 71 ;jeweils mit weiteren Literaturnachweisen).

Es kann dahinstehen, ob dieser Auffassung im Grundsatz gefolgt werden kann.

In dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall war der von dem Erblasser einen Tag vor seinem Tod zu notarieller Urkunde erklärte Widerruf einen Tag nach seinem Tod in ordnungsmäßiger Form zugestellt worden. Auch der Bundesgerichtshof ist in den erwähnten Entscheidungen, die im übrigen nicht auf der Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB beruhen, ersichtlich von dem Fall ausgegangen, daß der Widerruf dem überlebenden Ehegatten sogleich in ordnungsmäßiger Weise und alsbald nach

dem Tod des Erblassers zugestellt wird. Im vorliegenden Fall ist demgegenüber die am 2. Oktober 1962 aufgenommene Widerrufsverhandlung der Ehefrau des Erblassers erst am 21. September 1966, also erst fast vier Jahre nach Erklärung des Widerrufs und mehr als sieben Monate nach dem Tod des Erblassers in einer dem Gesetz entsprechenden Form zugestellt worden. Der jetzt zur Entscheidung stehende Fall unterscheidet sich deshalb wesentlich von den Sachverhalten, die den vorerwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegen haben, so daß schon aus diesem Grunde die dort entwickelten Grundsätze nicht ohne weiteres auf ihn übertragen werden können.

Dem Landgericht ist allerdings darin zu folgen, daß die "Abgabe" der Widerrufserklärung im Sinne von § 130 Abs. 2 BGB bereits vor dem Tod des Erblassers erfolgt ist und nicht erst dadurch, daß der Notar nach dem Tod des Widerrufenden den Entschluß gefaßt hat, der Beteiligten zu 1) eine Ausfertigung der Widerrufsverhandlung zuzustellen. Der Erblasser hatte dadurch, daß er in der notariellen Widerrufsverhandlung vom 2. Oktober 1962 beantragt hat, eine Ausfertigung dieser Verhandlung seiner Ehefrau zuzustellen, alles getan, was von seiner Seite zu geschehen hatte, damit der Widerruf seiner Ehefrau zugeing. Das genügt für die Abgabe der Willenserklärung im Sinne von § 130 Abs. 2 BGB (vgl. RGZ, 65, 270, 272; BGHZ 9, 233, 234; Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 8. Aufl. Band 1 S. 309, 310; Enneccerus/Nipperdey, Allg. Teil 15. Bearb. § 159; Dernburg 1, 397; Planck/Riezler, BGB 9. Aufl. § 130 Anm. 9; Staudinger-Coing, BGB 11. Aufl. § 130 Rdn. 18, 24; von Tuhr, Der

Allg. Teil des bürgerlichen Rechts II 1 S. 430/431; Titze, ZAkDR 1943, 135). Fehl geht jedoch die Annahme des Landgerichts, daß der Widerruf trotz des Todes des Widerrufenden ohne Rücksicht auf die inzwischen verstrichene Zeit dadurch wirksam werden konnte, daß der Notar dem Antrag des Erblassers entsprach und die Erklärung dem anderen Ehegatten (nochmals und nunmehr) in einer dem Gesetz entsprechenden Form zustellen ließ.

Mag für das Wirksamwerden einer Willenserklärung regelmäßig der zeitliche Abstand zwischen ihrer Abgabe und ihrem Zugang ohne Bedeutung sein (a.A. Hölder, BGB § 130 Anm. 1 S. 290; Oertmann, BGB 3. Aufl. § 130 Anm. 3 b), so gilt das doch nicht uneingeschränkt für den Fall, daß der Erklärende zwischen Abgabe und Zugang der Erklärung verstirbt.

§ 130 Abs. 2 BGB geht von dem Regelfall aus, daß sich die Willenserklärung beim Tod des Erklärenden auf dem Weg zum Adressaten befindet und die Zustellung alsbald nachfolgt. Die Vorschrift soll dem Schutz des Erklärungsempfängers dienen. Sie beruht im wesentlichen auf dem Gedanken, daß der Erklärungsempfänger meist nicht oder doch nicht zur geeigneten Zeit erfährt, daß der Urheber der Willenserklärung verstorben oder geschäftsunfähig geworden ist, und deshalb in eine für ihn unter Umständen mit erheblichen Nachteilen verbundene Lage geraten würde, wenn er im Vertrauen auf den Bestand der ihm zugegangenen Willenserklärung Vorkehrungen trifft und sich später in diesem Vertrauen getäuscht sieht (Motive Band I S. 159 zu § 74 Entwurf I). Dieser Gedanke des Vertrauensschutzes trifft auf den Re-

gelfall einer zeitlich nahen Aufeinanderfolge vom Tod des Erklärenden und Zustellung der Erklärung an den Erklärungsempfänger zu. Er entfällt, wenn sich die Willenserklärung - wie im vorliegenden Fall - beim Tod des Erklärenden nicht auf dem Weg zum Erklärungsempfänger befunden hat, weil in diesem Zeitpunkt niemand an eine Zustellung der Erklärung dachte, diese vielmehr erst Monate später zum Zwecke der Zustellung (wieder) auf den Weg gebracht wird und allein aus diesem Grunde zu einem Zeitpunkt zugestellt wird, zu dem den Beteiligten der Tod des Erklärenden längst bekannt sein mußte und bekannt gewesen ist.

Jedenfalls für den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments muß gelten, daß eine auf diese Weise verzögerte Zustellung die Aufhebung der widerrufenen wechselbezüglichen Verfügungen nicht bewirken kann. Denn anderenfalls wäre der überlebende Ehegatte mit Rücksicht auf die Bindungswirkungen, die ihm beim Tod des anderen Ehegatten unter Umständen treffen können, Nachteilen ausgesetzt, die ihm nach dem Gesetz nicht zugemutet werden.

Die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen kann jeder Ehegatte grundsätzlich nur zu Lebzeiten des anderen Ehegatten frei widerrufen. Nach § 2271 Abs. 2 BGB erlischt das Widerrufsrecht des Überlebenden mit dem Tod des anderen Ehegatten, sofern es ihm nicht ausdrücklich vorbehalten worden war oder die in §§ 2294, 2336 BGB aufgeführten Gründe ihn auch noch nach diesem Zeitpunkt zum Widerruf berechtigten. Der dem anderen Ehegatten

bis zu dessem Tod nicht zugegangene Widerruf kann auch dann nicht wirksam werden, wenn er vom Überlebenden noch zu Lebzeiten des Verstorbenen erklärt worden war.

Das bedeutet, daß der überlebende Ehegatte, der durch eine wechselbezügliche letztwillige Verfügung einen Dritten bedacht hat (§ 2270 Abs. 2 BGB), zum Nachteil des Bedachten über sein Vermögen grundsätzlich nicht mehr anderweitig letztwillig verfügen kann, nachdem der andere Ehegatte gestorben ist. Von dieser Bindung kann er sich allerdings noch dadurch befreien, daß er das ihm selbst von dem vorverstorbenen Ehegatten durch das gemeinschaftliche Testament Zugewendete ausschlägt (§ 2271 Abs. 2 BGB); mit der Annahme der Erbschaft oder dem Verstreichen der Ausschlagungsfrist entfällt auch diese Möglichkeit. Diese von den Ehegatten bewußt eingegangene Bindung findet ihre Berechtigung darin, daß die Verfügungen des einen nicht ohne die Verfügungen des anderen Ehegatten getroffen worden wären, und daß deshalb, wenn die Verfügungen des verstorbenen Ehegatten mit seinem Tod zur Wirksamkeit gelangt sind, auch die von ihnen abhängigen Verfügungen des anderen Ehegatten nicht mehr in Frage gestellt werden dürfen. Wenn der Gesetzgeber aus diesem Grunde das Erlöschen des Widerrufsrechts des überlebenden Ehegatten mit dem Tod des anderen Ehegatten angeordnet hat, so ist er ersichtlich davon ausgegangen, daß zu diesem Zeitpunkt endgültig feststeht, daß die von dem verstorbenen Ehegatten getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen Bestand haben werden. Dem würde es aber widersprechen, wenn auch

noch nach diesem Zeitpunkt diesen Verfügungen die Wirkung jederzeit dadurch genommen werden könnte, daß der von dem vorverstorbenen Ehegatten zwar zu seinen Lebzeiten erklärte, bis zu seinem Tod dem anderen Ehegatten aber noch nicht zugegangene Widerruf diesem irgendwann nach dem Erbfall zugestellt wird. Hierdurch wäre der überlebende Ehegatte schlechter gestellt als zu Lebzeiten des anderen Ehegatten. Er müßte, wenn er die Erbschaft angenommen hat, bis zu seinem Tod mit einem Widerruf rechnen, durch den ihm die von dem Verstorbenen gemachte und ihm angefallene Erbschaft wieder entzogen wird, ohne selbst - wie zu Lebzeiten des anderen Ehegatten - die Möglichkeit zu haben, sich von dem gemeinschaftlichen Testament lossagen zu können. Eine solche einseitige Belastung des überlebenden Ehegatten mag hingenommen werden können, wenn der Widerruf dem überlebenden Ehegatten alsbald nach dem Erbfall zu einem Zeitpunkt zugestellt wird, zu dem unter normalen Umständen mit einer Zustellung noch gerechnet werden kann, zumal der überlebende Ehegatte sich von den Bindungswirkungen des gemeinschaftlichen Testaments zunächst noch durch Ausschlagung der Erbschaft befreien kann. Es ist jedoch der Sache nach nicht mehr gerechtfertigt und widerspricht dem Wesen des gemeinschaftlichen Testaments, wenn der überlebende Ehegatte auch noch nach dieser Zeit immer damit rechnen müßte, das ihm Zugewendete dadurch zu verlieren, daß eine bisher versäumte Zustellung des Widerrufs nachgeholt wird.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, daß die Ehegatten im vorliegenden Fall in dem gemeinschaftlichen Testament einen Dritten nicht bedacht haben und deshalb

die Beteiligte zu 1) einer Belastung durch die Bindungswirkungen des Testaments nicht ausgesetzt worden ist. Denn die Regeln über den Widerruf machen insoweit keinen Unterschied, und es kann deshalb auch die Wirksamkeit eines Widerrufs nicht von dem Inhalt der wechselbezüglichen Verfügungen abhängen, die von ihm betroffen werden.

Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber dem Bedürfnis der Ehegatten, rechtzeitig von dem Wegfall der gemeinschaftlichen wechselbezüglichen Verfügungen unterrichtet zu werden, ausdrücklich Rechnung getragen hat.

Das ist nicht nur dadurch geschehen, daß der Widerruf dem anderen Ehegatten zugehen muß, um wirksam zu werden. Um zu verhindern, daß der überlebende Ehegatte nach dem Tod des anderen Ehegatten noch damit überrascht werden kann, daß der Verstorbene sich nicht an die gemeinschaftlich getroffenen Bestimmungen gehalten hat, ordnet § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB an, daß keiner der Ehegatten zu Lebzeiten des anderen seine wechselbezüglichen Verfügungen durch eine neue Verfügung von Todes wegen einseitig aufheben kann, sondern nur durch eine dem anderen Ehegatten bekannt zu machende Widerrufserklärung (vgl. BGHZ 9, 233, 234; 30, 261, 265). Aus demselben Grund hat der Bundesgerichtshof den Widerruf der gegenseitig abhängigen Verfügungen für unwirksam angesehen, der auf ausdrückliche Anweisung des Widerrufenden erst nach seinem Tod dem überlebenden Ehegatten übermittelt worden ist, weil die Loyalität und vor allem die eheliche Lebensgemeinschaft verlangen, daß Ehegatten es offen und ehrlich einander

mitteilen, wenn einer die dem anderen bekanntgegebenen Verfügungen nicht mehr aufrechterhält, damit dieser dann in die Lage versetzt wird, der veränderten Sachlage entsprechende Verfügungen zu treffen (Beschluß vom 16. April 1953 IV ZB 25/53 = BGHZ 9, 233, 236; zustimmend Staudinger-Dittmann, BGB 11. Aufl. § 2271 Anm. 13; RGRK BGB 11. Aufl. § 2271 Anm. 6; Kipp-Coing, Erbrecht 12. Bearb. S. 170; Palandt-Keidel, BGB 26. Aufl. § 2271 Anm. 2 Ba; Ermann-Hense, BGB 3. Aufl. § 2296 Anm. 1; Natter JZ 1954, 384). Das Kammergericht (DNotZ 1964, 721) und das Oberlandesgericht Celle (DNotZ 1964, 238, 240) wollen diesen Grundsatz auf die Fälle beschränken, in denen der überlebende Ehegatte von seinem Ehepartner absichtlich mit dem Widerruf überrascht wird, und deshalb einen Widerruf bei Fehlen einer solchen Absicht des Widerrufenden nach seinem Tod selbst dann wirksam werden lassen, wenn der Zugang des Widerrufs bei dem überlebenden Ehegatten unverhältnismäßig verzögert wird (so auch Palandt-Keidel, BGB 26. Aufl. § 2296 Anm. 1; Kipp-Coing, Erbrecht 12. Bearb. § 35 S. 170; Hieber DNotZ 1964, 240, 241). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden, Vielmehr muß in Fortentwicklung der aufgezeigten Grundsätze auch ein Widerruf für unwirksam angesehen werden, dessen Zugang der Widerrufende zwar nicht absichtlich verhindert hat, der dem überlebenden Ehegatten aber nach dem Tod des Widerrufenden erst zu einem Zeitpunkt zugestellt wird, zu dem er mit dem Wegfall des gemeinschaftlichen Testaments durch Widerruf des vorverstorbenen Ehegatten nach dem Gesetz nicht mehr zu rechnen brauchte. Denn auch in diesem Fall ist das Vertrauen des überlebenden Ehegatten in den Bestand des gemeinschaftlichen Testaments schutzwürdig, und für ihn ist es ohne rechtliche Bedeutung, ob

dieses Vertrauen von dem Widerrufenden bewußt mißbraucht worden ist oder nicht (vgl. Bärman *EW* 1964, 53; *Dilcher Jus* 1961, 22). Dies hat jedenfalls im vorliegenden Fall zu gelten, in dem beim Tod des Erblassers eine Zustellung der Widerrufserklärung an die Beteiligte zu 1) gar nicht mehr beabsichtigt gewesen ist und erst nach der Annahme der Erbschaft durch die Beteiligte zu 1) während der Erbscheinsverhandlung aufgrund eines erst zu dieser Zeit gefaßten neuen Tätigkeitsentschlusses des beurkundenden Notars sieben Monate nach dem Tod des Erblassers, also zu einem Zeitpunkt bewirkt worden ist, zu dem die Beteiligte zu 1) nach dem Gesetz nicht mehr damit zu rechnen brauchte, daß das gemeinschaftliche Testament wirksam widerrufen werden würde.

Daraus ergibt sich, daß die von dem Erblasser und der Beteiligten zu 1) am 4. August 1958 gemeinsam getroffenen letztwilligen Verfügungen entgegen der Annahme des Landgerichts durch Widerruf nicht wirksam aufgehoben worden sind. Das hat zur Folge, daß die von dem Erblasser in seinem privatschriftlichen Testament vom 9. November 1964 getroffenen Verfügungen, durch welche er die Beteiligten zu 2) und 3) zu gleichen Teilen zu seinen Erben berufen hat, unwirksam sind, weil sie der Einsetzung der Beteiligten zu 1) durch das gemeinschaftliche Testament vom 4. August 1958 als Alleinerbin des Erblassers widersprechen (§ 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB). Zu Recht hat deshalb das Amtsgericht den Antrag der Beteiligten zu 2), ihr einen gemeinschaftlichen Erbschein entsprechend dem Testament vom 9. November 1964 zu erteilen, zurückgewiesen.

Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) muß daher der Beschluß des Landgerichts aufgehoben und die Beschwerde der Beteiligten zu 2) gegen den Beschluß des Amtsgerichts zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 131 Abs. 1, 2 KostO.

Der Senat hat keinen Anlaß gesehen, nach § 13 a Abs. 1 FGG die Beteiligte zu 2) zu verpflichten, der Beteiligten zu 1) die ihr durch das Verfahren entstandenen Kosten zu erstatten.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Beyer

Dr. Hußla

Dr. Reinhardt