

16

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 109/63

## URTEIL

Verkündet am  
1. Februar 1965  
Fieser, Justiz-  
angestellter

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

der Ehefrau Gertrud Luise B [REDACTED], geb. D [REDACTED],  
F [REDACTED], P [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Schuhmacher Fritz B [REDACTED], T [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Dezember 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichtes Nürnberg vom 28. Februar 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:  
-----

Die Parteien streiten um die Erbfolge nach dem aus russischer Kriegsgefangenschaft nicht heimgekehrten ledigen Landwirt Friedrich W. Durch rechtskräftigen Beschluß des Landgerichtes Nürnberg-Fürth vom 25. Januar 1960 ist festgestellt worden, daß Friedrich W. verstorben ist, und zwar am 30. November 1947. Seine Eltern waren bereits vorher verstorben. Gesetzliche Erben des Friedrich W. waren im festgestellten Zeitpunkt seines Ablebens je zur Hälfte seine beiden Schwestern, nämlich Frau Anna D., die Mutter der Klägerin, und Frau Sophie B., die Ehefrau des Beklagten. Frau B. ist inzwischen verstorben; der Beklagte ist ihr Alleinerbe.

Die Klägerin nimmt den Nachlaß des Friedrich W [REDACTED] mit der Begründung für sich in Anspruch, daß der Erblasser sie durch Testament zur Alleinerbin eingesetzt habe. Friedrich W [REDACTED] habe dieses Testament im Dezember 1943 als Soldat anläßlich eines Heimaturlaubs privatschriftlich errichtet. Es sei danach im Besitz seiner Mutter gewesen und in der Folgezeit abhanden gekommen. Der Erblasser habe die gleiche Erbeinsetzung in Kriegsgefangenschaft wiederholt, und zwar in Form eines Briefes, welchen er später wegen der Unmöglichkeit, ihn in die Heimat zu befördern, wieder vernichtet habe.

Mit der Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, daß sie auf Grund Testamentes Alleinerbin des Friedrich W [REDACTED] sei.

Der Beklagte tritt der Klage entgegen, weil der Erblasser ein Testament nicht errichtet habe. Er hat Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe:

Der Revision kann ein Erfolg nicht versagt bleiben.

#### I.

Das Berufungsgericht ist zur Abweisung der Klage gelangt, weil es nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme



der Auffassung war, es sei nicht mit hinreichender Sicherheit festzustellen, daß der Erblasser ein gültiges Testament zugunsten der Klägerin hinterlassen habe. Dabei hat es im Wesentlichen erwogen:

Zwar habe die Mutter der Klägerin, die Zeugin D. [REDACTED], erklärt, daß ein handschriftliches Testament des Erblassers mit dem in der Klage behaupteten Inhalt vorhanden gewesen sei. Gegen die Glaubwürdigkeit dieser Zeugin bestünden jedoch erhebliche Bedenken. Auf Grund ihrer Aussage könnten sichere Feststellungen über die Errichtung, die Form und den Inhalt des angeblich abhandengekommenen Testamentes nicht getroffen werden. Auch die Aussage der Zeugin L. [REDACTED] reiche für die Feststellung eines formgültigen Testamentes nicht hin. Zwar habe diese Zeugin nach ihrer Aussage ein Schriftstück gesehen, welches eine letztwillige Verfügung zugunsten der Klägerin enthalten und die Unterschrift "Fritz W. [REDACTED]" getragen habe. Die Zeugin habe aber nicht sagen können, daß auch das Testament selbst handschriftlich vom Erblasser geschrieben worden sei. Da nach der Behauptung der Klägerin und der Zeugin L. [REDACTED] dritte Personen bei der Abfassung des Schriftstückes mitgewirkt hätten, sei nicht auszuschließen, daß etwa ein anderer das Schriftstück abgesetzt und der Erblasser es nur unterschrieben habe.

Gegen die Annahme, der Erblasser habe zuhause ein Testament zugunsten der Klägerin zurückgelassen, spreche schließlich, daß Friedrich W. [REDACTED] es nach Aussage des Zeugen L. [REDACTED] in der Gefangenschaft für notwendig angesehen habe, ein solches Testament in Briefform abzusetzen. Zwar habe der Zeuge L. [REDACTED] auch bekundet, daß der Erblasser weiter gesagt habe, sein Vater habe schon ein Testament; damit sei aber über die Formgültigkeit und

den Inhalt des Testamentes noch nichts gesagt. Gerade weil es dem Erblasser und dem Zeugen notwendig erschienen sei, ein neues Testament abzusetzen, müsse gefolgert werden, daß das andere Testament möglicherweise formungültig gewesen sei oder aber einen anderen Inhalt gehabt habe.

Im übrigen habe der Erblasser nach der Aussage dieses Zeugen zwar im Gefangenenlager eine letztwillige Verfügung zugunsten der Klägerin in Briefform abgesetzt, dieses Schriftstück jedoch alsbald wieder zerrissen. Die mit der Vernichtung der Testamentsurkunde verbundene gesetzliche Vermutung, der Erblasser habe das Testament widerrufen wollen, sei nicht zu widerlegen. Wohl habe Friedrich W. nach Aussage des Zeugen nicht die Erlaubnis erhalten, den Brief abzusenden. Dies aber sei kein zwingender Grund gewesen, den Brief zu vernichten, den er trotzdem habe aufbewahren können.

Die Revision wendet sich gegen das Urteil in erster Linie mit dem Vortrag, daß der Berufungsrichter die Anforderungen an die Beweislast der Klägerin überspannt und den Prozeßstoff nicht ausgeschöpft habe.

## II.

Einer Erörterung der insoweit erhobenen einzelnen Rügen bedarf es jedoch nicht, weil das Berufungsurteil schon aus einem anderen Grunde keinen Bestand haben kann.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ein vom Erblasser etwa errichtetes Testament nur rechtsgültig sein könne, wenn es vom Erblasser nicht nur eigenhändig unterschrieben, sondern auch eigenhändig geschrieben worden sei. Dabei hat das Oberlandesgericht die Bestimmungen über Militärtestamente nicht beachtet:

Der Erblasser konnte als Soldat damals ein Testament rechtsgültig auch in der Weise errichten, daß er eine seinen letzten Willen enthaltende Urkunde, mochte sie auch nicht von seiner Hand geschrieben sein, nur eigenhändig unterzeichnete. Wohl war in § 21 Abs. 1 TestG (jetzt § 2247 Abs. 1 BGB) als ordentliche Form eines Testamentes die eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser gefordert. Dieser Regelung gegenüber enthielten jedoch das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Rechtsangelegenheiten in der Wehrmacht (Wehrm FGG) vom 24. April 1934 (RGBl I 335) und die Fünfte Verordnung zur Ergänzung dieses Gesetzes vom 6. September 1943 (RGBl I 537) wesentliche Formerleichterungen. So konnte nach § 3 Abs. 1 Buchst b Wehrm FGG eine letztwillige Verfügung als Militärtestament in der Weise gültig errichtet werden, daß der Erblasser sie eigenhändig nur unterschrieb, sofern die Verfügung außerdem von einem Offizier oder Militärbeamten im Offiziersrang als Zeugen oder von zwei sonstigen Zeugen unterschrieben wurde. Nach der durch die Ergänzungsverordnung vom 6. September 1943 in das Gesetz eingefügten Bestimmung des § 3 a Abs. 1 Wehrm FGG steht der Gültigkeit eines vom Erblasser eigenhändig geschriebenen oder auch nur unterschriebenen Militärtestamentes dabei schließlich nicht entgegen, daß etwa die sonstigen Formerfordernisse des § 3 Abs. 1 nicht erfüllt wurden, sofern nur mit Sicherheit anzunehmen ist, daß das Testament den letzten Willen des Erblassers zuverlässig wiedergibt. Unter dieser Voraussetzung genügte somit die eigenhändige Unterschrift des Erblassers allein.

Diese Bestimmungen waren nach den Feststellungen hier anwendbar. Zu der Zeit, da Friedrich W. nach der Behauptung der Klägerin das streitige Testament errichtet haben soll, nämlich im Dezember 1943, war das Gesetz vom 24. April 1934 bereits in der Fassung der Ergänzungsverordnung vom 6. September 1943 in Kraft. Der Erblasser gehörte auch zu dem Kreis der Personen, für welche das Gesetz gemäß Art. 1 Wehrm FGG und § 1 der Militärstraßgerichtsordnung (RGBl 1933 I 924) sowie § 7 des Einführungsgesetzes zur Militärstraßgerichtsordnung (RGBl 1933 I 921) Anwendung finden sollte. Er gehörte als Soldat der damaligen Wehrmacht an, und zwar einem mobilen Teil der Wehrmacht (vgl. § 7 Ziff. 1 des Einführungsgesetzes zur Militärstraßgerichtsordnung), da sich im Jahre 1943 alle Wehrmachtseinheiten im mobilen Verhältnis befanden (vgl. AV d. RJM vom 23. Mai 1941 in DJ 1941, 629). Daran ändert nichts, daß der Erblasser sich bei der behaupteten Errichtung seines Testamentes in Heimaturlaub befand (vgl. Wagner in ZAKDR 1943, 223).

2. Ergeben somit die Gründe der angefochtenen Entscheidung eine Gesetzesverletzung, so ist die Entscheidung des Berufungsgerichts auch nicht aus anderen Gründen aufrecht zu erhalten (§ 563 ZPO):

a) Nicht etwa kann die Revision schon wegen mangelnden Beweises durch die Klägerin zurückgewiesen werden.

Zwar lassen, wie der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat geltend gemacht hat, die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts bisher nicht erkennen, ob Friedrich W. ein nach Maßgabe des § 3 a Wehrm FGG gültiges Militärtestament mit dem von der Klägerin behaupteten Inhalt errichtet hat.

Das Berufungsgericht erwähnt zwar, daß die Zeugin L. nach ihrer Aussage ein mit "Fritz W." unterschriebenes Schriftstück gesehen habe, welches eine letztwillige Verfügung zugunsten der Klägerin enthalten habe. Es hat jedoch offen gelassen, ob diese Aussage richtig ist und ob die bezeugte Unterschrift tatsächlich vom Erblasser selbst vollzogen worden ist. Auch ist nicht festgestellt, ob - wie es nach § 3 a Abs. 1 Wehrm FGG erforderlich wäre -, das etwaige Testament den letzten Willen des Erblassers zuverlässig wiedergibt und ob die Zeugenaussagen die Annahme rechtfertigen, dieses Testament habe tatsächlich die Einsetzung der Klägerin zur Alleinerbin enthalten.

Dem Beklagten ist zuzugeben, daß die Beweislast für das Vorliegen dieser Umstände die Klägerin trifft, und daß die Klage keinen Erfolg haben kann, wenn dieser Beweis nicht erbracht wird. Weiter ist richtig, daß das Revisionsgericht bei seiner Beurteilung des streitigen Rechtsverhältnisses von den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes und, wenn solche fehlen, von dem Parteivortrag im Berufungsrechtszug auszugehen hat. Insbesondere ist in der Revisionsinstanz eine bestrittene Tatsache, deren Richtigkeit das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, zu Lasten der beweispflichtigen Partei als nicht gegeben anzusehen, falls keine Verfahrensrügen erhoben sind (§ 561 ZPO). Dies gilt grundsätzlich auch insoweit, als nach § 563 ZPO darüber zu befinden ist, ob eine Entscheidung, deren Gründe eine Gesetzesverletzung ergeben, sich aus anderen Gründen als richtig darstellt.

Dies kann jedoch den Erfolg der Revision nicht hindern, weil hier folgendes zu beachten ist:

Aufnahme und Würdigung der von den Parteien angebotenen Beweise sind hier von der rechtsirrtümlichen Auffassung des Berufungsgerichtes beeinflusst, daß ein rechtsgültiges Testament des Erblassers nur vorliegen könne, wenn es von diesem eigenhändig geschrieben und unterschrieben sei. Es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht bei Beachtung des § 3 a Wehrm FGG zur Feststellung eines Sachverhaltes gelangt wäre, aus welchem sich das Vorliegen eines gültigen Testamentes zugunsten der Klägerin ergeben hätte. Die Klägerin hatte nicht nur vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament des Erblassers vorgelegen habe, durch welches sie zur Alleinerbin eingesetzt worden sei. Die Beweisaufnahme hatte auch Anhaltspunkte für die Errichtung eines gültigen Militärtestaments ergeben; diese hatte die Klägerin sich erkennbar - stillschweigend - in Erweiterung ihres ursprünglichen Vortrages zu eigen gemacht, soweit sie für sie günstig waren. Das Berufungsgericht hat nur den ursprünglichen Vortrag, nicht aber diesen ergänzten Vortrag der Klägerin und das dazugehörige Beweisergebnis erörtert. Das ist zugleich ein sachlich-rechtlicher Fehler, der zur Aufhebung des Berufungsurteils führt, ohne daß es darauf ankommt, ob wegen der Feststellung der insoweit rechtserheblichen Tatsachen Verfahrensrügen durch die Revisionsklägerin erhoben worden sind. Dem Berufungsgericht ist Gelegenheit zu geben, die fehlenden Feststellungen zu treffen.

b) Ein von Friedrich Wölfel etwa nach Maßgabe des § 3 a Wehrm FGG rechtswirksam errichtetes Militärtestament hätte nach den bisherigen Feststellungen seine Gültigkeit auch nicht etwa durch Zeitablauf verloren. Zwar verliert

ein Militärtestament nach § 3 Abs. 5 Wehrm FGG seine Gültigkeit grundsätzlich mit Ablauf eines Jahres nach dem Tage, mit dem für den Erblasser das mobile Verhältnis aufgehört hat. Aus dieser Bestimmung können jedoch rechtliche Bedenken gegen den Bestand des von Friedrich W. [REDACTED] etwa errichteten Testamentes nicht hergeleitet werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob und gegebenenfalls wann für Friedrich W. [REDACTED] das mobile Verhältnis beendet worden ist. Entscheidend ist vielmehr, daß dies erst zu einer Zeit geschehen sein kann, als sich der Erblasser schon in Kriegsgefangenschaft befand, und daß der Erblasser in der Gefangenschaft gestorben ist. Vor Ende der Kriegsgefangenschaft lief die Frist des § 3 Abs. 5 Wehrm FGG nicht:

Nach § 3 Abs. 6 Wehrm FGG war auch Kriegsgefangenen die Möglichkeit gegeben, in der Gefangenschaft ein Militärtestament nach Maßgabe der dafür geltenden Bestimmungen zu errichten. Die dabei angeordnete entsprechende Anwendung des § 3 Abs. 5 bedeutet, daß die dort behandelte Jahresfrist bei Militärtestamenten von Kriegsgefangenen mit Ablauf des Tages beginnt, an welchem der Erblasser aus der Kriegsgefangenschaft entlassen wurde. Dies kann nicht nur dann gelten, wenn das Testament bereits während der Kriegsgefangenschaft errichtet wurde. Die Entlassung aus Kriegsgefangenschaft ist für den Fristbeginn des § 3 Abs. 5 Wehrm FGG auch dann maßgebend, wenn das Testament während des mobilen Verhältnisses errichtet worden ist und der Erblasser sich bei Beendigung dieses Verhältnisses in Kriegsgefangenschaft befunden hat. Durch § 3 Abs. 5 Wehrm FGG soll der Erblasser, welcher von der vereinfachten Form eines Militärtestamentes Gebrauch gemacht hat, innerhalb einer bestimmten Frist zur Überprüfung seines Testamentes

und - nach seinem Willen - zur Errichtung eines Testamentes in ordentlicher Form veranlaßt werden, sobald für ihn die besonderen äußeren Umstände entfallen sind, welche zu einer vereinfachten Testamentsform Anlaß gegeben haben. Diese Umstände bestehen fort, solange sich der Erblasser nach Beendigung seines mobilen Verhältnisses noch in Kriegsgefangenschaft befindet.

Nichts anderes gilt, wenn - wie möglicherweise hier - das Militärtestament unter Ausnutzung der durch § 3 a Wehrm FGG gebotenen Formerleichterungen errichtet worden ist. Zwar ist die Ansicht vertreten worden, daß die Bestimmung des § 3 a Wehrm FGG entgegen der sonstigen Regelung in § 3 Abs. 6 des Gesetzes nicht für kriegsgefangene Deutsche außerhalb des mobilen Verhältnisses gelte (vgl. Wagner aaO S. 225; Pfundtner - Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht, II d 4 Bl. 10 a 2; Hesse in DJ 1944, 109/114; Huther in DJ 1944, 117/119; Dirian in NJW 1954, 1636). Die Richtigkeit dieser Auffassung bedarf hier jedoch keiner Erörterung. Sie würde nur zu dem Ergebnis führen, daß Militärtestamente, welche von kriegsgefangenen Deutschen außerhalb des mobilen Verhältnisses während der Kriegsgefangenschaft in der Form des § 3 a Wehrm FGG errichtet wurden, der Gültigkeit entbehren. Ist aber, wovon hier auszugehen ist, ein Militärtestament während des mobilen Verhältnisses nach § 3 a Wehrm FGG einmal gültig errichtet, so behält es auch nach Beendigung des mobilen Verhältnisses seine Gültigkeit, und zwar nach dem Grundgedanken des § 3 Abs. 5 Wehrm FGG bis zum Ablauf eines Jahres nach Beendigung der Umstände, welche Anlaß zur Formvergünstigung eines Militärtestamentes überhaupt gaben. Dazu gehört auch die Kriegsgefangenschaft des Erblassers. Da Friedrich W. diese nicht überlebt hat, kann die Gültigkeit eines

von ihm etwa errichteten Militärtestamentes nicht durch Zeitablauf entfallen sein.

c) Ein vom Erblasser etwa errichtetes gültiges Militärtestament hätte seine Rechtswirksamkeit schließlich nach den bisherigen Feststellungen auch nicht dadurch verloren, daß Friedrich W. nach Aussage des Zeugen L. während der Kriegsgefangenschaft ein weiteres Testament in Form eines Briefes errichtet, dieses später jedoch wieder vernichtet hat. Die Errichtung dieses späteren Testamentes hätte das von der Klägerin behauptete frühere Testament nach § 33 Abs. 1 TestG, (jetzt § 2254 BGB) oder § 36 Abs. 1 TestG (jetzt § 2258 Abs. 1 BGB) nur aufgehoben, wenn und soweit die in Kriegsgefangenschaft errichtete letztwillige Verfügung einen Widerruf des früheren Testamentes enthalten oder mit diesem in Widerspruch gestanden hätte. Hierfür sind jedoch bisher keine Anhaltspunkte gegeben.

Die Vernichtung des späteren Testamentes hätte auch dann, wenn man der Auffassung des Berufungsgerichtes folgt, daß die durch § 33 Abs. 2 S. 2 TestG (jetzt § 2255 Satz 2 BGB) begründete Vermutung der Aufhebungsabsicht nicht zu widerlegen sei, den Bestand eines früheren Testamentes unberührt gelassen. Der Widerruf eines Testamentes durch schlüssige Handlung (§ 33 Abs. 2 TestG, § 2255 BGB) beschränkt sich grundsätzlich auf die letztwillige Verfügung, welche in der vernichteten oder veränderten Testamentsurkunde selbst enthalten ist. Ob der Widerruf einer letztwilligen Verfügung, welche der Erblasser in mehreren Testamentsurschriften niedergelegt hat, durch Vernichtung oder Veränderung nur einer dieser Urschriften erfolgen kann, und ob dies gegebenenfalls auch dann gelten würde, wenn es sich - wie hier - um

mehrere Testamente, wenn auch sachlich gleichen Inhalts, handelt, kann dahingestellt bleiben. Denn jedenfalls gilt die Vermutung des § 2255 S. 2 BGB in einem solchen Fall nach Wortlaut und Sinn nicht. Die Aufhebung der testamentarischen Verfügung durch die Vernichtung einer von mehreren Testamentsurkunden würde vielmehr mindestens voraussetzen, daß eine entsprechende Aufhebungsabsicht des Erblassers eindeutig festzustellen wäre (vgl. insbesondere KG JW 1937, 476 Nr. 26 und BGB - RGRK 11. Aufl., Anmerkung 9 zu § 2255). In dieser Richtung aber ergeben sich im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltspunkte.

3. Unter diesen Umständen muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Diesem bleibt auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrechtszuges überlassen.

Das Berufungsgericht wird in der weiteren Verhandlung zu prüfen haben, ob mit einer für die Bildung der richterlichen Überzeugung erforderlichen Sicherheit festzustellen ist, daß Friedrich W. ein Testament des von der Klägerin behaupteten Inhalts wenigstens in der Form des § 3 a Wehrm FGG hinterlassen hat. Dabei ist, wie dargelegt, von Bedeutung, ob zumindest die Unterschrift des angeblich errichteten Testamentes vom Erblasser eigenhändig vollzogen wurde. Das Berufungsgericht wird weiter zu klären haben, ob sich - neben den sonstigen Voraussetzungen des § 3 a Wehrm FGG - der gesamte Inhalt des Testamentes so zuverlässig ermitteln läßt, daß daraus die Einsetzung der Klägerin zur Alleinerbin des Erblassers entnommen werden kann. Die Klägerin hat dabei Gelegenheit, ihre in der Revisionsinstanz zur Beweismwürdigung des Berufungsgerichtes erhobenen Rügen nochmals vorzutragen, soweit sie das für erforderlich hält.

Sollte die Errichtung eines gültigen Militärtestamentes zugunsten der Klägerin im Dezember 1943 nicht festzustellen sein, so bleibt erneut zu prüfen, ob Friedrich W. [REDACTED] etwa während seiner Kriegsgefangenschaft ein entsprechendes Testament errichtet hat und welchen Inhalt dieses Testament hatte; möglicherweise enthielt es nur eine Bestätigung früherer Erklärungen. Zwar ist dieses Testament von ihm wieder vernichtet worden, doch bedarf es erneuter Prüfung, ob nicht hier die Vermutung des § 33 Abs. 2 S. 2 TestG (§ 2255 S. 2 BGB) durch die äußeren Umstände widerlegt erscheint, wofür vieles spricht. Selbst wenn das Oberlandesgericht einen Widerruf annimmt, ist dessen Umfang unter Beachtung des § 2257 BGB genauer zu klären.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Keßler

Dr. Reinhardt