

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV_ZR_560/68

URTEIL

Verkündet am

4. Dezember 1968

[REDACTED]
Justizsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Drogisten Otto August O [REDACTED],
F [REDACTED], G [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Luise O [REDACTED] geb. D [REDACTED],
Bad B [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Dezember 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Hauß und der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 10. Februar 1966 wird zurückgewiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die zweite Ehefrau des am 23. November 1963 verstorbenen Erblassers, mit dem sie seit 1941 kinderlos verheiratet war. Ein besonderer Güterstand war nicht vereinbart. Der Beklagte ist der einzige Sohn aus erster Ehe. Er hat eine am 24. Mai 1947 geborene Tochter Gisela.

Mit seiner am 23. September 1939 verstorbenen ersten Ehefrau hat der Erblasser am 31. Dezember 1932 ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament folgenden Wortlauts errichtet:

Wir, die Eheleute August O. und Mathilde O. geb. W., wohnhaft in F./.,

- 3 -

W[redacted]straße [redacted] III setzen uns gegenseitig zu
Vorerben ein. Als Nacherben setzen wir unser
Sohn Otto August. Der Vorerbe soll zur freien
Verfügung über die Erbschaft berechtigt sein.

August O[redacted]

F[redacted], den 31. Dez. 1932

Vorstehendes Testament soll auch als mein Te-
stament gelten.

Mathilde O[redacted] geb. W[redacted]

Außerdem hat der Erblasser durch eigenhändiges Testa-
ment vom 31. Dezember 1959 den Beklagten zum Vorerben und
seine Enkelin Gisela zur Nacherbin seines gesamten Nachlas-
ses eingesetzt. Die Klägerin ist in diesem Testament mit
einem lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauchrecht am
Hausrat bedacht worden.

Bei der Testamentseröffnung vor dem Amtsgericht Berg-
zabern am 6. Dezember 1963 war nur die Klägerin zugegen.
Nach Belehrung über ihr Pflichtteilsrecht und den Inhalt
des eigenhändigen Testaments vom 31. Dezember 1959 erklär-
te die Klägerin die Annahme des ihr zugedachten Vermächtnis-
ses.

Die Klägerin wohnt nach wie vor unter Beibehaltung
sämtlicher Haushaltsgegenstände in der ehelichen Wohnung.
Ferner hat sie zwei auf den Namen des Erblassers lautende
Sparbücher Nr. 19 052 und Nr. 24 596 der Kreissparkasse
Bergzabern in Besitz. Am Todestag des Erblassers wies das
erstere ein Guthaben von 5.301,64 DM und das letztere ein
solches von 2.799,78 DM auf.



Nachdem die Klägerin den Beklagten zunächst auf Auskunft über den Stand des Nachlasses verklagt hat, verlangt sie jetzt Zahlung des Pflichtteils und des Zugewinnausgleichs. Sie beziffert den Pflichtteil mit 1.302,66 DM und den Zugewinnausgleich mit 31.170,98 DM.

Dazu hat sie vorgetragen: Sie schlage das ihr im Testament vom 31. Dezember 1959 ausgesetzte Vermächtnis aus. Eine etwaige Annahmeerklärung vor dem Nachlaßgericht sei nicht wirksam geworden, weil diese dem Beklagten nicht zugegangen sei und sie im übrigen die Annahme nur für den Fall erklärt habe, daß ihr daraus kein Schaden erwachse. Sollte die Inbesitznahme des Hausrates als Annahme zu verstehen sein, fechte sie diese wegen Irrtums an, da ihr der Wert des Nachlasses und die Höhe der Zuwendungen des Erblassers an die Nacherbin während der letzten 10 Jahre vor seinem Tod erst jetzt bekanntgeworden seien. Im übrigen hat sie sich darauf berufen, die Vermächtniseinsetzung sei rechtlich unwirksam.

Im Wege der Widerklage hat der Beklagte von der Klägerin die Herausgabe der Sparbücher Nr. 19 052 und 24 596 sowie Auskunft über die persönliche Habe des Erblassers, den zum Nachlaß gehörenden Hausrat, ihre Vorempfänge und die Höhe der Sterbegeldversicherung und Bestattungskosten verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen, soweit die Klägerin Zahlung von 31.170,98 DM als Zugewinnausgleich verlangt. Auf die Widerklage hat es unter Abweisung der Klage auf Auskunfterteilung die Klägerin zur Herausgabe des Sparbuches Nr. 19 052 verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dem Anspruch der Klägerin auf Zugewinnaus-

gleich dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Soweit die Klägerin zur Herausgabe des Sparbuches Nr. 19052 verurteilt worden ist, hat das Berufungsgericht die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

Die Klägerin hat nach §§ 1371 Abs.2, 1373 bis 1383 und 1390 BGB einen Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns. Sie hat beim Tode des Erblassers mit diesem im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt und sie ist weder seine Erbin noch hat der Erblasser ihr ein Vermächtnis zugewandt.

Das in dem eigenhändigen Testament des Erblassers vom 31. Dezember 1959 zu ihren Gunsten angeordnete Vermächtnis ist unwirksam. Denn der Erblasser war durch das von ihm zusammen mit seiner ersten Ehefrau am 31. Dezember 1932 errichtete gemeinschaftliche Testament gebunden. Durch dieses Testament ist der Beklagte zum Alleinerben des Erblassers berufen worden. Die Verfügung, die die Erbeinsetzung des Beklagten enthält, ist, wie das Berufungsgericht rechtlich zutreffend angenommen hat, eine wechselbezügliche im Sinne des § 2270 BGB. Sie hätte vom Erblasser nach dem Tode seiner ersten Ehefrau nur aufgehoben werden können, wenn er das ihm von dieser Zugewandte ausgeschlagen hätte. Das hat er nicht getan. Er hat auch von seinem Recht, die Verfügung anzufechten, kei-

nen Gebrauch gemacht. Durch diese Bindung ist der Erblasser in seiner Testierfreiheit beschränkt worden. Er konnte den zum Erben eingesetzten Beklagten nicht durch die Anordnung eines Vermächtnisses beschweren (BGB-RGR Komm § 2271 Anm. 13).

Die Klägerin verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben, weil sie sich auf die Unwirksamkeit des Vermächtnisses beruft, obwohl der Beklagte bereit ist, dieses zu erfüllen. Durch diese von ihm nach dem Erbfall erklärte Bereitschaft ist die letztwillige Verfügung des Erblassers nicht wirksam geworden. Sie hätte nur dann wirksam sein können, wenn der Beklagte dem Erblasser gegenüber in einer für den Erbverzicht (§ 2348 BGB) vorgeschriebenen Form seine Zustimmung erklärt hätte. Die Klägerin ist auch nicht nach Treu und Glauben verpflichtet, die Anordnung des Vermächtnisses als gültig zu behandeln. Sie ist berechtigt, sich auf ihre Unwirksamkeit zu berufen, um die ihr nach § 1371 Abs. 2 BGB zustehenden Rechte geltend zu machen. Das ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit einräumt, auch ein wirksam angeordnetes Vermächtnis auszuschlagen, um den Anspruch auf güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns geltend machen zu können.

Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht schließt auch die bindende Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments den Anspruch der Klägerin auf güterrechtlichen Ausgleich des Zugewinns nicht aus. Durch das gemeinschaftliche Testament hat der Beklagte nur eine bedingte und betagte Anwartschaft darauf erworben, Erbe des überlebenden Ehegatten, des Erblassers, zu werden. Er hat keine Anwartschaft auf den Erwerb eines Nachlasses in bestimmter Höhe erworben. Der durch ein gemeinschaftliches Testament ge-

bundene überlebende Ehegatte kann über sein Vermögen unter Lebenden frei verfügen und er kann auch familienrechtliche Rechtsgeschäfte schließen, die sich auf sein Vermögen auswirken und durch die Pflichtteilsansprüche begründet werden, die der durch das gemeinschaftliche Testament berufene Erbe später zu erfüllen hat. Der überlebende Ehegatte kann insbesondere eine neue Ehe eingehen. Er kann dann auch durch Ehevertrag Gütergemeinschaft oder den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft vereinbaren. In dem hier zu entscheidenden Fall hat zwar der Erblasser keinen Ehevertrag geschlossen. Seit dem 1. Juli 1948 gilt jedoch nach Art. 8 Abs. 1 Ziff. 3 des Gleichberechtigungsgesetzes für seine Ehe der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, da weder er noch die Klägerin von der in Abs. 2 dieser Bestimmung vorgesehenen Möglichkeit, diesen Güterstand auszuschließen, Gebrauch gemacht haben.

Dadurch, daß für die Ehe des Erblassers der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in Kraft getreten ist, ist das durch das gemeinschaftliche Testament bestimmte Erbrecht des Beklagten nicht beeinträchtigt worden. Es ist auf diese Weise nur eine Verbindlichkeit begründet worden, die der Erbe zu erfüllen hat.

Irrig ist auch die Ansicht der Revision, daß am 1. Juli 1958 weder ein Anfangsvermögen noch beim Tode des Erblassers ein Endvermögen vorhanden gewesen sei, weil das gesamte Vermögen des Erblassers mit der sich aus dem gemeinschaftlichen Testament ergebenden Verbindlichkeit belastet gewesen sei. Die Tatsache, daß eine Person letztwillig durch gemeinschaftliches Testament oder durch Ehevertrag bindend über ihren Nachlaß verfügt hat, stellt keine den Wert des Vermögens mindernde Belastung dar. Das ergibt sich schon daraus, daß der in dieser Weise letzt-

willig Verfügende ungeachtet dessen unter Lebenden frei über sein Vermögen verfügen kann. Bei dem Tode des Erblassers war sein Endvermögen der Reinnachlaß, der dem Beklagten als Erben zufiel. Dieser ist maßgebend für die Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung. Sie ist eine Nachlaßverbindlichkeit, die der Beklagte als Erbe zu erfüllen hat.

Der Ausspruch in dem angefochtenen Urteil, daß der Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin dem Grunde nach bestehe, ist auch nicht deswegen unberechtigt, weil nicht erwiesen ist, daß sich überhaupt rechnerisch ein solcher Anspruch für die Klägerin ergeben wird. Eine dahingehende Behauptung hat der Beklagte erstmals in der Revisionsbegründung aufgestellt. In den bisherigen Instanzen ist allein streitig gewesen, ob der Anspruch dem Grunde nach besteht und, falls dieses zutrifft, ob er auch so hoch ist, wie es die Klägerin behauptet. Mit ihrem neuen Vorbringen kann die Revision in diesem Rechtszug nach § 561 ZPO nicht gehört werden.

Mit Recht hat das Berufungsgericht nicht geprüft, ob dem Endvermögen des Erblassers nach § 1375 BGB weitere Beträge hinzuzurechnen sind, ob die Klägerin während der Ehe einen Zugewinn erzielt hat, ob sie sich auf ihre Ausgleichsforderung nach § 1380 BGB etwas anrechnen lassen muß und ob der Erblasser Erbe oder nur Vorerbe nach seiner ersten Ehefrau geworden ist. Die sich daraus ergebenden Folgerungen berühren nur die Höhe der der Klägerin zustehenden Ausgleichsforderung. Diese Fragen sind daher im Betragsverfahren zu prüfen.

Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist auch insoweit beizutreten, als es den auf die Herausgabe des Sparbuchs Nr. 19 052 gerichteten Herausgabeanspruch unter Hinweis auf ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin verneint hat. Da die Erbschaftsregelung nicht von der Herausgabe des Sparbuchs abhängt, ist ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin zu Recht bejaht worden.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Bukow

Dr. Buchholz