

Für das Nachschlagewerk

Gesetz: 1) § 1960 BGB (Nachlaßpfleger)
2) § 33 TestG.

Rechtssatz: Zu 1: Eine Klage des Erben gegen den sein Erbrecht bestreitenden Nachlaßpfleger auf Feststellung dieses Rechts ist möglich.

Zu 2: Ein durch die Kriegsereignisse verlorengegangenes Testament wird durch den Verlust nicht wirkungslos. Will der Erblasser das Testament nicht mehr gelten lassen, so kann er es nicht dadurch widerrufen, dass er formlos den Verlust billigt. Das verlorene Testament kann nur in der Form des § 33 Abs 1 TestG widerrufen werden.

Aktenzeichen: IV ZR 12,50

Urteil vom 10. Mai 1951.

III O Köln

IV_ZR 12/50

Verkündet
am 10. Mai 1951
gez. Klett
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Reichsstreit

des Architekten Heinrich C. [REDACTED], A. [REDACTED], C. [REDACTED]straße [REDACTED]
in seiner Eigenschaft als Nachlaßpfleger bezüglich des Nachlasses des am 20. März 1946 zu Aachen verstorbenen Zahnarztes Dr. L. [REDACTED] aus A. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisionskläger,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED],

gegen

die Nähhilfe Mathilde H. [REDACTED] in A. [REDACTED], R. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED],

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 1951 unter Mitwirkung des Bundesrichters Dr. Lersch als Vorsitzenden und der Bundesrichter Ascher, Raske, Dr. Hartz und Johannsen

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 5. Oktober 1949 wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts in Aachen vom

- 2 -

7. Dezember 1948 wird wie folgt neu gefaßt:

Die Klägerin ist auf Grund des Testaments vom 30. August 1943 des am 20. März 1946 in Aachen verstorbenen Zahnarztes Dr. [REDACTED] zur Erbfolge berufen, unbeschadet der Rechte, die der Ehefrau Ilse [REDACTED] geborene [REDACTED] auf Grund des Testaments vom 6. Dezember 1945 als Miterbin oder Vermächtnisnehmerin zustehen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt,
Von Rechts wegen

Tatbestand:

In einer letztwilligen Verfügung vom 30. August 1943 hat der verstorbene Zahnarzt Dr. [REDACTED] die Klägerin zur alleinigen Erbin seines Nachlasses eingesetzt. Dieses Testament ist bei Gelegenheit einer Evakuierung am 30. September 1944 verlorengegangen. Der Beklagte ist der Pfleger des Nachlasses des Dr. [REDACTED]. Am 6. Dezember 1945 errichtete Dr. [REDACTED] ein weiteres Testament zugunsten seiner Sprechstundenhilfe, der Zeugin Ehefrau [REDACTED], damals Ilse [REDACTED]. Dieses Testament hat folgenden Wortlaut:

" Testament

(Teil des Gesamttestaments) [REDACTED], Kr. [REDACTED],
6. Dezember 1945

Hiermit bestimme ich im Falle meines Ablebens Frä. Ilse [REDACTED] geb. [REDACTED] 1925 zu [REDACTED], als Erbin des Hauses [REDACTED]straße [REDACTED] zu [REDACTED], Kreis [REDACTED], nebst dem dazugehörigen Garten. Etwa auf dem

- 3 -



genannten Grundstück ruhende Lasten sind im Einvernehmen mit dem Erben des Hauses [REDACTED]straße [REDACTED] (wahrscheinlich Frä. [REDACTED]) aus meiner Lebens- und Sterbegeldversicherung zu tilgen; jedoch mit der Klausel, daß das Grundstück [REDACTED]straße [REDACTED] mit Garten und aufstehenden Gebäuden ausschließlich Frä. [REDACTED] gehört. Im Falle einer Verheiratung von Frä. [REDACTED] geht das Eigentumsrecht nicht an ihren Ehegatten über. Das Eigentumsrecht verbleibt vielmehr bei ihr selbst und ihren evtl. ehelichen Nachkommen.

Eigenhändig getuscht und unterschrieben:

gez.: Dr. [REDACTED].

Die Klägerin hat behauptet, Dr. [REDACTED], der von dem Verlust des Testaments Kenntnis gehabt habe, habe ihr versprochen, seinen letzten Willen erneut schriftlich niederzulegen. Er habe sie trotz des Verlustes des Testaments stets weiter als seine Erbin betrachtet.

Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, daß sie testamentarische Erbin des Nachlasses des am 20. März 1946 zu [REDACTED] verstorbenen Zahnarztes Dr. [REDACTED] sei, jedoch ausgenommen das Haus [REDACTED], [REDACTED]straße [REDACTED], nebst dem dazugehörigen Garten.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er ist der Auffassung, daß die Klägerin die hier erhobene Klage gegen ihn als Nachlaßpfleger nicht geltend machen könne. Er hat behauptet, der Erblasser habe den Verlust des Testaments nachträglich in Aufhebungsabsicht gebilligt und habe das Testament hierdurch widerrufen. Wolle man das nicht annehmen, so

sei doch in dem Testament vom 6. Dezember 1945 ein Widerruf der zugunsten der Klägerin getroffenen letztwilligen Verfügung zu erblicken. Für seine Behauptung, daß Dr. [REDACTED] das Testament zugunsten der Klägerin nicht mehr habe gelten lassen wollen, hat er einzelne Tatsachen vorgetragen und hierfür Beweise angeboten.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Die von dem Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte Berufung ist nach weiterer Beweisaufnahme durch das angefochtene Urteil zurückgewiesen worden. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision, mit der der Beklagte die Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen und die Abweisung der Klage erstrebt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat die Passivlegitimation des Beklagten zutreffend bejaht. Die Nachlaßpflegeschafft ist zwar eine Personenpflegschaft. Der Nachlaßpfleger ist der gesetzliche Vertreter der Erben hinsichtlich der Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses. Diese Stellung des Beklagten schließt aber nicht aus, daß derjenige, der Erbe zu sein behauptet, Rechtsstreitigkeiten wegen seines Erbrechts auch gegen den Nachlaßpfleger führen kann. Eine solche Klagsmöglichkeit ist nur insoweit ausgeschlossen, als der angebliche Erbe damit einen Rechtsstreit gegen sich selbst führen würde. Das ist in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht der Fall. Ebenso wie der Vertretene gegen den Vertreter einen Rechtsstreit wegen des der Vertretungsmacht zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses

führen kann, kann auch hier der angebliche Erbe gegen den Nachlaßpfleger auf Feststellung klagen, daß er der wahre Erbe ist. Die sich aus der Nachlaßpflegschaft ergebende Vertretungsbefugnis beruht allerdings nicht auf vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Erben und dem Nachlaßpfleger, sondern auf einem staatlichen Hoheitsakt. Aber auch bei der Nachlaßpflegschaft ist ähnlich wie bei einer auf Vertrag beruhenden Vollmacht zwischen der Vertretungsmacht des Nachlaßpflegers nach außen und seinen Pflichten gegenüber den von ihm vertretenen Erben zu scheiden. Der Nachlaßpfleger hat nach § 1960 BGB den Nachlaß für den Erben zu erhalten und zu verwalten. Nach §§ 1960, 1915, 1890 BGB ist er nach Aufhebung der Nachlaßpflegschaft verpflichtet, den Nachlaß an den Erben herauszugeben und über seine Verwaltung Rechnung zu legen. Insoweit besteht zwischen dem Nachlaßpfleger und dem Erben ein Rechtsverhältnis. Dieses Rechtsverhältnis kann, sofern ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung gegeben ist, Gegenstand einer Feststellungsklage des Erben gegen den Nachlaßpfleger nach § 256 ZPO sein. Klagt der Erbe auf Feststellung seines Erbrechts gegen den Nachlaßpfleger, so begehrt er damit die Feststellung, daß der Nachlaßpfleger im Rahmen seines Amtes ihn zu vertreten und die sich aus seinem Amt ergebenden Pflichten ihm gegenüber zu erfüllen hat (vgl. im Ergebnis ebenso RGZ 106, 46; Staudinger 10. Aufl. § 1960 Anm. 47, Plank 4. Aufl. § 1960 Anm. 3 bß, Kipp Erbrecht 7. Bearb. § 59 II und BGB RGR § 1960 Anm. 4).

Ebenso hat das Berufungsgericht das rechtliche Interesse der Klägerin an der alsbaldigen Feststellung ihres Erbrechts

ohne Rechtsirrtum bejaht. Die Ansicht der Revision, daß die Klägerin sofort auf Herausgabe des Nachlasses klagen könne und daher ein Rechtsschutzinteresse für eine Feststellungsklage nicht gegeben sei, ist unzutreffend. Denn die Klägerin kann die Herausgabe des Nachlasses gemäß §§ 1960, 1915, 1890 BGB erst nach Beendigung der Nachlaßpflegschaft verlangen. Die Pflegschaft endet aber noch nicht mit der Feststellung ihres Erbrechts, sondern sie dauert an, bis sie vom Nachlaßgericht aufgehoben wird.

In der Sache hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß die Klägerin auf Grund der testamentarischen Verfügung des Dr. [REDACTED] dessen Erbin geworden ist. Das Testament, durch welches Dr. [REDACTED] die Klägerin zur Erbin eingesetzt hat, ist weder außer Kraft getreten, noch von dem Erblasser in irgendeiner Form widerrufen worden.

Durch das Testament vom 6. Dezember 1945 ist das Testament zugunsten der Klägerin nicht aufgehoben worden. Das Testament könnte hierdurch nur aufgehoben worden sein, wenn entweder die in dem Testament vom 6. Dezember 1945 enthaltenen Verfügungen den in dem früheren Testament enthaltenen Verfügungen sachlich widersprüchen (§ 36 Abs 1 TestG), oder wenn im Wege der Auslegung des Testaments vom 6. Dezember 1945 die Absicht des Erblassers festzustellen wäre, mit dem neuen Testament die früheren Verfügungen zugunsten der Klägerin außer Kraft zu setzen (§ 33 Abs 1 TestG). In dem Testament vom 6. Dezember 1945 ist der Zeugin [REDACTED] ein bestimmter Gegenstand, ein Hausgrundstück, aus dem Nachlaß des Erblassers lastenfrei zugewandt worden. Diese Zuwendung stellt allein den sachlichen Inhalt

des Testaments dar. Sie ist mit der in dem früheren Testament enthaltenen Einsetzung der Klägerin als Erbin sachlich wenigstens insoweit vereinbar, als die Klägerin ihr Erbrecht in Anspruch nimmt. Würde das Testament vom 6. Dezember 1945 nur ein Vermächtnis zugunsten der Zeugin [REDACTED] enthalten, dann würde diese Anordnung überhaupt nicht der in dem früheren Testament zugunsten der Klägerin getroffenen Erbeinsetzung widersprechen. Würde die Auslegung des Testaments vom 6. Dezember 1945 dagegen ergeben, daß die Zeugin [REDACTED] als Miterbin eingesetzt ist, so würde dadurch das frühere Testament nur insoweit aufgehoben sein, als die Klägerin darin zur Alleinerbin eingesetzt war. Sie würde dann zusammen mit der Zeugin [REDACTED] Miterbin geworden sein. Die Auseinandersetzung zwischen den Miterben hätte in diesem Falle nach den insoweit dem Testament vom 6. Dezember 1945 zu entnehmenden Bestimmungen zu erfolgen. Die Feststellung weitergehender Rechte wird von der Klägerin nicht begehrt.

Daß dem Testament vom 6. Dezember 1945 nicht der Wille entnommen werden kann, die früher zugunsten der Klägerin getroffene letztwillige Verfügung gänzlich aufzuheben, hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei festgestellt. Die hiergegen von der Revision erhobenen Rügen sind unbegründet.

Das Berufungsgericht hat in dem angefochtenen Urteil auf Seite 14 Abs. 4 allerdings ausgeführt:

"Vielleicht war aber auch der Erblasser der -- wenn auch rechtsirrigen --, aber in Laienkreisen bestehenden Auffassung, durch den Verlust habe das Testament zugunsten der Klägerin seine rechtliche Wirksamkeit eingebüßt.

Dann könnte er mit der Bezeichnung der Klägerin als "wahrscheinliche Erbin" für den übrigen Nachlaß geäußert haben wollen, die Klägerin so lange als Erbin gelten zu lassen, bis er nicht späterhin durch ein noch zu errichtendes Gesamttestament auch über den Rest des Nachlasses, soweit darüber nicht bereits zugunsten der Zeugin [REDACTED] verfügt war, anderweitig verfügen würde."

Diese wenig klaren Ausführungen lassen nicht erkennen, was das Berufungsgericht damit hat sagen wollen. Die von der Revision vertretene Auffassung, das Testament vom 6. Dezember 1945 enthalte einen ausdrücklichen Widerruf des Testaments vom 30. August 1943, würde aber selbst dann nicht zutreffend sein, wenn das Berufungsgericht mit diesen Ausführungen etwa hat sagen wollen, der Erblasser sei der Ansicht gewesen, das Testament vom 30. August 1943 sei infolge des Verlustes außer Kraft getreten, aus der Bezeichnung der Klägerin als "wahrscheinliche Erbin" folge, daß der Erblasser sich noch nicht habe binden wollen, es könne sein, daß er sie in einem später zu errichtenden Gesamttestament als Erbin wieder habe einsetzen wollen, und er habe sie deswegen ^{zunächst} ~~nur~~ als vermutliche künftige Erbin gelten lassen wollen. In diesem Falle ging der Erblasser von der allerdings irrigen Vorstellung aus, daß die Verfügung bereits außer Kraft getreten sei. Er hatte daher unter diesen Umständen überhaupt keinen Anlaß, die Verfügung noch aufzuheben. Hätte er, um etwaige Zweifel an dem Fortbestand der Verfügung zu beheben, sie auf jeden Fall nochmals aufheben wollen, so hätte es hierzu eines formgerechten Wider-

rufs des Testaments bedurft. In der Verfügung vom 6. Dezember 1945 ist eine derartige Widerrufsabsicht nicht zum Ausdruck gelangt. In dieser Verfügung kann höchstens die irrige Vorstellung Ausdruck gefunden haben, daß das Testament aus dem Jahre 1943 schon außer Kraft getreten sei. Die Ausdrucksweise des Testaments, die Klägerin sei wahrscheinlich Erbin des übrigen Nachlasses, würde sich dann daraus erklären, daß der Erblasser die Absicht gehabt hat, die Klägerin später in einem noch zu errichtenden Gesamttestament wieder als Erbin einzusetzen. Die auf diese Weise geäußerte Absicht ändert aber nichts daran, daß die Verfügung zugunsten der Klägerin tatsächlich noch wirksam blieb. Sie vermag den Schluß, daß der Erblasser diese Verfügung damit habe ausdrücklich widerrufen wollen, nicht zu rechtfertigen. Ein solcher Schluß widerspräche den Denkgesetzen

Wäre der Erblasser davon ausgegangen, daß ein verlorenes Testament mit dem Verlust außer Kraft tritt, dann kann die Bezeichnung der Klägerin als "wahrscheinliche Erbin" in dem Testament vom 6. Dezember 1945 aber auch so verstanden werden, daß der Erblasser mit der Möglichkeit rechnete, das Testament vom 30. August 1943 werde vielleicht doch noch wieder aufgefunden werden. Mit Rücksicht auf diese noch bestehende Möglichkeit kann der Erblasser in diesem Fall die Klägerin als "wahrscheinliche Erbin" bezeichnet haben. Aber auch dann kann er durch das Testament vom 6. Dezember 1945 das frühere Testament zugunsten der Klägerin nicht widerrufen haben, weil er davon ausging, daß der Verlust des früheren Testaments noch kein endgültiger war. Dem würde auch nicht entgegenstehen, daß er das

Testament vom 6. Dezember 1945 als "Teil des Gesamttestamentes" bezeichnet hat. Denn wenn der Erblasser damit rechnete, daß das Testament vom 30. August 1943 wieder aufgefunden würde, so würde die Klägerin bis zur Errichtung des Gesamttestamentes Erbin auf Grund des Testamentes vom 30. August 1943 geblieben sein.

Das Testament zugunsten der Klägerin ist auch nicht durch den zufällig eingetretenen Verlust der Testamentsurkunde kraftlos geworden. Daß der unfreiwillige Verlust oder die unfreiwillige Vernichtung als solche rechtlich keine Aufhebung des Testaments bewirkt, ist in Schrifttum und Rechtsprechung unbestritten. Der Erblasser kann das Testament aber auch nicht dadurch widerrufen, daß er nachträglich diesen Verlust in der Absicht, das Testament aufzuheben, formlos billigt. Ein Widerruf des Testaments nach § 33 Abs. 2 TestG liegt hierin nicht. Der teilweise im Schrifttum vertretenen, gegenteiligen Ansicht (vgl u.a. Klein ArchBürgR 40, 196; Kipp aaO § 21 Fußnote 8, Stargel BGB 5. Aufl § 2255 Anm 3) vermag der Senat nicht zu folgen. Der Widerruf eines Testaments ist eine rechtsgeschäftliche Handlung. Sie setzt Testierfähigkeit und persönliches Handeln voraus. Das Testamentsgesetz hat in den §§ 33 ff genaue und klare Vorschriften darüber erlassen, in welcher Form ein Testament widerrufen werden kann. Die Formvorschriften haben nicht nur die Aufgabe, den Beweis des letzten Willens zu sichern, sondern sie sollen auch den Erblasser zur Überlegung anhalten und davor bewahren, übereilte Entschlüsse über seinen Nachlaß zu fassen. Aus diesem Grunde müssen die Formvorschriften streng ausgelegt werden (vgl Kipp

aaO § 13 III). Der Widerruf nach § 33 Abs 2 TestG erfolgt dadurch, daß der Erblasser die Absicht faßt, das Testament aufzuheben, und in dieser Absicht die Testamentsurkunde vernichtet oder verändert. Die vom Gesetzgeber gewollte Sicherung vor unüberlegten Entschlüssen besteht darin, daß der Widerruf sich nicht allein auf die Widerrufsabsicht, sondern weiter auf die hierauf beruhende Ausführungshandlung, die Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde gründet. Während die Widerrufsabsicht schnell und vielleicht unüberlegt gefaßt werden kann, zwingt das weiter erforderliche Tätigwerden in aller Regel zu einer reiflicheren Überlegung. Ist die Testamentsurkunde zufällig vernichtet worden, so beruht diese Vernichtung nicht, wie § 33 Abs 2 TestG es verlangt, auf der Absicht des Erblassers, das Testament aufzuheben. Dieses vom Gesetz aus wohlervogenen Gründen vorgeschriebene Kausalverhältnis kann nicht rückwirkend durch eine nachträgliche Billigung des Verlustes hergestellt werden. Eine entsprechende Anwendung des § 33 Abs 2 auf Fälle dieser Art ist gleichfalls nicht möglich. Denn die vom Gesetzgeber gewollte Sicherung gegen unüberlegte und voreilige Entschlüsse ist in diesem Falle nicht gegeben. Die Gültigkeit des Testaments würde dann allein von dem Willensentschluß des Erblassers abhängen, der sich in keiner bestimmten Form zu äußern braucht. Eine solche Widerrufsmöglichkeit würde dem Formzwang, dem auch der Widerruf des Testaments nach dem Willen des Gesetzgebers in jedem Falle unterliegen soll, widersprechen.

Da somit die letztwillige Verfügung rechtlich nicht durch die nachträgliche formlose Billigung des Verlustes der Testa-

mentsurkunde durch den Erblasser aufgehoben werden konnte, kommt es auf die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Erblasser tatsächlich diesen Verlust in der Absicht das Testament aufzuheben, überhaupt nicht gebilligt habe, nicht an. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision begründet sind. Die Revision mußte vielmehr, da die Verfügung zugunsten der Klägerin auch nicht durch eine andere letztwillige Verfügung des Erblassers aufgehoben worden ist, zurückgewiesen werden.

Das Landgericht hat den Tenor seines Urteils dem Antrag der Klägerin entsprechend gefaßt. Diese Fassung widerspricht der gesetzlichen Regelung der Erbfolge. Nach § 1922 BGB wird der Erbe Rechtsnachfolger des Erblassers in Bezug auf dessen ganzes Vermögen. Es ist nicht möglich, von dieser Rechtsnachfolge einen bestimmten Gegenstand, ein Hausgrundstück, auszunehmen. Die Klägerin wollte mit ihrem Klagantrag auch nur festgestellt wissen, daß sie auf Grund des Testaments vom 30. August 1943 Erbin des Dr. [REDACTED] geworden sei, unbeschadet der Rechte, die der Ehefrau [REDACTED] auf Grund des Testaments vom 6. Dezember 1945 an diesem Nachlaß zustehen. Da die Vorinstanzen in ihren Urteilen eine weitergehende Feststellung auch nicht haben treffen wollen, konnte der Tenor des Urteils des Landgerichts von dem Revisionsgericht in der Weise neu gefaßt werden, wie es geschehen ist.

- 13 -

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Lersch

Ascher

Raske

Dr. Hartz

Johannsen