

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 2270, 2271

Die Freistellung des überlebenden Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament hinsichtlich der Verfügung von Todes wegen über seinen Nachlaß muß nicht notwendig gegen eine Wechselbezüglichkeit sprechen (Abgrenzung zum Urteil vom 18. Januar 1956 - IV ZR 199/55, FamRZ 1956, 83).

BGH, Urt. v. 3. Juli 1964 - V ZR 57/62 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

V ZR 57/62

Verkündet am 3. Juli 1964
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. a) Diplomingenieur Alfred M., b) Geschäftsführer Dr. Hans M., c) Abteilungsleiter Walter M.,
2. Rechtsanwalt Willfried P. als Testamentsvollstrecker über das Vermögen des am 1959 verstorbenen Kaufmanns Hugo M. aus W., sämtlich wohnhaft in W. (),

Beklagte, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Ehefrau Ruth P. geb. M. in H.
Gr. F., M. weg,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Schuster, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 8. Dezember 1961 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin und die drei Erstbeklagten sind Kinder und Miterben des am [REDACTED] 1959 verstorbenen Kaufmanns Hugo M. [REDACTED] (Erblasser). Der Zweitbeklagte ist sein Testamentsvollstrecker.

Der Erblasser war bis zu seinem Tode Hauptgesellschafter der I.D. M. [REDACTED] optische Werke GmbH. Der Nachlaß bestand außerdem aus erheblichem Privatvermögen.

Am 11. April 1953 hatte der Erblasser zusammen mit seiner Ehefrau ein notarielles gemeinschaftliches Testament errichtet, das außer der Aufhebung bisheriger Verfügungen und der Einsetzung des Zweitbeklagten zum Testamentsvollstrecker folgendes besagt:

"§ 2

Erben des zuerst Versterbenden von uns sollen sein der überlebende Ehegatte und die aus unserer Ehe hervorgegangenen sechs Kinder, nämlich:

1. Ruth P. [REDACTED] geb. M. [REDACTED],
2. Hanna M. [REDACTED],
3. Alfred M. [REDACTED],
4. Dr. Hans M. [REDACTED],
5. Walter M. [REDACTED],
6. Gertrud V. [REDACTED] geb. M. [REDACTED].

An die Stelle vorverstorbenen Kinder treten deren eheliche Abkömmlinge nach der gesetzlichen Erbfolge.

Der Erbanteil des überlebenden Ehegatten soll den steuerfreien Wert von zur Zeit 250 000 DM nicht übersteigen. Der überlebende Ehegatte hat das Recht, vorweg außer dem Hausrat aus dem gesamten Nachlaß des Erstverstorbenen Teile bis zur steuerfreien Höhe von zur Zeit 250 000 DM zu entnehmen.

Falls die Ehefrau der überlebende Teil ist, so soll ihr in erster Linie der Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zufallen, den dieser außerhalb der Firma I.D. M. [REDACTED] GmbH besitzt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Falls für die von dem überlebenden Ehegatten übernommenen Nachlaßwerte ein Einheitswert besteht, sollen die Gegenstände zu diesem Einheitswert angerechnet werden. Den nach den Entnahmen des überlebenden Ehegatten verbleibenden Nachlaß sollen unsere sechs oben genannten Kinder zu gleichen Teilen erhalten.

Der überlebende Ehegatte ist ermächtigt, aufs freieste unter Lebenden und auch von Todes wegen über seinen Nachlaß zu verfügen.

Falls der überlebende Ehegatte eine andere letztwillige Verfügung nicht trifft, soll der bei seinem Tode noch vorhandene Nachlaß an unsere oben genannten sechs Kinder zu gleichen Teilen fallen. Anstelle vorverstorbenen Kinder treten deren eheliche Abkömmlinge nach der gesetzlichen Erbfolge.

....."

Nach dem Tod des Erblassers fand sich in seiner Brieftasche ein von ihm eigenhändig angefertigtes und unterzeichnetes Schriftstück, das lautet:

"W [REDACTED], 16. September 1958

Meine Absicht, meinen letzten Willen als Testament über die Fortführung der Firma I.D. M [REDACTED] ausführlich festzulegen, habe ich leider bisher nicht zum Abschluß bringen können, weil die zukünftigen wirtschaftlichen Verhältnisse noch ganz unübersichtlich und ungeklärt erscheinen.

Mein Hauptgedanke ist darauf gerichtet, daß die Firma I.D. M [REDACTED], optische Werke GmbH in der Mehrheit der Geschäftsanteile als Familienunternehmen bestehen bleibt, soweit dies möglich ist. Daher sollen die 3 zur Zeit in dem Unternehmen in verantwortlicher Stellung tätigen Söhne - Alfred - Hans und Walter nach meinem Ausscheiden je 25 %, je ein Viertel meiner Gesellschaftsanteile erhalten und die Anteile der Kinder - Ruth - Hanna - und Gertrud freiwillig an diese drei Söhne abgegeben werden, da diese einzelnen Anteile für sie nur eine Belastung sind, weil auch für die Zukunft nicht mit Dividenden zu rechnen sind.

Die drei Söhne - Alfred - Hans und Walter sind dann gleichberechtigte Geschäftsführer.

Die restlichen 25 % Geschäftsanteile sollen zugunsten der Gesamterben, also aller 6 Kinder, als Erbengemeinschaft verwertet werden"

Die Parteien streiten im wesentlichen darüber, ob dieses Schriftstück ein rechtswirksames Testament darstellt.

Die Klägerin verneint das und klagt:

gegen die Erstbeklagten auf Feststellung, daß ihnen ein Vorausvermächtnisanspruch in Höhe von je 25 % der GmbH-Anteile nicht zustehe,

gegen den Zweitbeklagten auf Unterlassung der Aufnahme eines solchen Vorausvermächtnisses in den Teilungsplan.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihre Klageabweisungsanträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Ohne Rechtsirrtum bejaht das Berufungsgericht für die Erstklage das Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) und für beide Klagen die (Zulässigkeit, gemeint) Schlüssigkeit (vgl. insoweit zur Zweitklage BGHZ 25, 275, 283/84).

Einen Anspruch der Erstbeklagten auf die Geschäftsanteile aus Vermächtnis verneint der Tatrichter, weil dem Schriftstück vom 16. September 1958 kein rechtsgeschäftlicher Erklärungs-wille zugrunde liege (BU S. 21-30), eine damit etwa

*

doch gewollte Verfügung von Todes wegen infolge Verstoßes gegen das bindende gemeinschaftliche Testament von 1953 unwirksam sei (BU S. 32/36) und auch nicht etwa ein wirksames Anerkenntnis der Klägerin vorliege. Diese Erwägungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

I.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine Verfügung von Todes wegen den Willen des Erblassers zur Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (Testierwillen) voraussetzt. Dahingestellt bleiben kann, ob - beim Vorliegen eines entsprechenden Schriftstücks wie im gegenwärtigen Fall - dieser rechtsgeschäftliche Wille nach § 2084 BGB vermutet wird (offen gelassen in LM BGB § 133 (B) Nr. 1; nichts dafür ergibt LM BGB § 2084 Nr. 3, wie KG NJW 1959, 1441 richtig ausführt, auch nicht Johannsen bei Achilles/Greiff, BGB 20. Aufl. § 2084 Anm. 1; verneinend das Berufungsgericht - BU S. 21-23 -, das Kammergericht aaO sowie die durchaus herrschende Meinung im Schrifttum, jetzt auch Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 2084 Rdn. 2). Unentschieden bleiben kann weiter, ob es sich hierbei überhaupt noch um eine Frage der eigentlichen Auslegung handelt - das Berufungsgericht wendet § 133 BGB an - oder um eine Frage der reinen Tatsachenfeststellung nach Beweislastgrundsätzen (vgl. BGHZ 22, 364, 366). Denn das Oberlandesgericht hat positiv festgestellt, daß der Erblasser einen Testierwillen am 16. September 1958 nicht gehabt hat, und diese Feststellung beruht schon in anderer Hinsicht auf Rechtsirrtum:

Das Berufungsgericht nennt als Umstände, die zwingend (BU S. 27 oben) gegen den Testierwillen sprächen: das Vorhandensein des Einleitungssatzes ... des ... Schriftstücks,

seinen eindeutigen Wortlaut, seinen Sinn (abzuwarten, bis über Art und Höhe einer für das Unternehmen tragbaren Abfindung der Töchter Bestimmung getroffen werden könne) sowie die rechtliche Unmöglichkeit, die dem Erblasser vorschwebende Regelung durch Verfügung von Todes wegen zu verwirklichen. Einigen weiteren Umständen mißt der Tatrichter zwar unterstützende, aber nicht ausschlaggebende Bedeutung bei: Fehlen einer Überschrift, Nichterwähnung des gemeinschaftlichen Testaments von 1953, nicht-öffentliche Form und Nichtbeiziehung der Ehefrau, beides im Gegensatz zu früheren Testamenten, Nichteinholung von Rechtsrat, Aufbewahrungsort, zwanglose äußere Aufmachung (Art von Papier und Schrift). Nicht entscheidend für den Testierwillen hält das Oberlandesgericht die volle Unterzeichnung des Schriftstücks, die um jene Zeit erfolgte Anregung der Ehefrau zu testieren und die behauptete Erklärung des Erblassers zum beklagten Sohn Alfred auf dessen Frage, es sei alles geregelt.

a) Hiervon ist zunächst rechtsirrig die Annahme, der Wortlaut des Schriftstücks spreche eindeutig gegen einen Testierwillen im damaligen Zeitpunkt. Ob der Wortlaut eines Schriftstücks eindeutig ist, ist eine Frage der Lebenserfahrung und deshalb vom Revisionsgericht nachzuprüfen (vgl. Senatsurteil BGHZ 32, 60, 63). Eindeutig ist der Einleitungssatz des Schriftstücks allerdings, soweit der Erblasser die zukünftigen wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Urkundenanfertigung als (für ihn) noch ganz unübersichtlich und ungeklärt bezeichnet. Soweit jedoch der Satz besagt, der Erblasser habe deshalb die Absicht, seinen letzten Willen als Testament über die Fortführung der Firma "ausführlich festzulegen", bisher nicht "zum

Abschluß bringen können", so heißt das entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keineswegs eindeutig ("klar"), daß der Erblasser mit diesem Schriftstück (überhaupt) noch nicht hätte testieren, sondern lediglich seine Gedanken über eine zukünftige (rechtsgeschäftliche, insbesondere testamentarische) Regelung schriftlich niederlegen wollen. Mit Recht weist die Revision auf das vom Berufungsgericht nicht besonders gewürdigte Wort "ausführlich" hin; es ergibt ebenso wie die Wendung "noch nicht zum Abschluß bringen" schon bei rein sprachlicher Betrachtung, daß jener Einleitungssatz nicht nur im Sinne überhaupt mangelnden Testierwillens, sondern ebensogut auch gegenteilig dahin verstanden werden kann, der Erblasser sehe sich durch die angeführte Unüberschaubarkeit der künftigen wirtschaftlichen Entwicklung (nur) an einer ausführlichen und abschließenden (erschöpfenden, als endgültig gedachten), aber darum noch nicht auch an einer vorläufigen oder bruchstückhaften Regelung mit rechtsgeschäftlichem (testamentarischem) Charakter gehindert. (Daß eine Regelung nach dem Willen des Erblassers nur als vorläufig gedacht ist und später durch eine andere ergänzt oder sogar ersetzt werden soll, macht ihren rechtsgeschäftlichen Charakter - Testierwillen - weder rechtlich unmöglich noch auch nur tatsächlich unwahrscheinlich.) Mit Eindeutigkeit des Urkundenwortlauts läßt sich also die Annahme fehlenden Testierwillens nicht begründen.

b) Rechtsirrig ist auch die ebenfalls (sogar "zwingend") gegen einen Testierwillen ins Feld geführte Überlegung: die im Schriftstück von 1958 niedergelegte Regelung - 3/4 - Anteilmehrheit der Söhne in der GmbH - sei durch eine Verfügung von Todes wegen allein gar nicht zu verwirklichen gewesen; denn der Erblasser habe nur über die ihm zustehenden 394 von 400 Anteilen verfügen können, und die in der

Urkunde benannten 75 % davon ergäben noch keine 3/4-Mehrheit in der Gesellschaft insgesamt; die Töchter könne er zu der von ihm also vorausgesetzten Übertragung ihrer Anteile durch Rechtsgeschäft unter Lebenden an die Söhne nicht zwingen. Diese Überlegung übersieht zweierlei. Einmal ist es nicht ausgeschlossen, das Schriftstück abweichend von seinem Wortlaut (falsa demonstratio, vgl. RG LZ 1921, 376) dahin zu verstehen, daß die 75 % nicht von dem Anteilsbesitz des Erblassers (394/400), sondern von der Gesamtheit aller Anteile (400/400) berechnet werden sollten; dann hielt sich, da der Vater weit mehr als 75 % der Anteile insgesamt besaß, die Zuweisung immer noch im Rahmen seines eigenen Vermögens. Sodann aber ist bei einem Vermächtnis, das dem Bedachten den zugedachten Gegenstand nicht dinglich übertragen, sondern ihm nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben auf seine Übertragung gewähren kann (§ 2174 BGB), der Erblasser gar nicht auf Zuweisung aus seinem eigenen Vermögen beschränkt; er kann vielmehr auch Gegenstände vermachen, die nicht zu seinem Vermögen gehören (Verschaffungsvermächtnis, § 2170 BGB; vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Senatsurteil vom 29. Mai 1964, V ZR 47/62). Die Bestimmung, die drei Töchter sollten ihre (je 1/400) Anteile ("freiwillig") an die drei Söhne abgeben, kann entgegen der Meinung des Berufungsgerichts (und auch der Revision) als ein solches Verschaffungsvermächtnis zugunsten der Söhne und zu Lasten der Töchter (§ 2147, § 2148 BGB) rechtlich wirksam sein. Auch diese Möglichkeit hat das Berufungsgericht bei der Verneinung des Testierwillens nicht berücksichtigt.

Nach Sachlage ist nicht ausgeschlossen, daß das Berufungsgericht seine Überzeugung vom Fehlen eines Testierwillens auf die beiden erörterten fehlerhaften Erwägungen (oder eine von ihnen) gestützt hat, das angefochtene Urteil also in diesem Punkt auf ihnen beruht.

II.

Nicht frei von Rechtsirrtum ist weiter die Begründung des Berufungsgerichts für seine Auffassung, einer Wirksamkeit des Schriftstücks von 1958 als Testament stehe das gemeinschaftliche Testament von 1953 entgegen.

Allerdings kann ein Ehegatte eine wechselbezügliche Verfügung eines gemeinschaftlichen Testaments bei Lebzeiten auch des anderen Ehegatten einseitig nicht durch eine neue Verfügung von Todes wegen, sondern nur durch gerichtlich oder notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten widerrufen (§§ 2270, 2271 Abs. 1, 2296 BGB), und ein solcher - teilweiser - Widerruf liegt auch in jeder Abänderung, die einen bisher Bedachten schlechter stellt, insbesondere durch Beschwerung mit einem Vermächtnis (RG Recht 1919 Nr. 2139; OLG Dresden JFG 8, 127; Planck/Greiff, BGB 4. Aufl. § 2271 III; BGB RGRK 11. Aufl. § 2271 Anm. 13; Staudinger/Dittmann, BGB 11. Aufl. § 2271 Rdn. 17; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Bearbeitung § 35 III 4 a; Lange, Erbrecht S. 423). Da die Urkunde der Widerrufsform des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht genügt, ist hiernach die - bei unterstelltem Testierwillen (oben I) - in ihr enthaltene Anordnung über das Schicksal der GmbH-Anteile (75 %) dann unwirksam, wenn sie mit einer Verfügung der Ehefrau im gemeinschaftlichen Testament von 1953 wechselbezüglich ist und bisher so bedachte Personen - in Betracht kommen die drei Töchter - schlechter stellt.

Hinsichtlich der Schlechterstellung kann von Bedeutung sein, ob und inwieweit sich die Erstbeklagten den Wert der ihnen zugewiesenen Geschäftsanteile auf ihre Erbteile anrechnen lassen müssen. In diesem Fall würde sowohl einem Testatorwillen zur Gleichberechtigung von Söhnen und Töchtern als auch einem Willen zur Zuwendung des Sachwerts an die Söhne allein Rechnung getragen werden. Der Umstand, daß im Text des Schriftstücks von einer Anrechnung oder Ausgleichs-

zahlung nicht ausdrücklich die Rede ist, ergibt für sich allein noch nichts Entscheidendes gegen eine Anrechnung; insoweit ist die Urkunde (falls Testament) vielmehr auslegungsbedürftig (Senatsurteil vom 21. Februar 1962, V ZR 114/60 = LM BGB § 2048 Nr. 5 a = MDR 1962, 470 = DNotZ 1963, 112).

Was die Wechselbezüglichkeit anlangt, so bestehen gegen ihre Bejahung durch das Berufungsgericht folgende Bedenken.

Als wechselbezügliche Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament von 1953 kommen im vorliegenden Rechtsstreit in Frage: einerseits die Erbeinsetzung des Erblassers durch seine Ehefrau (als Miterbe neben den Kindern für den Fall ihres Vorversterbens), andererseits die Erbeinsetzung der Töchter durch den Erblasser (als Miterben neben Frau und Söhnen für den Fall seines Vorversterbens und als Miterben neben den Söhnen für den Fall, daß die Frau als erste stirbt und der Erblasser bis zu seinem Tode keine abweichende Verfügung trifft). Für diese beiden Verfügungen wird Wechselbezüglichkeit allerdings vom Gesetz vermutet (§ 2271 Abs. 2 Fall 2 BGB). Aber diese Vermutung ist widerlegbar, und das Oberlandesgericht hat eine solche Widerlegung mit unzureichender Begründung verneint:

Als Anknüpfungspunkt für einen Ausschluß der Wechselbezüglichkeit kommt die Klausel in Betracht, daß der überlebende Ehegatte ermächtigt sei, aufs Freieste unter Lebenden und auch von Todes wegen über seinen Nachlaß zu verfügen (Freistellungsklausel). Die Zulässigkeit solcher Klauseln ist anerkannt (BGHZ 2, 35, 37). Durch eine derartige Klausel wird die Wechselbezüglichkeit allerdings nicht rechtsnotwendig immer beseitigt. Es ist nicht nur begrifflich,

sondern auch praktisch durchaus denkbar, daß die testierenden Ehegatten auch dann, wenn sie einander für die Zeit nach dem Tod des einen von ihnen freie Hand lassen wollen, für die Zeit vorher darauf Wert legen, von einer Testamentsänderung des anderen unterrichtet zu werden, wie es das Gesetz vorsieht (§ 2271 Abs. 1 BGB); in diesem Fall ist trotz jener Freistellung für später die Wechselbezüglichkeit zu bejahen; sollten die Entscheidungen des IV. Zivilsenats vom 18. Januar 1956, IV ZR 199/55 (FamRZ 1956, 83, insoweit in LM BGB § 2078 Nr. 4 nicht abgedruckt) und ihr folgend Kipp/Coing (§ 35 zu Fußn. 7) etwas anderes besagen wollen, so könnte dem nicht beigetreten werden (der Leitsatz 2 in FamRZ 1956 aaO ist nicht amtlich). Ebenso gut ist aber auch möglich, daß einer solchen Freistellungsklausel der Wille der Ehegatten zugrunde liegt, ihre gleichzeitig getroffenen Verfügungen von Todes wegen von vornherein nicht voneinander abhängig zu machen (vgl. § 2270 BGB), und daß sie dies nur deshalb bloß für die Zeit nach dem Tod des Erstversterbenden zum Ausdruck bringen, weil für die Zeit vorher eine Bindung ohnehin nach dem Gesetz (§ 2271 Abs. 1 BGB) nicht bestand; in diesem Fall fehlt es an der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen überhaupt, und jeder Ehegatte kann infolgedessen die eigenen Verfügungen sowohl vor wie nach dem Tod des anderen durch einseitiges Testament frei widerrufen (§§ 2253 Abs. 1, 2254 BGB). Möglich ist schließlich auch noch, daß die Testatoren eine teilweise Wechselbezüglichkeit zweier Verfügungen derart wollen, daß die eine oder andere Verfügung von einem Ehegatten allein zwar nicht völlig beseitigt, aber in bestimmtem Teilumfang abgeändert (durchbrochen) werden kann; dann liegt eine umfangmäßig beschränkte Wechselbezüglichkeit vor (vgl. BGHZ 2 aaO).

Das Berufungsurteil befaßt sich zunächst (S. 33/34) ausführlich mit der (ebenfalls gesetzlich vermuteten) Wechselbezüglichkeit zwischen der genannten Erbeinsetzung des Erblassers durch die Frau und der Erbeinsetzung der Frau durch den Erblasser (für den Fall seines Vorversterbens); aber die Erbeinsetzung der Frau wird durch den Inhalt der Urkunde von 1958 in keiner Weise geschmälert, die Frage dieser Wechselbezüglichkeit gibt daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (BU S. 33: "Vermutung in zweifacher Hinsicht") für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nichts her.

Was die Frage der Widerlegung der Wechselbezüglichkeitsvermutung hinsichtlich der allein interessierenden Erbeinsetzung der Töchter anlangt, so wird ein völliger Ausschluß der Wechselbezüglichkeit vom Oberlandesgericht lediglich deshalb verneint, weil die Verfügungsfreiheit nur dem überlebenden Ehegatten für die Zeit nach dem Tode des Erstversterbenden für "seinen Nachlaß" eingeräumt worden sei; für den Fall, daß er zuerst versterben würde, sei also jeder Ehegatte an die Einsetzung der Kinder als Erben gebunden gewesen (BU S. 34/35). Hierbei wird zunächst übersehen, daß eine rechtliche Bindung vor dem Tod des Erstversterbenden beim gemeinschaftlichen Testament gar nicht besteht; auch wechselbezügliche Verfügungen kann jeder Ehegatte bei Lebzeiten auch das andere einseitig frei widerrufen, nur nicht in der sonst bei Testamenten möglichen und vom Erblasser benützten Form des einseitigen Testaments (§ 2254 BGB), sondern durch Erklärung gegenüber dem Ehegatten in Beurkundungsform (§§ 2271 Abs. 1, 2296 BGB). Vor allem aber beschränkt sich das Berufungsgericht hier darauf, den Wortlaut der Freistellungsklausel heranzuziehen, und prüft nicht, wie durch § 133 BGB geboten, das Testament im Ganzen sowie außerhalb des Testaments liegende Um-

stände darauf, ob sie den Willen der Testatoren zur Nichtwechselbezüglichkeit ergeben und so die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB widerlegen.

Ein beschränkter Ausschluß der Wechselbezüglichkeit kommt nach dem Vortrag der Beklagten insbesondere derart in Frage, daß (bei gegenseitiger Bindung der Ehegatten im übrigen) der Erblasser hinsichtlich seiner Anteile an der Familiengesellschaft ("Firmenvermögen") von vornherein in der Verfügung auch von Todes wegen frei sein sollte.

Das Berufungsgericht hält auch einen solchen Nachweis nicht für erbracht (BU S. 35/36): Nichts dafür ergebe der Inhalt des Testaments, insbesondere die Bestimmung, welche die Ehefrau, falls sie den Erblasser beerbe, in erster Linie auf das Vermögen außerhalb der Firma verweise; denn hinsichtlich der Kinder sei ein solcher Vorbehalt nicht gemacht. Auch die Tatsache, daß der Erblasser sich immer als alleiniger und freier Herr der Firma betrachtet haben möge, ergebe nichts dafür, daß er sich bei der Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments auch die alleinige letztwillige Verfügung über die Firma habe vorbehalten wollen. Die Aussage der Witwe im Beweissicherungsverfahren könne ebenfalls zu keiner anderen Auslegung führen: maßgebend sei nicht deren nachträgliche Meinung, sondern die Willensmeinung der Ehegatten zur Zeit der Errichtung des Testaments; die Witwe habe jedoch nicht sagen können, daß damals zwischen den Eheleuten eine beiderseitige Abänderbarkeit besprochen worden sei. Schließlich sei auch nicht ersichtlich, welcher anderen Sinn als den der Wechselbezüglichkeit es gehabt haben sollte, daß die Ehegatten überhaupt in dieser Form und mit diesem Inhalt gemeinschaftlich testierten.

Wie die Revision mit Recht rügt, ist daran rechtsirrig, daß zur wirksamen Beschränkung der Wechselbezüglichkeit eine dahingehende Besprechung der Ehegatten bei Testamentserrichtung nötig gewesen sei. Nötig ist vielmehr nur, daß beide Ehegatten damals einen entsprechenden Willen hatten (und daß er, soweit wie hier nach § 2270 BGB eine gegenteilige Vermutung eingreift, bewiesen werden kann). Was diesen Willen anlangt, so wird beim Erblasser vom Berufungsgericht ausdrücklich unterstellt, daß er sich immer, also vor, während und nach der Testamentserrichtung, als alleiniger und freier Herr der Firma betrachtet habe; die gleichzeitige Annahme, er habe sich des Verfügungsrechts von Todes wegen darüber durch das Testament begeben wollen, ist damit kaum vereinbar. Und was die Ehefrau anlangt, so hat sie als Zeugin ihre Einstellung, daß der Erblasser über das Firmenvermögen allein nach wie vor voll verfügungsberechtigt gewesen sei, nicht als erst nachträglich gebildet bekundet, sondern ohne zeitliche Einschränkung auch für die Vergangenheit. Auch in diesem Punkt hält daher die angefochtene Entscheidung der Nachprüfung nicht stand.

III.

Da das Berufungsurteil auf den erörterten Rechtsverstößen beruhen kann, war es aufzuheben und die Sache zur erneuten tatrichterlichen Prüfung an das Berufungsgericht

zurückzuverweisen, ohne daß es auf die weiteren Revisions-
rügen ankommt.

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Offterdinger