

Verkündet am 6. Mai 1959
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.

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

In dem Rechtsstreit

- 1) der Frau Therese S. [REDACTED] geb. A. [REDACTED],
 - 2) der minderjährigen Anke S. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre Mutter, die Klägerin zu 1,
- beide in M. [REDACTED], O. [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerinnen, Berufungsklägerinnen und Revisionsklägerinnen,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

Frau Eva S. [REDACTED] geb. T. [REDACTED] in M. [REDACTED], W. [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1959 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 8. Mai 1958, den Parteien an Verkündungs Statt/ zugestellt am 20. Mai 1958, wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision tragen die Klägerinnen je zur Hälfte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist die seit 1952 geschiedene erste Ehefrau, die Erstklägerin die zweite Ehefrau des am 4. November 1955 verstorbenen Kaufmanns Dr. Friedrich S. (Erblasser). Die Zweitklägerin ist seine Tochter, die während der ersten Ehe, im Jahre 1941, von der zweiten Ehefrau (Erstklägerin), damals Frau G., geboren und durch die zweite Heirat legitimiert wurde.

Am 3. Juli 1949 hat der Erblasser zugunsten der Parteien folgendes eigenhändige Testament errichtet:

"Meine Ehefrau Eva S. soll von mir erben

1. das Haus R. Straße in H.;
2. die Forderung, die ich aus meiner Beteiligung an der Firma J.R., P., in Höhe von ca. RM 150 000.- besitze, damit sie diese Forderung gegen die Ausgleichsgrundschuld auf dem Grundstück R. Straße aufrechnen kann (im Lastenausgleich);
3. die Beträge, die ich aus der Rückerstattung der Firma Dr. S. K.G. erhalten werde;
4. die Hälfte der Beträge, die mir Frau Th. G., M. Straße, schuldet.

Frau Th. G., M. Straße, soll erben
die Hälfte der Beträge, die sie mir schuldet.

Die minderjährige Anke G. soll erben

60 % der Mieten aus den Häusern B. Straße und in H., die mir als Nacherbe meines Vaters zustehen, wenn meine Mutter verstorben ist. Hierüber - d.h. zu dieser Nacherbschaft - liegt eine Erklärung meiner Mutter vor.

40 % dieser Mieten soll meine Ehefrau erben.

... 3 ...

Meinen Anspruch auf 50 % der beiden Grundstücke
als Nacherbe - soll die minderjährige Anke G. [REDACTED]
erben. Dieser Anspruch soll bis zum 26. Lebensjahr
der Anke G. [REDACTED] von Herrn Rechtsanwalt St. [REDACTED],
M. [REDACTED], verwaltet werden. Er darf bis zu diesem
Zeitpunkt von Herrn St. [REDACTED] nicht veräußert werden.

Was ich sonst noch besitze und von meiner Mutter
erbe, soll meine Ehefrau erhalten.

Im Falle der Veräußerung der zuvor genannten 50 %
Grundstückshälfte ist Frau Eva S. [REDACTED] angemess-
sen zu entschädigen. Diese kann, da Anke G. [REDACTED]
heute 7 Jahre alt ist, nicht vor 1968 erfolgen
(ich meine: die Veräußerung).

Sollte Anke G. [REDACTED] vor diesem Termin erneut tuber-
kulosekrank werden, so daß sie zur Wiederherstellung
der Gesundheit Geld braucht, kann die Veräußerung
von Herrn St. [REDACTED] früher vorgenommen werden."

Die Parteien streiten darüber, ob die in diesem Testamen-
zugunsten der Beklagten enthaltenen Verfügungen durch nachfol-
gende Ereignisse, insbesondere die Ehescheidung, unwirksam ge-
worden seien; dies wird von den Klägerinnen bejaht, von der Be-
klagten verneint. Eine Anfechtung ist nicht erklärt worden.

Die Klägerinnen klagen auf Feststellung, daß das Testa-
ment insoweit, als es die Beklagte bedenkt, unwirksam sei
(das ist der übereinstimmende Sinn der verschiedenen Formu-
lierungen des Klagantrags in den Tatinstanzen und in der
Revisionsinstanz - Rechtsunwirksamkeit des Testaments "in
Richtung gegen die Beklagte" bzw. "in Bezug auf die Be-
klagte").

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Ober-
landesgericht die Berufung dagegen zurückgewiesen.

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



Mit der Revision verfolgen die Klägerinnen den Klagspruch weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Oberlandesgericht führt u.a. aus:

Die Beklagte habe den Beweis erbracht, daß der Erblasser die in jenem Testament zu ihren Gunsten getroffenen letztwilligen Verfügungen damals auch für den Fall der Ehescheidung getroffen hätte. Das gehe zwar nicht unmittelbar aus dem Testamentswortlaut hervor, aber schon daraus, daß der Erblasser im Zeitpunkt der Testamenterrichtung mit der Möglichkeit der Scheidung seiner Ehe rechnen mußte und rechnete. Die Beklagte habe damals ein Recht auf Ehescheidung (wegen fortgesetzten Ehebruchs des Erblassers mit der Erstklägerin) gehabt; im Herbst 1948 habe sich der Erblasser (durch Wegzug) von ihr getrennt in der Absicht, sich scheiden zu lassen, wenn auch noch nicht sogleich; zum mindesten habe der Erblasser zur Zeit der Trennung die Auffassung gehabt, es werde zu einer Scheidung kommen. Ausweislich seiner Briefe vom 23. August und 1. November 1948 sei er damals der Beklagten nicht feindlich gesinnt gewesen; dafür, daß er diese Einstellung bis zur Errichtung des Testaments am 3. Juli 1949 geändert habe, liege nichts vor, im Gegenteil entspreche das Testament inhaltlich gerade dieser Einstellung, indem der Erblasser sowohl die Beklagte (seine damalige Ehefrau) als auch sein Kind (Zweitklägerin)

und dessen Mutter (Erstklägerin) bedachte. Das sogenannte Scheidungsabkommen vom 30. Januar 1952 lasse keinen Rückschluß auf die Gesinnung und Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung 1949 zu; das Abkommen habe auch noch neben dem Testament wegen dessen freier Widerruflichkeit einen vernünftigen Sinn. Ob und wann die Beklagte ehewidrige Beziehungen zu anderen Männern aufgenommen habe, könne dahingestellt bleiben, da der Erblasser nach der Überzeugung des Berufungsgerichts im Bewußtsein seiner eigenen Ehezerüttungsschuld die Beklagte ohne Rücksicht auf vergangene und künftige ehewidrige Beziehungen auf ihrer Seite als Erbin habe einsetzen wollen. Eine Reihe von bewiesenen oder unter Beweis gestellten Hilfstatsachen sei unerheblich, da sie Vorgänge aus der Zeit nach Testamentserrichtung beträfen und keinen Rückschluß auf die Willensrichtung des Erblassers in jenem Zeitpunkt zuließen.

Die Angriffe der Revision hiergegen sind unbegründet.

II.

Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die im Testament zugunsten der Beklagten getroffenen Verfügungen seien durch die Ehescheidung noch nicht von selbst unwirksam geworden (§ 2077 BGB).

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe darauf abgestellt, daß der Erblasser bei Testamentserrichtung wirklich den Willen hatte, die Beklagte auch für den Fall seiner späteren Scheidung zu bedenken. Die Revision meint, maßgebend sei nicht der wirkliche Wille, sondern der hypothetische Wille den der Erblasser damals gehabt hätte, wenn er die spätere Ent-

wicklung gekannt hätte. Das Berufungsurteil läßt allerdings in seinem Wortlaut die erforderliche klare Scheidung zwischen beidem im Ausdruck vermissen, indem es einleitend feststellt, daß der Erblasser die Verfügung auch für den Fall der Scheidung getroffen hätte, anschließend jedoch die Behauptung der Beklagten für erwiesen hält, der Erblasser habe die Verfügung auch für den Fall der Scheidung getroffen. Aber dem Inhalt nach kommt es dem Berufungsgericht ersichtlich auf den wirklichen Willen des Erblassers an: es stellt fest, daß der Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung tatsächlich an eine mögliche spätere Scheidung dachte und (auch) für diesen Fall die im Testament enthaltenen Verfügungen zugunsten der Klägerin wirklich hat treffen wollen. In diesem Sinne wird das Berufungsurteil auch von der Revision selbst aufgefaßt (Revisionsbegründung S. 10).

2. Dieser rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist entgegen der Auffassung der Revision richtig.

a) Zwar stellt der Wortlaut des § 2077 Abs. 3 BGB nicht auf einen wirklichen, sondern auf einen hypothetischen Aufrechterhaltungswillen des Erblassers ab. Aber daraus ergibt sich nicht, daß es nur auf diesen und nicht auch auf jenen ankäme. § 2077 Abs. 1 BGB enthält eine dispositive Auslegungsregel, entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf Hinfälligkeit des Testaments für den Scheidungsfall usw. gerichtet ist (RGRK BGB 10. Aufl. § 2077 Anm. 2; Staudinger/Seybold, BGB 11. Aufl. § 2077 Randnote 2 Ende; Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2077 Anm. 1. 3; Kipp/Coing, Erbrecht 9. Bearb. S. 92/93; Mot. z. BGB V S. 54, Prot. S. 6681/82; in aufrechterhaltungsfreundlichem Sinne abweichend Bartholomeyczik Erbrecht 3. Aufl. S. 100); ein gegen-

teiliger (auf Fortgeltung des Testaments gerichteter) Wille stellt zwar die zu beweisende Ausnahme dar, führt aber, wenn vorhanden, zur Unanwendbarkeit des § 2077 Abs. 1 BGB. Das ergibt sich aus der grundsätzlichen Bedeutung des wirklichen Willens bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen schon allgemein (§ 133 BGB) und ganz besonders bei letztwilligen Verfügungen (§ 2084 BGB). In diesem Sinne ist § 2077 BGB auszulegen, wobei ohne Bedeutung ist, ob man das Ergebnis durch einschränkende Auslegung von Absatz 1 oder durch ausdehnende oder entsprechende Anwendung von Absatz 3 gewinnt (ebenso bereits die Materialien zum BGB, die insoweit, abweichend vom jetzigen Gesetzeswortlaut, schon sprachlich die Irrealform vermeiden: Mot. V S. 54: Ausnahme dann, wenn der Wille des Erblassers "erhellet", daß die Verfügung auch im eingetretenen Falle "Geltung haben soll"; Prot. S. 6680/81: "ist in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung unwirksam"... Einigkeit darüber, daß "es darauf ankomme, ob anzunehmen sei, daß der Erblasser die Verfügung auch für den eingetretenen Fall habe treffen wollen").

Die von der Revision gezogene Parallele zum Fall des § 2079 BGB ergibt nichts anderes. Der dortige Fall ist vom Gesetzgeber als Unterfall eines Irrtums des Erblassers geregelt, wie sich für die erste Alternative von § 2079 Satz 1 BGB aus deren Wortlaut und für die zweite Alternative aus Satz 2 aaO ("bei Kenntnis der Sachlage") ergibt (RGZ 143, 350, 352; Staudinger/Seybold §§ 2078/79 Randnote 33). Wer über eine Sachlage (bei § 2079 BGB: Vorhandensein oder späteres Hinzukommen eines Pflichtteilberechtigten) irrt, kann keinen diese Sachlage berücksichtigenden wirklichen Willen haben; der gesetzlichen Regelung bedarf daher in diesen Fällen nur der hypothetische Wille, den der

Erklärende bei Kenntnis gehabt hätte. In § 2077 Abs. 1 BGB dagegen ist ein Irrtum des Erklärenden nicht ausdrücklich vorausgesetzt; falls man diese Voraussetzung hineinliest, fehlt es dann, wenn der Testierende bei Testamenterrichtung bereits mit Ehescheidung rechnet, schon am Tatbestand dieses Absatzes 1; falls nicht, besteht keine Parallele zu § 2079 BGB. In § 2077 Abs. 3 BGB ist zwar, ebenso wie in den gesetzlichen Irrtumsfällen (außer § 2079 noch §§ 119, 2078 BGB, § 32 EheG; jeweils Abs. 1 Halbs. 2) wortlautmäßig nur eine ergänzende Erklärungsauslegung angeordnet (vgl. Kipp/Coing aaO S. 82 vor e); dadurch wird aber eine unmittelbare Erklärungsauslegung keineswegs ausgeschlossen. Ein hypothetischer Wille ist nur dann von Bedeutung, wenn ein (durch Auslegung zu gewinnender) irrtumsfreier Wille fehlt.

b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn -wie im vorliegenden Falle - der wirkliche Wille des Erklärenden die wirkliche Sachlage (hier: den späteren Eintritt der Ehescheidung) nicht schon als gewiß, sondern nur als möglich berücksichtigt. Ist ein wirklicher Wille vorhanden, so kommt es für die Gültigkeit der Erklärung sowohl im Falle des § 2077 BGB als auch in den genannten Irrtumsfällen nicht darauf an, ob der Erklärende die Erklärung auch dann abgegeben hätte, wenn er das Vorhandensein oder den Eintritt des nur als möglich berücksichtigten Umstands als sicher gekannt hätte.

c) Nach herrschender Auffassung kommt es für den genannten Aufrechterhaltungswillen des Erblassers im Sinne des Ausnahmefalls von § 2077 BGB auf den Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung an; spätere Umstände können nur

(als Anzeichen für den bereits in jenem Zeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen berücksichtigt werden (RGRK BGB § 2077 Anm. 5; Kipp/Coing aaO S. 92; Palandt/Rechenmacher aaO § 2077 Anm. 5; vgl. die für den Regelfall des § 2077 abweichende Ansicht von Bartholomeyczik aaO). Diese Auffassung trifft zu, weil sie dem Charakter des § 2077 BGB als Auslegungsregel für die im Testament enthaltenen Willenserklärungen entspricht.

d) Für die Frage der Nichtigkeit nach § 2077 BGB kommt es nur auf den (wirklichen oder hypothetischen) Aufrechterhaltungswillen des Erblassers für den Fall der Ehe- (oder Verlöbnis-) Auflösung an; zur Weitergeltung der letztwilligen Verfügungen ist erforderlich und genügend, daß sie der Erblasser auch für den Fall der Ehe- (Verlöbnis-) Auflösung getroffen hat oder hätte. Ob er (über die Eheauflösung hinaus) auch mit der Zweitheirat und der dadurch eintretenden Legitimierung der Zweitklägerin (als sicher oder möglich) gerechnet und auch für diesen Fall die Aufrechterhaltung der Verfügungen gewollt hat, oder ob er nicht damit gerechnet hat, aber, falls er damit gerechnet hätte, sie gewollt hätte, ist entgegen der Auffassung der Revision für die Anwendung des § 2077 BGB unerheblich. Diese Fragen können für eine Anfechtbarkeit nach § 2079 BGB von Bedeutung sein und sind im vorliegenden Falle deshalb gegenstandslos, weil eine Anfechtung unstreitig nicht erfolgt ist.

3. In tatsächlicher Hinsicht stellt das Berufungsgericht fest, der Erblasser habe zur Zeit der Testamenterrichtung mit späterer Ehescheidung als wenigstens möglich gerechnet und auch für diesen Fall die darin enthaltenen Verfügungen zugunsten der Beklagten getroffen. Das reicht entgegen der Auffassung der Revision aus zur Annahme, daß die im Testa-

ment von 1949 getroffenen Verfügungen zugunsten der Beklagten durch die spätere Ehescheidung nicht von selbst unwirksam geworden sind.

Zugrunde liegt die Feststellung, die Trennung der Eheleute im Jahre 1948 sei von Seiten des Mannes in der Absicht erfolgt, sich, wenn auch erst in einem späteren Zeitpunkt, scheiden zu lassen. Diese Feststellung verstößt, abweichend von der Auffassung der Revision, nicht gegen den Erfahrungssatz, daß sehr viele Eheleute sich dauernd und endgültig trennen, ohne mit einer Scheidung zu rechnen. Denn der umgekehrte Fall, daß die Trennung zum Zweck der Scheidung erfolgt, ist mindestens ebenso häufig, der Schluß von der Trennung auf die Scheidungsabsicht ist daher zwar nicht zwingend, aber durchaus möglich. Daraus, ob die Beklagte zur Zeit der Testamentserrichtung zur Scheidung bereit und ob und in welchem Maß verneinendenfalls der Erblasser damals objektiv Scheidungsaussichten hatte, waren zwar Schlüsse auf die damalige subjektive Willensrichtung des Erblassers möglich, aber wiederum nicht zwingend; es ist daher ebenfalls kein Rechtsverstöß, daß das Berufungsgericht die von der Revision gewünschten Schlüsse nicht gezogen hat, insbesondere nicht aus dem nach dem Vortrag der Klägerinnen (GA 184/5) aus dem Jahre 1950 stammenden Brief der Beklagten, der sich im Original als Anlage 1 hinter GA 245 befindet (Fotokopie Anl. 5 hinter GA 204); dafür, daß das Berufungsgericht dieses Schreiben übersehen hätte, liegt kein Anhalt vor.

Die Revision bemängelt, das Berufungsurteil habe in widerspruchsvoller Weise als Zweck des Testaments einmal die Sicherung der Beklagten, ein andermal die Sicherung der Klägerinnen angesehen. Ein solcher Widerspruch besteht jedoch nicht.

Vielmehr ist das Berufungsurteil ersichtlich der Auffassung, daß das Testament die Sicherung sowohl der Beklagten als auch der Klägerinnen bezweckte, weil der Erblasser in seiner damaligen schwierigen Lage sowohl für seine damalige Ehefrau als auch für sein Kind und dessen Mutter sorgen wollte und deshalb sowohl für den Fall späterer Scheidung und Zweitheirat verfügte (durch Bedenkung seiner damaligen Ehefrau) als auch für den Fall der Nichtscheidungs (durch Bedenkung des Kindes und seiner Mutter). Diese Annahme entspricht natürlicher Betrachtung und enthält jedenfalls keinen Rechtsverstoß.

Daß letztwillige Verfügungen des Erblassers zugunsten der Erstklägerin als seiner damaligen Geliebten von vornherein von der Gefahr der Nichtigkeit (§ 138 BGB) bedroht waren, will die Revision zu Unrecht dahin verwertet wissen, daß der Erblasser bei Testamentserrichtung in einer Zwangslage gewesen sei und deshalb aus seinem Verhalten nicht auf denjenigen Willen geschlossen werden könne, den er für den Fall des Wegfalls dieses Zwangs gehabt hat oder hätte. Gezwungen war der Erblasser hierdurch allenfalls nur dazu, Verfügungen zugunsten der Erstklägerin zu unterlassen oder umfangmäßig einzuschränken, aber keineswegs dazu, die Beklagte als seine Ehefrau in einem weitergehenden Umfang zu bedenken, als es seinem wirklichen und freien Willen entsprach, und zwar sowohl für den Fall der Nichtscheidungs als auch für den Fall der Scheidung.

Zu Unrecht rügt die Revision schließlich Nichtberücksichtigung des Briefs des Erblassers vom 23. Dezember 1943 an die Erstklägerin, in dem er sich über die Beklagte und die Ehe mit ihr recht kritisch äussert, und Nichtberücksichtigung der Erwägung, daß der Erblasser mit seinem Brief gegenteiligen Inhalts an die Beklagte vom 24. März 1950 nur aus Angst vor ih-

ren Selbstmorddrohungen eine nicht vorhandene Gesinnung vorgetäuscht habe. Aus dem Brief von 1943 ist keineswegs ein zwingender Schluß auf die Gesinnung des Erblassers zur Zeit der Testamenterrichtung 1949 zu ziehen. Und die Lebenserfahrung ergibt allenfalls, daß die Vortäuschung freundschaftlicher Gesinnung gegenüber dem Ehegatten zwecks Erreichung der Ehescheidung mehr oder weniger häufig vorkommen kann, aber keinesfalls, daß eine derartige Gesinnung stets vorgetäuscht wäre; der angebliche Erfahrungssatz ist daher in keiner Weise geeignet, die tatsächliche Feststellung des Berufungsgerichts von der wirklichen Existenz der freundschaftlichen Gesinnung des Erblassers gegenüber der Beklagten im Zeitpunkt der Testamenterrichtung (und darüber hinaus) zu erschüttern. Beide Revisionsrügen wenden sich in unzulässiger Weise gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts.

III.

Auch wenn hiernach die im Testament von 1949 zugunsten der Beklagten enthaltenen Verfügungen durch die Ehescheidung 1952 nicht von selbst unwirksam geworden sind, könnten sie durch Widerruf (§§ 32 ff TestG = §§ 2253 ff BGB) hinfällig geworden sein. Der Widerruf eines Testaments kann - abgesehen von den im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommenden Möglichkeiten der Veränderung der Testamentsurkunde oder ihrer Rücknahme aus amtlicher Verwahrung (§§ 33 Abs. 2, 34 TestG = §§ 2255, 2256 BGB) - nur durch Errichtung eines neuen Testaments erfolgen (§ 33 Abs. 1 TestG = § 2254 BGB). Dieser Widerruf ist, wie jede testamentarische Verfügung, auch im Rahmen eines Erbvertrags denkbar, aber nicht als vertragliche, sondern nur als einseitige Verfügung (§ 2299 BGB). Eine vertrag-

liche Verpflichtung zum Testamentswiderruf ist unzulässig (§ 2302 BGB).

Der Hauptangriff der Revision geht dahin, das Berufungsgericht habe nicht genügend geprüft, ob ein solcher Widerruf vorliege. Auch diese Rügen sind im Ergebnis unbegründet.

1. Die Revision sieht einen Testamentswiderruf in erster Linie in der Vereinbarung, die zwischen dem Erblasser und der Beklagten am 22. Januar 1952 im Anschluß an die Verkündung des Ehescheidungsurteils zu Protokoll des Landgerichts abgeschlossen wurde (sogenanntes Scheidungsabkommen), und rügt insoweit Verkennung der materiellen Rechtslage und Verletzung der Aufklärungspflicht.

Der Revision ist zuzugeben, daß grundsätzlich jede im bürgerlichen Recht vorgeschriebene Form durch die gerichtliche Protokollierung als Prozeßvergleich ersetzt werden kann (Senatsbeschuß BGHZ 14, 381, 386/87). Nicht auf diese Weise ersetzbar ist jedoch das Erfordernis (§§ 2064, 2274 BGB), daß die Widerrufserklärung vom Erblasser persönlich abgegeben werden muß (RGZ 48, 183, 190; Rosenberg, Zivilprozeßrecht 7. Aufl. § 128 I 1; Wieczorek, ZPO § 794 C IV a 6). Ob das bei jenem Scheidungsabkommen auch im Falle persönlicher Anwesenheit des Erblassers rechtlich möglich gewesen wäre, ist im Hinblick auf den Anwaltszwang mehr als zweifelhaft, kann jedoch dahingestellt bleiben. Denn in den Tatinstanzen ist die persönliche Anwesenheit des Erblassers im Protokollierungstermin gar nicht behauptet worden, und zu gerichtlicher Frage danach (§ 139 ZPO) bestand kein Anlaß. Es kommt deshalb auch nicht mehr darauf an, ob der Vergleichsprotokollierung etwa, wie häufig, der beiderseitige Rechtsmittelverzicht hinsichtlich des Ehescheidungsurteils vorausging und c

auch dadurch die formensetzende Wirkung der Protokollierung in Frage gestellt würde (vgl. wegen der Titelwirkung BGHZ 15, 190).

Aber auch wenn man von all diesen Bedenken absieht, liegt noch aus einem andern Grunde kein formgültiges Widerrufstestament vor. Ein gerichtlicher Vergleich ersetzt nämlich die Form nicht für solche Erklärungen, die ihrem Inhalt nach nicht Bestandteil eines Vergleichs sein können (RGZ 48, 183, 187; Schlegelberger, FGG 7. Aufl. Vorbem. 4 vor §§ 167 ff; Dronke, ZZP 30 (1902) S. 47, 52/54; vgl. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil 14. Bearb. § 154 II 1 zu Fußnote 4, der darauf abstellt, ob die Erklärung den Inhalt des Vergleichs bildet oder nur bei Gelegenheit des Vergleichs abgegeben wird). Ob diese inhaltliche Unvereinbarkeit für alle einseitigen Willenserklärungen zutrifft (so RG aaO; dagegen Dronke aaO), kann dahingestellt bleiben. Für den Fall der Testamentserrichtung wird sie jedenfalls mit Recht ganz überwiegend bejaht (RG; Palandt BGB 18. Aufl. § 2247 Anm. 1; Schlegelberger, Dronke aaO; anders Röttemann Rechtspfleger 1954, 249). Davon gilt auch keine Ausnahme für ein Testament, das den bloßen Widerruf eines früheren Testaments zum Inhalt hat, da auch eine solche Verfügung ein echtes Testament darstellt. Durch die - beschränkte - gesetzliche Auflockerung der Formenstrenge im Testamentsrecht der neueren Zeit hat sich an der hier maßgebenden Lage nichts geändert. Das Ziel der Beseitigung eines früheren Testaments kann bei einem Abfindungsabkommen allenfalls dadurch erreicht werden, daß die Beteiligten einen Erbverzichtsvertrag schließen (§ 2352 BGB); er ist auch als Inhalt und demgemäß, wenigstens soweit kein Anwaltszwang besteht (vgl. § 2247 Abs. 2 Satz 1 BGB), in der Form eines Prozeßvergleichs möglich

(BGHZ 14 aaO); dazu ist jedoch in erster Linie Verzichtswille auf Seiten des Bedachten erforderlich, und ein solcher Wille (hier: der Beklagten) ist im vorliegenden Fall weder festgestellt noch auch nur von der Revision behauptet.

Im übrigen wäre im vorliegenden Falle das Ergebnis selbst dann nicht anders, wenn man die rechtliche Möglichkeit der Errichtung eines Widerrufstestaments im Rahmen und in der Form eines Prozeßvergleichs bejahen würde. Denn im vorliegenden Fall hat der von der Revision behauptete Wille des Erblassers, ein früheres Testament zu widerrufen, im Text des Scheidungsabkommens keinen wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden. Das Abkommen enthält, mit Ausnahme eines Vorbehalts hinsichtlich einer Reihe von Hausratsgegenständen in Abschnitt V, ausschließlich Bestimmungen zugunsten der Beklagten und keine einzige zu ihren Lasten: Abschnitt I begründet einen Anspruch auf Unterhaltsrente, II seine Vollstreckbarkeit, III die Abfindung für diese Unterhaltsrente beim Tode des Erblassers, ohne daß von einer Abfindung in sonstiger Hinsicht die Rede ist, Abschn. IV die Pflicht des Erblassers und seiner Erben zur Lastentragung hinsichtlich des (angeblich mit Mitteln des Erblassers erworbenen) Einfamilienhauses der Eltern der Beklagten, Abschn. VI die Kostentragung durch den Erblasser; Abschn. V bestimmt, daß es zwischen dem Erblasser und der Beklagten im übrigen "bei den bisherigen Eigentums- und Besitzverhältnissen bleibe". Keinen Anknüpfungspunkt für die Annahme eines Testamentswiderrufs bietet die eben genannte Bestimmung in Abschn. V, deren natürlicher Sinn gerade nicht auf eine Änderung irgendwelcher Art geht, sondern auf unveränderte Fortgeltung dessen, was bisher zwischen den Scheidungsparteien in Bezug auf die Abgrenzung der beiderseitigen Rechtssphäre galt, also ein-

schließlich der durch das Testament von 1949 bereits begründeten, wenn auch frei widerruflichen und rein tatsächlichen Erwerbssaussicht der Beklagten. In Abschn. IV sind allerdings die Beklagte als Gläubigerin und "die Erben" des Erblassers als Schuldner einander gegenübergestellt; aber auch das läßt sich, wie es das Berufungsgericht tut, zwanglos mit der Möglichkeit erklären, daß die testamentarische Berufung der Beklagten zur Erbin aus dem Jahre 1949 jederzeit widerruflich war und der Erblasser sich einerseits diese Widerrufsmöglichkeit weiter freihalten und andererseits gerade für den Widerrufsfall die Beklagte, die dann Nichterbin geworden wäre, bzw. ihre Eltern hinsichtlich der Grundstückslasten begünstigen wollte. Und selbst wenn hieraus geschlossen werden könnte, der Erblasser habe sich bei Abschluß des Scheidungsabkommens vorgestellt, daß andere Personen als die Beklagte seine Erben sein würden, so hätte diese Vorstellung nach dem eigenen Vortrag der Klägerinnen in beiden Tatinstanzen auf dem (nach dem oben II Gesagten irrigen) Glauben beruht, daß die frühere Erbeinsetzung der Beklagten durch die nunmehrige Ehescheidung von selbst unwirksam würde. Der erstmals in der Revisionsbegründung vertretene Gedanke, der Erblasser habe im Scheidungsabkommen den Testamentswiderruf verfügen, also die künftige erbrechtliche Lage durch eigenen rechtsgestaltenden Akt entscheidend ändern wollen, stellt keine bloße rechtliche Würdigung, sondern eine neue Behauptung tatsächlicher Art (über den Willen des Erblassers zur Zeit des Scheidungsabkommens) dar, die mit dem bisherigen Tatsachenvortrag der Klägerinnen unvereinbar ist. Das Berufungsgericht hatte auch keinen Anlaß und daher nicht die Pflicht (§ 139 ZPO), eine dahingehende, dem Hauptvortrag diametral entgegengesetzte Hilfsbehauptung der Klägerinnen anzuregen. Auch aus diesem Grunde ist die Hauptrüge der Revision unbegründet.

2. Die Revision rügt schließlich ungenügende Prüfung, ob das Testament von 1949 durch weitere Testamente widerrufen und trotz Aufhebung dieser Widerrufstestamente nicht wieder aufgelebt sei.

Der Revision ist zuzugeben, daß bei Widerruf eines Widerrufstestaments das ursprüngliche Testament nur im Zweifel wieder auflebt, also dann nicht, wenn ausnahmsweise ein anderer Wille des Erblassers nachgewiesen wird (§ 36 TestG = § 2258 BGB in der Fassung von 1953, im Gegensatz zu der bis 1938 geltenden Fassung). Der Revision ist weiter zuzugeben, daß das Berufungsgericht die Frage, ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, nicht geprüft hat. Aber auch hierin liegt kein für die Entscheidung ursächlicher Rechtsverstoß.

Denn das Berufungsurteil enthält weder eine tatsächliche Feststellung dahin, daß der Erblasser ein oder mehrere Widerrufstestamente errichtet habe, noch dahin, daß er auch sie widerrufen habe. Die einschlägigen Ausführungen des Berufungsurteils (S. 29/30) knüpfen an den vorhergehenden Absatz an, wo hinsichtlich einer von den Klägerinnen für die Willensrichtung des Erblassers ins Feld geführten Broschüre über die Ehescheidung gesagt wird: es steht nicht fest, daß der Erblasser diese Broschüre gelesen habe, schon deshalb könne aus ihrem Inhalt nicht auf eine bestimmte Willensrichtung des Erblassers geschlossen werden. Wenn das Berufungsgericht fortfährt, "das gleiche" gelte von dem "Umstand" der Errichtung und des Widerrufs beider Testamente, so besagt das sprachlich, daß weder die Errichtung noch der Widerruf solcher Testamente nachgewiesen sei und deshalb aus ihnen nicht auf einen bestimmten Willen des Erblassers (hinsichtlich der Fortgeltung des Testaments von 1949) geschlossen werden könne;

das Wort "Umstand" ist hier ersichtlich nicht im Sinne einer tatsächlichen Feststellung gebraucht, sondern als rein sprachliche Einleitung des folgenden Daß-Satzes ohne gegenständlichen Sinn, oder doch höchstens nur im Sinne eines behaupteten Umstands. Auch die folgenden Sätze enthalten keine tatsächliche Feststellung über das Vorhandensein von Widerrufstestamenten der einen oder anderen Art, sondern wollen ersichtlich nur besagen, die etwaige Vernichtung dieser Testamente lasse keinen Schluß darauf zu, daß der Erblasser auch das Testament von 1949 (hinsichtlich der Verfügungen zugunsten der Beklagten) für hinfällig gehalten habe.

Hiernach ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt, daß der Erblasser nach dem Testament von 1949 ein weiteres Testament errichtet habe, durch das die umstrittenen Verfügungen des Testaments von 1949 ausdrücklich oder inhaltlich widerrufen wurden (§§ 2254, 2258 BGB). Das entspricht dem im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen, von der Revision nicht in Zweifel gezogenen Parteivortrag beider bisherigen Instanzen. Danach haben die Klägerinnen lediglich vorgetragen, der Erblasser habe laufend nach dem 3. Juli 1949, so 1950 und 1952, Testamente errichtet und wieder zurückgenommen (BU 8; vgl. GA 79, 130), und die Beklagte hat lediglich erwidert, die späteren Testamente des Erblassers enthielten keine grundsätzlich andere Regelung als das von 1949 (GA 105). Konkrete Angaben über den Inhalt der Testamente hat keine Partei gemacht. Unter diesen Umständen hält das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß schon für nicht nachgewiesen, daß der Erblasser ein Testament errichtet habe, in welchem die die Beklagte begünstigenden Verfügungen des Testaments von 1949 widerrufen worden wären; auf die Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der angeblichen Errichtung und erst-

recht im Zeitpunkt des angeblichen Widerrufs solcher Widerrufstestamente kam es infolgedessen nicht mehr an. Das gilt auch von dem von der Revision hervorgehobenen sogenannten Testament von 1951, das von den Klägerinnen selbst in den beiden Vorinstanzen nur als Testamentsentwurf bezeichnet worden war; darauf, welchen Inhalt es gehabt habe, ergibt sich aus dem von der Revision hierfür herangezogenen Schreiben des Rechtsanwalts F. [REDACTED] vom 27. Februar 1953 (inhaltlich wiedergegeben im Schriftsatz GA 87) keinerlei zwingender oder auch nur wahrscheinlichkeitsmäßiger Schluß. Unter diesen Umständen sind die den angeblichen Erblasserwillen in jenen späteren Zeitpunkten betreffenden Revisionsrügen gegenstandslos.

IV.

Da das Berufungsurteil auch im übrigen keinen Verstoß gegen materielles Recht erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus §§ 97, 100 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen. Zu einer ungleichen Kostenverteilung (§ 100 Abs. 2 ZPO) bestand kein Anlaß.

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Offterdinger