



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IV ZR 187/03

Verkündet am:  
7. Juli 2004  
Fritz  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

BGB §§ 2268 Abs. 2, 2271 Abs. 1 Satz 2

Über § 2268 Abs. 2 BGB fortgeltende wechselbezügliche Verfügungen behalten auch nach Scheidung der Ehe ihre Wechselbezüglichkeit und können nicht gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB durch einseitige Verfügung von Todes wegen aufgehoben werden.

BGH, Urteil vom 7. Juli 2004 - IV ZR 187/03 - Kammergericht  
LG Berlin

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Dr. Schlichting, Wendt, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Felsch auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2004

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 23. Zivilsenats des Kammergerichts vom 30. Juni 2003 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die testamentarische Erbfolge nach der Mutter der Klägerin.

Die Erblasserin war von 1965 bis 1986 mit dem Vater der Klägerin verheiratet. Seit der Trennung 1983 lebte sie mit dem Beklagten zusammen.

Durch notarielles gemeinschaftliches Testament vom 10. November 1980 setzten sich die Eltern der Klägerin gegenseitig als befreite Vorerben und die Klägerin als Nacherbin ein. In einer schriftlichen "Erklärung" vom 24. November 1980 teilte die Erblasserin unter anderem mit, sich vom Vater der Klägerin trennen und ihm Entschädigungsleistungen für erbrachte Verwaltungstätigkeiten erbringen zu wollen, und erklärte sodann "unwiderruflich", ihr etwaiger neuer Ehepartner werde keinerlei Rechte an ihrem Grundbesitz erhalten, "der Besitz bleibt in vollem Umfang unserer Tochter Michaela als künftigen Alleinerbin".

1988 errichtete die Erblasserin ein notarielles Testament, in dem sie unter Aufhebung aller bisherigen letztwilligen Verfügungen die Zoologischer Garten Berlin AG zu ihrer Alleinerbin einsetzte, der Klägerin eine lebenslange Rente und dem Beklagten ein lebenslanges Wohnrecht in einem ihrer Häuser vermachte.

Anfang August 1995 wurde bekannt, daß die Erblasserin an einem unheilbaren Tumorleiden mit einer Lebenserwartung von nur noch wenigen Monaten erkrankt war. Ende August 1995 heiratete sie den Beklagten. Am 6. September 1995 nahm sie das Testament von 1988 aus amtlicher Verwahrung zurück und errichtete am 15. September 1995 ein eigenhändiges Testament. Darin setzte sie den Beklagten als befreiten Vorerben und die Klägerin als Nacherbin ein und traf weitere Verfügungen unter anderem zur Testamentsvollstreckung auch für den Nacherbfall. Am 4. Februar 1996 verstarb sie.

Die Klägerin meint, die Erbfolge richte sich nach dem gemeinschaftlichen Testament von 1980, weil ihre Eltern bei der Beurkundung

den Willen gehabt hätten, daß die gemeinschaftlichen Verfügungen über die Ehe hinaus Bestand haben sollten. Außerdem könne die Erklärung vom 24. November 1980 als letztwillige Verfügung zu ihren Gunsten angesehen werden.

Ferner behauptet sie, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments von 1995 infolge ihrer Erkrankung und Behandlung mit begleitender Verordnung von Opiaten testierunfähig gewesen.

Die Klägerin begehrt die Feststellung, daß sie Nacherbin nach ihrem Vater als Vorerben, hilfsweise Alleinerbin ohne Belastung des Nachlasses durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung ist.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt sie ihr Feststellungsbegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Ehegatten bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments von 1980 den Willen hatten, daß ihre letztwilligen Verfügungen auch im Falle einer späteren Scheidung wirksam sein sollten. Diese Verfügungen seien in jedem Fall entweder durch das Testament von 1988 oder das Testament von 1995

aufgehoben worden (§ 2258 Abs. 1 BGB). Die Sperrwirkung, die durch die Wechselbezüglichkeit der im gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügungen an sich eingetreten sei gegenüber Aufhebungen durch bloße einseitige neue Verfügung von Todes wegen eines Ehegatten, sei mit Scheidung der Ehe entfallen. Für diese Ansicht macht sich das Berufungsgericht die Ausführungen von Muscheler, DNotZ 1994, 733 ff. zu eigen. Danach müsse zwischen Fortgeltung letztwilliger Verfügungen gemäß § 2268 Abs. 2 BGB einerseits und ihrer Aufhebbarkeit gemäß § 2271 Abs. 1 BGB andererseits unterschieden werden. Die Unaufhebbarkeit wechselbezüglicher Verfügungen durch eine neue Verfügung von Todes wegen eines Ehegatten gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB ende zwingend mit der Ehe. Nach Auflösung der Ehe fehle es an der inneren Rechtfertigung für das Verbot einseitiger Aufhebbarkeit. Auf den von der Klägerin behaupteten Fortgeltungswillen ihrer Eltern komme es daher nicht an.

Ebensowenig spiele die von der Klägerin behauptete Testierunfähigkeit ihrer Mutter bei Errichtung des letzten Testamentes eine Rolle. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, müsse wegen des engen zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs auch bei der Rücknahme des vorherigen Testamentes von fehlender Testierfähigkeit ausgegangen werden. Die Annahme, die Erblasserin sei bei der ebenfalls Testierfähigkeit voraussetzenden Rücknahme dieses für die Klägerin und den Beklagten nachteiligen Testamentes am 6. September 1995 im Vollbesitz ihrer Geisteskräfte gewesen, habe aber am 15. September 1995 nur infolge einer Beeinträchtigung ihrer Geistes- und Willenskraft zugunsten des Beklagten testiert, sei rein theoretisch.

Ob die Erklärung vom 24. November 1980 als letztwillige Verfügung und Erbeinsetzung der Klägerin anzusehen sei, könne dahinstehen, da eine solche Verfügung ebenfalls durch eines der beiden späteren Testamente aufgehoben worden wäre.

II. Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob wechselbezügliche Verfügungen, die nach § 2268 Abs. 2 BGB fortgelten, nur nach den für den Rücktritt vom Erbvertrag geltenden Vorschriften widerrufen, nicht aber durch einseitige Verfügung von Todes wegen aufgehoben werden können (§ 2271 Abs. 1 BGB). In diesem für alle weiteren im Streitfall aufgeworfenen Fragen vorrangigen Punkt hält das Berufungsurteil rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Revisionsrechtlich ist in Ermangelung tatrichterlicher Feststellungen zugunsten der Klägerin von dem Willen ihrer Eltern bei Beurkundung des gemeinschaftlichen Testamentes auszugehen, daß die darin getroffenen letztwilligen Verfügungen über den Bestand der Ehe hinaus fortgelten sollten. In diesem Fall scheidet eine Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügungen durch einseitige neue Verfügung von Todes wegen eines Ehegatten aus (§§ 2268 Abs. 2, 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB). Daß es sich nach den Vorstellungen der Eheleute bei der gegenseitigen Einsetzung zu Vorerben unter Einsetzung der Klägerin zur Nacherbin des Längstlebenden um korrespondierende Verfügungen handeln sollte, also um Verfügungen, die sich in ihrer Rechtswirksamkeit bedingen im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB, ist nicht im Streit. An diese wechselbezüglichen Verfügungen sind die Eltern der Klägerin insoweit gebunden geblieben, als die nachfolgenden Testamente der Erblasserin daran nichts mehr

ändern konnten. Der allein mögliche Widerruf in der für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Form (§§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 BGB), ist nicht erfolgt. Die im gemeinschaftlichen Testament verfügte Erbfolge hat danach ihre Wirkung behalten.

2. a) In der Rechtsprechung ist einhellig anerkannt, daß gemäß § 2268 Abs. 2 BGB die Verfügungen gemeinschaftlich testierender Ehegatten trotz späterer Auflösung der Ehe oder gleichgestellter Voraussetzungen (§ 2077 Abs. 1 Satz 2 oder 3 BGB) bei entsprechendem Willen voll inhaltlich aufrecht erhalten bleiben können. Ein solcher für den Zeitpunkt der Testamentserrichtung festzustellender Wille kann sich auch auf wechselbezügliche Verfügungen beziehen, die dann über den Bestand der Ehe hinaus ihre in §§ 2270, 2271 BGB normierten Wirkungen behalten. Gemeinschaftliche Testamente bleiben gültig, soweit dies dem Aufrechterhaltungswillen der Erblasser entspricht (BayObLG NJW 1996, 133; FamRZ 1994, 193; OLG Stuttgart FamRZ 1977, 274; vgl. auch OLG Hamm OLGZ 1994, 326; FamRZ 1992, 478).

b) Diese Auffassung, die in der Literatur Gefolgschaft gefunden hatte (Soergel/Wolf, BGB 12. Aufl. § 2268 Rdn. 3; Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts 3. Aufl. § 38 I 2), hat Muscheler (aaO) in Frage gestellt. Auch er geht zwar mit der ganz herrschenden Meinung davon aus, daß wechselbezügliche Verfügungen über § 2268 Abs. 2 BGB wirksam bleiben können (aaO S. 740). Nach Auflösung der Ehe spricht er aber diesen Verfügungen die Wechselbezüglichkeitswirkung ab; diese ende zwingend mit der Ehe (aaO S. 742). Hätte der Gesetzgeber das Bestehenbleiben auch der Wechselbezüglichkeit gewollt, hätte er das in § 2271 BGB ausdrücklich geregelt. Der mit § 2268 Abs. 2 BGB verfolgte

Aufrechterhaltungszweck beziehe sich lediglich auf das Privileg für Eheleute, ein gemeinschaftliches Testament nach der in § 2267 BGB festgelegten Besonderheit durch bloßes Mitunterzeichnen eines Ehegatten errichten zu dürfen, nicht aber auf die ihnen über § 2271 BGB eröffnete materielle Möglichkeit, ihren Verfügungen insoweit bindenden Charakter zu verleihen. Dem hat sich - jedenfalls im Ergebnis - ein Teil der Lehre angeschlossen (J. Mayer in Dittmann/Bengel/Reimann, Testament und Erbvertrag 4. Aufl. § 2268 Rdn. 12; Erman/Schmidt, BGB 11. Aufl. § 2268 Rdn. 5; Staudinger/Kanzleiter, BGB [1998] § 2268 Rdn. 11; AnwK-BGB/Gierl, [2004] § 2268 Rdn. 10; Leipold, Erbrecht 14. Aufl. Rdn. 458 Fn. 5; Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. § 24 I 6 Fn. 26).

2. Der Senat vermag dieser zuletzt genannten Ansicht nicht zu folgen.

Bereits für die Ausgangsthese Muschelers, Eheleute sollten nicht für eine Zeit Wechselbezüglichkeit begründen können, während der sie ein gemeinschaftliches Testament gar nicht errichten dürfen (aaO S. 743), fehlt es an einer überzeugenden Begründung. Dem Gesetz ist für diese Forderung nichts zu entnehmen. Es stützt vielmehr das Gegenteil, indem es über § 2268 Abs. 2 BGB umfassend die Fortgeltung sämtlicher Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten bei entsprechendem Willen der Testierenden vorsieht. Für eine mit dieser einschränkungslosen Fortgeltung zugleich angeordnete Beschränkung der Bindungswirkung des § 2271 Abs. 1 BGB durch den Fortfall der Wechselbezüglichkeit besteht kein Anhalt. Das Gesetz und seine Entstehungsgeschichte geben dafür nichts her. Einer solchen Grundlage hätte es aber bedurft, um dem entgegenstehenden Erblasserwillen die Wirkung zu ent-

ziehen. Die Beschränkung der Wechselbezüglickeitsgeltung hätte der gesetzlichen Regelung bedurft, nicht aber die uneingeschränkte Fortgeltung, die bereits in § 2268 Abs. 2 - nach Wortlaut und Zweck nicht missverständlich - angelegt ist. Fehlt aber bereits der Ausgangsüberlegung die erforderliche Grundlage im Gesetz, kann den weiteren von dieser Auffassung herangezogenen Gesichtspunkten keine tragfähige Bedeutung mehr zukommen.

a) § 2265 BGB behält die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente ausschließlich Eheleuten vor. Bestand und Fortbestand der Ehe bilden die Grundlage gemeinschaftlicher Testamente. Entfällt diese Grundlage, soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers grundsätzlich auch das Testament seine Wirkung insgesamt einbüßen, womit die schwierige Unterscheidung zwischen korrespektiven und nicht korrespektiven Verfügungen vermieden werde (Protokolle V 447; OLG Hamm FamRZ 1992, 478; MünchKomm/Musielak, BGB 3. Aufl. § 2268 Rdn. 1). Dem trägt die dispositive Auslegungsregel des § 2268 Abs. 1 BGB Rechnung, wonach entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf Hinfälligkeit des Testamentes für den Scheidungsfall usw. gerichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1959 - V ZR 97/58 - FamRZ 1960, 28 unter II 2 a zu dem insoweit vergleichbaren § 2077 Abs. 1 BGB), das gemeinschaftliche Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam ist, wenn die Ehe zu Lebzeiten beider Partner wegfällt. Dabei ist es ohne Belang, ob das gemeinschaftliche Testament ein gegenseitiges, ein wechselbezügliches oder weder das eine noch das andere ist (Staudinger/Kanzleiter, aaO § 2268 Rdn. 1).

b) Von diesem Grundsatz macht § 2268 Abs. 2 BGB für den Fall der Scheidung oder Aufhebung der Ehe und für die dem gleichgestellten Fälle eine Ausnahme. Die Verfügungen bleiben - wiederum unabhängig davon, ob es sich um gegenseitige, wechselbezügliche oder um keines von beiden handelt - insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diese Fälle getroffen sein würden. Dabei kommt es, wenn der wirkliche Wille nicht feststellbar ist, auf den hypothetischen Willen im Zeitpunkt der Errichtung des Testamentes an (BGH, aaO unter II 2 a und c). Ein solcher Aufrechterhaltungswille wird bereits dann ausscheiden, wenn der Fortbestand der Ehe als nicht unwesentliches mitbestimmendes Motiv für die Verfügung noch in Betracht kommt (OLG Hamm FamRZ 1992, 478 f.). Beweislast und materielle Feststellungslast für die Gründe, aus denen sich der Aufrechterhaltungswille ergibt, an dessen Feststellung keine niedrigen Anforderungen zu stellen sind, liegen bei demjenigen, der aus dem gemeinschaftlichen Testament Rechte herleiten will (vgl. BGH, aaO unter II 2 a; OLG Hamm aaO; MünchKomm/Musielak, aaO § 2268 Rdn. 9; Staudinger/Kanzleiter, aaO § 2268 Rdn. 10).

c) § 2268 Abs. 2 BGB stellt nach dieser gesetzlichen Konzeption für die angeordnete Rechtsfolge, daß die Verfügungen wirksam bleiben, einzig und allein auf den Willen der Eheleute im Zeitpunkt der Testamenterrichtung ab. Dieser Wille ist maßgeblich nicht nur für das gemeinschaftliche Testament als Rahmen, sondern für jede einzelne Verfügung mit ihrem spezifischen Inhalt, ohne daß insoweit Grenzen gezogen sind. Insbesondere gibt die Vorschrift keinen Raum für eine Differenzierung nach der Art der Verfügung oder gar für eine unterschiedliche Behandlung von wechselbezüglichen und nicht wechselbezüglichen Verfügungen.

Daß das Gesetz wechselbezüglichen Verfügungen in den §§ 2270, 2271 BGB besondere (Bindungs-)Wirkungen beilegt, ändert daran nichts. Die Verfügungen gelten fort mit dem Inhalt, den sie von den Testierenden bekommen haben. Nach ihren Vorstellungen und ihrem Willen entscheidet sich aber, ob eine Verfügung zu einer anderen Verfügung im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehen soll. Daß das Gesetz solchen Verfügungen, wenn die Testierenden verheiratet sind, besondere Wirkungen zumißt, kann die gesetzlich angeordnete Fortgeltung bei entsprechendem Willen mit eben diesen gesetzlich festgelegten Wirkungen nicht in Zweifel ziehen.

d) Mit § 2268 Abs. 2 BGB wird auf diese Weise Eheleuten die Möglichkeit eröffnet, über die Dauer der Ehe hinaus zu testieren. Wie weit diese nachehelich wirkenden letztwilligen Verfügungen inhaltlich reichen sollen, wird von der jeweiligen durch die übereinstimmenden Vorstellungen der Ehepartner geprägten Willensrichtung bestimmt, die als wirkliche oder jedenfalls hypothetische feststellbar sein muß. Dieser Wille ist - im Rahmen des gesetzlich Zugelassenen - entscheidend; er gilt auch für die Abhängigkeit von Verfügungen im Sinne der Wechselbezüglichkeit. Eine von der Gegenansicht geforderte Wirkungsgrenze für die durch den Willen der Testierenden geschaffene Wechselbezüglichkeit durch das Ende der Ehe hat im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Durch die gemeinschaftliche Errichtung wird für wechselbezügliche Verfügungen, auch wenn diese für solche Testamente nicht wesensbestimmend sind, eine gewisse Bindung erreicht (Staudinger/Kanzleiter, aaO Vorbem. zu §§ 2265 ff. Rdn. 24). In den von § 2268 Abs. 2 BGB geregelten Fallgestaltungen sollen diese Verfügungen nach dem maßgeblichen Willen der Testierenden Geltung behalten auch nach der Ehe. Der

Testierenden Geltung behalten auch nach der Ehe. Der Beachtung und Durchsetzung des wirklichen Willens bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen kommt schon allgemein grundsätzliche Bedeutung zu, § 133 BGB; bei letztwilligen Verfügungen gilt dies ganz besonders, § 2084 BGB (BGH, aaO unter II 2 a). Diesem das gesamte Erbrecht beherrschenden Grundsatz liefe es zuwider, wenn man der von den Ehepartnern gewollten Wechselbezüglichkeit von Verfügungen mit Ende der Ehe - gleichsam gegen ihren Willen - ohne ausreichende gesetzliche Legitimation die Wirkung entzöge.

III. Das Berufungsgericht wird daher zunächst die erforderlichen Feststellungen zu dem behaupteten Fortgeltungswillen nachzuholen haben. Von diesem Ergebnis hängt es ab, inwieweit dem weiteren Vorbringen zur Frage der Testierfähigkeit und der Wirkung der "Erklärung" der Erblasserin vom 24. November 1980 Bedeutung zukommen kann. Insoweit weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß vor dem Hintergrund der im Erbscheinsverfahren eingeholten ärztlichen Stellungnahmen Bedenken bestehen, ob das Vorbringen der Klägerin zur Testierunfähigkeit

schlüssig ist und ob für die etwaige Einholung eines Sachverständigen-  
gutachtens zu dieser Frage ausreichende Anknüpfungstatsachen darge-  
tan sind.

Terno

Dr. Schlichting

Wendt

Dr. Kessal-Wulf

Felsch