

Nr. 889 LG Freiburg – BGB §§ 2257, 2258, 2271, 2289
(6. ZK, rkr. Urteil v. 19.4.2018 – 6 O 242/17)

Ein zunächst unwirksames Testament wird wirksam, wenn die Bindungswirkung entgegenstehender Verfügungen von Todes wegen nachträglich, etwa durch Erbausschlagung aller Begünstigten, entfällt.

(Leitsatz der Redaktion)

Die Klägerin begehrt die Feststellung, sie sei Alleinerbin des 2014 verstorbenen J (im Folgenden: „Erblasser“) geworden.

Die Klägerin war zum Todeszeitpunkt die Ehefrau des Erblassers, die Beklagten dessen Eltern. Der Erblasser hinterließ zudem zwei Kinder aus erster Ehe, N geb. J und S geb. J sowie das Enkelkind D.

Am 18.8.2008 errichtete der Erblasser mit seiner ersten Ehefrau ein gemeinschaftliches [gem.] Testament mit folgendem Inhalt:

„Testament

Hiermit setzen wir uns gegenseitig als Alleinerben ein. Sollte eines unserer Kinder beim Tod des Erststerbenden seinen Pflichtteil verlangen, so soll es auch beim Tod des Zweitsterbenden nur den Pflichtteil erhalten. Der überlebende Ehegatte entscheidet dann über die weitere Verfügung.

Da unsere Tochter N schon seit Jahren keinen Kontakt zu uns wünscht wird sie auch aus groben Undank keinen Erbeil erhalten. Somit wird unsere Tochter S, oder deren Abkömmlinge, alles erhalten.

Meine Schwester B geb. J erhält im Hause X ein leibtägliches Nutzungsrecht. Dafür hat sie die jährlichen Bewirtschaftungskosten zu tragen. Es ist nicht übertragbar.

E. . ., 18.08.08.

B. J.

J. J.“

Nach dem Tod seiner ersten Ehefrau schloss der Erblasser mit seiner zweiten Ehefrau am 8.12.2009 einen notariell beurkundeten Ehevertrag, in welchem Gütertrennung vereinbart wurde, und heiratete sie sodann am 11.10.2010. Am 10.10.2011 verfasste der Erblasser ein handschriftliches Testament mit folgendem Inhalt:

„Testament

Im Falle meines Todes vermache ich meinen ganzen Besitz und alle beweglichen Güter meiner Frau H J.

Meine beiden leiblichen Kinder N u. S sollen nur ihren Pflichtteil erhalten.

E. . ., 10.10.11

J. J.“

Nach dem Tod des Erblassers wurden die Töchter des Erblassers, N und S, sowie die Enkeltochter D mit Schreiben des NachlG über eine mögliche Erbenstellung informiert. Sie schlugen am 23.9.2014 die Erbschaft aus, wobei D durch ihre Eltern vertreten wurde.

Am 18.8.2015 erteilte das Notariat ausgehend vom Eingreifen der gesetzlichen Erbfolge einen Erbschein, in dem die Klägerin zu $\frac{3}{4}$ und die Beklagten zu je $\frac{1}{8}$ als Erben ausgewiesen wurden. Dieser Erbschein wurde mit Beschluss vom 17.2.2017 wegen Unrichtigkeit eingezogen, da bei der Bemessung der Erbteile die im Ehevertrag vereinbarte Gütertrennung nicht berücksichtigt worden sei. Im März 2017 stellte die Klägerin Antrag beim Notariat auf Erbscheinerteilung, wobei sie als Alleinerbin im Erbschein ausgewiesen werden sollte. Im April 2017 stellten die Beklagten beim Notariat Antrag auf Erbscheinerteilung, wobei die Klägerin als Erbin zu $\frac{1}{2}$ und die Beklagten als Erben zu je $\frac{1}{4}$ ausgewiesen werden sollten. Ein Erbschein wurde bisher nicht erteilt.

Die Klägerin ist der Auffassung, aufgrund des Testaments vom 10.10.2011 Alleinerbin geworden zu sein. Durch die Ausschlagung seien die wechselbezüglichen Verfügungen des ersten Testaments gegenstandslos geworden und stünden der Wirksamkeit der testamentarischen Erbeinsetzung der Klägerin nicht entgegen.

Die Beklagten meinen, der Erblasser sei wegen der Bindungswirkung der Verfügungen des ersten Testaments weiter gebunden gewesen und habe nicht wirksam neu testieren können. Die Ausschlagung der

wechselbezüglich eingesetzten Erben habe nicht zu einer Beseitigung der Bindungswirkung geführt. . . .

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

Die Klägerin wurde durch das Testament des Erblassers vom 10.10.2011 **wirksam als Alleinerbin** eingesetzt. Es kann offenbleiben, ob die Schlusserbeneinsetzung der Tochter S und die Ersatzerbeneinsetzung der Abkömmlinge der Tochter S wechselbezüglich erfolgt sind, weil diese Erbeinsetzung durch die am 18.8.2015 unstreitig form- und fristgerecht erklärten Ausschlagungen der Erbschaft durch die Schluss- sowie die Ersatzerbin gegenstandslos geworden sind. Sie stehen einer Erbeinsetzung der Klägerin mithin nicht mehr entgegen.

In einem gem. Testament können die Eheleute sog. wechselbezügliche Verfügungen treffen, die nach dem Tod des einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten nicht mehr abgeändert werden können. Der Umfang und die Wirkung der Bindung ist teilweise in § 2271 BGB festgelegt; ergänzend wird die Regelung zur Wirkung vertragsmäßiger Verfügungen in einem Erbvertrag in § 2289 BGB herangezogen (*Palandt/Weidlich*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2271 Rz. 12).

Die Vorschrift des § 2289 Abs. 1 BGB ordnet nach ihrem Wortlaut die Unwirksamkeit früherer und nachträglicher letztwilliger Verfügungen an, soweit sie den Bedachten einer vertragsmäßigen Verfügung beeinträchtigen. Dieser Wortlaut wird von der allgemeinen Meinung dahingehend ausgelegt, dass beeinträchtigende Verfügungen nicht schlechthin nichtig sind. Sie sind nur **insoweit und solange unwirksam**, als sie für den vertragsmäßig/wechselbezüglich Bedachten eine **nachteilige Wirkung** entfalten. Denn nach allgemeiner Meinung wird der Erblasser durch bindende Verfügungen nicht in seiner Testierfähigkeit, sondern nur in seiner **Testierfreiheit** beschränkt. Unter Anwendung des in den Regelungen der §§ 2257, 2258 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden **Rechtsgedankens**, dass ein widerrufenes Testament wieder auflebt, wenn das Widerrufstestament seinerseits widerrufen wird, leben vertragsmäßige/wechselbezügliche Verfügungen dann wieder auf, wenn die Bindungswirkung entgegenstehender Verfügungen nachträglich entfällt

(vgl. *OLG Zweibrücken*, FamRZ 1989, 1355, juris Rz. 12; *BGH*, FamRZ 2004, 1562, juris Rz. 16; *Reymann*, in: *Herberger/Martinek/Rüßmann* u. a., jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 2271 Rz. 63; *MünchKomm/Musielak*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 2271 Rz. 12, 16).

Im vorliegenden Fall ist nach dieser Ansicht die mit Testament vom 10.10.2011 erfolgte Erbeinsetzung der Klägerin dann wirksam, wenn hierdurch die Erbrechte der Tochter S und der Enkeltochter D nicht beeinträchtigt werden. Genau diese Situation ist eingetreten, als beide Erben die Erbschaft wirksam ausgeschlagen haben. Die **Ausschlagung** ist ein in der Rechtslehre anerkannter Fall, der **wechselbezügliche oder vertragsmäßige Verfügungen gegenstandslos werden lässt**

(vgl. nur *Staudinger/Kanzleiter*, BGB, 2014, § 2271 Rz. 37; *MünchKomm/Musielak*, § 2271 Rz. 20; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rz. 13; *S. Kappler/T. Kappler*, in: *Erman*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2271 Rz. 19).

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Urteil des *OLG Karlsruhe* vom 8.7.1998 – 6 U 138/96. Der Erblasser hatte in dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt zu Lebzeiten beider Ehegatten nachträglich Verfügungen getroffen, die einer wechselbezüglichen Verfügung in einem zuvor errichteten gem. Testament entgegenstanden. Das Gericht sah diese Verfügungen generell als nichtig an, weil sie nicht der Formvorschrift für den Widerruf eines gem. Testaments gemäß §§ 2271 Abs. 1, 2296 Abs. 1 BGB entsprachen. Die Ausschlagung durch die wechsel-

bezüglich bedachte Ehefrau wurde damit als nicht relevant angesehen. Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall nicht zu übertragen. Einerseits erfolgten die Verfügungen des Erblassers im vorliegenden Fall nach dem Tod der ersten Ehefrau, sodass die Formvorschriften der §§ 2271 Abs. 1, 2296 Abs. 1 BGB nicht anwendbar und die Sachverhalte mithin nicht vergleichbar sind. Andererseits überzeugt die Schlussfolgerung des OLG Karlsruhe nicht, die letztwilligen Verfügungen hätten den besonderen Formanforderungen an einen Widerruf wechselseitiger Verfügungen zu genügen. Sie steht der Auslegung des entsprechend heranzuziehenden § 2289 Abs. 1 BGB durch die dargestellte herrschende Rechtsprechung und Rechtslehre entgegen, ohne dass eine nachvollziehbare und überzeugende Begründung ersichtlich wäre (vgl. zur Kritik auch *OLG Bremen*, FamRZ 2013, 661).

Es besteht auch unter dem Gesichtspunkt, dass die Bindungswirkung erst nach dem Erbfall entfällt, kein Grund, von der allgemeinen Meinung abzuweichen. Der Ausschlagung ist immanent, dass eine ursprünglich nicht vorgesehene Person aufgrund eines mehr oder weniger zufälligen Ereignisses zum Erben wird. Deshalb von dem erbrechtlichen Grundsatz abzuweichen, dem Willen des Erblassers soweit wie möglich Geltung zu verschaffen, besteht kein Anlass. Es ist auch nicht einzusehen, warum der Fall eines **Gegenstandsloswerdens bindender Verfügungen durch ein Vorversterben** anders behandelt werden sollte als der Fall einer Ausschlagung.

Schließlich sind im vorliegenden Fall auch **keine schutzwürdigen Interessen** der ersten Ehefrau des Erblassers **beeinträchtigt**. Diese hatte ausweislich des Testaments ein Interesse an der Erbeinsetzung ihrer Tochter und ggf. von deren Abkömmlingen. Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser darüber hinaus in seiner Testierfreiheit beschränkt werden sollte, lassen sich weder dem Testament entnehmen, noch ergeben sie sich aus der allgemeinen Lebenserfahrung. Im Testament ist vielmehr ausdrücklich für den Fall der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs durch den Schlusserben das Recht des überlebenden Ehegatten vorgesehen, dann wieder frei zu testieren. Die Möglichkeit eines Wiederauflebens der Testierfreiheit, wenn der vorgesehene Schlusserbe wegfällt, war den testierenden Eheleuten mithin bewusst, eine über den Wortlaut des Testaments hinausgehende Beschränkung der Testierfreiheit ersichtlich nicht gewollt. . . .

(Mitgeteilt von RAin M. Tiszauer, Tübingen)

Nr. 890 OLG Oldenburg – BGB §§ 130 II, 2271 I S. 1

(3. ZS, Beschluss v. 20.12.2017 – 3 W 112/17 (NL))

1. Der Widerruf eines gemeinschaftlichen wechselseitigen Testaments kann dem anderen Ehegatten auch noch nach dem Tod des Erblassers zugehen, wenn dieser alles getan hat, damit der Widerruf dem anderen Teil zugeht.

2. Durch die unwirksame Zustellung einer beglaubigten Abschrift der Widerrufsurkunde zu Lebzeiten des Erblassers wird dessen Zustellungsanweisung nicht verbracht.

(Leitsätze der Redaktion)

Gründe:

I.

Der Beschwerdeführer wendet sich mit seiner Beschwerde gegen den Beschluss des NachlG vom 27.10.2017, durch den die Tatsachen für

den von den Beschwerdegegnern beantragten Erbschein für festgestellt erachtet werden.

Der Beschwerdeführer war der Ehemann der Erblasserin. Die Eheleute haben am 28.2.2003 ein privatschriftliches gemeinschaftliches wechselseitiges Testament verfasst und dieses sodann in amtliche Verwahrung gegeben. Die Erblasserin hat dieses Testament mit notarieller Urkunde vom 9.11.2016 widerrufen und den Notar angewiesen, den Widerruf dem Beschwerdeführer in Ausfertigung zustellen zu lassen. Mit einem notariellen Testament vom gleichen Tage hat die Erblasserin ihre Geschwister, die Beschwerdegegner, zu ihren Erben eingesetzt.

Ausweislich einer Postzustellungsurkunde wurde eine beglaubigte Abschrift der Widerrufsurkunde dem Beschwerdeführer am 14.11.2016 durch Einlegung in den Briefkasten zugestellt. Zu diesem Zeitpunkt wohnten die Erblasserin und der Beschwerdeführer unter der gleichen Anschrift und nutzten einen gemeinsamen Briefkasten.

Der Notar erteilte wenige Tage nach dem Tode der Erblasserin, am 25.4.2017, einen weiteren Zustellungsauftrag zur Zustellung einer Ausfertigung der Widerrufsurkunde. Die Zustellung an den Beschwerdeführer erfolgte am 29.4.2017, also zwölf Tage nach dem Tode der Erblasserin.

Die Beschwerdegegner haben die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Erben zu je 1/2 nach der Erblasserin ausweist. Sie haben behauptet, der Beschwerdeführer habe bereits vor dem Tode der Erblasserin Kenntnis von dem Widerruf gehabt.

Der Beschwerdeführer hat dies bestritten und angegeben, von einer Enterbung nichts gewusst zu haben.

Das NachlG hat die erforderlichen Tatsachen zur Erteilung des von den Beschwerdegegnern beantragten Erbscheins für festgestellt erachtet.

Die Beschwerdegegner seien aufgrund des notariellen Testaments der Erblasserin Erben geworden. Die Erblasserin habe das frühere gegenseitige Testament wirksam widerrufen. Gemäß § 130 Abs. 2 BGB werde eine Erklärung nach dem Tode des Erklärenden wirksam, soweit die Erklärung zum Zeitpunkt des Todes bereits „auf dem Weg“ zum Empfänger sei. Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn ein erheblicher Zeitraum zwischen der Erklärung und dem Zugang der Erklärung liege. In einem solchen Falle spreche der Vertrauensschutz für den anderen Ehegatten gegen ein nachträgliches Wirksamwerden der Erklärung, weil dieser durch den Widerruf in seiner Dispositionsbefugnis eingeschränkt werde. Vorliegend hätte der Beschwerdeführer jedoch die Erbschaft noch rechtzeitig ausschlagen können und damit die Möglichkeit erlangt, seinerseits sich von der gemeinsamen letztwilligen Verfügung zu lösen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beschwerdeführer. Er hält die Widerrufserklärung für unwirksam, da sie erst nach dem Tode der Erblasserin auf den Weg gebracht wurde. Hätte er schon vor dem Tode der Erblasserin von dem Widerruf erfahren, hätte er seinerseits umdisponieren können.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das NachlG hat die für die Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen zu Recht für festgestellt erachtet.

Die Beschwerdegegner haben die Erblasserin aufgrund des Testaments vom 9.11.2016 beerbt. Dieses Testament ist wirksam, weil die Erblasserin das gemeinschaftliche wechselseitige Testament vom 28.2.2003 wirksam widerrufen hat.

Der **Widerruf ist wirksam geworden**, obgleich er dem Beschwerdeführer erst nach dem Tode der Erblasserin zugegangen ist. Nach § 130 Abs. 2 BGB, der auch im Erbrecht Anwendung findet (*BGHZ* 9, 233), ist es für die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluss, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Voraussetzung ist, dass der **Erklärende alles getan** hat, was von seiner Seite geschehen muss, damit die Erklärung dem anderen Teil zugeht (so schon *RGZ* 65, 270), die Erklärung also bereits „auf dem Weg“ zum Empfänger ist (*Palandt*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 130 Rz. 12; *BGHZ* 48, 374 = *FamRZ* 1968, 80). Nach der Rechtsprechung des BGH soll es darüber