

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 152/67

URTEIL

Verkündet am

27. April 1970
Schorm,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Sozialgerichtsrats Erwin H [REDACTED], E [REDACTED],
K [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Zahntechniker Bodo H [REDACTED], G [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streithelfer des Beklagten: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hubert Meyer sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Keßler und der Bundesrichterin Scheffen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. Juni 1967 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Revision und der Streithilfe.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 11. Januar 1954 in G[REDACTED] verstorbene Rektor Ernst H[REDACTED] ist laut Erbschein des Amtsgerichts Gelsenkirchen vom 30. August 1955 von seiner Witwe Elsa geborene S[REDACTED] zu einem Viertel und seinen beiden Kindern, dem Kläger und der Zahnärztin Frau Dr. Ingeborg We[REDACTED] verwitwete Ha[REDACTED] geborene H[REDACTED] zu je drei Achteln beerbt worden. Erben der inzwischen ebenfalls verstorbenen Witwe sind die beiden Kinder. Ernst H[REDACTED] war Eigentümer eines im Grundbuch des Amtsgerichts G[REDACTED] Bd. [REDACTED] Bl. [REDACTED] 8 eingetragenen Hausgrundstücks. Als dessen Eigentümer wurden nach seinem Tode die Witwe und die beiden Kinder und nach dem Ableben der Witwe die Kinder in Erbengemeinschaft eingetragen.

- 3 -

Ernst H. [REDACTED] hatte in seinem zu Urkunde des Notars Dr. S. [REDACTED] in Gelsenkirchen errichteten Testament vom 30. Dezember 1953 angeordnet, daß sein Hausgrundstück bis zur Volljährigkeit des Beklagten von einem Testamentsvollstrecker verwaltet werden solle. Weiter heißt es in dem Testament:

"Ich bestimme daher, daß das Hausgrundstück, G. [REDACTED] [REDACTED], S. [REDACTED]straße [REDACTED] meinem einzigen Enkel, Bodo Ha. [REDACTED], dem Sohn meiner Tochter, Frau Dr. Inge Ha. [REDACTED], bei Erreichung seines einundzwanzigsten Lebensjahres zufallen soll, wenn er bis dahin durch Führung und Leistung unter Beweis gestellt hat, daß er die Gewähr bietet, das Grundstück ordnungsmäßig zu verwalten und zu erhalten. Die Entscheidung hierüber steht dem Testamentsvollstrecker im Einvernehmen mit dem Vormundschaftsgericht zu. Sollte Bodo Ha. [REDACTED] jedoch vorher versterben oder sich infolge seiner Führung und Haltung als ungeeignet erweisen, das Grundstück zu verwalten und zu erhalten, so soll es meinen Kindern, dem Rechtsanwalt Erwin H. [REDACTED] und Frau Dr. Inge Ha. [REDACTED], je zur Hälfte zufallen, wobei ich jedoch ausdrücklich eine Veräußerung an Dritte zum Zwecke der Erbauseinandersetzung untersage, es sei denn, daß Erwin oder Inge das Grundstück zum Alleineigentum erwerben wollen und sich mit dem anderen Teil über eine angemessene Abfindung einig werden"

Ferner enthält das Testament u.a. Bestimmungen über die Person des Testamentsvollstreckers und die Bestellung eines anderen Testamentsvollstreckers bei dessen Wegfall.



Der Kläger hat gegen den ersten Testamentsvollstrecker, den Rektor Ka[REDACTED], im Jahre 1954 einen Rechtsstreit geführt, in dem Ka[REDACTED] von Rechtsanwalt Dr. Fi[REDACTED], dem Streithelfer des Beklagten, vertreten wurde. Zu derselben Zeit führte der Kläger mit seiner Schwester ebenfalls Verhandlungen über sein Ausscheiden aus der Nutzungsgemeinschaft. Frau Dr. We[REDACTED] wurde dabei von Rechtsanwalt Dr. Fi[REDACTED] vertreten.

Nachdem verschiedene andere Testamentsvollstrecker ihr Amt niedergelegt hatten, bestimmte der hierzu durch das Testament ermächtigte Notar Dr. S[REDACTED] im Jahre 1957 Rechtsanwalt Dr. Fi[REDACTED] als Testamentsvollstrecker. Dieser nahm das Amt an..

Kurz bevor der Beklagte am 14. Dezember 1965 volljährig wurde, zog der Testamentsvollstrecker Erkundigungen über ihn ein. Er holte eine schriftliche Stellungnahme des früheren Lehrherrn des Beklagten, des Zahntechnikermeisters Sc[REDACTED] in E[REDACTED], des späteren Arbeitgebers Pf[REDACTED] in M[REDACTED] und eines Nachbarn, des Augenarztes Dr. Sc[REDACTED] ein. Vom Beklagten ließ er sich einen Lebenslauf geben und verschaffte sich einen persönlichen Eindruck von ihm. Da das Vormundschaftsgericht sich aus rechtlichen Gründen außerstande erklärte, an der Entscheidung über den Anfall des Hauses an den Beklagten gemäß dem Wunsche des Erblassers mitzuwirken, ließ sich der Testamentsvollstrecker von der Ärztlich-Psychologischen Zentralstelle für Erziehungsberatung beim Jugendamt der Stadt M[REDACTED] ein Gutachten über den Beklagten erstatten. Er übertrug dann im Februar 1966 das Grundstück an den Beklagten.

Der Kläger hat vorgetragen: Rechtsanwalt Dr. Fi[REDACTED] habe sein Amt von Anfang an einseitig im Interesse seiner früheren Mandantin Frau Dr. Ha[REDACTED]-We[REDACTED] geführt, das Haus schlecht verwaltet und deshalb Schadensersatzansprüche befürchten müssen. Er sei daher bei seiner Entscheidung darüber, ob der Beklagte die testamentarischen Voraussetzungen für die Zuwendung des Hauses erfülle, nicht frei gewesen, sondern habe, um den Ersatzansprüchen zu entgehen, den Beklagten zum Vermächtnisnehmer bestimmt, obwohl dieser die im Testament festgesetzte Bedingung nicht erfüllt habe. Der Erblasser habe erwartet, daß der Beklagte entweder studieren oder aber bei Erreichung des einundzwanzigsten Lebensjahres bereits eine handwerkliche oder wirtschaftliche Gesellenprüfung und mehrere Gesellenjahre hinter sich gebracht haben werde. Statt dessen habe der Beklagte erfolglos eine Reihe von Internaten besucht und nach einer verlängerten Lehrzeit die im Normalfall mit 17 Jahren abzulegende Gehilfenprüfung als Zahntechniker erst kurz vor Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres abgelegt. Er habe dann mehrfach in kurzer Zeit die Arbeitsstelle gewechselt und sei zwischendurch monatelang untätig geblieben. Er habe auch den Kraftwagen seiner Mutter zu Bruch gefahren und dadurch sich und seinen kleinen Halbbruder in größte Gefahr gebracht.

Der Kläger meint, die Grundstücksübertragung sei aus materiellen und formellen Gründen unwirksam.

Er hat im ersten Rechtszug beantragt festzustellen, daß die vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Über-eignung des Grundstücksanteils des Klägers an dem Grund-

stück S[REDACTED]straße [REDACTED] in G[REDACTED] auf den Beklagten nichtig sei, hilfsweise festzustellen, daß die vermächtnisweise Übertragung des Grundstücks auf den Beklagten insoweit unwirksam sei, als diese Übertragung den Grundstücksanteil des Klägers betreffe, weiter hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, zuzustimmen, daß das Grundbuch von S[REDACTED] Band [REDACTED], Bl. [REDACTED] 8 dahin berichtigt werde, daß die vor der Übertragung an den Beklagten bestehende Eintragung erfolge.

Der Beklagte und Rechtsanwalt Dr. Fi[REDACTED], der dem Rechtsstreit auf seiten des Beklagten beigetreten ist, haben bestritten, daß der Testamentsvollstrecker sein Amt parteiisch und schlecht geführt habe. Sie räumen ein, daß der Beklagte schulische Schwierigkeiten gehabt habe, führen diese aber auf mehrfachen Schulwechsel zurück, und tragen vor, der Beklagte habe nach dem Verlassen der Schule eine Lehre begonnen und diese mit Erfolg abgeschlossen. Sodann betätige er sich in seinem erlernten Beruf. Er biete daher die Gewähr für eine ordnungsmäßige Verwaltung des Hauses, so daß die vom Erblasser geforderten Voraussetzungen erfüllt seien. Der von dem Beklagten verursachte Unfall sei zwar mit erheblichem Sachschaden verbunden gewesen; die Schuld des Beklagten habe aber nicht schwer gewogen und lediglich zu einer gebührenpflichtigen Verwarnung geführt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit seiner Berufung hat der Kläger u.a. geltend gemacht, der Beklagte und der Testamentsvollstrecker hätten zu seiner - des Klägers - Schädigung zusammengewirkt und

seien deshalb zum Schadensersatz verpflichtet, der durch Wiedereintragung des Klägers als Eigentümer im Grundbuch zu leisten sei. Der Kläger hat im Berufungsrechtszug beantragt, den Beklagten zu verurteilen, in die Berichtigung des Grundbuches dahingehend einzuwilligen, daß der Kläger und Frau Dr. We[REDACTED]-Ha[REDACTED] wieder als Miteigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft einzutragen sind, hilfsweise, in die Rückauflassung des vorbezeichneten Grundstücks an die vorgenannte Erbengemeinschaft einzuwilligen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine Berufungsanträge weiter. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Unbegründet ist die Rüge, das Berufungsgericht sei am 5. Mai 1967 unrichtig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO). Der den Vorsitz führende Richter, Oberlandesgerichtsrat John, konnte den Vorsitzenden des Senats, Senatspräsidenten Krombach, entsprechend dem im voraus aufgestellten Sitzungsplan in der Sitzung vom 5. Mai 1967 vertreten, auch wenn dieser nicht durch Urlaub oder Krankheit verhindert war, den Vorsitz wahrzunehmen. Senatspräsident K[REDACTED]

hat, wie seine vom Revisionsgericht eingeholte dienstliche Äußerung zeigt, mindestens 75 % der Aufgaben des Senats als Vorsitzender selbst wahrgenommen; er hat sich turnusmäßig in jeder fünften Sitzung vertreten lassen. Das ist zu seiner aufgrund der Zahl der Sitzungstage gebotenen Entlastung geschehen und entspricht den Grundsätzen, die der Große Senat in Zivilsachen im Beschluß vom 19. Juni 1962 (BGHZ 37, 210) über die Zulässigkeit der Vertretung der Vorsitzenden entwickelt hat. Wie der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem zur Veröffentlichung vorgesehenen Urteil vom 10. März 1970 - VI ZR 234/68 - dargelegt hat, gelten diese Grundsätze auch dann, wenn sich der Vorsitzende wegen ständiger Arbeitsüberlastung turnusmäßig teilweise, d.h. in einzelnen im voraus festgelegten Sitzungen vertreten läßt. Dem schließt sich der III. Zivilsenat an. An der Zulässigkeit der Vertretung ändert es nichts, wenn sie den in der dienstlichen Äußerung erwähnten Nebenzweck hat, andere Richter an die selbständige Verhandlungsführung heranzuführen.

Dahinstehen kann, ob die Besetzungsrüge, wie der Beklagte in der Revisionsverhandlung geltend gemacht hat, schon daran scheitern müßte, daß sie den Anforderungen des § 554 Abs. 3 Nr. 2 b nicht genügt.

2. Ebensowenig Erfolg hat die Rüge, in der Sitzung vom 5. Mai 1967, auf die hin das Berufungsurteil ergangen ist, sei nicht verhandelt worden. Das ist nicht richtig. Nach der Sitzungsniederschrift haben die Anwälte ihre Anträge gestellt und zur Sache verhandelt. Hiervon hat das Revisionsgericht auszugehen (§ 164 ZPO).

Im übrigen beruht die Rüge auf einer Verkennung des Begriffs der Verhandlung. Hier hat der Vorsitzende nach seiner Erklärung die Sache eingehend vorgetragen. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat nicht den schriftlich angekündigten, sondern nach Erörterung mit dem Gericht einen handschriftlich neugefaßten Antrag gestellt. Der Streitwert ist erörtert worden. Die anwesenden Anwälte haben nach der Darstellung des Vorsitzenden erklärt, dessen Vortrag habe alle wesentlichen Gesichtspunkte wiedergegeben; sie haben nicht plädiert. Dieser Verzicht auf weitere Ausführungen kann nicht dazu führen, die Gesamtheit der Vorgänge im Termin vom 5. Mai 1967 nicht als Verhandlung im Sinne der §§ 137, 526 ZPO zu werten. Die Anwälte müssen auch im Berufungsverfahren den Streitstoff nicht mündlich vortragen, soweit die in § 137 Abs. 3 ZPO gestattete Bezugnahme auf Schriftsätze nicht verhindert, daß sich die Mitglieder des Gerichts ein zum Verständnis und zur Beurteilung des Streitfalls ausreichendes Bild machen können. Eine solche Bezugnahme ist im Zweifel gewollt, wenn die Anwälte auf weitere Ausführungen verzichten. Das gilt um so mehr, wenn wie hier der Vorsitzende den Streitstand aufgrund der Aktenlage eingehend dargestellt und bereits dadurch den Mitgliedern des Gerichts die Grundlagen für das Verständnis und die Beurteilung des Falles vermittelt hatte. Die Verhandlung entsprach daher den Erfordernissen der §§ 137, 526 ZPO.

3. Die Rügen, die die Revision deshalb erhebt, weil das Berufungsgericht auf den Schriftsatz vom 24. Mai 1967 hin die Verhandlung nicht wiedereröffnet und weil es die Sache nicht an das Landgericht zurückverwiesen hat, erachtet der Senat als unbegründet (Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes

zur Entlastung des Bundesgerichtshofs vom 15. August 1969 - BGBI I 1141). Dasselbe gilt für die Rüge, die Ehefrau des Klägers hätte als Zeugin vernommen werden müssen.

II.

Wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, wäre die Übertragung des Grundstücks auf den Beklagten auch dann dinglich wirksam geworden, wenn der Testamentsvollstrecker den Eintritt der im Testament vorgesehenen Bedingung des Vermächtnisanfalls zu Unrecht als gegeben angesehen hätte. Das Grundbuch ist daher nicht unrichtig und der Klagantrag auf Einwilligung in die Grundbuchberichtigung unbegründet. Das greift auch die Revision nicht ausdrücklich an.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Testamentsvollstrecker sei zur Übertragung des Grundstücks berechtigt gewesen und deshalb könne der Kläger auch einen Anspruch auf Rückauflassung des Grundstücks an die Erbengemeinschaft nicht geltend machen. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Nach dem Testament war der Testamentsvollstrecker berechtigt und verpflichtet, über die Übereignung des Hausgrundstücks an den Beklagten zu entscheiden; das sollte nach der Anordnung des Erblassers im Einvernehmen mit dem Vormundschaftsgericht geschehen, das seine Mitwirkung indessen aus Rechtsgründen versagt hat. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dadurch sei die Ent-

scheidungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht entfallen. Im Wege der ergänzenden Auslegung des Testamentes stellt es fest, daß dem Erblasser an der Zustimmung einer sachkundigen, Gewähr für eine objektive Entscheidung bietenden Stelle gelegen gewesen sei; die Entscheidung des Testamentsvollstreckers habe überprüft werden sollen. Da dies nicht durch ein Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit habe geschehen können, sei davon auszugehen, daß der Erblasser dann jedenfalls auch mit einer Überprüfung durch das Prozeßgericht einverstanden gewesen wäre.

a) Die Revision greift das im Ergebnis ohne Erfolg als gegen die Denkgesetze verstoßend mit der Begründung an, der Erblasser habe keinen Prozeß gewollt. Das Prozeßgericht war allerdings nicht imstande, in der vom Erblasser vorgesehenen Weise sein Einverständnis zu der vom Testamentsvollstrecker beabsichtigten Grundstücksübertragung zu erklären, es konnte nur hinterher im Rechtsstreit überprüfen, ob die vorgenommene Übertragung zulässig war; davon geht auch das Berufungsgericht aus. Seine Auslegung läuft also darauf hinaus, der Testamentsvollstrecker habe für seine Entscheidung eine amtliche Stelle nicht ziehen müssen.

b) Unerörtert geblieben ist die naheliegende Möglichkeit, daß der Erblasser, hätte er mit der ablehnenden Haltung des Vormundschaftsgerichts gerechnet, den Testamentsvollstrecker angewiesen hätte, im Einvernehmen mit einer anderen Behörde oder Person zu entscheiden. Der Testamentsvollstrecker hat den Beklagten durch eine sachkundige behördliche Stelle, die oben genannte Zentralstelle

für Erziehungsberatung beim Stadtjugendamt M■■■■■, psychologisch untersuchen und begutachten lassen. Es ist nichts dafür vorgetragen, daß der Erblasser nicht diese sachgerechte und dem Testamentsvollstrecker vom Vormundschaftsrichter vorgeschlagene Möglichkeit vorgesehen hätte, hätte er mit der Untätigkeit des Vormundschaftsgerichts gerechnet. Die Revision greift den Ausgangspunkt des Berufungsgerichts nicht an, trotz der Untätigkeit des Vormundschaftsgerichts sei dem Testamentsvollstrecker die Entscheidungsbefugnis verblieben. Mit der Einschaltung eines amtlichen Gutachters hat dieser dem Beweggrund Rechnung getragen, der den Erblasser zu dem Wunsche nach Zuziehung des Vormundschaftsrichters geführt hat. Die Revision vermag nicht aufzuzeigen, daß Vortrag übersehen worden sei, der zu einer dem Kläger günstigeren ergänzenden Auslegung des Testamentes hätte führen können. Dazu hätte die Darlegung gehört, daß der Erblasser, hätte er die Untätigkeit des Vormundschaftsgerichts vorausgesehen, das Verfahren, den Beklagten durch eine sachkundige Behörde begutachten zu lassen, nicht als ausreichend angesehen, vielmehr eine andere Art der Eignungsprüfung gewünscht haben würde. Daran fehlt es.

Wäre das Berufungsgericht anstatt zu der von ihm getroffenen zu der anderen in Betracht kommenden Auslegung gelangt, der Erblasser hätte die Zuziehung eines amtlichen Gutachters gewünscht, dann stünde der Kläger nicht besser; denn bei dieser letzten Auslegung hätte das Berufungsgericht nicht einmal zu prüfen brauchen, ob die im Testament für das "Zufallen" des Grundstücks genannten

Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind. Da es aber diese Frage geprüft und, wie unten unter 2 ausgeführt wird, sie ohne Rechtsfehler bejaht hat, kann es auf sich beruhen, ob die Auslegung des Berufungsgerichts oder die oben unter b) erörterte Auslegung zutrifft. Für eine dritte Auslegungsmöglichkeit sind Anhaltspunkte nicht gegeben.

2. Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, der Testamentsvollstrecker habe mit Recht die testamentarische Bedingung für die Übertragung des Hauses auf den Beklagten als erfüllt angesehen; dieser habe nämlich bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres durch Führung und Leistung unter Beweis gestellt, daß er die Gewähr biete, das Grundstück ordnungsmäßig zu verwalten und zu halten.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe zu niedrige Anforderungen an Führung und Leistung des Beklagten gestellt. Der Erblasser habe nicht eine Prognose, sondern die Feststellung gewollt, daß der Beklagte die Anforderungen "unter Beweis gestellt" habe.

Damit dringt die Revision nicht durch. Bei der Feststellung dessen, was das Testament als Bedingung gesetzt hat, handelt es sich um die Auslegung einer individuellen Erklärung. Das Ergebnis dieser Auslegung ist als Tatsachenfeststellung für den Revisionsrichter bindend, soweit es nicht auf Rechtsfehlern beruht. Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist nicht zu beanstanden, Führung und Leistung des Beklagten seien nach einem Durchschnitts-

maßstab zu beurteilen, wie er ausreiche, ein Hausgrundstück zu verwalten und zu erhalten. Es liegt im Rahmen der dem Tatrichter vorbehaltenen Tatsachenwürdigung und zeigt keinen Fehler, daß das Berufungsgericht den früheren schulischen Schwierigkeiten und Mißerfolgen des Beklagten keine Bedeutung beigelegt und als entscheidend gewertet hat, daß der Beklagte später die Lehre als Zahntechniker erfolgreich mit der Gesellenprüfung abgeschlossen hat. Es hat auch zu den charakterlichen Eigenschaften Stellung genommen und nicht verkannt, daß das Charakterbild des Beklagten auch Schatten aufweist. Zutreffend stellt das Berufungsgericht auf das sich ergebende Gesamtbild ab, wobei es zu den Vorwürfen Stellung nimmt, die der Kläger gegen den Beklagten erhebt.

3. Ohne Erfolg bleibt auch die Rüge, das Berufungsgericht habe angebotene Beweise zu Unrecht nicht erhoben. Die Behauptung, der Beklagte habe während seiner Lehrzeit, zumindest in den ersten Jahren, auch wieder erzieherische Schwierigkeiten gehabt, konnte das Berufungsgericht als unerheblich behandeln, weil es entscheidend auf die Lage zur Zeit der Volljährigkeit des Beklagten ankam. Ebenso wenig mußte es den Werdegang des Beklagten entsprechend dem Vortrag des Klägers im einzelnen aufgliedern. Entgegen der Behauptung der Revision hat es diesen Vortrag nicht unberücksichtigt gelassen und insbesondere zu der Behauptung Stellung genommen, der Beklagte habe beim Wechseln seiner Arbeitsstellen zwischendurch mehrmals einige Wochen nicht gearbeitet.

4. Die Revision meint weiter: Das Berufungsgericht habe die Zuwendung des Hauses an den Beklagten zu Unrecht als Vermächtnis gewertet, in Wirklichkeit sei der Beklagte durch das Testament als Nacherbe eingesetzt. Denn Gegenstand des Testaments und Inhalt der Erbschaft sei das Hausgrundstück gewesen. Die Nacherbeneinsetzung sei aber unwirksam, weil der Erblasser die Bestimmung des Erben nicht einem Dritten habe überlassen können (§ 2065 Abs. 2 BGB). Das sei hier aber der Fall, weil der Testamentsvollstrecker nach den Bestimmungen des Testaments die Entscheidung, ob der Beklagte das Grundstück erhalte, nicht unbeeinflusst von einem eigenen Ermessen objektiv und objektiv überprüfbar habe treffen können.

Auch das führt die Revision nicht zum Erfolg. Es erübrigt sich zu untersuchen, ob in den ersten Rechtszügen Tatsachen behauptet worden sind, die für die Ansicht sprechen könnten, der Beklagte sei nicht Vermächtnisnehmer, sondern Nacherbe. Denn jedenfalls ist nicht gerügt, solcher Vortrag sei vom Berufungsgericht nicht beachtet worden. Selbst wenn aber eine Erbeinsetzung vorläge, wäre sie nicht gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam. Der Erblasser hat sowohl die Person bestimmt, die die Zuwendung erhalten sollte, wie den Gegenstand der Zuwendung. Aufgabe des Testamentsvollstreckers war es lediglich, zu prüfen und zu entscheiden, ob die Bedingung erfüllt worden ist, an die der Erblasser die Zuwendung geknüpft hatte. Diese Entscheidung konnte der Erblasser nach allgemeiner Ansicht, von der abzugehen kein Anlaß besteht, dem Testamentsvollstrecker überlassen

(Prot. 5, 20; RGZ 100, 76, 78; BGH LM § 2065 BGB Nr. 2;
BGHZ 15, 199, 201; OLG 43, 394; Palandt BGB 28. Aufl.
§ 2065 Anm. 2 b aa und cc; Kipp-Coing Erbrecht § 18 III
3; Lange Erbrecht § 25 I).

III.

Nach alledem hat das Berufungsgericht mit Recht sowohl
den Haupt- als auch den Hilfsantrag des Klägers abgewiesen.
Die Revision muß daher mit der Kostenfolge der §§ 97, 101 ZPO
als unbegründet zurückgewiesen werden.

Meyer

Scheffen

Dr. Kreft

Keßler

Dr. Beyer