

Verkündet

am 30. November 1951

Hirth, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinrich K[REDACTED], H[REDACTED] F[REDACTED],
P[REDACTED],

Beklagten und Revisions-
klägers,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Hans Kö[REDACTED], handelnd als Testaments-
vollstrecker nach dem am 19. März 1949 verstorbenen
Wilhelm Kö[REDACTED], H[REDACTED], B[REDACTED] C[REDACTED],

Kläger und Revisions-
beklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 28. November 1951 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter
Dr. Selowsky, Dr. Haidinger, Dr. Fischer und Dr. Kuhn für
Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Ham-
burg vom 8. November 1950 aufgehoben und die Sache zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Ko-
sten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 19. März 1949 verstorbene Kaufmann Wilhelm Kö[REDACTED] nahm im Jahre 1920 den Beklagten, der später eine seiner Töchter heiratete, als Gesellschafter in sein Geschäft auf, das sich mit dem Import und dem Grosshandel von Südfrüchten, Obst, Gemüse usw. befasst. Im Jahre 1932 wurde im Zusammenhang mit der Sanierung des Unternehmens ein neuer Gesellschaftsvertrag zwischen den beiden Teilhabern geschlossen. Nach diesem Vertrag waren die Gesellschafter beide zu gleichen Teilen an dem Unternehmen als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt; im § 6 des Vertrages wurde vereinbart, dass beim Tode eines Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben fortgeführt werde.

Einige Tage vor seinem Tode errichtete Wilhelm Kö[REDACTED] ein Testament, in dem er u.a. seine 5 Söhne als Erben seiner Firma bestimmte und seinen Sohn Hans, den Kläger, zum Testamentsvollstrecker ernannte.

Nach dem Tode des Wilhelm Kö[REDACTED] kam es zu Streitigkeiten zwischen den Parteien, da der Beklagte die Fortführung des Geschäftes mit den Söhnen seines verstorbenen Teilhabers ablehnte. Er berief sich dabei auf einen Gesellschaftsvertrag vom 16. Oktober 1942, dessen Urschrift nach den Behauptungen des Beklagten, ebenso wie die Urschrift des Gesellschaftsvertrages aus dem Jahre 1932 bei einem Bombenschaden der Firma im Jahre 1943 vernichtet worden sei. In diesem Vertrag sei für den Fall des Todes eines Gesellschafters bestimmt worden, dass die Gesellschaft mit der Ehefrau des Verstorbenen als Kommanditistin fortgesetzt und dass das Geschäft nach dem Tode der Ehefrau

-3-

44

des verstorbenen Gesellschafters von dem Überlebenden Gesellschaftler allein fortgeführt werde. Der Beklagte ist der Auffassung, dass er auf Grund dieser Bestimmung allein zur Fortführung des Geschäfts berechtigt sei, da die Ehefrau des Wilhelm Kö[REDACTED] bereits vor diesem verstorben ist. Demgegenüber bestreiten die Söhne des verstorbenen Wilhelm Kö[REDACTED] den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages unter dem 16. Oktober 1942 und behaupten ihrerseits, dass der von dem Beklagten vorgelegte nicht unterschriebene Entwurf eines Vertrages vom 16. Oktober 1942 von den damaligen Gesellschaftern nicht endgültig gebilligt worden sei. Sie berufen sich dabei u.a. auch auf das Testament des Wilhelm Kö[REDACTED], das unverständlich wäre, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag für die Erben ein Eintrittsrecht in die Gesellschaft ausgeschlossen gewesen wäre.

Der Kläger hat in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker mit der vorliegenden Klage die Feststellung begehrt, dass der Entwurf eines Gesellschaftsvertrages vom 16. Oktober 1942 nicht wirksam geworden ist, sondern dass zwischen den Parteien der Gesellschaftsvertrag vom 24. Februar 1932 gilt. Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten und u.a. geltend gemacht, dass der Erblasser bei der Abfassung des Testaments infolge einer weit fortgeschrittenen Hirnarteriosklerose bereits nicht mehr geschäftsfähig gewesen sei und dass demgemäß aus seinem Testament überhaupt keine Schlüsse zugunsten des Klagbegehrens gezogen werden könnten.

Beide Vorinstanzen haben dem Feststellungsantrag des Klägers entsprochen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht kommt auf Grund der durchgeführten Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass der Beklagte den ihm obliegenden Beweis über den wirksamen Abschluss des von ihm vorgelegten, nicht unterzeichneten Gesellschaftsvertrages vom 16. Oktober 1942 nicht geführt habe. Es würdigt dabei insbesondere die Aussage des Steuerberaters MÖ [REDACTED], der von den beiden Gesellschaftern im Jahre 1942 mit der Anfertigung eines Vertragsentwurfs beauftragt und von dem der Entwurf vom 16. Oktober 1942 aufgestellt worden war. Das Berufungsgericht misst auf Grund tatsächlicher Erwägungen seiner Aussage keinen entscheidenden Beweiswert bei. Weiterhin meint das Berufungsgericht, dass auch das Testament des Erblassers gegen die Behauptung des Beklagten spreche, wobei kein hinreichender Anhalt dafür bestehe, dass der Verfall der geistigen Kräfte beim Erblasser zur Zeit der Testamenterrichtung schon so weit fortgeschritten gewesen sei, dass er sich keine klaren Vorstellungen über die rechtlichen Verhältnisse in der Firma mehr hätte machen können.

Die Revision rügt, dass das Berufungsgericht der Behauptung des Beklagten, der Erblasser sei im Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht mehr geschäftsfähig gewesen, nicht die ihr zukommende rechtliche Würdigung habe zuteil werden lassen. Diese Behauptung entzöge, so meint die Revision, dem Kläger seine Legitimation zur Klage, da diese ausschliesslich auf seiner Eigenschaft als Testamentvollstrecker beruhe und seine Berufung zum Testamentvollstrecker bei Nichtigkeit des Testaments hinfällig sei. Bei den eingehenden Darlegungen des Beklagten über den Verfall

der geistigen Kräfte des Erblassers in der letzten Zeit vor seinem Tode, die durch eine weit vorgeschrittene Hirnarteriosklerose hervorgerufen und durch eine grosse Anzahl vorausgegangener Schlaganfälle gekennzeichnet gewesen sei, habe sich der Beklagte auch ohne einen besonderen Beweisantritt durch Berufung auf einen Sachverständigen darauf verlassen können, dass das Berufungsgericht entsprechend einem allgemeinen Erfahrungssatz die Geschäftsfähigkeit des Erblassers in den Tagen vor seinem Tode zur Zeit der Testamenterrichtung bejahen würde. Zum mindesten hätte das Berufungsgericht die Pflicht gehabt, den Beklagten zum Beweisantritt aufzufordern, wenn es seine eingehenden nicht bestrittenen Angaben über den Krankheitsverlauf noch nicht als ausreichend für eine solche Schlussfolgerung ansehen wollte. Die Berechtigung dieses Revisionsangriffs kann nicht verneint werden.

Gegenüber der Klage eines Testamentsvollstreckers ist der Einwand der Nichtigkeit des Testaments zulässig. Durch diesen Einwand wird die Grundlage für die Klageberechtigung des Testamentsvollstreckers entzogen (RG Seuffert Arch 74, 184). Der Zulässigkeit dieses Einwandes steht nicht entgegen, dass auf diese Weise die Frage nach der Gültigkeit des Testaments nicht endgültig entschieden werden kann, weil eine solche Entscheidung nur zwischen den gesetzlichen Erben und den im Testament Bedachten möglich ist und das Urteil des vorliegenden Rechtsstreits unter Umständen nicht Rechtskraft gegen die Erben (§ 327 ZPO, §§ 2212, 13 BGB), sondern nur unmittelbar zwischen den Parteien (§ 325 ZPO) erhält. Dieser Umstand kann, wie das Reichsgericht aaO bereits ausgeführt hat, nicht dazu füh-

ren, dem Beklagten die Berufung auf die Nichtigkeit des Testaments und damit auf das Fehlen der Klageberechtigung des Klägers zu verwehren. Auch steht dem Einwand, der Kläger sei angesichts der Nichtigkeit des Testaments überhaupt nicht Testamentsvollstrecker geworden und daher nicht zur Klagerhebung befugt, nicht entgegen, dass die Amtsstellung einer Partei im allgemeinen der Nachprüfung durch das Prozessgericht insoweit entzogen ist, als es sich um die Voraussetzungen der Bestellung oder um das der Bestellung vorausgegangene Verfahren handelt (vgl dazu Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl 1949 Bem I 2 vor § 50). Diese Einschränkungen für eine Nachprüfung durch das Prozessgericht bei den sog. Parteien kraft Amtes bestehen nur dort, wo eine Partei kraft Amtes wie etwa der Konkursverwalter oder der Nachlassverwalter durch einen Akt der Staatsgewalt, insbesondere durch einen gerichtlichen Bestellungsakt in ihre Amtsstellung berufen ist. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, dass die Einschränkung für eine Nachprüfung darin ihren Grund hat, dass die Prüfung über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Bestellung und für die Beachtung des gesetzlichen Verfahrens bei der Bestellung der Bestellungsbehörde ausschliesslich übertragen ist und daher nicht einer nochmaligen Nachprüfung durch das Prozessgericht unterliegt. Beim Testamentsvollstrecker ist in dieser Hinsicht die Lage anders, weil dieser - der Fall des § 2200 EGB kann hier ausser Betracht bleiben - seine Bestellung aus der testamentarischen Bestimmung des Erblassers herleitet und seine Bestellung nicht in einem Akt der Staatsgewalt ihre Rechtsgrundlage findet. Das hat zur Folge, dass bei Nichtigkeit des Testaments das Amt

des Testamentsvollstreckers gar nicht erst zur Entstehung gekommen ist, weil damit der rechtsbegründende Akt für die Bestellung des Testamentsvollstreckers von vornherein fehlt. Es ist somit davon auszugehen, dass der Einwand der Nichtigkeit des Testaments gegenüber der Klage des Testamentsvollstreckers zulässig ist und der Klageberechtigung des Klägers ihre Grundlage entzieht.

Wenn demgegenüber die Revisionsbeantwortung darzutun versucht, dass es auf diesen Einwand des Beklagten im vorliegenden Fall aus Rechtsgründen nicht ankommen könne, so kann ihr nicht gefolgt werden. Mag auch hier der Testamentsvollstrecker bei Nichtigkeit des Testaments gleichzeitig gesetzlicher Miterbe geworden sein, so kann doch in diesem Fall die Klage des Klägers in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker nicht, wie die Revisionsbeantwortung meint, als Klage des Klägers in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Miterbe aufrechterhalten werden. Dabei bedarf es nicht einmal der Erörterung, ob ein gesetzlicher Miterbe allein überhaupt eine Feststellungsklage der vorliegenden Art erheben kann oder ob insoweit nicht eine notwendige Streitgenossenschaft aller Miterben im Sinne des § 62 ZPO zu bejahen ist. Jedenfalls scheitert die Erwägung der Revisionsbeantwortung schon an dem Umstand, dass eine solche Umdeutung der Klage in der Revisionsinstanz nicht möglich ist. Mit der Erhebung der Klage des Testamentsvollstreckers ist dieser Partei geworden und die angeregte Umdeutung der Klage würde nunmehr den einzelnen Miterben als Partei in den Prozess einführen. Eine solche Umdeutung stellt sich sachlich als ein Parteiwechsel (subjektive Klag-

änderung) dar, der in der Revisionsinstanz auf keinen Fall vorgenommen werden kann.

Für die Beurteilung des von der Revision erhobenen Einwands erhebt sich vorliegendenfalls noch die weitere Frage, ob der Beklagte diesen Einwand im Rechtsstreit tatsächlich geltend gemacht hat und daher mit der Revision rügen kann, dass dieser Einwand von dem Berufungsgericht überhaupt nicht oder doch zum mindesten unter Verletzung von Prozessvorschriften beschieden worden ist. Es ist in diesem Zusammenhang freilich nicht zu verkennen, dass der Beklagte in den Vorinstanzen seine Behauptungen über die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers nur zu dem Zweck vorgebracht hat, um die Annahme des Klägers, der Inhalt des Testaments spreche gegen den Abschluss des Gesellschaftsvertrages vom 16. Oktober 1942, zu widerlegen. Dagegen hat der Beklagte aus seinen Behauptungen in den Vorinstanzen selbst nicht die Folgerung gezogen, dass damit auch die Grundlage für die Klageberechtigung des Klägers entfalle. Es ist aber für die Frage, ob der Beklagte mit seinen Behauptungen über die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers auch den Einwand der Nichtigkeit des Testamentes geltend gemacht hat, nicht zu verlangen, dass der Beklagte diese Folgerung ausdrücklich gezogen hat. Diese Folgerung ist eine solche rein rechtlicher Art, eine Frage der rechtlichen Beurteilung des tatsächlichen Vorbringens des Beklagten, die in erster Linie die Aufgabe des Gerichts ist. Der Beklagte genügt bereits seiner Darlegungspflicht, wenn seine Behauptungen eine genügende tatsächliche Grundlage für eine entsprechende rechtliche Beurteilung durch das Gericht bieten. Die substantiierten

Behauptungen des Beklagten über den Krankheitsverlauf bei dem Erblasser und seine daran geknüpfte Annahme, der Erblasser sei im Zeitpunkt der Testamenterrichtung nicht mehr geschäftsfähig gewesen, genügen diesen Anforderungen; sie rechtfertigen bei ihrer Wehrunterstellung in vollem Umfang den rechtlichen Schluss, dass damit das Testament nichtig sei und die Berechtigung des Klägers zur Erhebung der Klage fehle.

Es ist der Revision auch weiterhin darin beizutreten, dass das Berufungsgericht sich in rechtlich nicht haltbarer Weise mit diesem Einwand über die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers auseinandergesetzt hat. Das Berufungsgericht führt in diesem Zusammenhang ohne weitere Begründung lediglich aus, dass für einen so weitgehenden Verfall der geistigen Kräfte des Erblassers, dass dieser bezüglich seiner Rechte an der Firma keine klare Vorstellung mehr gehabt habe, kein Anhalt bestehe. Diese Darlegung reicht angesichts der eingehenden Behauptungen des Beklagten über eine angeblich weit vorgeschrittene Hirnarteriosklerose des Erblassers, über zahlreiche Schlaganfälle, die sich in den letzten Wochen vor seinem Tode häufig wiederholten, und über einen weiteren schweren Anfall am 11. März 1949, der nach der Behauptung des Beklagten unmittelbar vor der Testamenterrichtung erfolgt und einen besonders hinzugezogenen Spezialisten zu der Beurteilung veranlasst haben soll, dass mit dem Tode des Erblassers stündlich zu rechnen sei, nicht aus, um die Behauptungen des Beklagten über die Geschäftsunfähigkeit auszuräumen. Es ist eine bekannte Erfahrungstatsache, dass bei einem Krankheitsverlauf, wie er hier von dem Beklagten behauptet worden ist, nicht sel-

ten eine Geschäftsunfähigkeit des Erkrankten eintritt, deren Vorliegen im allgemeinen nur mit Hilfe eines Sachverständigen festgestellt werden kann. Das Berufungsgericht legt auch nicht dar, dass es sich insoweit eine besondere Sachkunde zutraut, die ihm eine dahingehende Beurteilung ermöglicht. Vielmehr muss aus den ungenügenden Ausführungen des Berufungsgerichts in diesem Zusammenhang der Schluss gezogen werden, dass ihm die notwendige Sachkunde für die Beurteilung der hier einschlägigen medizinischen Fragen fehlt und dass somit in diesem Punkt das Berufungsurteil auf einer Verletzung des § 286 ZPO beruht (BGH NJW 1951, 481). Das Berufungsgericht hätte bei dieser Sachlage auch ohne einen besonderen Beweisantritt seitens des Beklagten von Amts wegen einen Sachverständigen zuziehen müssen.

Da das Berufungsurteil aus den vorstehenden Gründen wegen Verletzung des § 286 ZPO der Aufhebung unterliegt, bedarf es keiner Erörterung der weiteren Revisionsrüge, mit der die Revision eine Verletzung des § 529 ZPO wegen Zurückweisung ihres Beweisantritts durch den Zeugen Kirchmann geltend macht. Nachdem nunmehr ohnehin eine neue Verhandlung und Beweisaufnahme vor dem Berufungsgericht erforderlich geworden ist, werden damit auch die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung des letzten Beweisantritts des Beklagten in Fortfall geraten sein. Angesichts der Notwendigkeit zur Erhebung eines Sachverständigen

digengutachtens wird die Vernehmung des Zeugen Kirchmann wohl kaum eine weitere Verzögerung des Rechtsstreits herbeiführen.

Dr. Canter

Dr. Selowsky

Dr. Haidinger

Dr. Fischer

Dr. Kuhn