

IV ZR 129/52

Verkündet
am 12. November 1953
[REDACTED], Justizangest.
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 Margarete K[REDACTED] geb. Ko[REDACTED],
 2. deren Ehemann, Kaufmann Erich K[REDACTED],
- beide in H[REDACTED]-E[REDACTED], I[REDACTED] Strasse [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Walter Ko[REDACTED] in H[REDACTED], An der E[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1953 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske,
Dr. Kregel, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das am 18. März
1952 verkündete Urteil des 6. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts in Hamm aufgehoben,

1. soweit die Widerklage auf Feststellung,
 - a) dass der Gesellschaftsanteil des Vaters Ko[REDACTED] nicht zum Vermögen der ehelichen Gütergemeinschaft gehört habe,
 - b) dass er dementsprechend nach dem Tode des Vaters nicht in das Vermögen der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft gefallen sei, sondern nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge auf die Mutter Ko[REDACTED] und die Kinder übergegangen sei und dass diese als Erben Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft Ko[REDACTED] geworden seien,
 - c) dass die Gesellschaftsverträge vom 3. Juni 1927 und 14. Januar 1928 zwischen der Mutter Ko[REDACTED] und dem Kläger nichtig seien,
 - d) dass auch der Vertrag vom 3. Juni 1927 nichtig sei, durch den die Mutter als Repräsentantin der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft die Grundstücke in die offene Handelsgesellschaft eingebracht habe,
 - e) dass demgemäss auch die Testamente der Mutter nichtig seien, soweit sie auf der Annahme beruhten, dass der Anteil des Vaters Ko[REDACTED] an der offenen Handelsgesellschaft auf die fortgesetzte westfälische Gütergemeinschaft übergegangen sei,
 - f) dass nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft durch Konkurseröffnung am 23. März 1934 der Kläger nicht Alleinliquidator geworden sei, dass vielmehr auch die übrigen Gesellschafter, insbesondere die Beklagte zu 1), Mitliquidatoren geworden seien,abgewiesen ist;
2. soweit über die Kosten entschieden worden ist,
3. soweit der Beklagte zu 2) verurteilt worden ist, die Zwangsvollstreckung wegen der Kosten in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Soweit das Berufungsurteil aufgehoben wird, wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger und die Beklagte zu 1) sind Kinder der verstorbenen Eheleute Hermann Ko[REDACTED] und Hertha Ko[REDACTED] geb. W[REDACTED]. Der Beklagte zu 2) ist der Ehemann der Beklagten zu 1). Die Eheleute Ko[REDACTED] lebten in westfälischer Gütergemeinschaft (w.G.). Der Vater betrieb in H[REDACTED] zunächst ein Einzelhandelsgeschäft unter der Firma "Kauf- und Versandhaus Hermann Ko[REDACTED]". Im Jahre 1919 gründete er zusammen mit dem Kläger eine offene Handelsgesellschaft, in die er das Einzelhandelsgeschäft einbrachte. Der Wert dieses Geschäfts und damit der Einlage des Vaters wurde in dem Vertrag auf rund 247 000,-- Mark angegeben. Der Kläger machte keine Einlagen, verpflichtete sich aber, seinen Anteil am jährlichen Reingewinn als Einlage stehen zu lassen. § 9 des Gesellschaftsvertrages bestimmte folgendes:

"Im Falle des Todes eines der beiden Gesellschafter wird die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt. Der überlebende Gesellschafter ist dann aber allein zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Jeder Erbe des verstorbenen Gesellschafters kann verlangen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird. Die übrigen Gesellschafter können dem nicht widersprechen. ..."

§ 10 bestimmte:

"Im Falle die Gesellschaft nach dem Tode des Herrn Hermann Ko[REDACTED] und seiner Ehefrau aufgelöst wird, ist Herr [REDACTED] Ko[REDACTED] (der Kläger) berechtigt, das Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven und mit der Firma zu übernehmen. ..."

Am 25. Juli 1926 starb der Vater ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. Die Mutter setzte mit den



Parteien und 5 weiteren Kindern die w.G. fort.

Am 3. Juni 1927 schloss sie mit dem Kläger einen notariellen Vertrag, in dem es u.a. hiess:

"Zu H. besteht die offene Handelsgesellschaft Hermann Ko. Gesellschafter waren bisher Herr Kaufmann Hermann Ko. und Herr Walter Ko. Herr Hermann Ko. ist am 25. Juli 1926 gestorben. Seine Witwe Hertha Ko. geb. ., die Beteiligte zu 1), hat mit ihm in provinzieller westfälischer Gütergemeinschaft nach dem Gesetze vom 16. April 1860 gelebt. Sie setzt diese Gütergemeinschaft mit den aus der Ehe hervorgegangenen gemeinschaftlichen Abkömmlingen fort. ...

Frau Witwe Hermann Ko., Hertha geb. in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft mit ihren Kindern setzt anstelle ihres verstorbenen Ehemannes die offene Handelsgesellschaft in Firma Hermann Ko. mit Herrn Walter Ko. fort. ... Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter soll neu geregelt werden. Der bisherige Gesellschaftsvertrag nebst Nachtrag wird deshalb aufgehoben und durch folgenden Gesellschaftsvertrag ersetzt:

§ 1

Zwischen Frau Witwe Hermann Ko. Hertha geb. W. zu H. in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft mit ihren Kindern und dem Kaufmann Walter Ko. zu H. besteht zu H. eine offene Handelsgesellschaft, welche unter der Firma Hermann Ko. daselbst ein Handelsgeschäft betreibt. ...

§ 3

Frau Hermann Ko. bringt nunmehr mit Wirkung vom 1. Januar 1927 ab in die Gesellschaft ein die im Grundbuch des Amtsgerichts zu H. von H. Band Blatt 38, Band Blatt 4, Blatt 320, Band Blatt 24, Band Blatt 1632 und Band Blatt 1586 verzeichneten Grundstücke. Diese Grundstücke stehen mit Ausnahme des im Grundbuch von H. Band Blatt 1632 verzeichneten noch auf den Namen des Herrn Hermann Ko. im Grundbuch eingetragen.

Das im Grundbuch von H. Band Blatt 1632 verzeichnete Grundstück, bisher Eigentum der Frau Witwe Louis S. in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft mit ihren Kindern ist auf Grund Kaufvertrages kürzlich an Frau Witwe Hermann Ko. aufgelassen worden. ...

Die Kapitaleinlagen der Gesellschafter stellen sich hiernach für den 1. Januar 1927 laut der anliegenden für diesen Tag aufgestellten Bilanz wie folgt:

- a) Frau Witwe Hermann Ko. in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft mit ihren Kindern
RM 410 219,33
- b) Herr Walter Ko. " 107 651,91 ..."

Am 17. Januar 1933 starb die Mutter, nachdem im Jahre 1927 ein ledig gebliebener Sohn (Richard) kinderlos und, ohne ein Testament zu hinterlassen, verstorben war. Sie hatte am 14. Januar 1928 ein Testament errichtet. In diesem Testament setzte sie (§ 1) ihre 6 Kinder "in das gütergemeinschaftliche Vermögen zu gleichen Teilen als Erben ein".

§ 2 des Testaments lautet:

"Meine Kinder haben zu Lebzeiten meines Mannes mancherlei Vorausempfänge erhalten. Der Sinn und Zweck dieser Vorauszuwendungen meines verstorbenen Ehemannes war der, einerseits, möglichst schon zu meinen Lebzeiten, dafür zu sorgen, dass im Falle seines Todes demjenigen unserer Kinder, welches einmal den Geschäftsbetrieb der Firma Hermann Ko. übernehmen würde, nicht zur Abfindung seiner übrigen Geschwister mit unerträglich hohen Auszahlungsverpflichtungen zum Nachteil der Firma belastet würde, andererseits, die Kinder im Rahmen seines Vermögens gemäss § 1624 BGB auszustatten. Mein verstorbener Ehemann hat deshalb und überdies auch bei allen Zuwendungen die er zu seinen Lebzeiten an unsere Kinder gemacht hat, ausdrücklich schriftlich oder mündlich die Ausgleichung angeordnet.

Entsprechend dem mit dem meinem übereinstimmenden Wunsche und Willen meines verstorbenen Mannes ordne

ich an, dass die Kinder diejenigen Vorausempfänge, die sie zu Lebzeiten meines Mannes von diesem erhalten haben, ferner auch diejenigen Empfänge, die sie nach dem Tode meines Mannes von mir etwa erhalten haben oder noch erhalten sollten, sich anrechnen lassen und zur Ausgleichung bringen müssen.

Hiernach haben sich anrechnen zu lassen und zur Ausgleichung zu bringen:

1. ...

2. Margarete K [REDACTED] [die Beklagte zu 17] ...
insgesamt 65 000,- M."

Weiter heisst es in dem Testament:

"Ich bin neben meinem Sohne Walter Ko [REDACTED] Gesellschafterin der offenen Handelsgesellschaft Hermann Ko [REDACTED] zu H [REDACTED] (Westf.). Im Falle meines Todes soll Walter Ko [REDACTED] berechtigt sein, das von der offenen Handelsgesellschaft unter der Firma Hermann Ko [REDACTED] betriebene Geschäft mit Aktiven und Passiven und mit der Firma zu übernehmen.

Falls er von diesem seinem Rechte Gebrauch macht, indem er die Annahme des Vermächtnisses durch schriftliche Erklärung gegenüber den anderen Erben oder gegenüber einem etwa bestellten Testamentsvollstrecker erklärt, wird die Gesellschaft mit Wirkung vom Tage meines Todes an beendet. Mein Sohn Walter hat dann an die Nachlassmasse eine Abfindung vom Gesellschaftsvermögen der Firma Hermann Ko [REDACTED] zu zahlen. Diese ist zu berechnen auf den Nennbetrag meines Kapitalanteils, welchen die Auseinandersetzungsbilanz ausweist."

Die Erblasserin ordnete ferner eine Testamentsvollstreckung an; zum Testamentsvollstrecker bestellte sie den Kläger.

Schliesslich bestimmte sie folgendes:

§ 5

"Wer von meinen Erben mit meinen vorstehend niedergelegten letztwilligen Bestimmungen nicht einver-

standen ist, soll von der Erbschaft ausgeschlossen sein und nur seinen Pflichtteil erhalten."

Die Erblasserin hinterliess ferner noch drei Nachtragstestamente vom 11. März 1928, 4. November 1931 und 10. November 1931, in denen sie einige Bestimmungen des Testaments vom 14. Januar 1928 änderte. Die Nachtragstestamente befassen sich insbesondere mit den Anrechnungen der Vorempfänge

Die 4 Schwestern der Parteien haben die Erbschaft ausgeschlagen. An die Stelle einer dieser Schwestern ist deren Tochter Christa G. getreten.

Die Beklagte zu 1) hat die Erbschaft nicht ausgeschlagen, aber unter dem 3. April 1933 ein Schreiben an das Nachlassgericht gerichtet, in dem sie darauf hinweist, dass sie neben ihren Geschwistern zur Miterbin eingesetzt worden sei; dass die Erbeinsetzung in § 5 des Testaments dahin eingeschränkt sei, dass von der Erbschaft ausgeschlossen sein und nur seinen Pflichtteil erhalten solle, wer mit den letztwilligen Bestimmungen nicht einverstanden sei; dass die Erben also nur unter der Bedingung berufen seien, dass sie mit den testamentarischen Bestimmungen einverstanden seien. Sie sei mit diesen Bestimmungen nicht einverstanden, denn sie solle 65.000,-- RM ausgleichen, Walter K. dagegen nur 10.000,-- RM; sie wolle sich auch nicht gefallen lassen, dass Walter das Geschäft gegen eine geringe Abfindung erwerben dürfe. Nach § 5 des Testaments sei sie deshalb von der Erbschaft ausgeschlossen und solle nur ihren Pflichtteil erhalten; sie habe aber auch Anspruch auf wenigstens den Wert ihres Vatererbes und ihres Pflicht-

teils nach der Mutter. Diese Rechte mache sie als Nachlassgläubigerin geltend. Unter dem 4. April ergänzte sie ihre Erklärung dahin, dass sie sich auch mit der Einsetzung des Walter Ko[REDACTED] zum Testamentsvollstrecker nicht einverstanden erkläre.

Zu beiden Erklärungen hatte der Beklagte zu 2) seine Einwilligung gegeben.

Der Kläger übernahm durch Erklärung vom 22. Mai 1933 an das Nachlassgericht Hagen unter Annahme des Angebotes der Mutter in ihrem Testament die offene Handelsgesellschaft mit Aktiven und Passiven.

Zwischenzeitlich war über die offene Handelsgesellschaft im Jahre 1931 das Vergleichsverfahren eröffnet worden. Am 29. März 1934 wurde das Konkursverfahren eröffnet. Den gesamten Grundbesitz gab der Konkursverwalter, Rechtsanwalt Dr. M[REDACTED], als nicht verwertbar frei. In der Bilanz vom 31. Dezember 1932 wurden der Wert des Grundbesitzes mit 1 249.020,-- RM und die Belastungen mit 1 013.421,-- RM eingesetzt. Im Jahre 1936 kam ein Zwangsvergleich zustande, nachdem der Kläger 15 000,-- RM für die bevorrechtigten Gläubiger zugesteuert hatte. Durch Beschluss vom 30. März 1937 wurde das Konkursverfahren aufgehoben.

Im Handelsregister stehen als Gesellschafter immer noch der Kläger und die Mutter in fortgesetzter westfälischer Gütergemeinschaft mit ihren namentlich genannten Kindern als Gesellschafter eingetragen. Nach einer entsprechenden gerichtlichen Aufforderung meldeten der Kläger und Pfarrer Gurr als gesetzlicher Vertreter

seiner Tochter Christa im Oktober 1937 zum Handelsregister an, dass der Kläger zum Liquidator bestellt worden sei. Auch dieses ist heute noch eingetragen.

Durch die Kriegsereignisse ist der überwiegende Teil des Hausbesitzes zerstört worden, die Gebäudekriegsschäden sind mit 795.600,-- RM angemeldet und anerkannt worden.

Der Kläger hatte im ersten Rechtszuge beantragt,

1. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, die Löschung der beim Registergericht Hagen auf ihre Person bezüglichen Eintragungen bei der Firma Kauf- und Versandhaus Hermann Kornblum zu beantragen;
2. festzustellen, dass der Beklagten zu 1) gegen den Nachlass ihrer Eltern weder Schicht- noch Pflichtteilsansprüche zustehen;
3. den Beklagten zu 2) zu verurteilen, wegen der vorbezeichneten Ansprüche die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden.

Er ist der Meinung, das Gesellschaftsverhältnis sei durch seine Erklärung vom 22. Mai 1933 mit Wirkung vom 17. Januar 1933 ab beendet gewesen, so dass die Beklagte zu 1) verpflichtet sei, zur Eintragung im Handelsregister dahin mitzuwirken, dass die auf ihre Person sich beziehenden Eintragungen gelöscht würden. Seinen Feststellungsanspruch stützt er auf die Behauptung, dass bei Auflösung der w.G., nämlich beim Tode der Mutter, das Gesamtgut völlig überschuldet gewesen sei. Dies bestreiten die Beklagten.

Das Landgericht hat, nachdem es gegen die Beklagten ein Versäumnisurteil entsprechend dem Klageantrag erlas-

sen hatte, dem Klageantrag zu 1) voll und dem Klageantrag zu 2) hinsichtlich des Schichtteilsanspruchs stattgegeben, und es hat den Beklagten zu 2) zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen dieser Ansprüche verurteilt. Den Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens eines Pflichtteilsanspruchs hat es wegen Fehlens eines Feststellungsinteresses abgewiesen, da die Beklagte zu 1) sich eines solchen Anspruchs nicht berührt habe.

Die Beklagten haben Berufung eingelegt. Sie haben beantragt,

die Klage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abzuweisen, im Wege einer Zwischenfeststellungswiderklage festzustellen, dass die beklagte Ehefrau Erbin hinter ihrer verstorbenen Mutter geworden ist, und zwar hinsichtlich ihres ganzen Nachlasses,

ferner im Wege einer weiteren Zwischenfeststellungswiderklage festzustellen,

dass der Gesellschaftsanteil des Vaters Kornblum nicht zum Vermögen der ehelichen Gütergemeinschaft gehört habe,

dass er dementsprechend nach dem Tode des Vaters nicht in das Vermögen der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft (f.w.G.G.) gefallen sei, sondern nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge auf die Mutter Kornblum und die Kinder übergegangen sei und dass diese als Erben Gesellschafter der oHG Kornblum geworden seien,

dass die Gesellschaftsverträge vom 3. Juni 1927 und 14. Januar 1928 zwischen Mutter Kornblum und dem Kläger nichtig seien,

dass auch der Vertrag vom 3. Juni 1927 nichtig sei, durch den die Mutter als Repräsentantin der f.w.G.G. die Grundstücke in die oHG eingebracht habe,

dass demgemäss auch die Testamente der Mutter nichtig seien, soweit sie auf der Annahme beruhten, dass der Anteil des Vaters Kornblum an der oHG auf die f.w.G.G. übergegangen sei,

dass nach Auflösung der oHG durch Konkurseröffnung am 23. März 1934 der Kläger nicht Alleinliquidator

geworden sei, dass vielmehr auch die übrigen Gesellschafter, insbesondere die Beklagte zu 1), Mitliquidatoren geworden seien.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Beklagten zu 1) gegen den Nachlass ihrer Eltern kein Schichtteilsanspruch zustehe, in übrigen hat es die Klage und die Widerklage abgewiesen und die Berufung entsprechend zurückgewiesen. Den Beklagten zu 2) hat es verurteilt, die Vollstreckung wegen der Kosten in das eingebrachte Gut der Beklagten zu 1) zu dulden.

Mit der Revision bitten die Beklagten, nach ihren zuletzt gestellten Anträgen zu erkennen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Klage

Das Berufungsgericht hat hinsichtlich des Schichtteilsanspruchs der Beklagten zu 1) am väterlichen Nachlass ausgeführt: Der Vater K. habe sein Einzelhandelsgeschäft mit Zustimmung der Mutter in die offene Handelsgesellschaft eingebracht. Der Geschäftsanteil des Vaters an der offenen Handelsgesellschaft sei Sondergut gewesen. Nach § 1 des Gesetzes vom 16. April 1860 (Pr.Ges. Sammlung 1860 S 165) gelte nämlich in der Provinz Westfalen "unter den Eheleuten die Gemeinschaft aller Güter, wie solche in dem Allgemeinen Landrechte geregelt ist".

Nach § 363, II 1 des Preussischen Allgemeinen Landrechts seien vom Gesamtgut die Gegenstände ausgeschlossen, die nicht durch Rechtsgeschäfte übertragen werden könnten. In die Stelle des Allgemeinen Landrechts sei durch Art 48 § 2, 47 § 1, 59 § 1, III des Preussischen Ausführungsgesetzes zum BGB die Regelung des BGB getreten, das in § 1439, 1 ebenfalls alle nicht durch Rechtsgeschäfte übertragbaren Gegenstände vom Gesamtgut ausschliesse.

Da gemäss §§ 105 HGB, 717, 719 BGB grundsätzlich die Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander und das Anteilsrecht an Gesellschaftsvermögen unübertragbar seien, habe der Geschäftsanteil des Vaters zum Sondergut gehört. Nach dem Tode des Vaters ~~Kontinuum~~ sei die offene Handelsgesellschaft fortgesetzt worden. Diese Fortsetzung sei aber nicht mit der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft geschehen; als Sondergut habe sich vielmehr der Anteil des Vaters nach den Regeln des BGB vererbt, d.h. Erben seien die Mutter zu 1/4 und die 7 Kinder zu je 3/28 geworden. Dieser Personenkreis sei also zusammen mit dem Kläger, und zwar alle als Einzelpersonen, Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft gewesen. Daraus folge, dass die späteren Gesellschaftsverträge der Mutter nichtig seien; denn sie habe ohne die übrigen Miterben keine Gesellschaftsverträge mit dem Kläger abschliessen können. Daher sei auch der Vertrag vom 3. Juni 1927 nichtig. Die Nichtigkeit beziehe sich auch auf die in diesem Vertrag vorgenommene Übertragung der Grundstücke von der fortgesetzten w.G. auf die offene Handelsgesellschaft. Daraus folge einmal, dass die Grundstücke Gesamtgut der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft geblieben seien, und weiter, dass es für die Berechnung des Schichtteilsanspruchs nicht auf den Zeitpunkt des - nichtigen - Ver-

trages vom 3. Juni 1927, sondern auf den Zeitpunkt des Todes der Mutter, also den 17. Januar 1933, ankomme. Zu diesem Zeitpunkt sei - wie die Aussagen des Rechtsanwalts Dr. M. und des Bankdirektors We. ergäben - der Wert der Grundstücke gleich null gewesen. Da die Grundstücke nach dem übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien den allein massgebenden Wert des Gesamtguts darstellten, stehe der Beklagten zu 1) ein Schichtteilsanspruch nicht zu.

Die Revision rügt zu diesem Anspruch nur Verletzung des § 286 ZPO. Sie sieht diese darin, dass das Berufungsgericht keinen Sachverständigen zu dem Wert der Grundstücke gehört habe. Durch dessen Gutachten würden die Behauptungen der Beklagten erwiesen worden sein, dass die übliche Belastungsgrenze sich höchstens auf 40 % des tatsächlichen Werts belaufen habe, dass der Einheitswert (im Jahre 1928 1 592.060,-- RM) durchschnittlich nur mit der Hälfte des Verkaufswerts bemessen werde und dass sich auf Grund der Grundstücks- und Gebäudetaxen eine Summe von rund 2 400.000,-- RM ergäbe. Auch habe das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen, dass es nicht auf den Gebäudewert ankomme, verkannt, dass der Verkehrswert auch vom Gebäudewert abhängig sei. Ferner sei nicht auf die Verwertbarkeit abzustellen, da auch ein künftiger Wert zu beachten sei. Schliesslich habe das Berufungsgericht übersehen, dass die beiden erwähnten Zeugen daran interessiert gewesen seien, ihre früheren Massnahmen zu decken; der Zeuge Bankdirektor We. hätte zu der in Betracht kommenden Zeit grösstes Interesse daran gehabt, die Grundstücke aus dem Vergleichs- und Konkursverfahren herauszuhalten, weil die Landeshypothekenbank hinter der Gründung einer Auffang-GmbH ge-

standen habe. Die eingetragenen Belastungen hätten auch darauf hin überprüft werden müssen, ob sie voll valutiert gewesen seien.

Die Rügen greifen nicht durch. Zu einer Überprüfung, ob die eingetragenen Belastungen der Grundstücke voll valutiert gewesen seien, bestand für das Berufungsgericht kein Anlass; die Beklagten hatten selbst vorgebracht, dass die Grundstücke mit 1 013.421,-- RM belastet gewesen seien. Dieses Vorbringen konnte nur dahin aufgefasst werden, dass diese Belastungen auch tatsächlich bestanden. Dass die Hypotheken nicht voll valutiert gewesen seien, ist also eine neue, im Revisionsrechtszuge nach § 561 Abs 1 ZPO nicht zu beachtende Tatsache. Dass das Berufungsgericht bei der Würdigung der Aussagen der Zeugen Dr. Meyer und Bankdirektor Te [REDACTED] Umstände übersehen habe, die gegen die Glaubwürdigkeit dieser Zeugen sprechen könnten, ist nicht erkennbar. Hinsichtlich des Zeugen Dr. M [REDACTED] bringt die Revision nichts weiter vor, als dass er daran interessiert sei, seine früheren Maßnahmen zu decken. Gerade hierzu aber hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Zeuge würde wegen der Regressgefahr die Grundstücke bestimmt verwertet haben, wenn sie verwertbar gewesen seien. Es hat damit aus der Lebenserfahrung und nicht aus der Aussage des Zeugen den Schluss gezogen, dass der Zeuge ordnungsmässig verfahren sei. Damit verneinte es mittelbar das Interesse an einer falschen Aussage. Inwiefern der Umstand, dass der Zeuge jetztig damals ein Interesse daran gehabt habe, die Grundstücke aus dem Vergleichs- und Konkursverfahren herauszuhalten, seine Glaubwürdigkeit zu beeinträchtigen geeignet sei, ist nicht ersichtlich. Es ist auch nicht zu ersehen, dass der Zeuge auf die Maßnahmen des Konkurs-

verwalters hinsichtlich der Verwertung der Grundstücke einen Einfluss gehabt hätte. Dafür, dass das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen, aus denen heraus es die Vernehmung eines Sachverständigen abgelehnt hat, das von den Beklagten in ihrer Revisionsbegründung wiedergegebene tatsächliche Vorbringen übersehen habe, fehlt es an einem hinreichenden Anhalt. Desgleichen kann nicht angenommen werden, das Berufungsgericht habe verkannt, dass auch der Verkehrswert vom Gebäudewert abhängig sei.

Da somit die Feststellung des Berufungsgerichts, die Grundstücke seien wertlos gewesen, ohne Verletzung von Verfahrensvorschriften getroffen worden und für das Revisionsgericht bindend ist, entfällt ein Schichtteilsanspruch der Beklagten zu 1). Denn andere Werte als die Grundstücke befanden sich unstreitig nicht im Gesamtgut der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft. Das Testament, das die Mutter gemäss § 10 Abs 4 Satz 1 des Gesetzes vom 16. April 1860 zu errichten befugt war, versties somit nicht gegen § 10 Abs 4 Halbsatz 2 dieses Gesetzes; ein Wert, an dem die Beklagte zu 1) hätte beteiligt sein können, war nicht vorhanden.

Zusammenfassend ist also insoweit zu sagen, dass die vom Berufungsgericht zur Klage getroffene Entscheidung keinen Rechtsirrtum erkennen lässt.

II. Zur Widerklage

1. Die Abweisung des Widerklageantrags der Beklagten auf Feststellung, dass die Beklagte zu 1) hinsichtlich des ganzen Nachlasses Erbin nach ihrer verstorbenen Mutter geworden sei, hat das Berufungsgericht damit begründet, die Beklagte zu 1) habe mit Einwilligung des Beklagten zu 2) ausdrücklich durch Schreiben an das Nachlassgericht

gegen bestimmte Anordnungen des Testaments der Mutter Einwendungen erhoben. Gemäss § 5 des Testaments sei die Beklagte zu 1) dadurch von der Erbschaft ausgeschlossen worden. Zum Teil hätten sich die Einwendungen der Beklagten zu 1) zwar gegen Testamentsbestimmungen gerichtet, die nichtig gewesen seien, wie die Bestimmungen über die Geschäftsübernahme durch den Kläger und die Abfindungen an die übrigen Erben. Diese Nichtigkeit habe aber die anderen testamentarischen Bestimmungen nicht unwirksam gemacht. Nach § 2085 BGB seien Testamente grundsätzlich aufrechterhalten. Nach den Umständen hätte die Mutter auch bei Kenntnis der wirklichen Rechtslage schon mit Rücksicht auf den Umfang des Vermögens eine letztwillige Verfügung über den Nachlass, die Vorempfänge und die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers getroffen. Die Anrechnung der Vorempfänge, die nach den Worten der Mutter schon der Vater vorgeschrieben gehabt habe, habe der Mutter offensichtlich besonders am Herzen gelegen, wie sich auch aus dem Vorhandensein der Nachtragstestamente ergäbe. Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht habe bei seiner Feststellung, die Erblasserin würde die Bestimmungen über die Anrechnung der Vorempfänge auf jeden Fall getroffen haben, den Sinn des § 2 des Testaments und die Voraussetzungen für die Anrechnung der Vorempfänge übersehen und damit § 286 ZPO ausser acht gelassen. Ein solches Übersehen könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn diese Testamentsbestimmung mit der Feststellung des Berufungsgerichts nicht vereinbar wäre. Ob eine solche Unvereinbarkeit vorliegen würde, wenn - wie die Revision behauptet - gemäss § 2 des Testaments "der Sinn der Anrechnung der Vorempfänge gewesen sei, dass dasjenige der Kinder, welches einmal den Geschäftsbetrieb ... übernehmen würde, nicht zur Abfindung seiner

übrigen Geschwister mit unerträglich hohen Auszahlungsverpflichtungen zum Nachteil der Firma belastet würde". kann dahinstehen; denn in § 2 des Testaments heisst es nicht, dass die Schonung der Firma der Sinn der Anrechnung der Vorauszuwendungen sei, sondern der Sinn und Zweck der Vorauszuwendungen gewesen sei. Wenn sich dann herausstellte, dass die Vorsichtsmaßnahme (Schutz des die Firma übernehmenden Geschwisterteils gegenüber hohen Erbteilsforderungen der anderen Geschwister) überflüssig war, so wäre es sogar kaum verständlich gewesen, wenn dies von einem Erblasser zum Anlass genommen worden wäre, deswegen die Anrechnung der Vorauszuwendungen nicht anzuordnen. Die Kenntnis der Erblasserin von der wahren Rechtslage ist jedenfalls kein Umstand, der mit der Annahme unvereinbar wäre, sie (die Mutter) würde solchenfalls die Anrechnung auch angeordnet haben. Die Einwendung der Beklagten zu 1) hat sich also gegen eine gültige Testamentsbestimmung gerichtet. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht die Voraussetzung für die Anwendung des § 5 des Testamentes als gegeben angesehen. Somit kommt es auf die weitere Frage, ob das Berufungsgericht seine Feststellung, die Erblasserin würde in jedem Fall auch einen Testamentsvollstrecker eingesetzt haben, unter Verletzung von Verfahrensvorschriften getroffen hat, nicht an. Die Beklagte zu 1) ist nach alledem nicht Testamentserbin geworden.

Das Berufungsgericht hat ferner ohne Rechtsverstoss festgestellt, dass das Testament der Mutter nicht in vollem Umfang nichtig ist. Es hat hierzu ohne Rechtsirrtum ausgeführt, dass die Mutter über ihr ganzes Vermögen habe verfügen wollen, so dass es unerheblich sei, dass sie rechtsirrig die wesentlichen Grundstücke als Eigentum der offenen Handelsgesellschaft angesehen habe. Diese

Feststellung ist von der Revision auch nicht angegriffen worden. Sie hat - was die Nichtigkeit des Testaments anlangt - nur ausgeführt, dass die Testamentsbestimmungen nichtig seien, gegen die sich die Einsprüche der Beklagten zu 1) vom 3. und 4. April 1933 gewendet hätten. Hierzu hat das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum festgestellt, dass die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen die anderen testamentarischen Bestimmungen nicht ausgeschlossen habe. Mangels Nichtigkeit des Testaments ist somit auch die gesetzliche Erbfolge der Beklagten zu 1) ausgeschlossen.

2. Das Berufungsgericht hat die weiteren, von den Beklagten im Wege der Widerklage geltend gemachten Feststellungsanträge mit der Begründung abgewiesen, sie seien mindestens aus grober Nachlässigkeit erst im letzten Augenblick erhoben worden. Diese Rechtsfolge ergäbe sich aus dem der gesamten Zivilprozessordnung innewohnenden allgemeinen Rechtsgedanken, dass trotz Bestehenbleibens des Verhandlungsgrundsatzes über den Prozeßstoff beschleunigt zu befinden sei und Verschleppungsabsicht und Nachlässigkeit im Vorbringen durch Ausschluss zu ahnden seien. Dieser Rechtsgedanke werde auch durch § 280 ZPO nicht durchbrochen, denn diese Vorschrift wolle nur vornehmlich die Einwilligung des Gegners und die Frage der Sachdienlichkeit ausschliessen. Obwohl es sich also um eine Inzidentfeststellungswiderklage nach § 280 ZPO handele, für die § 529 Abs 4 ZPO nicht gelte, seien die Anträge wegen Verspätung zurückzuweisen. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Sie erkennt, dass die in der Zivilprozessordnung enthaltenen Bestimmungen über die Nichtzulassung verspäteten Vorbringens (§§ 272 a, 279, 279 a, 283, 528, 529, 626) sich nur auf Angriffs- und Vertei-

digungsmittel (wie Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel) beziehen, nicht aber auf neue Ansprüche, mag es sich hierbei um neue Ansprüche des Klägers (Klageänderung oder -erweiterung) oder um neue Ansprüche der Beklagten (Widerklage) handeln. Im § 278 Abs 1 ZPO wird zwar die Widerklage bei den Angriffs- und Verteidigungsmitteln mitaufgeführt. Nach allgemeiner Rechtsauffassung (vgl. Stein-Jonas-Schönke II zu 278; Baumbach-Lauterbach, 1 zu 278) ist aber die Widerklage in § 278 Abs 1 ZPO nur mit aufgeführt, um den Zeitpunkt ihres Vorbringens zu bestimmen, während sie begrifflich nicht zu den Verteidigungsmitteln gehört. Die Nichtzulassung der Widerklage und ihre hierauf gegründete Abweisung beruhen daher auf einer Verletzung des § 529 ZPO. Dieser Verfahrensverstoss stünde nach § 563 ZPO einer Zurückweisung der Revision nicht entgegen, wenn sich die Entscheidung selbst aus einem anderen Grund als richtig darstellte, also die Nichtzulassung und die sich daraus ergebende Abweisung durch Prozessurteil auf Grund einer anderen Bestimmung gerechtfertigt erschiene. Dies ist aber nicht der Fall. Der Kläger meint, die Nichtzulassung der Widerklage sei nach § 529 Abs 4 ZPO begründet, weil auch für eine Zwischenfeststellungswiderklage nach § 280 ZPO/^{der} § 529 Abs 4 ZPO gelte; ^{der Kläger} da er, in die Erhebung der Widerklage nicht eingewilligt und das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit verneint habe, wenn auch rechtsirrtümlich nicht auf Grund des § 529 Abs 4 ZPO, so sei die Zulassung zu Recht abgelehnt worden. Diese Ausführungen des Klägers treffen jedenfalls insoweit nicht zu, als sie davon ausgehen, das Berufungsgericht habe die Sachdienlichkeit der Geltendmachung des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs verneint. Das Berufungsgericht hat vielmehr ausdrücklich eine Anwendung des § 529 Abs 4 ZPO für

unzulässig gehalten, weil es sich bei der Widerklage um eine Inzidentfeststellungswiderklage handele, die ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Gegners und die Sachdienlichkeit zugelassen werden müsse. Es hat sich folgerichtig mit der Frage der Sachdienlichkeit überhaupt nicht befasst. Mit der Frage der Prozessverschleppung hat die der Sachdienlichkeit nichts zu tun; für diese kommt es allein auf die objektive Beurteilung an, ob und inwieweit nämlich die Zulassung der Ausräumung des sachlichen Streitstoffs im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits dient und einem andernfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt. Dabei ist es ohne Belang, ob die Zulassung weitere Erklärungen der Parteien und neue Beweiserhebungen notwendig macht, da nicht die beschleunigte Erledigung dieses Prozesses, sondern die Erledigung der Streitpunkte zwischen den Parteien für die Frage der Sachdienlichkeit massgeblich ist (vgl BGHZ 1, 65 [71]). Fallen somit die Fragen der Prozessverschleppung und der Sachdienlichkeit auseinander, so kann in der Entscheidung der ersten Frage nicht auch die der zweiten gesehen werden. Da hiernach die Sachdienlichkeit der Geltendmachung der mit der Widerklage verfolgten Ansprüche bisher vom Berufungsgericht nicht verneint worden ist, ist die Nichtzulassung dieser Widerklage auch dann nicht hinreichend gerechtfertigt, wenn anzunehmen sein sollte, dass - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch bei der Zwischenfeststellungswiderklage § 529 Abs 4 ZPO anzuwenden sei. Ohne dass daher auf diese Streitfrage einzugehen wäre, muss das angefochtene Urteil aufgehoben werden, soweit es die erst in der letzten mündlichen Verhandlung erhobene Widerklage abgewiesen hat. Eine Entscheidung in der Sache selbst käme selbst dann nicht in Frage, wenn das Revisions-

gericht schon auf Grund der vorliegenden Feststellungen zu dem Ergebnis gelangen könnte, die in der letzten mündlichen Verhandlung erhobene Widerklage sei sachlich unbegründet und daher abzuweisen. Denn soweit es sich um die Abweisung dieser Widerklage handelt, liegt nur ein Prozess- und kein Sachurteil vor. Dieses Prozessurteil hat nur den Inhalt, dass die Widerklage als im vorliegenden Verfahren unzulässig abgewiesen ist; eine vom Revisionsgericht aus sachlich-rechtlichen Gründen ausgesprochene Zurückweisung der Revision hätte einen anderen Inhalt; die Entscheidung würde den sachlichen Anspruch verneinen. Es würde also die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht ihrem Inhalt nach als richtig befunden und bestätigt werden, sondern an ihre Stelle eine inhaltlich abweichende gesetzt werden. Ein solches Verfahren wäre durch § 563 ZPO/^{hier}nicht gedeckt (vgl. Stein-Jonas-Schönke Anm I zu 563).

III. Aus der teilweisen Aufhebung der angefochtenen Sachentscheidung ergibt sich, dass auch die Kostenentscheidung aufzuheben ist. Dies hat wiederum zur Folge, dass auch die Verurteilung des Beklagten zu 2), wegen dieser Kosten die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut seiner Ehefrau zu dulden, als zunächst gegenstandslos geworden, aufzuheben ist. Es braucht daher nicht auf die Fragen eingegangen zu werden, ob das mit Ablauf des 31. März 1953 gemäss Art 117 des Grundgesetzes erfolgte Ausserkrafttreten des dem Art 3 Abs 2 entgegenstehenden Rechtes nicht eine Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau gegen-

standslos gemacht hat und ob diese Rechtsänderung in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen ist.

Schmidt Raske Kregel Scheffler Wüstenberg