

M

Verkündet
am 16. April 1958
Schorm, 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.

2.

Klägers, Widerbeklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: |

g e g e n

1.

2.

3.

4.

5.

Beklagte, Widerkläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: |

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. April 1958 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske,
Dr. v. Werner, Maaß und Dr. Loewenheim
für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. April 1957 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage, soweit mit ihr die Feststellung begehrt wird, die Beklagten seien nicht Erben der Erblasserin, als sachlich unbegründet abgewiesen wird.

Die Kläger haben die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

10

Tatbestand:

Die Kläger sind die Testamentsvollstrecker für den Nachlaß der am 29. Mai 1950 in Berlin verstorbenen Frau Eugenie de G. geb. M. Die Beklagten sind Enkelkinder der Erblasserin und gehören zu deren Erben. Die Erblasserin war mit dem vor ihr verstorbenen Gründer des Verlages Walter de G. & Co. Komm.Ges. verheiratet. Aus ihrer Ehe mit ihm sind die Töchter Clara und Ellen sowie ein im ersten Weltkrieg gefallener Sohn hervorgegangen. Die Tochter Clara ist mit D. Herbert C. verheiratet. Aus dieser Ehe sind die Beklagten sowie zwei weitere Töchter, Ella-Anita und Elsbeth C., hervorgegangen. Die Tochter Ellen der Erblasserin war zweimal verheiratet. Aus ihrer ersten Ehe stammt der Sohn Rudolf-Walter Cr., aus der zweiten Ehe die Tochter Gudula B.-M. Außerdem sind zwei Kinder aus der ersten Ehe des zweiten Ehemannes vorhanden. Der gefallene Sohn der Erblasserin hat eine Tochter Lili de G. hinterlassen, die inzwischen den Reichsbahnrat D. geheiratet hat. D. Herbert C. ist neben Dr. Wolfgang von S. persönlich haftender Gesellschafter der Kommanditgesellschaft.

Die Erblasserin hatte mit ihrem Ehemann in westfälischer Gütergemeinschaft gelebt, die sie nach dessen Tode mit ihren Töchtern Clara und Ellen und der Enkelin Lili D. fortgesetzt hat. Zu dem Gesamtgut gehörten Kommanditanteile an der Verlagsgesellschaft. Im Jahre 1938 hat sich die Erblasserin mit den Töchtern und der Enkelin über die Gütergemeinschaft auseinandergesetzt. Danach behielt die Erblasserin Kommanditanteile von insgesamt 780.000,-- RM, während die Töchter und die Enkelin D. Kommanditanteile von je 260.000,-- RM erhielten.

Am 2. Dezember 1946 hat die Erblasserin 13 Kommanditanteile von je 40.000,-- RM, zusammen 520.000,-- RM, auf



Herbert C., auf die sieben Enkel des Stammes C., auf die vier Enkel des Stammes B.-M. und auf die Enkelin Lili D. übertragen. Dabei hat sie sich das mit den übertragenen Anteilen verbundene Stimmrecht bis zu ihrem Tode vorbehalten.

Am 23. März 1950 hat die Erblasserin ein Testament errichtet (Bl. 4 - 9 in 9 IV 490/50 des AG Lichterfelde). In § 1 des Testaments hat sie ihre Töchter und ihre Enkelin Lili D. zu Erben eingesetzt. In § 2 sind die ehelichen Abkömmlinge der Töchter nach Stämmen zu gleichen Teilen als Ersatzerben eingesetzt. In § 3 ist eine Nacherbfolge für die Enkelin Lili D. angeordnet worden.

In § 4 (1) hat die Erblasserin den ihr noch gehörenden Kommanditanteil von 260.000,-- DM in Höhe von 190.000,-- DM ihrer Tochter Ellen, in Höhe von 70.000,-- DM ihrer Tochter Clara zugewendet. Mit dieser Verteilung wollte sie die Beteiligung der Stämme C. und M. an dem Verlage nach Möglichkeit gleich groß gestalten. Die Erblasserin hat dabei erklärt, daß sie den ihrem Schwiegersohn Herbert C. verkauften Anteil im Hinblick auf seine dem Verlage gewidmete Lebensarbeit nicht zum Ausgleich bringe. In § 5 hat sie ihr sonstiges Vermögen ihren Erben zu je 1/3 zugeteilt. In § 6 (1) hat sie erklärt, es sei ihr Wille, daß eine angemessene Zeit nach ihrem Tode innerhalb des Verlages ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Stämmen ihrer beiden Töchter erhalten bleibe. In § 6 (2) hat sie die Auflage angeordnet, daß das Stimmrecht der 1946 übertragenen Anteile für die Dauer von zehn Jahren nach ihrem Tode von dem Kläger zu 1 als Testamentsvollstrecker ausgeübt werde. Sie hat ferner den Erben die Auflage gemacht, dafür Sorge zu tragen, daß die Anteilsinhaber die Stimmrechte auf den Testamentsvollstrecker übertragen. Für den Fall, daß eine der Töchter dem Testamentsvollstrecker das Stimmrecht nicht wirksam verschaffte, sollte ihre Erbeinsetzung entfallen. Ersatzerben

10

für die Kommanditanteile sollten die Enkel des anderen Stammes, für das sonstige Vermögen die übrigen Erben zu gleichen Anteilen sein. In § 6 (3) hat die Erblasserin bestimmt, daß das Stimmrecht für die gemäß § 4 (1) vererbten Anteile gleichfalls für die Dauer von zehn Jahren nach ihrem Tode von dem Kläger zu 1 ausgeübt werde. In § 10 sind die Kläger zu Testamentsvollstreckern bestellt worden. Die Kläger haben ihr Amt angenommen.

Clara C. hat die Erbschaft ausgeschlagen. An ihre Stelle sind ihre sieben Kinder getreten. Ihre Tochter Ella-Anita hat ebenfalls die Ausschlagung erklärt, diese jedoch später angefochten. Auch die Enkelin Lili D. hat die Erbschaft ausgeschlagen.

Am 20. November 1951 waren die Anteile an der Verlagsgesellschaft wie folgt verteilt:

1. Herbert C.	40.000,- DM	
	<u>4.000,- DM</u>	44.000,- DM
2. Clara C.	251.000,- DM	
3. Enkel C.		
a) Kurt-Georg	45.000,- DM	
b) Hannemarie S.	45.000,- DM	
c) Ella-Anita	45.000,- DM	
d) John-Walter	40.000,- DM	
e) Clara-Eugenie	40.000,- DM	
f) Margret	40.000,- DM	
g) Elsbeth	40.000,- DM	
vererbte Anteile	<u>70.000,- DM</u>	616.000,- DM
		660.000,- DM
4. Ellen B.-M.		
einschl. der ihrem		
Ehemann zugewendeten		
10.000,- DM	270.000,- DM	
vererbter Anteil	190.000,- DM	
5. Enkel B.-M.		
a) Erdmüthe B.		
geb. M.	40.000,- DM	
b) Michael B.		
M.	40.000,- DM	
c) Rudolf-Walter		
Cr.	40.000,- DM	
d) Gudula B.		
M.	<u>40.000,- DM</u>	620.000,- DM

6. Lili D [REDACTED]	260.000,- DM	
	<u>40.000,- DM</u>	300.000,- DM
7. Dr. Ulrich Sch [REDACTED]		16.000,- DM
8. Dr. Wolfgang von S [REDACTED]	<u>10.000,- DM</u>	
		<u>1.606.000,- DM.</u>

Mit Schreiben vom 1./18. August 1951 (Bl. 69 - 74 in 16 b /62 O 381/51) haben die Kläger als Testamentsvollstrecker von den Beklagten und von Elsbeth C [REDACTED] die Ausführung der Auflage des § 6 (2) des Testaments verlangt. Daraufhin wurde eine Gesellschaftsversammlung der Verlagsgesellschaft auf den 20. November 1951 anberaumt: (Protokoll Bd. I Bl. 143 - 148 d.A.). Sie sollte beschließen, ob die Stimmrechte für die 1946 übertragenen Anteile durch den Kläger zu 1 ausgeübt werden sollten. Da nach dem Gesellschaftsvertrage die Vertretung eines Gesellschafters nur durch einen anderen Gesellschafter statthaft war, so hätte der Gesellschaftsvertrag geändert werden müssen. Dies erforderte eine 3/4 Mehrheit. Bei der Abstimmung enthielten sich die Beklagten, Elsbeth C [REDACTED] und Dr. von S [REDACTED] der Stimme (260 Stimmen). Für die Übertragung des Stimmrechts stimmte Ellen B [REDACTED]-M [REDACTED] und ihre vier Kinder (430 Stimmen), dagegen Herbert und Clara C [REDACTED], Ella-Anita C [REDACTED], Lili D [REDACTED] und Dr. Sch [REDACTED] (656 Stimmen). Danach haben die Kläger die Beklagten und Elsbeth C [REDACTED] nicht mehr als Erben angesehen.

Im November 1951 klagte Elsbeth C [REDACTED] gegen die Kläger auf Feststellung, daß die Kläger nicht berechtigt seien, von ihr die Stimmrechtsübertragung gemäß § 6 des Testaments zu fordern, und daß im Falle der Nichterfüllung dieser Auflage ihre Erbeinsetzung nicht verwirkt sei. In diesem Rechtsstreit wurde im ersten Rechtszuge Dr. Sprenkmann, der als Mitarbeiter des Klägers zu 1 mit der Erblasserin den Inhalt des Testaments besprochen hatte, als Zeuge vernommen (Verhandlungsniederschrift vom 20. März

1952, Bl.128 - 137 d.BA 16 b/62 O 381/51). Durch Urteil des Kammergerichts vom 17.Oktober 1952 - 5 U 1289/52 - (Bl.221 - 232 d.BA) ist der Klage stattgegeben worden. Die Revision der Kläger wurde durch das Urteil des erkennenden Senats vom 8.Oktober 1953 - IV ZR 248/52 (LM Nr.6 zu § 105 HGB) zurückgewiesen.

Die Kläger haben behauptet, die Erblasserin sei in Sorge gewesen, ob der Verlag erhalten bleiben würde. Den Fähigkeiten ihres Schwiegersohnes Herbert C. zur Geschäftsführung habe sie mißtraut. Herbert C. besitze kein Verständnis für finanzwirtschaftliche Überlegungen und habe keinen Überblick über die finanziellen Verhältnisse des Verlages gehabt. Die von der Erblasserin gewünschte Kontrolle der Geschäftsführung sei am Widerstand von Herbert C. gescheitert. Daraus sich ergebende Mißhelligkeiten mit der Erblasserin hätten ihn veranlaßt, in den Jahren 1938 und 1950 mit seinem Austritt aus der Gesellschaft zu drohen. Im Jahre 1946 habe Herbert C. behauptet, es seien 80 % des Nominalkapitals der Gesellschaft verloren. Tatsächlich sei aber damals ein Gewinn vorhanden gewesen. In der DM-Eröffnungsbilanz habe das Gesellschaftskapital im Verhältnis 1 : 1 umgestellt werden können. Auch Anfang des Jahres 1950 habe Herbert C. keine genauen Angaben über die finanzielle Lage des Verlages machen können. Nach dem Tode der Erblasserin sei der Verlag auf Veranlassung der kreditgebenden Banken geprüft worden. Dabei habe sich ergeben, daß das Buch- und Rechnungswesen des Verlages in sehr schlechtem Zustande gewesen sei.

Die Erblasserin habe als Mittel zur Erhaltung des Verlages die Kontrolle der Geschäftsführung durch die Kommanditisten angesehen. Für die Zeit nach ihrem Tode habe sie geglaubt, den Verlag nur dann sichern zu kön-

nen, wenn das Stimmrecht der im Jahre 1946 verkauften Anteile von einer von der Geschäftsführung unabhängigen Person ausgeübt werde. Falls das Stimmrecht durch die Angehörigen des Stammes C nicht übertragen werden sollte, habe sie ihre Tochter Ellen und deren Kinder dadurch wirtschaftlich sichern wollen, daß sie den Anteil dieser Tochter am Nachlaß erhöhte und den widerstrebenden Stamm C auf den Pflichtteil setzte.

Die Erblasserin habe schon in ihrem Testament vom Jahre 1938 angeordnet, daß jeder Stamm zusammen mit den Testamentsvollstreckern die einfache Mehrheit und damit eine Kontrollmöglichkeit habe. Im Jahre 1948 habe die Erblasserin den Kläger zu 1 beauftragt, ein neues Testament zu entwerfen und darin Vorsorge zu treffen, daß dem Testamentsvollstrecker zusammen mit einem Stamm die Kontrolle der Geschäftsführung ermöglicht würde. Sie habe auch wiederholt zu ihrer Gesellschafterin Erika von R geäußert, sie sehe den Verlag als durch ihren Schwiegersohn gefährdet an, wenn es an einer Kontrolle fehle. Die Kontrolle habe durch den Kläger zu 1 durchgeführt werden sollen. Die Erblasserin habe den Kläger zu 1 sogar während seiner Erkrankung im Krankenhaus aufgesucht und ihn beschworen, für eine ausreichende Kontrolle zu sorgen. Anstelle des erkrankten Klägers zu 1 habe damals dessen Mitarbeiter Dr. Sp die weiteren Gespräche mit der Erblasserin über die Gestaltung des Testaments geführt. Die Erblasserin habe damals wiederholt zu ihrer Gesellschafterin geäußert, daß bei Nichterreicherung der Kontrolle ihre Tochter Ellen mehr haben solle. Sie habe auch von sich aus erwogen, ob sie nicht den Stamm C von vornherein enterben solle. Sie hätte davon erst abgesehen, als der in § 6 des Testaments beschrittene Weg gefunden worden sei.

Es sei auch entgegen der Ansicht des erkennenden Senats möglich, das Stimmrecht getrennt von den übrigen Befugnissen der Gesellschafter auf eine dritte Person zu übertragen. Da die Durchsetzung der Stimmrechtsübertragung am Widerstand des Stammes C und der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofes gescheitert sei, sei der Verlust des Erbrechts der Beklagten eingetreten.

Hätte die Erblasserin die Unwirksamkeit der Auflage gekannt, hätte sie den Stamm C auf den Pflichtteil gesetzt. Der tatsächliche Wille der Erblasserin sei im Vorprozeß nicht ausreichend geklärt worden.

Zum Beweise für ihre Behauptungen über den Willen der Erblasserin haben sich die Kläger auf das Zeugnis der Frau von R und des Dr. Sp bezogen.

Die Kläger haben beantragt,

festzustellen,

1. daß die Verschaffungsauflagen in § 6 (2) und (3) des Testamentes der Erblasserin wirksam
2. daß die Beklagten nicht Erben der Erblasserin seien.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie haben Widerklage erhoben mit dem Antrage,

1. die Kläger zu verurteilen, anzuerkennen, daß sie, die Beklagten, das Recht hätten,
 - a) das Stimmrecht der im Jahre 1946 übertragenen Anteile und
 - b) der im Testament der Erblasserin zugewendeten Kommanditanteile selbst auszuüben;
2. die Kläger zu verurteilen,

das Grundstück W[redacted]straße [redacted] und H[redacted]straße [redacted] in B[redacted] den Erben der Erblasserin herauszugeben und dergestalt aufzulassen, daß die Beklagten und Elsbeth C[redacted] im Grundbuch als Miteigentümer zum ideellen Anteil von 5/12 und unter sich zu gleichen Rechten und Anteilen eingetragen werden,

3. die Kläger zu verurteilen,
zuzustimmen, daß im Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg betr. die Firma Walter de G[redacted] & Co. eingetragen werde, daß Kommanditanteile von 70.000.-- DM aus dem Nachlaß der Erblasserin auf die Beklagten und Elsbeth C[redacted] übergegangen seien,
4. die Kläger zu verurteilen,
bei Vermeidung einer gerichtlich festzusetzenden Geldstrafe über den übrigen Nachlaß der Erblasserin einen Erbteilungsplan aufzustellen.

Die Kläger haben beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagten haben ausgeführt, die Auflagen in § 6 (2) und (3) des Testaments seien unwirksam, wie im Urteil des erkennenden Senats im Vorprozeß festgestellt worden sei. Die Auflagen seien auch sittenwidrig. Hinzu komme, daß die Testamentsvollstrecker mit dem Stamm C[redacted] mit Zustimmung der Beteiligten am 1./3. August 1950 die schriftliche Vereinbarung getroffen hätten, daß die Bestimmungen des § 6 außer Kraft gesetzt würden. Die Vereinbarung sei erfüllt. Auch die Kläger hätten sich bis zum Frühjahr 1951 vertragstreu verhalten. Entsprechende Erklärungen habe der Kläger zu 1 dem Nachlaßrichter und dem Finanzamt gegenüber abgegeben. Da sich die Kläger nunmehr nicht mehr an die Vereinbarungen hielten, stehe ihrem Klagebegehren die Einrede der Arglist entgegen.

Aus der Unwirksamkeit der Auflagen folge die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung nicht. Im Vorprozeß hätten das

Kammergericht und der erkennende Senat mit Recht die Auffassung vertreten, daß die Erblasserin bei Kenntnis der Unwirksamkeit der Auflagen von einer Enterbung des Stammes C. Abstand genommen hätte. Die Erblasserin habe auch keinen Grund gehabt, ihre Tochter Clara zu enterben. Vom Kriegsende ab bis zum Februar 1950 habe sie zu dieser Tochter und deren Familie in einem guten Verhältnis gestanden. Die Erblasserin habe auch keinen Grund gehabt, ihre Enkelkinder zu enterben. Ebenso habe keine Veranlassung bestanden, ihre Tochter Ellen vor Not zu schützen, da diese Tochter namhaftes Vermögen besitze.

Die Behauptungen der Kläger über die geschäftliche Untüchtigkeit des Herbert C. seien unrichtig. Der Verlag habe nur im Jahre 1944 durch Kriegseinwirkung und in den Jahren 1946 und 1947 infolge der besonderen Nachkriegsverhältnisse Verluste gehabt. Jetzt entwickle er sich rapide aufwärts. Das Verhältnis der Erblasserin zu Herbert C. sei harmonisch und vertrauensvoll gewesen. Das ergebe sich auch daraus, daß die Erblasserin im Jahre 1949 Herbert C. das Alleinzeichnungsrecht für den Verlag übertragen habe. Spannungen hätten sich nur in den Jahren 1931 und 1938 ergeben, als auf Verlangen der Erblasserin die Ehemänner der Frau B.-M. als persönlich haftende Gesellschafter in den Verlag hätten aufgenommen werden sollen. Die von der Erblasserin gewünschten Kontrollmaßnahmen seien durchgeführt worden. Unrichtige Angaben über die finanzielle Lage des Verlages im Jahre 1946 seien nicht gemacht worden, da die Bilanz für 1946 erst 1949/50 habe aufgestellt werden können, nachdem beschlagnahmte Werte aus der Sowjetzone nach Berlin zurückgeschafft worden seien.

Der Wunsch der Erblasserin sei auf vertrauensvolle Zusammenarbeit und Gleichstellung der Töchter Clara und

Ellen gegangen. Die Erblasserin habe ernstlich nicht die Enterbung des Stammes C erwogen oder gar beschlossen.

Mit der Widerklage haben die Beklagten die Anerkennung der Unwirksamkeit der Stimmrechtsübertragungen gemäß § 6 des Testamentes und die Erbauseinandersetzung erstrebt. Sie haben behauptet, sie hätten die Kläger hierzu wiederholt aufgefordert. Die Kläger hätten jedoch erwidert, daß sie das Urteil des erkennenden Senats im Vorprozeß für die anderen Angehörigen des Stammes C nicht anerkennen wollten.

Zu dem verteilungsreifen Nachlaß gehöre das Grundstück in L. Außerdem müßten die Testamentsvollstrecker die gesamte Auseinandersetzung bewirken, da die in § 10 (4) des Testamentes gesetzte Frist von drei Jahren, vor deren Ablauf die Auseinandersetzung nicht habe vorgenommen werden sollen, abgelaufen sei.

Die Kläger haben erwidert, das Verhältnis der Erblasserin zu Herbert und Clara C sei nicht gut gewesen. In den Jahren 1931 bis 1950 habe mit geringen Unterbrechungen kein normales Verhältnis bestanden, ernstliche Streitigkeiten hätten den Familienfrieden zerstört. Das ergebe sich insbesondere auch aus dem Briefwechsel des Oberlandesgerichtspräsidenten Dr. Sa, des Freundes und Beraters der Erblasserin, mit Herbert C und mit der Erblasserin im Jahre 1941. Die Erblasserin habe sogar erwogen, Herbert C auf Ausschluß von der Geschäftsführung zu verklagen.

Die Vereinbarung vom 1./3. August 1950 sei nicht wirksam geworden, da der Kläger zu 2 ihr nicht zugestimmt habe. Außerdem sei der über die Regelung der Erbfolge vorgesehene Vertrag auf ausdrücklichen Wunsch des Herbert C nicht geschlossen worden, wie die Vereinbarung vom 4. August 1950 ergebe.

Zur Widerklage haben die Kläger ausgeführt, daß die Ansprüche der Beklagten mangels Aktivlegitimation abzuweisen seien, wenn festgestellt sei, daß die Beklagten nicht Erben der Erblasserin seien. Eine Teilung des Nachlasses setze voraus, daß zuvor die Erbeneigenschaft der Beklagten geklärt sei.

Das Landgericht hat auf die Klage festgestellt, daß die Beklagten nicht Erben der Erblasserin seien (Klagantrag zu 2). Im übrigen (Klagantrag zu 1) hat es die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat es festgestellt, daß die Beklagten berechtigt seien, das Stimmrecht der im Jahre 1946 übertragenen Anteile selbst auszuüben (Widerklagantrag zu 1a). Die weitergehende Widerklage hat es abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben nur die Beklagten Berufung eingelegt. Auf ihre Berufung hat das Kammergericht die Klage auch insoweit abgewiesen, als die Kläger mit ihr die Feststellung begehrt hatten, daß die Beklagten nicht Erben der Erblasserin seien. Das Berufungsgericht hat diese Entscheidung in erster Linie damit begründet, daß im Hinblick auf den Widerklageantrag zu 4, der ebenfalls eine Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen des Erbrechts der Beklagten erforderlich mache, ein rechtliches Interesse der Kläger für diese Feststellung nicht gegeben sei. Der Widerklage hat das Berufungsgericht auch insofern stattgegeben, als mit ihr die Verurteilung der Kläger zur Aufstellung eines Erbteilungsplanes beantragt war (Widerklagantrag zu 4).

Im übrigen - also hinsichtlich der Widerklageanträge zu 1b, 2 und 3 - hat das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben nur die Kläger Revision eingelegt mit dem Ziel, die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils zu erreichen.

Die Beklagten bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Die Revision hat in erster Linie gerügt, daß das Berufungsgericht nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen sei, weil Amtsgerichtsrat Sche..., der bei der Verhandlung und Entscheidung mitgewirkt habe, nach dem Geschäftsverteilungsplan des Kammergerichts für das Jahr 1957 dem entscheidenden 12.Zivilsenat dieses Gerichts nicht angehört habe.

Die Rüge ist nicht begründet. Wie die vom Senat eingeholte Auskunft des Kammergerichtspräsidenten vom 14.Januar 1958 ergibt, war Amtsgerichtsrat Sche... aus Anlaß der Erkrankung eines Planrichters sowie aus Anlaß der zeitweiligen anderweiten Verwendung eines weiteren Planrichters für die Zeit vom 10.Januar bis zum 30.April 1957 an das Kammergericht abgeordnet und durch die Präsidialbeschlüsse vom 10.Januar, 7.März und 28.März 1957 dem 12.Zivilsenat zugeteilt, dem er auf Grund dieser Beschlüsse bis zum 20.April 1957 angehört hat. Die Verhandlung in dieser Sache hat am 16.April 1957 stattgefunden. Die erwähnten Präsidialbeschlüsse waren gemäß den §§ 63 Abs.2, 117 GVG zulässig. Da die Abordnung des Hilfsrichters auf bestimmte Zeit erfolgte, blieb sie bis zu deren Ablauf auch dann wirksam, wenn der Anlaß der Vertretung bereits vorher fortgefallen war (vgl. § 70 Abs.2 GVG). Der Anlaß der anderweiten Verwendung eines Planrichters bestand übrigens, wie sich aus dem Präsidialbeschuß vom 28.März 1957 ergibt, am 16.April 1957 noch fort.

2.) Das Landgericht hat den Klageantrag zu 1, mit welchem die Kläger die Feststellung beehrten, daß die Verschaffungsaufgaben in § 6 Abs.2 und 3 des Testaments der Erblasserin wirksam seien, als sachlich unbegründet abgewiesen. Nach diesen Aufgaben sollten die Beklagten verpflichtet sein, dem Kläger zu 1 das Stimmrecht

- a) aus den im Jahre 1946 übertragenen und
- b) aus den durch das Testament der Erblasserin zugewendeten Kommanditanteilen

zu verschaffen. Diese Abweisung ist, da sie von den Klägern nicht angefochten wurde, rechtskräftig.

Rechtskräftig ist auch die vom Landgericht auf die Widerklage der Beklagten (Antrag der Widerklage zu 1a) hin getroffene Feststellung, daß die Beklagten berechtigt seien, das mit den im Jahre 1946 übertragenen Kommanditanteilen verbundene Stimmrecht selbst auszuüben.

Rechtskräftig ist ferner, weil mit der Revision nicht angefochten, die vom Berufungsgericht ausgesprochene Abweisung der von den Beklagten gestellten Widerklageanträge zu Ziffer 1 b (betr. Ausübung des Stimmrechts aus den durch Testament zugewendeten Kommanditanteilen sowie zu

Ziffer 2 (betr. Grundstücksherausgabe durch die Testamentsvollstrecker) und zu

Ziffer 3 (betr. Handelsregistereintragung)

mit der Maßgabe, daß die Abweisung des Widerklageantrags zu 1b wegen mangelnden Rechtsschutzinteresses ausgesprochen ist.

Gegenstand des Rechtsstreits im Revisionsrechtszuge sind somit nur noch

1. der Klageantrag zu 2, mit dem die Kläger die Feststellung begehren, daß die Beklagten nicht Erben der Erblasserin sind, sowie
2. der Widerklageantrag zu 4, mit welchem die Beklagten die Verurteilung der Kläger zur Aufstellung eines Erbteilungsplanes erstreben.

3.) Den Klageantrag zu 2 hat das Berufungsgericht in erster Linie deshalb abgewiesen, weil es für die mit ihm begehrte Feststellung an einem Rechtsschutzbedürfnis fehle. Der Entscheidung über den Widerklageantrag zu 4 auf Vorlage eines Erbteilungsplanes liege, so führt das Berufungsgericht dazu aus, incidenter auch die Entscheidung zugrunde, ob die Beklagten Erben seien oder nicht. Mit der Erhebung der Widerklage sei daher das Rechtsschutzbedürfnis für den Klageantrag zu 2 fortgefallen. Dieser Antrag sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Zwischenfeststellungsklage (280 ZPO) zulässig. Denn diese setze voraus, daß die Entscheidung über einen geltend gemachten Anspruch von einem im Laufe des Rechtsstreits streitig gewordenen anderen Rechtsverhältnis abhängige. Der Widerklageantrag zu 4 und der Klageantrag zu 2 beträfen aber dasselbe Rechtsverhältnis, nämlich die Erben-eigenschaft der Beklagten. Es fehle also an dem für die Zwischenfeststellungsklage erforderlichen Abhängigkeitsverhältnis zweier verschiedener Rechtsverhältnisse voneinander.

Diese Ansicht ist rechtlich nicht haltbar. Ein rechtliches Interesse an der von ihnen begehrten Feststellung, daß die Beklagten nicht Erben seien, kann den Klägern nicht aus den von dem Berufungsgericht angeführten Gründen abgesprochen werden. Bei einer Entscheidung über den mit dem Widerklageantrag zu 4 erhobenen Anspruch auf Vorlage eines Erbteilungsplanes würde nur dann in jedem Falle incidenter auch über Bestehen oder Nichtbestehen des Erbrechts der Be-

klagten befunden werden, wenn der Anspruch, der nur aus dem Erbrecht hergeleitet werden kann, zugesprochen wird. Würde der Anspruch verneint, so könnte dies, wie die Revision zutreffend ausgeführt hat, auch darauf beruhen, daß der Anspruch nicht fällig sei oder daß ihm eine Einrede entgegenstehe. Auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Erbrechtes kommt es nicht an. Aber auch wenn solche anderen Gründe, die hier in der Tat von den Klägern nicht vorgebracht sind, nicht in Betracht kämen und der Anspruch lediglich mit der Begründung abgewiesen würde, daß das Erbrecht der Kläger zu verneinen sei, würde diese Begründung ebensowenig in Rechtskraft erwachsen, wie die Begründung des dem Anspruch stattgebenden Urteils, daß das Erbrecht der Beklagten bestehe. Weder in dem einen noch in dem anderen Falle würde die Entscheidung über das den Anspruch bedingende Rechtsverhältnis (das Erbrecht) mit der Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs auf Aufstellung eines Erbteilungsplanes an der Rechtskraftwirkung teilhaben. Die Rechtskraft würde sich vielmehr nur auf das Bestehen oder Nichtbestehen dieses einen aus dem Erbrecht fließenden bzw. hergeleiteten Anspruchs erstrecken, neben welchem gemäß den §§ 2215 ff BGB noch andere Ansprüche daraus erwachsen könnten und von den Beklagten in ihrer Widerklage ja auch daraus hergeleitet sind (vgl. Wieczorek ZPO § 322 E IV b 1 und die dort angeführte höchstrichterliche Rechtsprechung).

Zum mindesten hätten aber die Kläger hiernach gegenüber dem Anspruch der Beklagten auf Vorlage eines Erbteilungsplanes gemäß § 280 durch Erhebung einer Widerklage beantragen können, daß das Rechtsverhältnis (nämlich das Erbrecht der Beklagten), von dessen Bestehen oder Nichtbestehen dieser Anspruch abhängig ist, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Durch die Erhebung der

Widerklage von seiten der Beklagten, der gegenüber das Feststellungsbegehren der Kläger nunmehr als Zwischenfeststellungsklage zulässig ist, kann also das Rechtsschutzinteresse der Kläger nicht weggefallen sein (vgl. Wieczorek ZPO § 280 A I b).

Das Revisionsgericht ist jedoch, obwohl das Berufungsgericht die Feststellungsklage wegen fehlenden rechtlichen Interesses als unzulässig abgewiesen hat, nicht gehindert, den Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob er zu einer Abweisung der Klage aus sachlichen Gründen, wie sie hilfsweise auch das Berufungsgericht für erforderlich gehalten hat, führen muß und somit die Entscheidung des Berufungsgerichts gemäß § 563 ZPO aus diesen Gründen aufrechterhalten ist. Die Zulässigkeit dieser Sachprüfung ergibt sich schon daraus, daß das Berufungsgericht die Frage, ob die Beklagten Erben der Erblasserin sind, hier auch auf Grund des auf Verurteilung zu einer Leistung gerichteten Widerklageantrags zu 4 sachlich geprüft und entschieden hat. In einem solchen Falle fehlt es, wenn das rechtliche Interesse für die Feststellungsklage nach Ansicht des Revisionsgerichts zu Unrecht verneint wurde, an jedem sachlichen Grund, das Berufungsgericht durch Zurückverweisung des Rechtsstreits zu veranlassen, die von ihm bereits vorgenommene Sachprüfung, die als solche unter dem Gesichtspunkt des Feststellungsbegehrens der Klage keine andere ist als unter dem Gesichtspunkt des Leistungsanspruchs der Widerklage, zu wiederholen. Es braucht deshalb hier nicht entschieden zu werden, ob das Revisionsgericht, wenn im Berufungsrechtzuges eine Feststellungsklage wegen fehlenden rechtlichen Interesses als unzulässig abgewiesen wurde, schlechthin befugt ist, beim Vorliegen der entsprechenden sachlichen Voraussetzungen die Klage als unbegründet abzuweisen, wie es das Reichsgericht (RG 158, 152; DR 1940, 161) und ihm

10

folgend der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGHZ 12, 308, 316 = LM Nr. 5 zu § 563 ZPO mit Anm. von Fischer) angenommen haben.

4.) Das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht bei seiner Prüfung der Frage, ob die Beklagten Erben der Erblasserin sind, gelangt ist, hält einer rechtlichen Nachprüfung stand. Wie bereits zu Eingang der Entscheidungsgründe dargestellt wurde, ist der Anspruch der Kläger, festzustellen, daß die Verschaffungsauflagen in § 6 Abs. 2 und 3 des Testaments der Erblasserin wirksam seien, rechtskräftig abgewiesen. Damit steht, wie auch die Revision nicht verkennet, unter den Parteien rechtskräftig fest, daß diese Auflagen unwirksam sind (Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 256 V 1; Baumbach/Lauterbach ZPO 25. Aufl. § 322 Anm. 4, Stichwort: "Feststellungsurteil"). Darauf, ob darüber hinaus (als Grund ihrer Unwirksamkeit) feststeht, daß die Auflagen auf eine unmögliche Leistung gerichtet sind, kommt es nicht an.

Die Nichtigkeit der Auflage würde - zunächst unabhängig davon, ob die Erblasserin, wie das Berufungsgericht angenommen hat, die Einsetzung der Beklagten als Erben von der auflösenden Bedingung abhängig gemacht hat, daß die Auflagen erfüllt würden - nach den §§ 2085, 2195 BGB die Unwirksamkeit der (unter der Auflage verfügten) Erbeinsetzung der Beklagten nur zur Folge haben, wenn anzunehmen wäre, daß die Erblasserin die Erbeinsetzung nicht ohne die Auflage vorgenommen haben würde. Hierfür sind, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, die Kläger, die aus der Unwirksamkeit der Auflage auch die Unwirksamkeit der Erbeinsetzung herleiten wollen, beweispflichtig (BGB RGRK 10. Aufl. § 2085, 1a). Das Berufungsgericht hat (Berufungsurteil S. 29 f) unter eingehender Würdigung des Sachverhalts dargelegt, warum es diesen Beweis nicht als erbracht angesehen hat. Vielmehr ist es zu der Überzeugung gelangt,

daß die Erblasserin bei Kenntnis der Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Stimmrechtsübertragung von einer Erbinsetzung des Stammes C nicht abgesehen hätte. Diese Darlegungen betreffen das Gebiet der tatrichterlichen Überzeugungsbildung und sind deshalb einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nicht zugänglich. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht es dabei unterlassen habe, aus seinen tatsächlichen Feststellungen denkgesetzlich notwendige Folgerungen zu ziehen. Sie verkennt dabei, daß Willensentscheidungen Akte sind, die auf der freien Willensbestimmung (§ 104 Ziff. 2 BGB) beruhen und daher aus einem vorgegebenen Sachverhalt mit zwingender, logischer Notwendigkeit nicht abgeleitet werden können. Ob ein Erblasser unter bestimmten Voraussetzungen diesen oder jenen Willensentschluß gefaßt und zum erklärten Inhalt seiner letztwilligen Verfügung gemacht haben würde, ist eine reine Tatsache, die unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Lebenserfahrung allein vom Tatrichter zu entscheiden ist.

Die Revision hat in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hingewiesen, daß es der Erblasserin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU S.29) vor allem darauf angekommen sei, die Geschäftsführung durch Herbert C einer Kontrolle zu unterwerfen und daß sie bei den Vorbesprechungen zu ihrem Testament erklärt habe, entweder werde die Kontrolle erreicht oder der Stamm C werde enterbt, oder: wenn die Kontrolle nicht glücke, solle die Tochter Ellen mehr erhalten und der Stamm C auf den Pflichtteil gesetzt werden.

Alle diese Feststellungen lassen die unstrittige Tatsache bestehen, daß die Erblasserin die Auflagen im § 6 ihres Testaments für wirksam angesehen hat und deshalb

froh darüber war, einen Weg gefunden zu haben, der es ihr ermöglichte, die ihr an sich unerwünschte Enterbung des Stammes C zu vermeiden. Unter diesen Umständen bleibt die Frage, was sie tatsächlich letztwillig verfügt haben würde, wenn sie gewußt hätte, daß durch die von ihr angeordneten Auflagen die erstrebte Kontrolle nicht gewährleistet werde, der tatrichterlichen Würdigung offen, ohne durch Gesetze der Logik oder durch allgemeine Erfahrungssätze schon in einem bestimmten Sinne vorweg entschieden werden zu können. Die Enterbung des Stammes C hat zwar der Erblasserin als ein Weg zu dem von ihr angestrebten Ziel vor Augen gestanden. Sie ist aber, wie das Berufungsgericht frei von Rechtsirrtum feststellt, davor zurückgeschreckt, ihn zu beschreiten. Tatsächlich beschritten hat sie einen anderen Weg, der aber weder objektiv die einzige Alternative zu der Enterbung des Stammes C war noch dies in der Vorstellung der Erblasserin zu sein brauchte. Es bleibt, mit anderen Worten, die tatsächliche Möglichkeit offen, daß die Erblasserin, wenn sie vor der Tatsache gestanden hätte, daß mittels der von ihr angeordneten Auflagen eine Kontrolle nicht zu erreichen sei, ehe sie sich zu einer Enterbung entschloß, nach anderen Kontrollmöglichkeiten, wie sie ja auch in diesem Rechtsstreit von den Parteien erörtert und vorher im Wege einer Vereinbarung versucht worden sind, Ausschau gehalten und deren Verwirklichung in anderer Weise als durch die Auflage einer Stimmrechtsübertragung sichergestellt hätte, ohne die Beklagten von der Erbfolge auszuschließen.

5.) Wie bereits angedeutet, hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Erblasserin die Einsetzung der Beklagten - aber auch die Einsetzung ihrer Tochter Ellen B - M - von der auflösenden Bedingung abhängig ge-

macht, daß die Verschaffungsaufgaben erfüllt würden. Gegen diese Auslegung des Testaments bestehen keine rechtlichen Bedenken. Sie wird als solche auch von der Revision nicht angegriffen. Das Berufungsgericht hat dazu (BU.S.27) weiter ausgeführt, die angedrohte Enterbung (bei Eintritt der auflösenden Bedingung) habe nach den Bekundungen des Zeugen Sp. [REDACTED] entsprechend dem Willen der Erblasserin als Druckmittel die Erfüllung der Aufgaben sichern sollen. Demgemäß sei die auflösende Bedingung von der Auflage abhängig gewesen und bei deren Fortfall gegenstandslos und überflüssig geworden. Sie teile daher das rechtliche Schicksal der Auflage, so daß deren Unwirksamkeit auch diejenige der Bedingung herbeiführe. Ohne die Auflage hätte die Erblasserin die Erbeinsetzung nicht als bedingte, sondern ohne auflösende Bedingung verfügt.

Das Berufungsgericht hat damit, und zwar wiederum für die Revision nicht angreifbar, tatsächlich festgestellt, daß die Erblasserin die auflösende Bedingung (Nichterfüllung der Aufgaben) für die von ihr vorgenommene Erbeinsetzung ohne die Auflage nicht in ihr Testament aufgenommen hätte. Diese Feststellung ergab sich auch aus der Natur der Sache: Die auflösende Bedingung - Nichterfüllung der Auflage - hat ihrem Inhalt nach das Bestehen der Auflage zur Voraussetzung. Mit ihrer Unwirksamkeit entfällt das Gebot ihrer Erfüllung. Das Berufungsgericht hat deshalb unter Hinweis auf die Ausführungen bei Kipp/Coing Erbrecht 10.Bearb. § 18 IV in seinen weiteren Ausführungen die Frage aufgeworfen, ob Auflage und auflösende Bedingung überhaupt als zwei selbständige Verfügungen im Sinne des § 2085 BGB und nicht vielmehr als eine einzige Verfügung anzusehen seien, auf die die Vorschrift des § 139 BGB Anwendung finden müsse, wonach bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Geschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, daß

es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Diese für die Beweislast erhebliche Frage hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen, weil es - unabhängig von der Beweislast - für erwiesen angesehen hat, daß die Erblasserin die Erbeinsetzung ohne die Auflage nicht unter die auflösende Bedingung ihrer Nichterfüllung gestellt haben würde.

Die Revision wendet sich in diesem Punkt vor allem gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Erfüllung der Auflage unmöglich gewesen sei. Mit dieser Annahme hat aber das Berufungsgericht seine Auffassung, daß die Verfügung der auflösenden Bedingung unwirksam sei, nur hilfsweise begründet (BU S.28). Ob diese Annahme zutrifft, kann also, wie bereits angedeutet, dahingestellt bleiben. Wenn die Revision dazu vorträgt, das Berufungsgericht habe den mutmaßlichen Willen der Erblasserin für den Fall erforschen müssen, daß zwar die Erfüllung der von ihr angeordneten Auflagen möglich, die Auflagen selbst aber von den Gerichten für unwirksam angesehen werden würden, so verkennt sie, daß für die Erforschung des mutmaßlichen Willens eines Erblassers mit dem Ziel, eine letztwillige Verfügung, sei es unmittelbar, sei es im Wege der Umdeutung, aufrechtzuerhalten (§ 2084 BGB), nur Raum ist, solange die Frage ihrer Wirksamkeit noch offen ist. Ist aber, wie hier, rechtskräftig festgestellt, daß die Verfügung unwirksam ist, so steht damit zugleich fest, daß auch der Versuch, sie auf dem angedeuteten Wege aufrechtzuerhalten, zu keinem Erfolg führen kann. Denn andernfalls wäre sie, wenn auch mit abgewandeltem Inhalt, wirksam. Mit der von der Revision für erforderlich gehaltenen Prüfung würde also unter Außerachtlassung der Rechtskraftwirkung die Frage der Wirksamkeit der Auflagen erneut aufgerollt.

Für den Fall aber, daß, wie hier, eine von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen unwirksam ist, gibt das Gesetz ebenso wie für den Fall, daß ein Teil einer selbständigen Verfügung nichtig ist, in den §§ 2085, 2195, 139 BGB bestimmte Auslegungsregeln, an die der Richter gebunden ist. Es handelt sich dabei nicht, wie die Revision meint, darum, den Willen des Erblassers zu ermitteln, den er vermutlich gehabt haben würde, wenn er eine ihm bei der Errichtung des Testaments noch verborgene künftige Entwicklung vorausgesehen hätte, sondern nur darum, ob der Erblasser das Bestehenbleiben der übrigen (nicht unmittelbar nichtigen) Verfügungen auch bei Fortfall der anderen, unwirksamen Verfügung gewollt hätte. Diese Prüfung kann also immer nur zum Weiterbestand oder zur Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen, nicht aber zum Ersatz der unwirksamen Verfügung durch eine mutmaßliche andere führen (so auch Palandt/Rechenmacher BGB 17. Aufl. § 2085, 1).

Der Berufungsrichter durfte daher nicht, wie die Revision es für erforderlich hält, in eine Prüfung der Frage eintreten, welche anderen Kontrollmaßnahmen die Erblasserin angeordnet haben würde, wenn sie gewußt hätte, daß eine Kontrolle durch die von ihr vorgesehene Übertragung des Stimmrechts auf den Kläger zu 1 nicht durchführbar sei. Im übrigen wäre dem Berufungsrichter mit der Prüfung dieser Frage, da Kontrollmaßnahmen verschiedenster Art denkbar sind, eine unlösbare Aufgabe gestellt worden.

Bei der Erforschung des Willens des Erblassers im Hinblick auf die durch die Auslegungsregeln der §§ 2085, 2195, 139 BGB gegebenen Fragestellung hat der Richter freilich auch die künftige Entwicklung mit zu berücksich-

tigen. Daß und inwiefern das im vorliegenden Falle unter Verletzung des § 286 ZPO nicht geschehen sei, ist nicht ersichtlich und auch von der Revision nicht substantiiert behauptet. Das Berufungsgericht hat insbesondere die Frage erörtert, ob die Erblasserin sich nicht mit den Kontrollmaßnahmen begnügt haben würde, die nach ihrem Tode tatsächlich eingeführt worden sind, ob also die Einführung solcher Kontrollmaßnahmen für sie ein genügender Anlaß gewesen wäre, von einer Enterbung des Stammes C abzu- sehen. Das Berufungsgericht hat diese Frage bejaht und darin - ohne Rechtsirrtum - eine tatsächliche Stütze für seine Überzeugung erblickt, daß die Erblasserin die Erb- einsetzung, und zwar ohne auflösende Bedingung, auch ohne die Auflage vorgenommen haben würde. Wenn die Revision in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, "es liege auf der Hand", daß die Erblasserin, wenn sie das Versa- gen der von ihr vorgenommenen Kontrollmöglichkeiten vor- ausgesehen hätte, die Enterbung der Beklagten in Kauf ge- nommen haben würde, so nimmt sie damit wiederum eine un- zulässige Würdigung des Sachverhalts und keine durch die Denkgesetze oder durch die allgemeine Lebenserfahrung ge- folgte Schlußfolgerung vor.

Nach alledem hält die Feststellung des Berufungsge- richts, daß die Beklagten Erben der Erblasserin sind, einer rechtlichen Nachprüfung stand. Aus dieser Feststel- lung in Verbindung mit den Bestimmungen in den §§ 7, 10 Abs. 4 des Testaments und den §§ 2042, 2204 BGB folgt, daß der Anspruch der Beklagten auf Vorlage eines Teilungs- planes durch die Kläger als Testamentsvollstrecker be- gründet ist. Die Kläger haben dagegen, abgesehen von ihrem Bestreiten der Erbeneigenschaft der Beklagten, auch keine Einwendungen erhoben.

Die Kosten des hiernach unbegründeten Rechtsmittels
fallen gemäß § 97 Abs.1 ZPO den Klägern zur Last.

Ascher Raske v.Werner Maaß Dr.Loewenheim