

Gesetz: BGB §§ 133, 2078, 2096, 2100.

Rechtssatz:

1. Die Anfechtbarkeit einer Verfügung von Todeswegen wegen Irrtums des Erblassers über den Inhalt seiner Erklärung setzt voraus, dass der zu erforschende wirkliche Wille in der Verfügung nicht zum Ausdruck gekommen ist, also auch durch Auslegung der Erklärung nicht festgestellt werden kann. Die Auslegung geht der Anfechtung stets vor (OGHBZ 1, 196).
2. Der Unterschied zwischen dem Begriff des "Ersatzerben" (§ 2096 BGB) und dem des "Nacherben" (§ 2100 BGB) ist rechtunkundigen Personen nicht immer geläufig, sodass die Möglichkeit einer Verwechslung sehr leicht gegeben ist; vgl. HRR 1932, 1055. Da bei der Auslegung einer Verfügung von Todes wegen nicht am Wortlaut zu haften ist, sondern auch Umstände berücksichtigt werden können, die ausserhalb der Erklärung liegen, ist es möglich, dass der Wille des Erblassers, den Bedachten nicht nur zum Ersatz-, sondern auch zum Nacherben einzusetzen, in der vom Erblasser gebrauchten Bezeichnung des Bedachten als "Ersatzerben" einen hinreichenden Ausdruck findet.
3. Für die Erforschung des wahren Willens des Erblassers und die Auslegung des Testaments kann nicht von allein entscheidender Bedeutung sein, was sich der beurkundende Notar unter einem im Testament gebrauchten Begriff vorgestellt hat. Maßgebend ist immer, was der Erblasser sich unter dem Begriff gedacht hat und hat zum Ausdruck bringen wollen.

Aktenzeichen: IV ZR 17 / 51

Urteil vom 23. April 1951 OLG. Braunschweig.

Verkündet

23. April 1951

z. Klett, Justizangestellter
s Urkundsbeamter der Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes !

In dem Rechtsstreit der
August W. [REDACTED] Witwe Emma geb. J. [REDACTED] in B. [REDACTED] bei
B. [REDACTED], Am S. [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] -

g e g e n

die Fritz Wellner Witwe K. [REDACTED] geb. H. [REDACTED] in B. [REDACTED]
bei B. [REDACTED], Am S. [REDACTED],

Klägerin, Berufungs- und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] in
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 16. April 1951 unter Mitwir-
kung des Bundesrichters Dr. Lersch als Vorsitzenden
und der Bundesrichter Ascher, Raske, Dr. Hartz und Jo-
hannsen

für Recht erkannt:

Das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Braunschweig vom 17. November 1950 wird aufgehoben.
Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung auch über die Kosten der Revision an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen.

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte ist die Witwe des am 1. März 1937 zu B. verstorbenen Invaliden August W. Zu seinem Nachlass gehört ein im Grundbuch von B. Band 80 verzeichnetes Hausgrundstück. Auf diesem wurde schon vor dem Ableben der ersten, im Jahre 1932 verstorbenen Ehefrau des Erblassers ein Kolonialwarengeschäft betrieben. Aus der ersten Ehe des Erblassers ist der am 10. Juli 1943 in russischer Kriegsgefangenschaft verstorbene Fritz W. hervorgegangen, der seit Dezember 1941 mit der Klägerin verheiratet war. Die Ehe des Sohnes ist kinderlos geblieben.

August W. errichtete am 2. Februar 1937 zu Protokoll des Notars A. in B. folgendes Testament:

§ 1

Zu meinem Alleinerben ernenne ich meinen Sohn, den Maler Fritz W. zu B., zum Ersatzerben ernenne ich meine Ehefrau Emma W. geb. J. zu B.

§ 2

Meiner Ehefrau vermache ich für ihre Lebenszeit das Wohnungsrecht im ersten Stockwerk meines am S. Nr. 1 gelegenen Wohnhauses. Mein Erbe muss ihr die sämtlichen Räume des ersten Stockwerks zur Wohnung einräumen. Meine Frau darf in diese Wohnung auch andere Personen aufnehmen, und zwar auch mietweise.

Stellt meine Ehefrau dem Erben die Räume zur Verfügung, so hat mein Erbe meiner Frau eine Wohnungsschädigung von jährlich 600,-- RM, fällig am Ersten eines jeden Monats mit 50,-- RM, zu zahlen.



Mein Erbe hat dieses Wohnungsrecht auf meiner Hausbesitzung in B. Grundbuch Band Blatt 80 an bereitetester Stelle eintragen zu lassen.

Ausserdem muss mein Erbe meiner Frau ein wöchentliches Unterhaltsgeld von 5,-- RM von meinem Todestage ab leisten. Auch dieses Recht muss der Erbe auf meiner genannten Hausbesitzung an bereitetester Stelle eintragen lassen.

§ 3

Meinem Erben lege ich die Verpflichtung auf, die 2000,-- RM, welche ihm aus meiner Lebensversicherung zufallen, zur Ablösung der zweiten, Herrn K. in P. zustehenden Hypothek zu verwenden. Die K. Hypothek beträgt 2500,-- RM, so dass also 500,-- RM stehen bleiben. Die abgelösten 2000,-- RM müssen zur Löschung gebracht werden, damit die Rechte meiner Frau hinter 3500,-- RM bzw. GM eingetragen werden können, wie es mein Wille ist. Der Wert meines gegenwärtigen Vermögens ist etwa 2000,-- RM.

§ 4

Ich erkenne an, dass meine Ehefrau mir bei der Eheschliessung im Jahre 1933 in bar 1400,-- RM in die Ehe eingebracht hat."

Fritz W. hat am 5. März 1942 ein privatschriftliches Testament errichtet, das folgenden Wortlaut hat:

"Mein letzter Wille.

1. Für den Fall meines Ablebens bestimme ich, dass meine Frau Käthe W. geb. H. meine alleinige Erbin sein soll.
2. Sollten aus meiner Ehe Abkömmlinge hervorgehen, dann soll gesetzliche Erbfolge eintreten.
3. Meine Erbin bzw. meine Erben werden verpflichtet, die mir durch das Testament meines Vaters vom 8. Mai 1937 (muss heissen: 2. Februar 1937) auferlegten Pflichten gegenüber meiner zweiten Mutter, der Frau Emma W. geb. J., in gleicher Weise zu erfüllen. Ich nehme insoweit Bezug auf dieses vorbezeichnete Testament.

4. Für den Fall, dass weder Ziffer 1 noch Ziffer 2 zur Anwendung gelangen sollten, bestimme ich als Ersatzerbin meine zweite Mutter."

Infolge dieses Testaments wurde der Klägerin auf ihren Antrag vom Amtsgericht in Harzburg am 2. Oktober 1947 ein Erbschein erteilt, wonach sie alleinige Erbin ihres Ehemannes Fritz W. ist. Auf Grund dieses Erbscheins und des Testaments des Erblassers wurde das Nachlassgrundstück am 17. April 1948 auf sie umgeschrieben. Die Beklagte ist noch im Besitze des auf dem Nachlassgrundstück betriebenen Geschäfts nebst Einrichtung und Warenlager sowie der im unteren Stockwerk befindlichen Räume und des Gartens. Sie hat die beiden Testamente durch Erklärung gegenüber dem Amtsgericht in Harzburg angefochten, das ihres Ehemannes am 17. März 1948 und das seines Sohnes am 14. Juni 1948. Die Klägerin nimmt als Erbesorbin des August W. seinen gesamten Nachlass für sich in Anspruch. Sie ist bereit, der Beklagten die in dem Testament vom 2. Februar 1937 eingeräumten Rechte zu gewähren. Da sich diese damit nicht begnügt und den Anspruch der Klägerin bestreitet, hat diese Klage erhoben und im ersten Rechtszuge folgende Anträge gestellt:

- 1.) festzustellen, dass die Anfechtung des Testaments vom 2. Februar 1937 durch die Beklagte unbegründet ist, hilfsweise festzustellen, dass der am 10. Juli 1943 verstorbene Maler Fritz W. Alleinerbe des am 1. März 1937 verstorbenen Zimmermanns August W. ist,

- 2.) die Beklagte zu verurteilen, .
- a) das von ihr im Hause B [REDACTED], Am S [REDACTED]
[REDACTED], betriebene Geschäft mit Laden,
Ladeneinrichtung und Warenlager Zug um
Zug gegen Bezahlung des Warenlagers an
die Klägerin herauszugeben,
 - b) das Erdgeschoss im gleichen Hause Zug um
Zug gegen Überlassung des ersten Stockwerks
sowie den Garten zu räumen,
 - c) die Kucheneinrichtung im Erdgeschoss, be-
stehend aus 1 Kohlenherd, 1 Küchenbüfett,
1 Küchentisch, 3 Küchenstühlen, 1 Abwasch-
kommode und 1 Schuhschrank sowie 1 Liegeso-
fa an die Klägerin herauszugeben,
 - d) an die Klägerin die Löschungspapiere über
die im Grundbuch von B [REDACTED] Band [REDACTED] Blatt
80 eingetragene Hypothek von RM 2500,--
(K [REDACTED]) herauszugeben,
 - e) an die Klägerin DM 453,-- sowie ab 1. Juli
1948 monatlich nachträglich bis zur Räumung
von a und b DM 60,-- zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die erhobene Klage abzuweisen.

Die Beklagte führte zur Begründung ihres Antrages aus,
dass das Geschäft mit Einrichtung nicht zum Nachlass
ihres Ehemanns gehört habe. Sie habe zur Sanierung des
Geschäfts einmal 1400,-- RM und nachher weitere 5000,--
RM zur Verfügung gestellt und dafür das Geschäft über-
tragen erhalten. Ihr Ehemann habe sie für den Fall,
dass sie Fritz W [REDACTED] überlebe, zur Erbin einsetzen und

dies mit dem Ausdruck "Ersatzerbin" bestimmen wollen. Sie habe das Testament ihres Ehemanns und des Fritz W. wegen Irrtums über die Bedeutung der Verfügungen angefochten. Die Herausgabe des Hypothekenbriefes lehnte sie ab, weil sie die Hypothek mit eigenen Mitteln, nämlich aus einer von ihrem Ehemann zu ihren Gunsten abgeschlossenen Lebensversicherung über 2000,-- RM zurückgezahlt habe.

Das Landgericht in Braunschweig hat durch Teilverurteil vom 23. November 1949 festgestellt, dass die Erklärung der Beklagten, wodurch sie das Testament ihres Ehemannes vom 2. Februar 1937 angefochten hat, unwirksam sei. Es hat ferner die Beklagte verurteilt, das Erdgeschoss mit dem Laden im Hause Am S. und den zum Hause gehörenden Garten zu räumen, und zwar das Erdgeschoss Zug um Zug gegen Überlassung des ersten Stockwerks, ferner die Ladeneinrichtung und die Löschungspapiere über die im Grundbuch von B. Band Blatt 80 eingetragene Hypothek von RM 2500,-- (K.) herauszugeben.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung verfolgt mit dem Antrage,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

In der Berufungsinstanz hat sich die Beklagte zum Beweis dafür dass die Lebensversicherung des Erblassers August W. mit der Bestimmung abgeschlossen sei, dass die Versicherungssumme nach dem Tode des Erblassers an sie auszuzahlen gewesen und auch tatsächlich

ausgezahlt worden sei, auf eine Auskunft der Versicherungsgesellschaft, der F[REDACTED]-Lebensversicherungsgesellschaft, bezogen. Durch Verfügung des Vorsitzenden des Berufungsgerichts vom 22. September 1950 ist die Einholung der Auskunft angeordnet worden. Sie ist erst nach der letzten mündlichen Verhandlung eingegangen. Das Oberlandesgericht hat, ohne diese Auskunft zu berücksichtigen, die Berufung der Beklagten zurückgewiesen unter Berichtigung der Urteilsformel, die bezüglich der herauszugebenden Inventargegenstände neu gefasst worden ist. Ausserdem ist die Beklagte an Stelle der Herausgabe der "Löschungspapiere" zur Herausgabe des Hypothekenbriefes und der Löschungsbewilligung des Gläubigers der Hypothek, K[REDACTED], verurteilt worden.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrage,

das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage kostenpflichtig abzuweisen, hilfsweise die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Die Revision rügt Verletzung der §§ 2078, 242, 273, 812 und 2084 BGB in Verbindung mit §§ 133, 1006 BGB sowie der §§ 286 und 300 ZPO.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Da die Revision in dem angefochtenen Urteil nicht zugelassen worden ist, ist ihre Zulässigkeit davon abhängig, dass der Wert des Beschwerdegegenstandes 6000,-- DM übersteigt (§ 546 Abs 1 ZPO). Diese Bedingung ist erfüllt, selbst wenn man den nach § 3 ZPO festzusetzenden Wert des den Gegenstand des Feststellungsantrags bildenden Anspruchs nicht berücksichtigt.

Mit der Revision ist das Berufungsurteil zunächst insoweit angefochten worden, als die Beklagte zur Räumung des Erdgeschosses mit dem Laden und des Gartens im Hause am S. [REDACTED] in B. [REDACTED] verurteilt worden ist. Nach ihren in der Berufungsinstanz gemachten, von der Klägerin nicht bestrittenen Angaben beträgt der Einheitswert des Hauses 5600 DM, der Brandkassenwert 11390 DM. Die Leerraummiete für das Erdgeschoss ist auf 30,-- DM und für den Garten auf 60,-- DM monatlich durch die Preisbehörde W. [REDACTED] festgesetzt worden. Belastet war das Grundstück ursprünglich mit Hypotheken im Gesamtbetrag von 5500 RM, hiervon war die eine Hypothek in Höhe von 2500 RM von der Beklagten vor der Währungsreform zurückbezahlt worden.

Nach §§ 3, 546 Abs 2 ZPO wird der Wert des Streitgegenstandes durch den Wert der Sache bestimmt, wenn deren Besitz Gegenstand des Streites ist. Hier handelt es sich nicht um die Herausgabe des gesamten Hausgrundstücks, sondern nur um die eines Teils davon. Geht man bei der Berechnung ihres Wertes von dem des Gesamtgrundstücks aus, so kommt nicht der Einheits-, sondern der

Verkehrswert des Grundstücks in Frage. Einen gewissen Anhaltspunkt bietet der Brandlassenwert. Da dieser aber nicht den Wert des Grund und Bodens enthält, auf dem das Grundstück errichtet ist, so kann der Wert des Gesamtgrundstücks einschliesslich des Gartens mit 12000 DM angesetzt werden. Ob von diesem Betrag der der Grundstücksbelastung von 3000 RM in Abzug gebracht werden muss, wie die Klägerin meint, kann dahingestellt bleiben. Der Senat sieht sich nicht genötigt, zu dieser Streitfrage - vergl hierzu Stein-Jonas-Schönke, ZPO 17. Aufl § 6 Anm I 4 mit Nachw. - Stellung zu nehmen. Unterstellt man die Ansicht der Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung als richtig, dann betrug nach Abzug der Belastung von 3000 DM der verbleibende Wert des Gesamtgrundstücks 9000 DM. Bemisst man hiernach den Wertanteil der herausverlangten Grundstücksteile, so ist dabei zu berücksichtigen, dass das Erdgeschoss mit Rücksicht auf das dort betriebene Geschäft der wertvollere Teil des Hauses ist, wie auch in der von der Preisbehörde festgesetzten Miete zum Ausdruck kommt. Unter Berücksichtigung der dem Gericht zur Kenntnis gebrachten Tatsachen ist daher der Wert des Erdgeschosses und des Gartens mit 5500 DM zu bemessen. Hierzu kommt der Wert der Ladeneinrichtung, die mit 600 DM angegeben worden ist, und das nach § 3 ZPO zu schätzende Interesse der Beklagten am Besitze des Hypothekenbriefes und der Löschungsbewilligung, das mit 100 DM zu bewerten ist.

Soweit die genannten Ansprüche Gegenstand der Revision sind, beläuft sich demnach der Wert des Beschwerde-

gegenstandes auf 6200 DM. Damit ist die Zulässigkeit der Revision gegeben.

II. Der form- und fristgerecht eingelegten Revision kann in der Sache der Erfolg nicht versagt bleiben.

- 1) Die Klägerin leitet ihre Berechtigung zu den mit der Klage geltend gemachten Ansprüchen aus den Testamenten ihres Ehemannes und dessen Vaters August W. her. Beide Testamente hat die Beklagte nach § 2078 BGB angefochten. Soweit es sich um die Gültigkeit des Testaments des Fritz W. handelt, lassen die sie bejahenden Erwägungen des Berufungsgerichts keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, Fritz W. sei bei den von ihm getroffenen letztwilligen Anordnungen davon ausgegangen, dass die zum Nachlass seines Vaters gehörenden Rechte an dem Grundstück und dem darauf betriebenen Geschäft auf die Klägerin übergehen würden. Das ergebe sich daraus, dass er in Ziff 2 des Testaments seinen Erben ausdrücklich die Verpflichtung auferlege, die ihm durch das väterliche Testament überkommenen Verpflichtungen gegenüber der Beklagten zu erfüllen. Das Testament bringe deshalb den wirklichen Willen des Fritz W. zum Ausdruck, und die Beklagte könne nicht im Wege der Anfechtung geltend machen, Fritz W. habe sich bei der Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen über die Bedeutung seines Testaments geirrt, weil er der Ansicht gewesen sei,

die Klägerin könne daraus keine Ansprüche an das zum August W. [REDACTED] Nachlass gehörige Haus und das Geschäft herleiten. Diese Erwägungen sind bedenkenfrei. Richtig sind auch die weiteren Darlegungen des angefochtenen Urteils, soweit sie ein Anfechtungsrecht der Beklagten aus anderen Gründen verneinen. Das Berufungsgericht sieht den Beweis dafür, dass die Klägerin elwidrige Beziehungen unterhalten habe, für nicht als erbracht an, so dass die Beklagte schon deshalb mit der Behauptung nicht durchdringen kann. Die Revision hat auch insoweit Angriffe nicht erhoben.

- 2) Bei seinen Erwägungen, die sich mit der Frage der Anfechtbarkeit des August W. [REDACTED] Testaments befassen, geht das Berufungsgericht richtig davon aus, dass es zunächst zu erforschen sucht, ob in den letztwilligen Anordnungen des Erblassers August W. [REDACTED] sein wirklicher Wille zum Ausdruck gekommen ist. Die Anfechtung eines Testaments auf Grund des § 2078 BGB setzt voraus, dass der Erblasser sich in einem Irrtum befunden hat, sei es, dass er sich über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum befand oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte (Erklärungsirrtum), sei es, dass er bei Kenntnis der Sachlage die Erklärung überhaupt nicht abgegeben hätte (Irrtum im Beweggrund). In beiden Fällen muss deshalb zunächst klargestellt werden, was der Erblasser wirklich gewollt hat und von welchen Voraussetzungen er sich bei der von ihm getroffenen Verfügung hat leiten lassen.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um die im Testament erfolgte Einsetzung der Beklagten als "Ersatzerbin" des zunächst als Erben berufenen Fritz W. Die Beklagte ist der Ansicht, ihr Ehemann habe sie nicht nur für den Fall an Stelle seines Sohnes einsetzen wollen, dass dieser vor ihm, sondern auch dann, wenn er nach dem Eintritt des Erbfallles versterbe. Er habe sie also nicht nur zur Ersatzerbin im Sinne des § 2096 BGB, sondern auch als Nacherbin nach § 2100 ff aaO berufen wollen. Das Berufungsgericht hält diese Behauptung aus zwei Gründen für nicht erwiesen. Es erwägt zunächst, dass sich der Erblasser bei Errichtung des Testaments einer rechtskundigen Person, des Notars A., bedient habe. Diesem könne schwerlich unbekannt gewesen sein, was das BGB unter einem Ersatzerben verstehe. Dieser habe auch bekundet, dass er sich im allgemeinen bei Beurkundungen von Testamenten der begrifflichen Bedeutung dieses Ausdruckes bewusst sei, und dass er annehme, sich dessen auch in diesem Falle bewusst gewesen zu sein. Hierfür spreche bei einem Notar schon die Vermutung. Als weiteren Grund für die Unrichtigkeit der Behauptung der Beklagten führt das Berufungsgericht an, wenn die Ansicht der Beklagten richtig wäre, müsste August W. auch den Willen gehabt haben, seinen Sohn lediglich zum Vorerben und die Beklagte für den Fall seines Todes zum Nacherben einzusetzen. Dann hätte aber August W. z.B. auch etwaige spätere Kinder seines Sohnes übergehen wollen, da

er bei dem damals 26 Jahre alten Fritz W. mit einer späteren Heirat und mit Kindern aus dieser Ehe durchaus habe rechnen müssen. Für einen derart befremdenden Willen lägen aber Anhaltspunkte nicht vor. Nur unter ganz besonderen Umständen wäre es denkbar, dass ein Erblasser wohl seinen Sohn, nicht aber dessen Kinder in den Genuss des Nachlasses hätte kommen lassen wollen. Wenn deshalb der als Zeuge vernommene Notar bekundet habe, er würde das Testament entsprechend formuliert haben, wenn August W. eine echte Vor- und Nacherbschaft gewollt hätte, so sei dies auch unter Berücksichtigung der Aussage des Zeugen V. glaubhaft.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind rechtlich nicht bedenkenfrei. Wie das Berufungsgericht feststellt, ergibt der Inhalt des Testaments, dass man bei seiner Errichtung den Fall des Todes des Fritz W. wohl bedacht hat; denn sonst hätte der Erblasser eine "Ersatzerbschaft" nicht angeordnet. Keine Rolle hat dabei, so führt das Berufungsgericht an anderer Stelle aus, der Fall gespielt, dass Fritz W. vor dem Erblasser kinderlos versterben solle. Dieser Fall habe den Willen des Erblassers in keiner Richtung beeinflusst. August W. habe weder angenommen, Fritz W. werde einmal kinderlos versterben, noch habe er angenommen, Fritz W. werde unter Hinterlassung von Kindern sterben. Wenn dem aber so ist, so würde wegen der durch § 2107 BGB getroffenen Regelung eines solchen Falles die Berufung der Beklagten als Nacherbin

etwaige spätere Nachkommenschaft des Fritz W. [REDACTED] nicht beeinträchtigt haben. Hiernach ist, wenn der Erblasser einen Abkömmling, der zur Zeit der Errichtung des Testaments keine Abkömmlinge hat, oder von denen der Erblasser zu dieser Zeit nicht weiss, dass er einen Abkömmling hat, für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt, anzunehmen, dass der Nacherbe nur für den Fall eingesetzt ist, dass der Abkömmling ohne Nachkommenschaft stirbt. Die Gründe, aus denen das Berufungsgericht den Willen des Erblassers verneint, die Beklagte auch zur Nacherbin seines Sohnes Fritz zu berufen, sind daher nicht zwingend. Eine Einsetzung der Beklagten wäre nach § 2107 aaO nur eine bedingte gewesen, und gerade in dem Fall, dass Fritz W. [REDACTED] Abkömmlinge hinterlassen hätte, wäre sie hinfällig gewesen. Da das Oberlandesgericht bei der Würdigung der von ihm erhobenen Beweise wesentlich von diesen rechtlich irrigen Erwägungen beeinflusst worden ist, ist schon aus diesen Gründen das Urteil, das auf ihnen beruht, aufzuheben und die Sache zur erneuten Prüfung zurückzuverweisen.

Nicht beigetreten werden kann dem Berufungsgericht darin, dass es Schlüsse auf den Willen des Erblassers daraus zieht, was sich der beurkundende Notar unter dem Begriffe des "Ersatzerben" vorgestellt hat. Maßgebend ist nicht die Auffassung des Notars, sondern die des Erblassers, mag auch der Notar die Auffassung gehabt haben, die von ihm gewählte Formulierung des Testaments gebe den Willen des Erblassers wieder (RG in HRR 1932 Nr 1055).

Bei der erneuten Prüfung der Frage, welches der wahre Wille des August W. war, wird zu berücksichtigen sein, dass, wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, der Erblasser bei der Errichtung des Testaments von der Erwägung bestimmt war, die Beklagte sicherzustellen. Diese Sicherstellung war aber nicht nur dann geboten, solange Fritz W. am Leben war - mit ihm stand ja die Beklagte in guten persönlichen Beziehungen -, sondern gerade dann, wenn er vor ihr verstarb. Es wird auch zu erwägen sein, ob nicht dem Erblasser, der das Testament kurz vor seinem Tode errichtete, der Gedanke, dass sein damals 26 Jahre alter Sohn ihn überlebe, viel näher liegen musste, als die doch weit ferner liegende Möglichkeit, dass sein Sohn vor ihm versterbe, so dass gerade eine letztwillige Anordnung für diesen Fall nicht im Bereich seiner Erwägungen gelegen hätte.

- 3) Von seinem in dem angefochtenen Urteil eingenommenen Standpunkt war für das Berufungsgericht kein Anlass vorhanden zu erörtern, ob auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit des August W. Testaments vorlagen. Gelangt bei der erneuten Verhandlung das Berufungsgericht bezüglich des Willens des August W. zu einem entgegengesetzten Ergebnis, dann wird sich die Untersuchung auch auf sie zu erstrecken haben. Abgesehen von der Frage, ob die Anfechtungserklärung der Beklagten innerhalb der Frist des § 2082 BGB abgegeben war, wird nunmehr auch zu prüfen sein, ob nicht

etwa der Wille des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gekommen ist. Denn für die Anfechtung eines Testaments wegen eines Erklärungsirrtums kann nur dann Platz sein, wenn wahrer Wille und Erklärung nicht übereinstimmen. Ist der Wille des Erblassers, wenn auch nur mangelhaft, in der Verfügung von Todes wegen zu erkennen und kann dieser Wille durch Auslegung ermittelt werden, dann gilt die Erklärung in dem Sinne, wie er sich durch die Auslegung ergibt. Die Auslegung geht der Anfechtung stets vor, weil diese die Erklärung von Todes wegen vernichtet, während die Auslegung dem wahren Willen des Erblassers zur Wirksamkeit verhilft (so OGHZ 1, 196 für einen Fall des Motivirrtums; Palandt, BGB 7. Aufl § 2078 Anm 3). Es erhebt sich aber hier die Frage, ob der von dem Erblasser gebrauchte Ausdruck des "Ersatzerben", wenn auch vielleicht undeutlich, so doch noch hinreichend den Willen des Erblassers erkennen lässt, die Beklagte nicht nur zur Ersatzerbin im gesetzlichen Sinne, sondern auch als Nacherbin zu berufen, also für den Fall, dass Fritz W. zwar zunächst Erbe wird, aber später (ohne Hinterlassung von Abkömmlingen) verstirbt. Es ist hierbei zu bedenken, dass der Unterschied zwischen den Begriffen des Ersatz- und des Nacherben rechtsunkundigen Personen nicht immer geläufig und die Möglichkeit einer Verwechslung sehr leicht gegeben ist. Von solchen Erwägungen ist auch das Reichsgericht in der bereits erwähnten Entscheidung in HRR 1932, 1055 ausgegangen. Wie bei

jeder Auslegung ist auch bei Verfügungen von Todes wegen nicht an ihrem Wortlaut zu haften. Es können dabei auch Umstände berücksichtigt werden, die außerhalb der Erklärung liegen. Die Tatsache, dass ein Notar den letzten Willen beurkundet und den Erblasser beraten hat, ist nicht allein von entscheidender Bedeutung, wie das Reichsgericht aaO ausgesprochen hat. Es kommt nicht auf die Bedeutung an, die der beurkundende Notar dem gebrauchten Begriff beilegt, sondern der Erblasser. Auf dieser von der Revision gerügten Nichtanwendung des § 133 BGB beruht das angefochtene Urteil ebenfalls. Aus dem Tatbestand des Berufungsurteils ergibt sich, dass die Beklagte sich darauf berufen hat, dass der Erblasser August W. durch den Gebrauch des Wortes "Ersatzerbe" habe sagen wollen, sie solle Erbin werden, wenn Fritz W. vor ihr versterbe. Diesen Willen habe der Erblasser im Testament zum Ausdruck gebracht. Wenn der Wille des Erblassers im Testament nicht zum Ausdruck gekommen sei, so sei das darauf zurückzuführen, dass sich der Notar über die Bedeutung des Ausdrucks "Ersatzerbe" geirrt habe. Wenn also die Beklagte auch an das in seinen Folgen für sie weniger günstige Anfechtungsrecht in erster Linie gedacht hat, so machte ihr Sachvortrag es doch erforderlich, auch auf die Frage der Auslegung des Testaments einzugehen. Würde das Ergebnis der neuen Verhandlung das sein, dass die Beklagte nach dem Ableben des Fritz W. Erbin des August W. geworden ist, so wäre die Klage jedenfalls insoweit unbegrün-

det, als die Beklagte zur Räumung des Ladens, der übrigen Räume des Erdgeschosses und des Gartens verurteilt ist. Nicht stattzugeben wäre dann aber auch dem Klagantrag, der auf Feststellung der Unwirksamkeit der Anfechtungserklärung bezüglich des Testaments vom 2. Februar 1937 gerichtet ist. Zwar ist dann die Anfechtung unwirksam, weil sie gegenstandslos ist. Denn eine letztwillige Verfügung, deren Wortlaut dem Willen des Erblassers entspricht, kann nicht angefochten werden. Die Klägerin hat in diesem Fall aber kein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung (§ 256 ZPO), da sie ja dann ohnehin keine Rechte am Nachlass des August W. haben kann.

- 4) Da aber das Berufungsgericht auf Grund der neuen Verhandlung hinsichtlich seiner Entscheidung über das Erbrecht der Klägerin möglicherweise zu dem gleichen Ergebnis gelangt wie in dem angefochtenen Urteil, so kommt es auch auf die weiteren Rügen der Revision an, die sich auf die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe des Ladengeschäfts, der Löschungsbewilligung und des Hypothekenbriefs für die Hypothek Krüger beziehen. Denn insoweit ist die Entscheidung nicht lediglich davon abhängig, welche Rechte der Beklagten auf Grund des Testaments vom 2. Februar 1937 zustehen.

- a) Die Beklagte hat sich gegenüber der Klage, insoweit als sie auf Räumung des Ladens und Herausgabe der Ladeneinrichtung gerichtet ist, darauf

berufen, dass das Geschäft nicht zum Nachlass gehört habe. Es habe schon bei Eingehung der Ehe zwischen ihr, ihrem Ehemann und seinem Sohn Einverständnis darüber geherrscht, dass das Geschäft mit allem Zubehör ihr gehören solle und dass sie den Laden und die dazugehörigen Räume erst zu räumen brauche, wenn sie wegen Alters oder Krankheit das Geschäft nicht mehr führen könne und abgeben wolle. Die Ladeneinrichtung sei ihr Eigentum. Diese Vereinbarung sei getroffen worden, weil sie ihrem Mann ausser den in dem Testament erwähnten 1400 RM weitere 5 bis 8000 RM zugebracht habe, die für das Geschäft zur Verfügung gestellt worden seien. Ihr Mann habe sich auch in diesem Sinne Dritten gegenüber geäußert, die die Beklagte auch benannt hat, und die als Zeugen vernommen worden sind. Deshalb sei das Geschäft auch im Testament nicht erwähnt worden.

Die Beklagte beruft sich damit für die von ihr erhobenen Einwendungen gegen den Anspruch der Klägerin auf eine zwischen ihr und August und Fritz W. getroffene Vereinbarung unter Lebenden und nicht auf das Testament. Diesen Ausführungen der Beklagten kann deshalb nicht damit begegnet werden, dass der Beklagten durch das Testament ein Recht zur Führung des Geschäfts nicht eingeräumt werden sollte. Das Testament erwähnt das Geschäft und die Ladeneinrichtung mit keinem Wort, und es liegt deshalb die von

der Revision behauptete Annahme nahe, dies sei geschehen, weil der Testator davon ausgegangen sei, dass die Frage des Geschäfts und des Inventars bereits geregelt gewesen sei.

Es ist allerdings nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht aus dem Inhalt des Testaments Anhaltspunkte dafür entnehmen will, welche Rechte der Beklagten auf anderem Wege hinsichtlich des Geschäfts eingeräumt worden sind. Jedoch sind auch hier die Ausführungen des Berufungsurteils nicht ohne Widerspruch. Es wird ausgeführt, August W. sei bei der Errichtung des Testaments davon ausgegangen, dass das Geschäft nebst dem Inventar zu seinem Nachlass gehöre und auf seinen Erben übergehe. Sonst würde er der Beklagten nicht die in § 2 des Testaments vom 2. Februar 1937 genannten Rechte eingeräumt haben. Denn das würde zur Folge gehabt haben, dass dem Erben aus dem Nachlass keinerlei Einnahmen zufließen, während er die gesamten Lasten habe tragen müssen. Die Anordnungen im Testament seien nur unter der Voraussetzung verständlich, dass der Erbe das Geschäft mit dem Inventar erhalte, das Geschäft betreibe und aus den Erträgen der Beklagten die im Testament vorgesehene Unterhaltsrente bezahle. Diese Ausführungen stehen mit den weiteren Darlegungen des angefochtenen Urteils in Widerspruch, dass nach den gesamten Umständen die Beklagte in den Genuss der ihr im Testament eingeräumten Vorteile erst kommen sollte, sobald sie das Geschäft dem Erben des August W.

überlasse. Ist diese Feststellung richtig, dann würde die Beklagte nicht gleichzeitig in den Genuss ihrer Rechte aus dem Testament und des Geschäfts mit den Geschäftsräumen, dem Inventar und den Warenbeständen kommen. Damit wäre aber der Schlussfolgerung des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen.

Auch sonst sind die Feststellungen des angefochtenen Urteils zu diesem Punkt nicht ohne innere Widersprüche. Es wird ausgeführt, um eine echte Übereignung könne es sich nicht gehandelt haben. Wohl "möge" August W. [REDACTED] im Einvernehmen mit seinem Sohn der Beklagten die selbständige Führung des Geschäfts auf ihre Rechnung überlassen haben. An anderer Stelle heisst es, dass das Geschäft und die Inventarien ihr von Fritz W. [REDACTED] unentgeltlich überlassen worden seien, und es wird daraus gefolgert, dass als stillschweigend vereinbart angenommen werden müsse, dass sie verpflichtet sei, abgängige Stücke im Rahmen einer ordnungsgemässen Bewirtschaftung zu ersetzen und in diesem Rahmen für eine Vervollständigung des Inventars zu sorgen. Das Berufungsgericht kommt schliesslich zu dem Ergebnis, dass der Beklagten ein Recht auf Weiterführung des Geschäfts nicht eingeräumt sei, und dass auch in Anrechnung der in ihrem Besitz befindlichen Inventarstücke die zu ihren Gunsten bestehende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB widerlegt sei. Diese Ausführungen enthalten keine klare und widerspruchsfreie Feststellung des Sachverhalts, so-

weit er mit dem von der Beklagten offenbar bis jetzt in eigenem Namen betriebenen Ladengeschäft zusammenhängt. Eine erneute sachliche und rechtliche Prüfung ist geboten. Falls es nach dem Ergebnis der neuen Verhandlung noch notwendig ist, wird es auf Folgendes ankommen:

Die Beklagte behauptet selbst, dass nach der von ihr behaupteten Vereinbarung das Geschäft ihr zum Betrieb nur solange verbleiben solle, als sie dazu imstande sei. Daraus ergibt sich, dass ihr dieses nicht endgültig, sondern nur auf wenn auch unbestimmte Zeit übertragen sein kann. Da das Inventar zum Geschäft gehört, ja wohl dessen wesentlichsten Bestandteil mit Ausnahme des Warenlagers und des Rechts zur Benutzung des Ladens darstellt, so wird die Feststellung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden sein, dass die Beklagte durch die Überlassung des Inventars kein Eigentum daran erlangen sollte, soweit dies Inventar zur Zeit des Todes des August W. vorhanden war. Bezüglich der später angeschafften Inventarstücke ist die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB nicht als widerlegt anzusehen. Hier kommt es im wesentlichen auf den Inhalt der Überlassungsvereinbarung an. Hierüber fehlt es nach dem oben Ausgeführten an einwandfreien Feststellungen. Eine Pflicht der Beklagten, für den Ersatz unbrauchbarer Inventarstücke durch neue zu sorgen, kann auch bei unentgeltlicher Überlassung des Inventars nicht ohne weiteres als stillschweigend vereinbart gelten, wie das Berufungsgericht

meint. Von dem Zweck und dem Inhalt der Überlassungsvereinbarung wird es auch abhängen, ob die Klägerin befugt war, die Vereinbarung jeder Zeit frei zu widerrufen.

- b) Mit Recht rügt die Revision die Verurteilung der Beklagten zur Herausgabe des Hypothekenbriefes der Hypothek K [REDACTED] und der vom Gläubiger erteilten Löschungsbewilligung. Hierzu wäre sie allerdings ohne weiteres verpflichtet, wenn sie die Rückzahlung mit Mitteln bewirkt hätte, die dem Nachlass des August W [REDACTED] zustanden. Das hat das Berufungsgericht aber in einer verfahrensrechtlich zu beanstandenden Weise festgestellt. Die Beklagte hat sich darauf berufen, dass sie die Hypothekenforderung unter Verwendung eines Betrages von 2000 RM getilgt habe, der ihr auf Grund einer Lebensversicherung, die August W [REDACTED] zu ihren Gunsten eingegangen sei, ausgezahlt worden sei. Zum Beweise hatte sich die Beklagte auf die Auskunft der F [REDACTED] [REDACTED]-Lebensversicherungs-AG bezogen. Die Einholung der Auskunft ist angeordnet, der Eingang derselben aber nicht abgewartet worden. Dadurch sind aber, wie die Revision mit Recht rügt, die Vorschriften der §§ 286, 300 ZPO verletzt. Auf den Inhalt der Auskunft kam es entscheidend an. War die Beklagte aus dem Lebensversicherungsvertrag bezugsberechtigt, dann hat sie die Hypothek mit eigenen Mitteln zurückbezahlt. Den Gründen des Berufungsgerichts, aus denen es eine Bezugsberechtigung der Beklagten verneint, kann nicht beige stimmt

werden. Es führt hierzu aus, selbst wenn in dem Lebensversicherungsvertrag die Beklagte als bezugsberechtigt benannt gewesen sei, so habe August W. als Versicherungsnehmer die Bezugsberechtigung durch letztwillige Verfügung widerrufen können. Das habe er auch durch die Bestimmung in § 3 seines Testaments getan, denn daraus ergebe sich sein Wille, dass sein Erbe der Bezugsberechtigte sein solle. Nach § 166 Abs 1 Satz 1 VVG steht bei einer Kapitalversicherung dem Versicherungsnehmer im Zweifel das Recht zu, ohne Zustimmung des Versicherers einen Dritten als Bezugsberechtigten zu bezeichnen oder an die Stelle des so bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen. Diese Bezeichnung eines Dritten oder eines anderen an seiner Stelle kann aber nicht durch letztwillige Verfügung, sondern nur durch Erklärung gegenüber dem Versicherer erfolgen. § 332 BGB ist nicht anwendbar (RGZ 140, 34; 153, 225). Dass ein Widerruf der Bezeichnung gegenüber dem Versicherer erfolgt ist, ist nicht behauptet worden. Es kommt daher auf den Inhalt des Versicherungsvertrages an, den die Beklagte unter Beweis gestellt hat.

Hat die Beklagte die Hypothek mit eigenem Geld zurückbezahlt, so steht ihr gegen den Erben des August W. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (§ 812 BGB). Dieser Anspruch ist nicht auf Übertragung der durch das Erlöschen der Forderung zur Eigentümergrundschild gewordenen Hypothek, sondern auf Ersatz des aufgewendeten Be-

trages gerichtet. Denn durch die Zahlung ist die persönliche Schuld der Klägerin erloschen, die Umwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld ist nur eine gesetzliche Folge der Tilgung der Forderung (§ 1163 BGB). Ein Anspruch des zahlenden Dritten, sich wegen seines Ersatzanspruches aus dem Grundstück zu befriedigen, besteht nur in den Fällen der §§ 1143, 1150, 426 Abs 2 BGB. Dann geht auch die Forderung mit der Hypothek auf den Dritten über (Palandt, BGB 7. Aufl § 1163 Anm 5 b,bb).

Solange der Bereicherungsanspruch der Beklagten nicht erfüllt ist, steht ihr an den in ihrem Besitz befindlichen, aber den Erben des August W. ge-
hörenden Urkunden nach § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht zu, dessen Geltendmachung aber zu einer Verurteilung Zug um Zug gegen Ersatz ihrer Aufwendungen führen kann (§ 274 Abs 1 aaO). War die von der Beklagten zur Zahlung verwandte Summe aus der Versicherung an sie ohne rechtlichen Grund bezahlt, dann ist sie gegenüber dem Nachlass insoweit ungerechtfertigt bereichert gewesen. Hat sie die Summe zur Zahlung von Nachlassverbindlichkeiten verwandt, so ist die Bereicherung damit weggefallen. Es steht ihr aber auch ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Betrages von 2000 RM nicht zu.

Aus diesen Gründen war, wie geschehen, zu erkennen.

Dr.Lersch Ascher Raske Dr.Hartz Johannsen.