

IV ZR 23/55

Verkündet
am 2. April 1955
Schörm, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1
-5 039

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

In dem Rechtsstreit

des Bauern Heinrich H [REDACTED] in H [REDACTED],
Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Alfred H [REDACTED] in S [REDACTED], B [REDACTED]straße,
Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. April 1955 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter
Raske, Johannsen, Dr. Kregel und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Celle vom
30. November 1954 wird auf Kosten des Beklag-
ten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Lammert

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1947 in V [REDACTED] verstorbene Gastwirt Hermann H [REDACTED] hinterließ außer seiner zweiten Ehefrau vier Söhne, darunter die Parteien, und zwei Töchter. Ein weiterer Sohn (Hermann) war im Kriege gefallen. Alle Kinder stammen aus der ersten Ehe des Erblassers. Seine zweite Ehefrau starb im Jahre 1950 kinderlos. Der Beklagte hat einen Sohn Werner, der verstorbene Sohn Hermann H [REDACTED] hat einen Sohn Hermann hinterlassen.

Der Erblasser war Eigentümer mehrerer Hausgrundstücke in S [REDACTED]. Seiner zweiten Ehefrau gehörte ein Hof in V [REDACTED]. In einem gerichtlich beurkundeten Vertrag vom 13. Mai 1929 verpflichtete sich der Erblasser, dem Beklagten an seinem Hochzeitstage 5 000,-- RM in bar, sowie 1 000,-- RM in Sachwerten zu gewähren, ferner weitere 5 000,-- RM an seinem Hochzeitstage zu zahlen, die sich jährlich um 500,-- RM bis auf insgesamt 10 000,-- RM erhöhen sollten, falls die Auszahlung nicht terminmäßig erfolgen sollte. Die Barzuwendungen sollten auf den Erbteil des Beklagten angerechnet werden. Zur Sicherung der möglicherweise auf 10 000,-- RM anwachsenden Forderung des Beklagten wurde auf einem Grundstück des Erblassers in S [REDACTED] eine Sicherungshypothek zum Höchstbetrag von 10 000,-- RM eingetragen. Außer dem erstgenannten Betrag von 5 000,-- RM und den Sachwerten wurde nichts geleistet, so daß dem Beklagten eine Forderung von 10 000,-- RM erwuchs. Um diese Forderung geht der vorliegende Rechtsstreit.

In einem gerichtlich beurkundeten Ehe- und Erbvertrag vom 28. Juli 1947 setzte die Stiefmutter der Parteien den Vater der Parteien zum alleinigen Erben ihres Vermögens in V [REDACTED] und zum Ersatzerben den Sohn des Beklagten, Werner H [REDACTED], ein. Am 30.

September 1947 errichtete der Vater der Parteien ein Nottestament mit folgendem Wortlaut:

"... Meine Ehefrau Frieda H. geb. T. hat, solange sie lebt, zeitlebens Nießbrauch und Verwaltung der Hofstellen V. Nr. S., B. str. nebst Ländereien, S., B. str. und S., B. str.

Nach dem Tode meiner Ehefrau kommen als Erben in Frage:

- a) für V. Nr. mein Großsohn Werner H.,
- b) für S., B. str. meine Söhne Alfred (der Kläger) und Werner H.,
- c) für S., B. str. ... mein Sohn Erich H.,
- d) für S., B. str. mein Großsohn Hermann H., Sohn meines gefallenen Sohnes Hermann H.

...

Mein ältester Sohn, Heinrich H. [der Beklagte] ist verpflichtet, die für ihn auf der S. Stelle eingetragene Hypothek in Höhe von 10.000,-- RM grundbuchrechtlich löschen zu lassen."

Bei der Testamenterrichtung waren die zweite Ehefrau des Erblassers und die Kinder, außer einem in Amerika befindlichen Sohn, anwesend. Ferner hatte der Beklagte einen langjährigen Freund und Berater seines Vaters, den inzwischen verstorbenen Obersteuerinspektor B. geholt. Dieser hatte bereits früher mit dem Erblasser über ein von diesem zu errichtendes Testament gesprochen. Er brachte am 30. September 1947 seine Aufzeichnungen über diese Besprechungen mit dem Erblasser mit.

Der Kläger hat behauptet, B. habe vor der Testamenterrichtung in Vollmacht des Erblassers zu dem Beklagten gesagt, er müsse die Höchstbetragshypothek von 10 000,-- RM löschen lassen, womit sich der Beklagte einverstanden erklärt habe. Überdies seien sich der Beklagte und sein Vater schon im August 1947 darüber einig geworden.

Der Beklagte hat sein Einverständnis mit der Löschung und die Vollmacht B[REDACTED]s bestritten. Er hat ferner behauptet, der Vater sei bei der Testamentserrichtung am 30. September 1947 nicht mehr bei vollem Bewußtsein gewesen.

Der Kläger hat Klage erhoben und beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, bezüglich der auf dem Grundstück S[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt 1[REDACTED] in Abteilung III Nr 21 für ihn eingetragenen Sicherungshypothek von 10 000,-- RM Löschungsbewilligung zu erteilen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Nachdem das klageabweisende Urteil des Landgerichts am 26. Oktober 1953 zugestellt war, ist am 16. November 1953 das Gesuch des Klägers um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz beim Oberlandesgericht eingegangen. Dieses hat durch Beschluss vom 26. November 1953, zugestellt am 2. Dezember 1953, das Armenrecht versagt, weil die Armut des Klägers und der übrigen Miterben nicht dargetan sei.

Mit der am 15. Dezember 1953 eingegangenen Berufung hat der Kläger Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt, die ihm durch den Beschluss des Berufungsgerichts vom 26. März 1954 gewährt worden ist.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts geändert und den Beklagten nach dem Klageantrag verurteilt.

Mit der Revision beantragt der Beklagte

1. das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts als

unzulässig zu verwerfen,

hilfsweise,

2. die Berufung gegen das genannte Urteil zurückzuweisen.

Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Zulässigkeit der Berufung:

Der Kläger hatte schon im ersten Rechtszug um Bewilligung des Armenrechts nachgesucht. Das Landgericht hatte Bedenken, das Armenrecht zu bewilligen und hat mit Schreiben vom 19. September 1952 (Bl 10 R) darauf hingewiesen, daß die Armut des Nachlasses und die aller Miterben nachzuweisen sei, falls die Erbengemeinschaft forderungsberechtigt sei. Der Anwalt des Klägers hat mit Schreiben vom 22. September 1952 (Bl 11) erwidert, der Kläger sei gemäß § 2039 BGB klageberechtigt, daher könne auch nur von ihm der Nachweis der Armut gefordert werden. Das Landgericht hat dann durch Beschluss vom 22. Oktober 1952 (Bl 15) das Armenrecht versagt, weil die Rechtsverfolgung nicht hinreichend aussichtsreich sei. Auf Beschwerde des Klägers hat das Oberlandesgericht durch Beschluss vom 19. Dezember 1952 den Beschluss aufgehoben und das Armenrecht für den ersten Rechtszug bewilligt. Die Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz ist dann vom selben Senat des Oberlandesgerichts versagt worden, der das Armenrecht für den ersten Rechtszug bewilligt hatte.

Die Revision ist der Meinung, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand habe nicht erfolgen dürfen. Bei einer Klage aus § 2039 BGB könne das Armenrecht nur bewilligt werden, wenn alle Miterben arm im Sinne des Gesetzes seien. Wenn der Kläger oder sein Vertreter ge-

glaubt hätten, es komme nur auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers an, dann hätten sie sich in einem unentschuldbaren Rechtsirrtum befunden. Dieses Verschulden werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß derselbe Senat, welcher das Armenrecht für die Berufungsinstanz versagt habe, das Armenrecht für die erste Instanz bewilligt hatte. Der Kläger hätte selbst mit einer bewußten Änderung der Rechtsauffassung des Senats rechnen müssen.

Der Beschluß, durch welchen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt wurde, kann zwar zusammen mit dem Endurteil angefochten werden (BGHZ 6, 369 [370]; RGZ 167, 213 [214]; Stein-Jonas-Schönke 18. Aufl zu § 238 Anm II 2; Baumbach-Lauterbach 23. Aufl zu § 238 Anm 2 C). Die Anfechtung hat jedoch keinen Erfolg. Ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 233 Abs 1 ZPO kann sowohl die objektiv vorhandene Armut der Partei, als auch die unverschuldet irrtümliche Annahme ihrer Armut sein. Der Revision ist zuzugeben, daß bei einer Klage aus § 2039 BGB Armut nur gegeben ist, wenn alle Miterben arm sind (Stein-Jonas-Schönke zu § 114 Anm II 1 b). Dieser Nachweis ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in dem Beschluss über die Versagung des Armenrechts nicht erbracht. Die Frage, ob der Kläger mit der Einlegung der Berufung bis zur Entscheidung über das Armenrechtsgesuch warten durfte, hängt also davon ab, ob er oder sein Vertreter trotz gewissenhafter Prüfung vernünftigerweise mit der Versagung des Armenrechts wegen fehlender Armut nicht rechnen konnten (BGH LM § 233 ZPO Nr 14; RGZ 138, 247 [250]; Stein-Jonas-Schönke zu § 233 Anm II 1 c). Hierbei kommt es ganz auf die besonderen Umstände des Falles an. Im vorliegenden Rechtsstreit hatte derselbe Senat des Oberlandesgerichts das Armenrecht für die erste Instanz bewilligt und es dann für die Berufungsinstanz wegen

fehlender Armut versagt, obgleich dasselbe Armutszeugnis vorlag wie in erster Instanz. Die Revision meint, wenn das Oberlandesgericht bei der Bewilligung des Armenrechts nicht beachtet habe, daß die Armut aller Miterben nachzuweisen sei, so hätten der Kläger oder sein Vertreter dies bei Einreichung des Armenrechtsgesuchs für die Berufungsinstanz nicht übersehen dürfen. Dem ist die Tatsache entgegenzuhalten, daß die Frage der Armut aller Miterben vor der Bewilligung des Armenrechts in erster Instanz ausdrücklich zwischen dem Kläger und dem Landgericht erörtert worden war und der Kläger den Standpunkt vertreten hat, es komme bei einer Klage aus § 2039 BGB nur auf seine eigene Armut an. Selbst wenn das Berufungsgericht diese aktenkundige Tatsache bei der Entscheidung über das Wiedereinsetzungsgesuch nicht geprüft haben sollte, ist das Revisionsgericht zur eigenen Tatsachenprüfung berechtigt, da es sich bei der Wiedereinsetzung um die Frage der Zulässigkeit der Berufung handelt und die Schranke des § 561 ZPO insoweit nicht gilt (BGH LM § 234 ZPO Nr 1; RGZ 159, 83 [847]). Der Kläger konnte sich aber angesichts der hier gegebenen besonderen Sachlage bei Einreichung des Armenrechtsgesuchs für die Berufungsinstanz darauf verlassen, daß das Oberlandesgericht bei der Bewilligung des Armenrechts für die erste Instanz die Frage der Armut geprüft und im Sinne der vom Kläger im Schreiben vom 22. September 1952 vertretenen Auffassung entschieden habe und daß das Oberlandesgericht jetzt nicht einer anderen Meinung Raum gab. Mit einer bewußten Änderung der Rechtsauffassung des Senats brauchten der Kläger oder sein Vertreter nicht zu rechnen. Das würde eine Überspannung der zu fordernden Sorgfalt bedeuten.

II. Vertrag zwischen Erblasser und Beklagten:

1. Vollmacht:

Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils (S 8) hat der Kläger vorgetragen, Brandt habe nach seinem Eintreffen in V [REDACTED] zunächst mit dem Vater der Parteien gesprochen und sei im Auftrag und in Vollmacht des Vaters tätig gewesen, als der Beklagte gegenüber Brandt sein Einverständnis mit der Löschung der Hypothek abgegeben habe. Das Berufungsgericht hat ferner das Beweisergebnis zur Frage der Vollmachtserteilung dahin gewürdigt, daß Brandt am 30. September 1947 zunächst mit dem Vater der Parteien gesprochen, und dann mit vorheriger Zustimmung des Vaters den in seinem Auftrag gefertigten Entwurf des Testaments, der die Löschung der streitigen Hypothek vorsah, mit den versammelten Familienangehörigen durchgesprochen habe (S 33 bis 35). Aus diesen Umständen hat das Berufungsgericht die Erteilung der Vollmacht entnommen (S 34 u. 35).

Demgegenüber rügt die Revision, der Kläger habe nicht einmal behauptet, der Erblasser habe am 30. September 1947 B [REDACTED] Vollmacht erteilt. Obwohl der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 8. März 1954 auf den Mangel der Vollmacht hingewiesen habe, habe der Kläger in seiner Erwiderung vom 22. März 1954 nichts gegenteiliges behauptet. Die Vollmachtserteilung sei auch weder in der eidesstattlichen Versicherung B [REDACTED]s noch in den Zeugenaussagen bekundet. Der Auftrag, das Testament zu entwerfen, umfasse nicht den Auftrag, über den Erlaß der hypothekarisch gesicherten Forderung zu verhandeln. Die Annahme B [REDACTED]s, im Sinne des Verstorbenen zu handeln, ersetze die Vollmacht nicht. Mit der Behauptung des Beklagten, B [REDACTED] habe nach seinem Eintreffen mit dem Erblasser kein Wort gewechselt, habe sich das Gericht überhaupt nicht auseinandergesetzt.

Diese Rügen gehen fehl. Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat der Kläger die Vollmachtserteilung

behauptet (§ 8). Der Tatbestand liefert Beweis für das mündliche Parteivorbringen (§ 314 Satz 1 ZPO). Der Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden. Das in den Schriftsätzen niedergelegte Vorbringen kann in der mündlichen Verhandlung bis zu ihrem Abschluß ergänzt werden. Wenn der Tatbestand ein Vorbringen enthält, ist insoweit der Tatbestand maßgebend und beweist ein Schweigen des Klägers in seinem Schriftsatz vom 22. März 1954 also gegenüber dem Tatbestand des Berufungsurteils nichts.

Die weiteren Angriffe der Revision, aus der eidesstattlichen Versicherung B[REDACTED]s und den Zeugenaussagen sei eine Vollmachtserteilung nicht zu entnehmen, betreffen die Beweiswürdigung, soweit sie sich gegen die tatrichterlichen Feststellungen richten sollten, aus denen das Berufungsgericht die Vollmachtserteilung entnimmt, und sind insoweit unzulässig. Die Revision kann nur rügen, in den festgestellten Tatsachen habe das Berufungsgericht zu Unrecht die Erteilung einer Vollmacht gesehen. Aber auch eine solche Rüge kann keinen Erfolg haben. Das Berufungsgericht hat aus den verschiedenen, durch die Beweisaufnahme festgestellten "Umständen" die Vollmachtserteilung entnommen. Zu diesen Umständen zählen die kurze Unterhaltung des Erblassers mit B[REDACTED] nach dessen Eintreffen am Sterbebett des Erblassers, der Auftrag des Erblassers an Brandt, das Testament zu entwerfen, in welchem die Verpflichtung zur Hypothekenlöschung enthalten war, die Zustimmung des Erblassers zur Besprechung dieses Testamentsentwurfs mit den Familienangehörigen. Wenn das Berufungsgericht in diesen gesamten Umständen eine Vollmachtserteilung erblickt hat, so ist das rechtlich bedenkenfrei. Nach der Sachlage kommt nur eine stillschweigende Vollmacht in Betracht. Für eine solche genügt es, wenn der Vertretene das ihm

bekannte Verhalten des Vertreters duldet und diese Duldung vom Geschäftsgegner nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin gedeutet werden darf, daß der Vertreter vom Vertretenen Vollmacht erhalten habe, für ihn zu handeln (BGH LM 167 BGB Nr 4). Aus den Feststellungen des angefochtenen Urteils ergibt sich aber, daß der Erblasser um die Tätigkeit B. s, nämlich um den Entwurf des Testaments mit der Verpflichtung zur Löschung der Hypothek und um die Verhandlungen darüber mit den Familienangehörigen gewußt und diese Tätigkeit gewünscht hat. Es ist hier zu beachten, daß gerade der Erlaß der hypothekarisch gesicherten Forderung, weil er nur vertraglich möglich war, Verhandlungen mit dem Beklagten notwendig machte und daß der Forderungserlaß in engstem Zusammenhang mit den letztwilligen Verfügungen des Erblassers stand, wie das Berufungsgericht im einzelnen dargelegt hat. Eine stillschweigende Vollmacht mußte sich daher in erster Linie auf den Erlaß der Forderung des Beklagten beziehen. Die Natur der Verhandlungen Brandts mit den Angehörigen schließt eine bloße Botenstellung aus. B. mußte mehr als nur ein reiner Übermittler fremden Willens sein, wenn er seine Aufgabe erfüllen sollte, dem Willen des Erblassers zur Verwirklichung zu verhelfen. Denn B. mußte bei dem Entwurf des Testaments mit der Verpflichtung zur Löschung der Hypothek und den Verhandlungen mit den Angehörigen eigene Entschlüsse treffen und selbständig handeln. Die Duldung des Erblassers gegenüber den Maßnahmen B. konnte der Beklagte auch nur so deuten, daß B. vom Vater Vollmacht erhalten habe. B. war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der langjährige Freund und geschäftliche Berater des Erblassers und mit dessen Testamentsplänen vertraut, aus denen die Verpflichtung zur Löschung der Hypothek nicht wegzu-

denken ist, ohne daß diese Testamentspläne ihren Sinn verlieren. Gerade wegen dieser Vertrauensstellung B. zum Erblasser hatte der Beklagte selbst auf allgemeinen Wunsch der Familienangehörigen B. an das Sterbebett seines Freundes geholt, wie das angefochtene Urteil feststellt. Der Beklagte konnte daher die mit Wissen und Willen des Erblassers entfaltete Tätigkeit B. nur so deuten, daß dieser vom Erblasser Vollmacht erhalten habe, wegen des Erlasses der hypothekarisch gesicherten Forderung zu verhandeln. Das Berufungsgericht hat daher zu Recht eine (stillschweigende) Vollmacht angenommen.

Unrichtig ist auch die Revisionsrüge, das Gericht habe sich mit der Behauptung des Beklagten nicht auseinandergesetzt, B. habe nach seinem Eintreffen mit dem Erblasser kein Wort gewechselt. Denn das Berufungsurteil stellt auf Grund der Beweisaufnahme gerade das Gegenteil fest (§ 34).

2. Schenkung:

Der Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Beklagten über den Erlaß der Forderung des Beklagten bedurfte nicht der Form des § 518 Abs 1 Satz 1 BGB, weil es sich, wenn überhaupt um eine Schenkung, um eine vollzogene handeln würde (§ 518 Abs 2 BGB). Denn mit dem Abschluß des Erlaßvertrags ging die Forderung unter § 397 BGB) und die Hypothek wurde zur Eigentümergrundschuld (§ 1163 Abs 1 Satz 2 BGB). Damit ist die Leistung des Beklagten erbracht. Der Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung folgt dann als dinglicher Anspruch unmittelbar aus dem Grundstückseigentum, ohne daß es der Eingehung einer noch zu erfüllenden obligatorischen Verpflichtung hierzu bedarf (§ 894 BGB). Auf die Frage der Entgeltlichkeit kommt es daher bei dem Erlaßvertrag zwischen Erblasser und Beklagten nicht an.

III. Erbverzicht:

Die Revision vertritt die Auffassung, der Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Beklagten über den Erlaß der hypothekarisch gesicherten Forderung oder zwischen den Prozeßparteien über die Verpflichtung des Beklagten zum Erlaß seiner Forderung verliere den von den Beteiligten verfolgten Zweck, wenn dem Beklagten sein Erbrecht erhalten bleibe. Denn in dem Vertrag vom 13. Mai 1929 sei bestimmt, daß der Beklagte sich die Zuwendungen von 15 000,-- RM auf seinen Erbteil anrechnen lassen müsse, was nicht mehr möglich sei, wenn der Beklagte auf den Teil von 10 000,-- RM verzichte, ohne gleichzeitig auf sein Erbrecht zu verzichten. Daher müsse in dem erstgenannten Vertrag ein gleichzeitiger Erbverzichtsvertrag gesehen werden (§ 2346 BGB) und in dem letzteren ein Vertrag unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil (§ 312 Abs 2 BGB). Beide Verträge seien wegen Formmangels nichtig.

Der Revision ist zuzugeben, daß es vielleicht nahegelegen hätte, mit dem Erlaßvertrag einen Erbverzichtsvertrag zu verbinden. Daraus, daß dies unterblieben ist, läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, der Erbverzicht liege in dem Erlaßvertrag. Überdies ist im zeitlichen und inneren Zusammenhang mit dem Erlaßvertrag das Testament errichtet worden, in dem der Beklagte nicht berücksichtigt worden ist. Diese Tatsache war Brandt und dem Beklagten bei Abschluß des Erlaßvertrags bekannt, so daß vom Standpunkt der Beteiligten ein Erbverzichtsvertrag gar nicht in Betracht kam. Da also ein vertraglicher Ausschluß des Erbrechts des Beklagten nicht vorliegt, sind auch Formvorschriften nicht verletzt.

IV. . . Geschäftsfähigkeit:

Da das Berufungsgericht die Pflicht des Beklagten, die Löschungsbewilligung zu erteilen, aus dem zwischen dem Erblasser und dem Beklagten geschlossenen Vertrag herleitet, kommt es darauf an, ob der Erblasser zur Zeit, als er B. [REDACTED] bevollmächtigte, geschäftsfähig war (§ 104 Nr 2 BGB) und sich auch nicht in einem Zustand der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand (§ 105 Abs 2 BGB). Das Berufungsgericht hat den Beweis der Geschäftsunfähigkeit bzw. der Bewußtlosigkeit oder vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit des Erblassers nicht als erbracht angesehen.

Die Revision greift die Feststellung, daß der Beklagte beweisfällig geblieben sei, mit der Rüge aus § 286 ZPO an. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe seiner Beurteilung entscheidend das Zeugnis von Miterben zugrunde gelegt, die als solche am Ausgang des Rechtsstreits interessiert seien. Der Beklagte habe mit Schriftsatz vom 23. August 1954 beantragt, den Zeugen Hans T. [REDACTED] darüber zu vernehmen, daß der Miterbe Erich H. [REDACTED] diesem gesagt habe, der Erblasser sei bei Errichtung des Testaments nicht mehr bei Verstand gewesen. Der Zeuge T. [REDACTED] habe daher vernommen werden müssen.

Die Rüge ist unbegründet. § 286 ZPO ist nicht verletzt. Als Beweismittel für das Beweisthema des Schriftsatzes vom 23. August 1954 waren T. [REDACTED] und H. [REDACTED] benannt. H. [REDACTED] ist vom Berufungsgericht vernommen worden und hat u.a. ausgesagt, er habe niemals gesagt, daß sein Vater bei der Testamentserrichtung nicht mehr bei Verstand gewesen sei; das sei auch nicht richtig (S 22 BU). T. [REDACTED] war bei der Testamentserrichtung nicht zugegen. Er konnte

daher über den Zustand des Erblassers aus eigener Wahrnehmung nichts sagen. Ob aber H. dem Turner gegenüber die unter Beweis gestellte Äußerung getan hat, hat das Berufungsgericht, wie der Gesamtheit der Urteilsgründe zu entnehmen ist, nicht für entscheidungserheblich gehalten. Im übrigen hat das Berufungsgericht seine Überzeugung vom Zustand des Erblassers entscheidend nicht nur auf die Aussagen der Miterben gestützt, sondern auch auf die Aussage des "in Testamentsdingen als Bürgermeister besonders erfahrenen Zeugen B." (S 43 BU) und auf die eidesstattliche Versicherung des verstorbenen B., "welcher als Oberinspektor darin geübt war, exakt zu denken und Vorgänge genau wiederzugeben" (S 41 BU). Ein Rechtsverstoß liegt somit nicht vor.

V. Zurückbehaltungsrecht:

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem vom Beklagten wegen seines Pflichtteilsanspruchs geltend gemachten Zurückbehaltungsrecht auseinandergesetzt (§ 551 Ziff 7 ZPO). Der Einwand sei auch erheblich, weil dem Beklagten entweder ein Pflichtteilsanspruch oder die Hypothek zustehe.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. § 551 ZPO enthält zwar unbedingte Revisionsgründe; § 563 ZPO ist hier grundsätzlich unanwendbar. Trotzdem ist im Falle des § 551 Ziff 7 ZPO die Revision unbegründet, wenn der in den Gründen übergangene Rechtsbehelf nicht zu einer Änderung der Entscheidung führen kann (RGZ 156, 113 [119], 160, 338 [343]; Rosenberg, Lehrbuch 5. Aufl § 140, III 3 c C). Denn die Aufhebung und Zurückverweisung würde dann doch nur die nutzlose Wiederholung des aufgehobenen Urteils bewirken.

Dem Beklagten steht aber ein Zurückbehaltungs-

recht nicht zu. Aus dem Inhalt des Testaments in Verbindung mit der Anrechnungsbestimmung in dem Vertrag vom 13. Mai 1929 und dem Erlaßvertrag ergibt sich, daß er aus dem Nachlaß seines Vaters nichts mehr zu beanspruchen hat. Das gilt auch dann, wenn er pflichtteilsberechtigt sein sollte.

VI. Devisengenehmigung:

Das Berufungsgericht hält, obwohl einer der Miterben sich in Amerika befindet, eine devisenrechtliche Genehmigung nicht für erforderlich, weil für die Löschung der Eigentümerhypothek nach der Mitteilung der für die Erteilung einer Genehmigung zuständigen Behörde eine Devisengenehmigung entbehrlich sei. Die dagegen erhobenen Bedenken der Revision sind unbegründet. Die Mitteilung der Devisenstelle hebt das Gericht einer Prüfung der Frage, ob der Standpunkt der Devisenstelle richtig ist (BGH LM § 134 BGB Nr 2).

VII. Formgültigkeit des Testaments:

Die von der Revision gegen die Formgültigkeit des Testaments erhobenen Bedenken bestehen nicht zu Recht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Erblasser seinen Freund B. schon vor der Testamentserrichtung mit seinen Wünschen hinsichtlich des zu errichtenden Testaments genau vertraut gemacht und ihm den Auftrag gegeben, ein Testament dieses Inhalts zu entwerfen und B. hat das Testament auf Grund dieser Richtlinien entworfen. Als das Testament dem Erblasser vorgelesen wurde, hat er nach jedem Satz seine Zustimmung mit einem "Ja" gegeben. Nach der Überzeugung des Berufungsgerichts spricht nichts dafür, daß der Erblasser nicht in der geistigen Verfassung war, den Inhalt des Testaments in sich aufzunehmen und dementsprechend

seine Entschließungen zu treffen". Es konnte nicht festgestellt werden, daß der Erblasser wegen Bewußtseinsstörung unfähig war, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Erklärungen einzusehen und "nach dieser Einsicht zu handeln". Die Revision kann daher nicht damit gehört werden, eine Vorbesprechung habe nicht stattgefunden, der Erblasser sei nur zu einer zustimmenden Äußerung in der Lage gewesen und hätte möglicherweise eine weitere zusätzliche Verfügung getroffen, wenn er dazu imstande gewesen sei. Damit setzt sich die Revision in Widerspruch mit den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils.

Da das Urteil keine entscheidungserheblichen Rechtsverstöße enthält, war die Revision, wie geschehen, zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO.

Schmidt Raske Johannsen Kregel Scheffler