

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2206 097

BGB §§ 119, 166 Abs. 1, 181

Fallen bei einem In-sich-Geschäft Wille und Erklärung
auseinander, so gilt das Gewollte, nicht das Erklärte
(beiderseitige Falschbezeichnung).

BGH, Urt. v. 18. Januar 1961 - V ZR 83/59 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

V_ZR_83/59

Verkündet
am 18. Januar 1961
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. Paula L [REDACTED] verw. H [REDACTED] geb. B [REDACTED],
2. Harald H [REDACTED],
3. Alfred H [REDACTED],
alle wohnhaft in G [REDACTED]-Le [REDACTED], Johann-R [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Ernst M [REDACTED] in S [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1961 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 4. März 1959 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Ehemann der Erstbeklagten und Vater der beiden anderen Beklagten, Bäcker Alfred H. (Erblasser), starb als Soldat am 9. September 1946. Er hinterließ ein eigenhändiges Testament vom 15. September 1941, das bestimmt:

"§ 1

Ich überlasse nach meinem Tode meiner Ehefrau Paula H. geb. Bantle ... das mir gehörende gesamte Vermögen zum persönlichen Eigentum und setze sie als alleinige Erbin ein.

§ 2

Geht meine Ehefrau Paula H. nach meinem Tode eine zweite Ehe ein, wird der § 1 dieses Testaments aufgehoben. Für diesen Fall werden meine Ehefrau und meine beiden Kinder Harald und Alfred nach den jeweils gültigen Gesetzen von mir als Erben eingesetzt."

Zum Nachlaß gehört ein 1/2-Miteigentumsanteil am Hausgrundstück Hauptstraße 4 in M. Am 22. Oktober 1958 hat die Erstbeklagte wieder geheiratet.

Am 13. März 1951 erklärte die Erstbeklagte zu notarieller Urkunde, handelnd im eigenen Namen und namens des damals mit ihr befreundeten Klägers, das Anerkenntnis, dem Kläger aus Darlehen 13 760 DM mit Zinsen zu schulden, und bewilligte und beantragte zur Sicherung dieser Forderung die Eintragung einer brieflosen Hypothek in gleicher Höhe an dem 1/2-Miteigentumsanteil. Die Hypothek wurde alsbald eingetragen.



Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Hypothek wegen der Nacherbenbeschränkung, neuerdings auch um ihre Valutierung.

Nachdem das von ihm aus der persönlichen Forderung betriebene Grundstückszwangsversteigerungsverfahren wegen der Nacherbenbeschränkung wieder aufgehoben worden war, erhob der Kläger gegen alle drei Beklagten Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Hypothek in den Grundstücksanteil.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben.

Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsschutzbedürfnis zur Klage wird von den Vorinstanzen zutreffend bejaht und von den Beklagten jetzt nicht mehr angezweifelt.

Nach dem zutreffenden und von der Revision nicht beanstandeten sachlich-rechtlichen Ausgangspunkt des Berufungsgerichts haben die Beklagten als Grundstückseigentümer die mit der Klage begehrte Vollstreckung dann grundsätzlich zu dulden, wenn die Hypothek rechtswirksam ist (§§ 1147, 1113 BGB). Das kann im vorliegenden Fall dadurch in Frage gestellt sein, daß die Hypothek nicht valuiert ist und daher nicht dem Kläger zusteht (§ 1163 Abs. 1 BGB, unten I), oder daß die Erstbeklagte das Grundpfandrecht

als nicht befreite Vorerbin und daher ohne Wirksamkeit gegen die Nacherben bestellt hat (§ 2113 Abs. 1 BGB, unten II), oder daß die Wirksamkeit der Hypothek rechtsgeschäftlich im Hypothekenbestellungsvertrag vom Kläger und der Erstbeklagten in gleicher oder ähnlicher Weise eingeschränkt worden ist (unten III). Das Berufungsgericht hat derartige Fallgestaltungen verneint; die Revision bekämpft dies ohne Erfolg.

I.

Daß die Hypothek valutiert sei, und zwar in voller Höhe von 13 760 DM, entnimmt das Berufungsgericht daraus, daß das in der Bestellsurkunde enthaltene Anerkenntnis ein abstraktes Schuldanerkennntnis im Sinn von § 781 BGB und die Geltendmachung der Nichtzahlung des Gegenwerts deshalb den Bereicherungseinwand (§ 812 Abs. 2 BGB) darstelle, der von den Beklagten bewiesen werden müsse, in der Schlußverhandlung des Berufungsverfahrens erstmals erhoben worden sei und deshalb als grobnachlässig verspätet nach § 529 Abs. 2 und 3 ZPO zurückgewiesen werde.

Die Revision hält die Bejahung eines abstrakten Schuldanerkennntnisses für unrichtig, weil das Anerkenntnis auf eine Schuld "aus Darlehen" laute, nimmt deshalb Beweislast des Klägers für die Valutierung an und sieht im Vortrag der Beklagten ein bloßes Bestreiten, das nicht wegen Verspätung zurückweisbar sei.

Aber die bloße Anführung "aus Darlehen" ohne nähere Konkretisierung ist kein zwingender Grund gegen die Annahme der Abstraktheit des Anerkenntnisses. Es kann sich dabei vielmehr ebenso gut um eine rechtlich bedeutungslose,

rein erzählende Erwähnung der Forderungsherkunft handeln. Die Bejahung des § 781 BGB hält sich deshalb, zumal in den Tatsacheninstanzen geäußerte Bedenken der Beklagten hiergegen nicht ersichtlich sind, im Rahmen der freien tatrichterlichen Würdigung (§ 286 ZPO).

Selbst wenn jedoch nur ein sogenanntes bestätigendes (kausales) Schuldanerkenntnis vorläge und deshalb die Beweislast vom Berufungsgericht verkannt wäre, würde die Anwendung des § 529 ZPO keinen Rechtsverstoß darstellen. Nach der allerdings vom Reichsgericht abweichenden, aber festzuhaltenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 12, 49 = NJW 1954, 600 mit zustimmender Anmerkung Lent = LM ZPO § 529 Nr. 6 mit Anmerkung Johannsen; ebenso Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 8. Aufl. § 137 III 2, § 76 III 4 a; Zöllner, ZPO 9. Aufl. § 529 Anm. 2 gegen Wieczorek, ZPO § 529 C II a 3, § 531 A I a) ist auch das bloße Bestreiten ein Verteidigungsmittel, das jedenfalls nach Absatz 2 von § 529 ZPO zurückgewiesen werden kann (nicht erkennbar ist, wieso dadurch ein Beklagter im Verhältnis zum Kläger schlechter gestellt sein soll, wie Wieczorek aaO meint). Daß das Berufungsgericht bei umgekehrter Beweislastverteilung von seiner Zurückweisungsbezugnis keinen Gebrauch gemacht hätte, kann als ausgeschlossen angesehen werden, da sowohl die Verzögerungswirkung als auch die tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte für die Wertung der Verspätung als grob nachlässig im einen wie im anderen Falle die gleichen waren.

Auch die Bejahung der groben Nachlässigkeit für alle drei Beklagten wird von der Revision ohne Erfolg beanstandet. Die grobe Nachlässigkeit der Vorbringensverspätung in § 529 Abs. 2 ZPO wird gesetzlich vermutet, und alle drei Beklagten haben den ihnen obliegenden Entlastungsbeweis vor dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Berufungs-

verfahrens nicht erbracht. Eine Fragepflicht in dieser Richtung (§ 139 ZPO) bestand für das Gericht in jener Schlußverhandlung gegenüber den anwaltlich vertretenen Beklagten entgegen der Meinung der Revision nicht. Bestand aber keine Fragepflicht, so war das Berufungsgericht auch nicht verpflichtet, auf Grund des Vorbringens in dem nach jener Schlußverhandlung nachgereichten Schriftsatz der Beklagten vom 3. März 1959 (GA 93) die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen (eine Nachschubsfrist nach § 272 a ZPO war weder vom Gericht bestimmt, noch lagen die gesetzlichen Voraussetzungen dafür vor); der Aufklärungsanlaß konnte vielmehr erst durch jenen nachträglichen Schriftsatz entstehen und begründete deshalb nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, an welcher festzuhalten ist, eine Pflicht zur Wiedereröffnung nicht (BGHZ 30, 60, 65/67; die von Wieczorek für seine abweichende Auffassung aaO § 156 B bis B II c herangezogene Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts HEZ 2, 291 betrifft den Sonderfall, daß das Berufungsgericht eine Nachschubsfrist gewährt hatte, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen).

Da das Berufungsgericht hiernach die Valutierung ohne Rechtsirrtum als unstreitig behandelte, hat es folgerichtig die vom Kläger zum Beweis der Valutierung im Schlußtermin vorgelegte privatschriftliche Anerkenntniserklärung der Erstbeklagten vom 3. November 1950 unberücksichtigt gelassen; auf der von der Revision behaupteten Nichtanhörung der Beklagten dazu beruht das Berufungsurteil also nicht.

II.

1. Ohne Rechtsverstoß sieht das Berufungsgericht mit den Parteien in den §§ 1 und 2 des Testaments die Einsetzung der Ehefrau als alleinige Vollerbin, verbunden mit einer be-

dingten Nacherbeinsetzung der beiden Kinder zu je 3/8 als Nacherben für den inzwischen eingetretenen Fall der Wiederheirat. Es hält weiter die Erstbeklagte für eine befreite Vorerbin und deshalb das Wirksamkeitshindernis des § 2113 Abs. 1 BGB nach § 2136 BGB für nicht gegeben. Hiergegen wendet sich die Revision, jedoch im Ergebnis ohne Erfolg.

Die Annahme des Berufungsgerichts steht entgegen der Auffassung der Revision nicht im Widerspruch dazu, daß sich die Erstbeklagte früher für eine nichtbefreite Vorerbin hielt und infolgedessen der von ihr erwirkte Erbschein sowie der Grundbucheintrag einen Befreiungsvermerk nicht enthalten. Da die Frage der Befreiung damals nicht etwa ausdrücklich erwogen und verneinend entschieden, sondern offenbar überhaupt nicht gesehen worden war, brauchte sich das Berufungsgericht damit auch nicht ausdrücklich auseinanderzusetzen. Auf die von der Revision unter Rüge nach § 139 ZPO abschriftlich vorgelegten Urkunden aus den Zwangsversteigerungsakten und den Nachlaßakten kommt es daher nicht an, abgesehen davon, daß diese Akten als Beiakten dem Berufungsgericht bereits vorlagen.

Zuzugeben ist der Revision, daß weder ein Fall des § 2137 BGB noch eine ausdrückliche Befreiungserklärung des Erblassers vorliegt.

Hinsichtlich der Annahme einer stillschweigenden Befreiung hat der erkennende Senat zwar im Urteil vom 22. Oktober 1958 V ZR 29/58 Bedenken gegen einen allzu weiten Anwendungsbereich geäußert, jedoch in einer anderen als der hier interessierenden Richtung (vgl. auch das Urteil vom 5. März 1951, IV ZR 64/50, Leitsatz abgedruckt in NJW 51, 354, abweichend von dem in der selben Sache ergangenen Beschluß des Oberlandesgerichts Köln HEZ 2, 37). Für den (nicht dort, aber) hier vorliegenden typischen Fall der Erbeinsetzung des

Ehegatten mit bedingter Nacherbeinsetzung der gemeinsamen Kinder bei seiner Wiederverheiratung nimmt das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung und ihm folgend die überwiegende Meinung in der Rechtslehre an, daß mangels besonderer Umstände eine stillschweigende Befreiung des Vorerben im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 2136 BGB) zu vermuten ist (KGJ 42, 109, 115; Recht 1930 Nr. 322; JFG 13, 155, 158 ff; JFG 17, 154 = JW 1938, 1266 = DNotZ 38, 308 = HRR 1938, 664; Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2136 Anm. 1; Soergel/Ehard/Eder, BGB 8. Aufl. § 2136 Anm. 2; Palandt/Rechenmacher, BGB 18. Aufl. § 2136 Anm. 2; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Bearb. § 79 zu und in Fußn. 15 gegenüber der zurückhaltenderen Stellungnahme in § 51 Fußn. 5; abweichend OLG Stuttgart JFG 6, 162; Staudinger/Seybold, BGB 11. Aufl. § 2136 Randn. 6 und §§ 2074/76 Randn. 12; offenlassend RGRK BGB 11. Aufl. § 2136 Anm. 9 gegenüber der bejahenden Stellungnahme 10. Aufl. Anm. 2, sowie Ripfel, Rpfl 1951, 580 zu und in Fußn. 14 bis 17). Ob diese Einsetzung gegenseitig in einem gemeinschaftlichen Testament erfolgt (wie meist) oder in einem einseitigen Testament (wie hier, wo die Kriegsverhältnisse einem gemeinschaftlichen Testament entgegenstanden), macht keinen wesentlichen Unterschied (KG Recht 1930 Nr. 322); in Fällen wie dem vorliegenden ist der bedachte Ehegatte gegenüber dem Fall des gegenseitigen sogenannten Berliner Testaments (§ 2269 BGB) sogar noch wesentlich freier gestellt insofern, als er weder das vom Erblasser ererbte noch sein eigenes Vermögen an die Kinder weiterzugeben braucht, und zwar sein eigenes und den ihm nach Abzug der Nacherbschaft noch verbleibenden Rest des Erblasservermögens auch im Fall der Wiederheirat. Zutreffend stellen Berufungsgericht und Revision auf den Umfang an Vertrauen ab, das der Erblasser dem Vorerben hinsichtlich der Wahrung der Interessen der Kinder entgegenbringt. Abweichend von der Auffassung der Revision kann aus der Regelung, die der Erblasser für den

Zeitpunkt der Wiederheirat und nachher getroffen hat, nicht notwendig etwas dafür entnommen werden, daß er dem überlebenden Ehegatten (im Hinblick auf eine mögliche Wiederheirat) auch schon für die Zeit vorher, und zwar vom Erbfall an, in der genannten Richtung mißtraut hätte. Mit Recht erwägt das Berufungsgericht, daß im Falle solchen Mißtrauens nicht eine bloß bedingte, sondern eine unbedingte Nacherbeinsetzung angebracht wäre; der Umstand, daß sie nur bedingt angeordnet ist, könnte nach der Lebenserfahrung für jenen Befreiungswillen sprechen. Zweifelhaft ist jedoch, ob ein solcher Befreiungswille bei der genannten typischen Sachlage auch dann zu vermuten ist, wenn der Testamentswortlaut selbst hierüber nichts Konkretes ergibt.

Die Frage braucht hier indessen nicht abschließend entschieden zu werden. Denn das Berufungsgericht stützt seine Bejahung der Vorerbenbefreiung auch auf den individuellen Wortlaut des vorliegenden Testaments, und diese Auslegung ist möglich. Der bloße Gebrauch des Wortes "alleinige Erbin" in § 1 aaO würde zwar für sich allein noch keinen genügenden Ausdruck des Befreiungswillens darstellen (BGH NJW 1951, 354). Der Erblasser hat sich aber mit diesem Wortlaut nicht begnügt, sondern außerdem, sogar wortlautmäßig an erster Stelle, die "Überlassung" seines "gesamten Vermögens" an die Ehefrau "zum persönlichen Eigentum" verfügt und diese wortlautmäßig in keiner Weise eingeschränkte Bestimmung durch Reihenfolge und Bezifferung vor der bedingten Bedenkung der Kinder deutlich herausgehoben. In diesem Gesamtwortlaut kann mit dem Berufungsgericht der hinreichende Ausdruck des Willens gesehen werden, die Ehefrau bis zu ihrer etwaigen Wiederheirat mit möglichst weitgehenden Befugnissen zu versehen und damit von den Beschränkungen des Vorerben in gesetzlich möglichem Umfang zu befreien.

2. Eine unentgeltliche Verfügung, die auch der befreite Vorerbe nicht voll wirksam treffen könnte (§§ 2113 Abs. 2, 2136 BGB), scheidet bei Bejahung der Hypothekenvalutierung (oben I) aus.

Die Revision hält dem Kläger schließlich den Einwand sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) entgegen, weil er damals die Erstbeklagte habe heiraten und die dann durch Eintritt des Nacherbfalls drohende Verdrängung der Erstbeklagten aus Besitz und Genuß von drei Vierteln des Nachlasses ihres ersten Ehemanns durch die Begründung der Hypothek auf Kosten der erstehelichen Kinder habe wirtschaftlich umgehen wollen. Aber einmal ist schon objektiv eine Schädigung deswegen zweifelhaft, weil das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang feststellt, daß der Wert der Hypothekenvaluta durch die beabsichtigte Beschaffung von Warenbeständen im Geschäft zugunsten aller Beklagten erhalten blieb. Und jedenfalls fehlt es für diesen, erst im Revisionsverfahren erhobenen Einwand an genügendem Tatsachenvortrag in den Vorinstanzen, insbesondere in subjektiver Hinsicht.

III.

Auch wenn die Erstbeklagte hiernach als befreite Vorerbin kraft Gesetzes zur Bestellung der Hypothek mit Wirkung auch gegenüber den beiden übrigen Beklagten als Nacherben in der Lage war, konnten sie und der Kläger als die Parteien des Hypothekenbestellungsvertrags die Entstehung dieses Rechts mit Wirkung auch gegen die Nacherben rechtsgeschäftlich einschränken. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies in der Weise rechtlich möglich gewesen wäre, daß die Vertragsparteien kraft rechtsgeschäftlicher Erklärung der

gleichzeitig bestellten Hypothek diejenige beschränkte Wirksamkeit verleihen konnten, welche die Hypothek im Falle der nichtbefreiten Vorerbschaft gehabt hätte (§ 2113 Abs. 1 BGB), oder in der Weise, daß der Kläger auf die Vollstreckung aus der Hypothek gegen die beklagten Kinder verzichtet hätte. Jedenfalls konnten die Vertragschließenden die Hypothek unter der rechtsgeschäftlichen (aufschiebenden) Bedingung der Zustimmung der Nacherben bestellen mit der Wirkung, daß das Grundpfandrecht vor dieser Zustimmung gar nicht bestand (§ 158 Abs. 1 BGB). In diese Richtung könnte allerdings der Schlußabsatz der notariellen Hypothekenbestellungserklärung vom 13. März 1951 weisen, der lautet:

"Der Gläubiger und ich sind uns darüber im klaren, daß diese für ihn bestellte Hypothek von 13 760 DM für den Fall des Eintritts der Nacherbfolge nach § 2113 BGB insoweit unwirksam ist, als diese getroffene Verfügung das Recht der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde."

Das Berufungsgericht würdigt jedoch diesen Satz auf Grund der Zeugenaussage des Notars dahin, er enthalte keine Willenserklärung der Parteien oder einer der Parteien, sondern nur eine Rechtsbelehrung des Notars und die Bestätigung der Kenntnisaufnahme von dieser Rechtsbelehrung durch die Belehrteten; die Einigungserklärung über die Hypothekenbestellung (§ 873 BGB) sei auf eine normale, im Rahmen der gesetzlichen Regelung liegende, nicht aber rechtsgeschäftlich irgendwie eingeschränkte Hypothek gegangen. Das Oberlandesgericht führt weiter aus: Ein zur Anfechtung (§ 119 BGB) berechtigender Irrtum läge dann vor, wenn die Erstbeklagte damals unter allen Umständen gewollt hätte, daß die Hypothek nicht gegen die Kinder wirken solle, auch wenn diese Beschränkung sich noch nicht aus dem Gesetz ergebe; einen derartigen Beschränkungswillen habe die Erstbeklagte jedoch tatsächlich

damals nicht gehabt, vielmehr sei im Gegenteil erwiesen, daß sie den Willen gehabt habe, dem Kläger alles das zu geben, was rechtlich in ihren Möglichkeiten stand; denn sie habe mit dem Kläger ein Liebesverhältnis gehabt und ihn heiraten wollen; eine Beeinträchtigung der Kinder habe sie deshalb nicht befürchtet, weil sie für den Gegenwert der Hypothek Warenbestände für das Geschäft beschaffen wollte, so daß der Wert erhalten blieb und sogar werbend im Geschäft auch mit zugunsten der Kinder wirkte.

Diese tatsächlichen Feststellungen werden durch die Rügen der Revision nicht erschüttert. Allerdings käme, da der Hypothekenbestellungsvertrag entsprechend den Einleitungsworten der notariellen Urkunde von 1951 von der Erstbeklagten sowohl im eigenen Namen (als Schuldnerin und Eigentümerin) wie als Vertreterin des Klägers (als Gläubiger) abgeschlossen wurde, bei einer von der objektiven Verkehrsbedeutung des Urkundenwortlauts abweichenden Willensrichtung der Erstbeklagten, weil sie entsprechend dem Grundgedanken des § 166 Abs. 1 BGB auch der Gläubigerseite zuzurechnen wäre (vgl. RGZ 74, 412, 414), statt eines Irrtums eine beiderseitige Falschbezeichnung in Betracht mit der Wirkung, daß nicht das Erklärte, sondern das wirklich Gewollte zu gelten hätte. Aber das wirklich Gewollte ging nach der Feststellung des Berufungsgerichts ebenso wie das nach außen Erklärte auf die Bestellung einer Hypothek in möglichst uneingeschränktem Umfang; daraus ergibt sich die Verneinung nicht nur eines Irrtums, sondern auch einer beiderseitigen Falschbezeichnung. Dahingestellt bleiben mag, ob ein Fehlen der Geschäftsgrundlage darin liegen kann, daß die Erstbeklagte und entsprechend § 166 Abs. 1 BGB auch der Kläger infolge Rechtsirrtums (ebenso wie der Notar) an eine beschränkte Vorerbenstellung und deshalb an eine gesetzliche Wirksamkeitsbeschränkung hinsichtlich der Hypothek (§ 2113

Abs. 1 BGB) glaubten, während diese Beschränkung in Wirklichkeit nicht bestand; denn einmal könnte davon nicht die dingliche Hypothekenbestellung, sondern nur das schuldrechtliche Grundgeschäft berührt werden; und das scheitert jedenfalls daran, daß der festgestellte Wille der Beteiligten nun gerade noch besser zur Entfaltung kommen kann, als es bei der irrig vorgestellten Rechtslage der Fall gewesen wäre, so daß zu einer Inhaltsänderung des Schuldverhältnisses nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) keinerlei Anlaß besteht. Und auch was die - von Amts wegen zu prüfende - Frage der ergänzenden Vertragsauslegung betrifft, was nämlich die Vertragsparteien gewollt und erklärt hätten, wenn sie die Vorerbenbefreiung gekannt hätten, so ergibt sich aus den genannten Feststellungen des Berufungsgerichts die Antwort, daß die Hypothek auch und gerade in diesem Falle als unbeschränkt wirksame gewollt und bestellt worden wäre.

Unbegründet ist schließlich auch die Rüge unterlassener Beweiserhebung. Den Antrag der Beklagten auf Parteivernehmung des Klägers darüber, daß die Willensrichtung der Erstbeklagten nur auf Hypothekenbestellung im Rahmen der nicht befreiten Vorerbschaft gegangen (und geäußert worden) sei, hat das Berufungsgericht allerdings mit der unzutreffenden Begründung zurückgewiesen, er beziehe sich nicht auf eine Tatsache, sondern auf eine Beurteilung. Die Zurückweisung ist jedoch im Ergebnis deshalb gerechtfertigt, weil hinsichtlich der fraglichen Willenserklärung der Erstbeklagten das Berufungsgericht ausweislich seiner genannten Feststellungen das Gegenteil des unter Beweis Gestellten für erwiesen erachtet hat (§ 445 Abs. 2 ZPO).

IV.

Da auch ein sonstiger Rechtsirrtum zum Nachteil der Revisionsklägerinnen nicht ersichtlich ist, war die Revision als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Hückinghaus

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Offterdinger