

vernichtet hat oder vernichten ließ, steht der Klägerin die Rechtsvermutung des § 33 Abs. 2 Satz 2 TestG nicht entgegen. Sie braucht daher keine Behauptungen darüber aufzustellen, auf welche Weise das Testament verloren gegangen sei.

Das Berufungsgericht hat somit die Beweislast verkannt. Dies muß zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen. Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung sich darüber schlüssig werden müssen, ob nach der ganzen Sachlage der Beweis erbracht ist, daß die Erblasserin das Testament selbst vernichtet hat oder es hat vernichten lassen. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß bisher nicht festgestellt worden ist, ob das Testament, welches die Erblasserin am Vorabend ihres Todes gegenüber der Leopoldine Lindner erwähnte und von dem sie sogar sagte, es liege im Schreibtisch rechts in der oberen Lade, jenes Testament war, das sie zugunsten der Klägerin errichtet hatte. Die gegenteiligen Ausführungen der Revision, welche die Identität dieser Testamente voraussetzt, sind aktenwidrig. Daß das Berufungsgericht eine solche Feststellung nicht treffen wollte, ist aus seiner Hilfsbegründung klar ersichtlich, in der gesagt wird „selbst wenn die Erblasserin einige Stunden vor ihrem Selbstmord der Zeugin Lindner ein formell gültiges Testament mit der Erbeinsetzung der Klägerin gezeigt hätte ...“. Aber auch wenn der Inhalt des Testaments, das die Erblasserin der Leopoldine Lindner gezeigt haben soll, nicht festgestellt werden könnte, so würde dies nicht gegen die Klägerin verwertet werden können, weil die Beklagten auch zu beweisen haben, daß das zugunsten der Klägerin errichtete Testament durch ein etwaiges späteres Testament aufgehoben worden ist.

Was die Revisionsantwortung zur Begründung einer Nichtigkeit des Testaments nach § 48 Abs. 2 TestG vorbringt, ist neu und daher in der Revisionsinstanz nicht zu berücksichtigen.

---

**52. 1. Die Fälle des Art. 3 Nr. 3 SchutzVO sind i.S. des § 584 Abs. 1 letzter Halbsatz als solche des § 579 ZPO anzusehen.**

**2. Anfechtungsgrund i.S. des § 586 Abs. 2 ZPO ist in den Fällen des Art. 3 Nr. 3 SchutzVO nur die Terminversäumung oder das Ausbleiben rechtlichen Gehörs, nicht auch die Grundlage für die Erwartung einer der Partei günstigeren Entscheidung.**

SchutzVO (RGBl. I 1943, S. 666) Art. 3 Nr. 3; ZPO §§ 579, 584 Abs. 1, 586 Abs. 2.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 4. August 1944 (VI 51/1944).

I. Reichsgericht Leipzig.

In Sachen des Maklers Hans Bauer in Berlin, Nichtigkeitsklägers, im vorangegangenen Rechtsstreit Kläger und Revisionsbeklagter, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Fuchslocher in Leipzig,

gegen

Frau Gerda Stein in Berlin und Stockholm, Nichtigkeitsbeklagte, im vorangegangenen Rechtsstreit Beklagte und Revisionsklägerin, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Kraemer in Leipzig,

hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 4. August 1944 durch den Senatspräsidenten Dr. Günther und die Reichsgerichtsräte Dr. Schack, Dr. Unger, Killes, Dr. Balve für Recht erkannt:

*Die Nichtigkeitsklage gegen das Urteil des VI. Zivilsenats des Reichsgerichts an Leipzig vom 10. Dezember 1943 wird als unzulässig abgewiesen. Die Kosten des Nichtigkeitsverfahrens werden dem Nichtigkeitskläger auferlegt. – Von Rechts wegen.*

Für den *Tatbestand*

wird zunächst auf das in dieser Sache ergangene Urteil des erkennenden Senats vom 10. Dezember 1943, VI 99/43, Bezug genommen [im Anhang wiedergegeben].

Der Kläger bringt nunmehr vor, er habe infolge Kriegsgeschehens den Verhandlungstermin vor dem Reichsgericht vom 10. Dezember 1943 versäumt. Durch Einschreibebrief vom 2. Dezember 1943, der laut Posteinlieferungsschein an demselben Tage in Berlin zur Post gegeben worden sei, habe der Vertreter seines Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, des Rechtsanwalts Dr. Kottmeier in Berlin, unter Übersendung der Akten erster Instanz und der Urteile beider Vorinstanzen den nunmehrigen Prozeßbevollmächtigten des Klägers vor dem Reichsgericht, Rechtsanwalt Dr. Fuchslocher, gebeten, die Vertretung des Klägers vor dem Reichsgericht zu übernehmen. Diesen Einschreibebrief habe Rechtsanwalt Dr. Fuchslocher nicht erhalten, wie er versichert. Der Brief sei offenbar durch Feindeinwirkung vernichtet worden. Infolgedessen sei der Kläger im Termin vor dem Reichsgericht vom 10. Dezember 1943 nicht vertreten gewesen und deshalb ohne rechtliches Gehör geblieben. Wenn der Kläger vor dem Reichsgericht vertreten gewesen wäre, so hätte – dies führt der Kläger weiter aus – die Möglichkeit bestanden, die Vertagung des Verhandlungstermins zu erwirken und dann die notwendige Verlängerung des Genehmigungsbescheides der Devisenstelle herbeizuführen. Der Kläger legt einen neuen Bescheid des Oberfinanzpräsidenten Berlin als Devisenstelle vom 16. Mai 1944 vor, wonach er seine Genehmigung vom 2. Juni 1943 wieder in Kraft setzt und die Gültigkeitsdauer dieser Genehmigung bis zum 31. Dezember 1944 verlängert. Die Bereitschaft der Devisenstelle hierzu habe der Kläger erst durch einen bei seinem Prozeßbevollmächtig-

ten am 17. Mai 1944 eingegangenen Bescheid der Devisenstelle vom 16. Mai 1944 erfahren. Von diesem Tage an laufe die Notfrist des § 586 ZPO. Zur Glaubhaftmachung dieses Vorbringens legt er sieben Urkunden vor. Mit dem am 20. Mai 1944 beim Reichsgericht eingegangenen Schriftsatz erhebt der Kläger gegen das Urteil des erkennenden Senats vom 10. Dezember 1943 die Nichtigkeitsklage und beantragt, das genannte Urteil aufzuheben und die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts Berlin vom 11. August 1943 zurückzuweisen.

Die Nichtigkeitsbeklagte beantragt, die Nichtigkeitsklage abzuweisen.

#### *Entscheidungsgründe*

Die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage nach Art. 3 Nr. 3 der Schutzverordnung vom 4. Dezember 1943 (RGBl. I S. 666) setzt zunächst voraus, daß das Urteil des Reichsgerichts vom 10. Dezember 1943 auch nicht mit dem Einspruch anfechtbar gewesen ist. Es hätte mit dem Einspruch angefochten werden können, wenn es als Versäumnisurteil gegen den Kläger als Revisionsbeklagten ergangen wäre, was die Revisionsklägerin in zweiter Reihe beantragt hatte. In erster Reihe hatte sie aber beantragt, nach Lage der Akten zu entscheiden, und dem hat das Reichsgericht stattgegeben. Es konnte das durch Urteil im selben Termin tun, obschon noch keine mündliche Verhandlung stattgefunden hatte; denn die Vorschriften des § 251 a Abs. 1 Satz 2 bis 4 ZPO, die in § 331 a für entsprechend anwendbar erklärt waren, sind durch § 7 Abs. 5 der 4. VereinfVO aufgehoben. Daß nach Lage der Akten entschieden worden ist, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt worden, ergibt sich aber daraus, daß das Urteil nicht als Versäumnisurteil bezeichnet und daß nichts darüber gesagt worden ist, warum nicht dem von der Revisionsklägerin in erster Reihe gestellten Antrag stattgegeben worden sei. Der Nichtigkeitskläger geht auch zutreffend von dieser Verfahrenslage als selbstverständlich aus.

An der oben bezeichneten Stelle der Schutzverordnung wird auf § 579 ZPO Bezug genommen. Daraus ergibt sich, daß die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Nichtigkeitsklage auf den von der Schutzverordnung neu eingeführten Fall dieser Klage Anwendung finden. Die Zuständigkeit des Reichsgerichts für die hier erhobene Nichtigkeitsklage ergibt sich aus § 584 Abs. 1 ZPO letzter Halbsatz; denn Art. 3 Nr. 3 der SchutzVO ist als ein weiterer Fall des § 579 ZPO zu betrachten, wo es sich um die Zuständigkeit im Sinne der vorerwähnten Gesetzesbestimmung handelt.

Zu den anwendbaren Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Nichtigkeitsklage gehört weiter § 586, wonach diese Klage vor Ablauf der Notfrist eines Monats zu erheben ist und wonach die Frist beginnt mit dem Tage, an dem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erhalten hat. Es fragt sich, was als Anfechtungs-, also Nichtigkeitsgrund im Sinne der Bestimmung der Schutz-

verordnung zu verstehen ist. Der Nichtigkeitskläger faßt sie so auf, daß sich der Nichtigkeitsgrund selbst zusammensetze aus zwei Tatbestandsmerkmalen, einmal der Terminversäumnis (oder dem Unterbleiben ausreichenden rechtlichen Gehörs) als Folge von Kriegsgeschehen und weiter dem Umstand, daß andernfalls eine der Partei günstigere Entscheidung habe erwartet werden können. Von *beiden* Tatbestandsmerkmalen als „dem Anfechtungsgrunde“ (§ 586 Abs. 2 ZPO), so meint er, müsse die Partei Kenntnis haben, wenn der Lauf der Notfrist beginnen solle. Von dem zweiten Tatbestandsmerkmal habe aber der Nichtigkeitskläger erst am 17. Mai 1944 erfahren (vgl. oben den Tatbestand), so daß die am 20. Mai bei dem Reichsgericht eingereichte, dem Nichtigkeitsbeklagten am 23. Mai 1944 zugestellte Klage rechtzeitig erhoben sei.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Anfechtungsgrund im Sinne von § 586 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 3 Nr. 3 der SchutzVO ist nur der Umstand, daß die Partei infolge Kriegsgeschehens den Termin zu der Verhandlung, auf welche das Urteil ergangen ist, versäumt hat oder in diesem ohne ausreichendes rechtliches Gehör geblieben ist. Ob andernfalls eine der Partei günstigere Entscheidung erwartet werden konnte, das ist Sache der Prüfung des Gerichts; auf die Auffassung der Partei hierüber kommt es nicht an, wie überhaupt nicht auf die Erlangung der Kenntnis von der rechtlichen Bedeutung des Nichtigkeitsgrundes seitens der Partei (RGZ Bd. 169 S. 104 und öfter).

Der Nichtigkeitskläger hat selbst nicht behauptet, daß er von der Tatsache der Terminversäumnis (und dem Urteil des Reichsgerichts vom 10. Dezember 1943) erst später als 1 Monat vor der Zustellung der Nichtigkeitsklage, auf deren Zeitpunkt es für die Wahrung der Notfrist ankommt (RGUrt. vom 13. Juli 1928 VII 187/27), also nach dem 23. April 1944, Kenntnis erhalten habe. Das ist auch ausgeschlossen. Seinem Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz ist das Urteil am 10. Februar 1944 zugestellt worden. Im Sinne des § 586 Abs. 2 ZPO kommt es allerdings nicht auf die Kenntnis des Prozeßbevollmächtigten von dem Nichtigkeitsgrunde, sondern auf die des Nichtigkeitsklägers selbst an (vgl. RGZ Bd. 37 S. 389); aber – abgesehen von dem Mangel einer entsprechenden Behauptung des Nichtigkeitsklägers und ihrer Glaubhaftmachung (§ 586 Abs. 2 ZPO) – ist der Prozeßbevollmächtigte erster Instanz, Rechtsanwalt Dr. Kottmeier in Berlin, bereits am 3. April 1944 bei der Devisenstelle unter Bezugnahme auf das reichsgerichtliche Urteil wegen Verlängerung der Genehmigungsfrist vorstellig geworden, wie die vom Nichtigkeitskläger dem Revisionsgerichte zur Glaubhaftmachung der Fristeinhalten (§ 589 Abs. 2 ZPO) vorgelegten Urkunden ergeben. Dieser Vorstellung muß natürlich eine Fühlungnahme des Rechtsanwalts Dr. Kottmeier mit dem Nichtigkeitskläger selbst vorausgegangen sein. Bei ihr muß der Kläger spätestens vom Nichtigkeitsgrunde Kenntnis erlangt haben.

Die Notfrist des § 586 Abs. 1 und 2 ZPO war also abgelaufen, als die Nichtigkeitsklage zugestellt wurde. Dementsprechend mußte diese Klage nach § 589 Abs. 1 ZPO als unzulässig verworfen, das ist abgewiesen worden.

Es kam hiernach nicht darauf an, ob die Frist nicht auch von dem oben dargelegten Standpunkt des Nichtigkeitsklägers aus um deswillen versäumt wäre, weil sich dieser auch ohne Kenntnis der Stellungnahme der Devisenstelle, schon als er von seiner Säumnis und von dem reichsgerichtlichen Urteil erfuhr, hätte sagen müssen, und nach dem oben angeführten Schreiben vom 3. April 1944 dann die Devisenstelle offenbar auch gesagt hat, daß, wenn keine Säumnis vorgelegen hätte, in dem Termin vom 10. Dezember 1943 an Stelle des ihm nachteiligen Urteils eine Vertagung der Verhandlung oder die Aussetzung des Verfahrens nach § 66 DevG beschlossen worden, also eine ihm jedenfalls zunächst günstigere Entscheidung zu erwarten gewesen wäre.

Im übrigen mag bemerkt werden: Das Urteil des Senats vom 10. Dezember 1943 hat ausgesprochen, daß die Rechtslage dieselbe war, wie wenn die Genehmigung der Devisenstelle nicht erteilt worden wäre. Es hat nicht gesagt, wie wenn sie *versagt* worden wäre. Denn der Wegfall der erteilt gewesenen Genehmigung wegen deren auflösender Befristung (§ 163 BGB) konnte nur die Wirkung haben (§ 158 Abs. 2, § 159 BGB), daß der *vor* der Erteilung der Genehmigung vorhanden gewesene Zustand wiederhergestellt wurde, nicht etwa darüber hinaus die Wirkung, daß die Genehmigung als endgültig versagt anzusehen war. Deshalb kamen auch die vom Senat in RGZ Bd. 168 S. 346 aufgestellten Rechtsgrundsätze nicht zur Anwendung, wonach, wenn die Genehmigung versagt ist, der Schwebezustand beseitigt und das Geschäft endgültig nichtig ist, so daß, wenn nachträglich doch noch die Genehmigung erteilt wird, sie nicht zurückwirkt auf den Zeitpunkt des früheren Geschäftsabschlusses. Vielmehr war mit dem Entfallen der erteilten Genehmigung durch Ablauf ihrer auflösenden Befristung der Schwebezustand wiederhergestellt.

Das Urteil des Senats vom 10. Dezember 1943 hat also nicht etwa ausgesprochen, daß der Klageanspruch nicht bestand, sondern nur, daß er damals wegen des Fehlens der devisenrechtlichen Genehmigung nicht geltend gemacht werden konnte. Die Rechtskraft jener Entscheidung steht daher einer erneuten Klage nach Wegfall dieses Hindernisses nicht entgegen. (Vgl. *Hartenstein*, Devisennotrecht, zu § 39 DevG von 1935, Bem. 3 S. 298, unter Bezugnahme auf *Hartenstein*, JW 1932 S. 319 und RGZ Bd. 143 S. 312 (327/328) und andere Urteile des Reichsgerichts).

Da nunmehr am 16. Mai 1944 die frühere Genehmigung vom 2. Juni 1943, die ihre Wirksamkeit gemäß §§ 163 BGB in Verbindung mit 158, 159 daselbst verloren hatte, „wieder in Kraft gesetzt und ihre Gültigkeitsdauer bis zum 31. Dezember 1944 verlängert“ worden ist, steht insoweit einer erneuten Klage nichts im Wege.

Anhang:

Urteil des VI. Zivilsenats vom 10.12.1943 (VI 99/1943)

In Sachen der Frau Gerda *Stein* in Berlin und Stockholm, Beklagten, Revisionsklägerin, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Kramer in Leipzig,

gegen

den Makler Hans *Bauer* in Berlin, Kläger, Revisionsbeklagten, in diesem Rechtzug nicht vertreten,

hat das Reichsgericht, VI. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1943 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Günther und der Reichsgerichtsräte Dr. Schack, Eilles, Oesterheld, Dr. Balve für Recht erkannt:

*Die Urteile des 24. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. August 1943 und der 51. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 13. November 1942 werden aufgehoben.*

*Die Klage wird abgewiesen.*

*Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt. – Von Rechts wegen.*

*Tatbestand*

Der Kaufmann Jakob Israel Steinbrecher trat am 5. Juni 1940 die Ansprüche, die ihm nach seiner Behauptung als Provisionsvergütung für die Vermittlung bzw. den Abschluß von Geschäften gegen den im Mai 1940 verstorbenen Kaufmann Wilhelm Stein in Berlin zugestanden hatten und nun gegen dessen Tochter, die Beklagte, die ihren Vater allein beerbt hat, zustanden, an den Kläger ab. Die Beklagte ist als schwedische Staatsangehörige seit dem Jahre 1933 Devisenausländerin. Jakob Israel Steinbrecher ist im Herbst 1940 ins Ausland ausgewandert. Sein Vermögen ist gemäß § 3 der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 25. November 1941 (RGBl. I S. 722) dem Reiche verfallen. – Die Abtretung der Forderung wurde in Ansehung von 10.900 RM von der Devisenstelle in Berlin am 2. Juni 1943 „nachträglich genehmigt“. In dem Genehmigungsbescheid heißt es, daß er „am 30. September 1943 außer Kraft tritt“.

Mit der Klage macht der Kläger geltend, die abgetretenen Forderungen hätten sich auf 10.900 RM belaufen. Zahlung dieser Summe nebst 4% Zinsen seit dem Tage der Abtretung verlangt er mit der Klage. Die Beklagte hat die Forderung nach Grund und Höhe bestritten, insbesondere hat sie den Einwand der Befriedigung und des Verzichts seitens des Abtretungsgläubigers erhoben. Beide Vordergerichte haben der Klage stattgegeben; sie sind der Auffassung, daß die Klageforderung in der geltend gemachten Höhe entstanden und daß der

Beweis, sie sei durch Verzicht oder durch Befriedigung erloschen, von der Beklagten nicht erbracht worden ist.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Aufhebung der Urteile beider Vordergerichte und die Abweisung der Klage.

Der Kläger war im Revisionsrechtszuge nicht vertreten.

#### *Entscheidungsgründe*

Der Genehmigungsbescheid der Devisenstelle vom 2. Juni 1943 ist mit dem 30. September d.J. – also nach Verkündung des Berufungsurteils – „außer Kraft getreten“. Das bedeutet, daß die Genehmigung auflösend befristet war in dem Sinne, daß, wenn bis zum 30. September 1943 die abgetretene Forderung nicht *eingezogen* war, die Genehmigung als nicht erteilt anzusehen war.

Die erst nach dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, ja erst nach der Verkündung des Berufungsurteils eingetretene Tatsache des Fristablaufs ist auch in der Revisionsinstanz zu beachten. Denn das Vorliegen der Genehmigung muß in jeder Lage des Verfahrens, also auch in der Revisionsinstanz, geprüft werden (vgl. RGZ Bd. 150 S. 330, RG JW 1936 S. 1537 Nr. 13); dies gilt auch für den Fall der Befristung ihrer Gültigkeit (Giese-Niemann, DevG, S. 449). Zwar ist für das Vorliegen der Genehmigung stets der Zeitpunkt des Erlasses des Urteils maßgeblich; aber nach dem oben Gesagten kann das nur das Revisionsurteil sein.

Hat die Genehmigung ihre Wirksamkeit verloren, so ist der Rechtszustand derselbe, wie wenn sie nicht erteilt worden wäre. Die Forderung befand sich noch im Vermögen des Kaufmanns Jacob Israel Steinbrecher, als dieser im Herbst 1940 gemäß § 2 a der oben genannten Verordnung die deutsche Staatsangehörigkeit verlor und ist deshalb nach § 3 a.a.O. mit seinem sonstigen Vermögen in jenem Zeitpunkt dem Reiche verfallen.

Eine entsprechende Anwendung des § 184 Abs. 2 BGB scheidet bei dieser Rechtslage aus.

Wegen des Fehlens der Genehmigung ist die Klage unter Aufhebung der Urteile beider Vordergerichte abzuweisen.

---

### 53. Voraussetzungen der Gültigkeit eines Nottestaments.

#### §§ 23 f. TestG.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 11. August 1944 (VI 106/1943).

I. Landgericht Kassel.

II. Oberlandesgericht Kassel.