

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 170/66

## URTEIL

Verkündet am

23. Januar 1969

Schorm,

Justizangestellte:

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Georg H [REDACTED],  
G[REDACTED] bei M[REDACTED], Z[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Albert van T [REDACTED],  
D[REDACTED], Dü[REDACTED],

2. Hans van T [REDACTED],  
M[REDACTED], Sch[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Dr. Beyer, Gähtgens und Keßler für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 14. Juli 1966 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger fordern von dem Beklagten Auskunft über den Bestand des Nachlasses der am 21. November 1964 verstorbenen Frau Helene K. geb. Ze. (Erblasserin).

Die Kläger sind die ehelichen Kinder eines unehelichen Sohnes Karl der Erblasserin; ihr Vater wurde im Jahre 1915 auf Antrag seines leiblichen Vaters Karl van T. für ehelich erklärt und verstarb am 14. März 1945. Der Beklagte ist nach dem Erbvertrag vom 28. Juli 1960 Alleinerbe der Erblasserin; er hat die Erbschaft angenommen.

Die Kläger, die Pflichtteilsansprüche geltend machen wollen, haben vor dem Landgericht beantragt, den

Beklagten zu verurteilen, ihnen ein Verzeichnis des Nachlasses vorzulegen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Er hat erwidert: Der Vater der Kläger habe im Zusammenhang mit seiner Ehelichkeitserklärung auf sein Erbrecht gegenüber der Erblasserin verzichtet und sei mit erheblichen Barbeträgen, einem großen Grundstück und sonstigen Leistungen abgefunden worden; das wirke auch zu Lasten der Kläger (§ 2349 BGB). Erhebliche Leistungen zur Abfindung habe auch die Mutter der Kläger für diese erhalten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Die Kläger bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

Die Revision beruft sich nunmehr in erster Linie darauf, daß der Pflichtteilsanspruch der Kläger, soweit ein solcher überhaupt bestehen sollte, im Laufe des Revisionsrechtszuges verjährt sei und damit auch dem anhängigen Auskunftsanspruch die Einrede der Verjährung entgegenstehe, weil der Auskunftsanspruch - nach BGHZ 33, 373, 379 - nicht später als der Pflichtteilsanspruch verjähre.

Damit bleibt die Revision erfolglos. Der erkennende Senat kann auf die Einrede der Verjährung nicht sachlich



eingehen. Grundsätzlich kann die Einrede der Verjährung im Revisionsrechtszug nicht nachgeholt werden, weil es sich um den Vortrag einer neuen Tatsache handelt (BGHZ 1, 234). Ob ausnahmsweise die Einrede im Revisionsrechtszug aus Gründen der Prozeßökonomie zugelassen werden kann, wenn die Verjährung erst nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht eingetreten ist, die Einrede also in den Tatsacheninstanzen noch nicht erhoben werden konnte, kann offenbleiben. Jedenfalls wäre eine solche Möglichkeit nur gegeben, wenn die Verjährung unstreitig (vgl. LM zu ZPO § 91 a Nr. 4), eine Berücksichtigung des Vortrages also ohne weitere tatsächliche Feststellung möglich wäre. Das trifft hier nicht zu, denn die Kläger bestreiten die Verjährung sowohl des Pflichtteilsanspruchs als auch des Auskunftsanspruchs, und können darauf hinweisen, daß der Auskunftsanspruch schon etwa ein halbes Jahr nach dem Erbfall rechtshängig wurde (§ 209 EGB), zu einer Zeit also, als eine Verjährung des Pflichtteilsanspruchs noch nicht in Betracht kommen konnte (§ 2332 EGB). Eine tatsächliche Erörterung und Feststellungen hierüber sind dem erkennenden Senat versagt (§ 561 ZPO).

Auch die Prüfung des Vortrages der Revision unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses, der allerdings auch im Revisionsrechtszuge von Amts wegen zu beachten und zu prüfen ist (LM zu ZPO § 546 Nr. 21; vgl. BGHZ 18, 98), führt die Revision nicht zum Erfolg. Denn der Senat vermag der Revision nicht darin zu folgen, daß mit einer etwaigen Verjährung des Pflichtteilsanspruchs der Auskunftsanspruch entfallen, die Klage auf Auskunft sinnlos geworden und ein Rechtsschutzbedürfnis nicht mehr gegeben sei. Allerdings mögen einzelne Formulierungen im Schrifttum - für den Auskunftsanspruch sei "kein Raum mehr" oder er "ent-

fallc", wenn der Pflichtteilsanspruch verjährt sei (vgl. OLG Düsseldorf MDR 1967, 675; Staudinger-Ferid BGB 10./11. Aufl. zu § 2314 Rn 33; Palandt BGB 28. Aufl. zu § 2314 Anm. 1 b) - für die Auffassung der Revision sprechen; sie sind jedoch mißverständlich. Denn der Auskunftsanspruch ist nicht - wie die Revision meint - ein unselbstständiger "Nebenanspruch" derart, daß sein Sinn und seine Funktion sich in der Vorbereitung des Pflichtteils- (Zahlungs-) Anspruchs erschöpfte; er ist materiell vom Bestehen oder von der Durchsetzbarkeit eines Pflichtteilsanspruchs nicht abhängig und setzt lediglich voraus, daß der Auskunftsfordernde die erbrechtliche Stellung eines Pflichtteilsberechtigten hat (BGHZ 28, 177). Sind die Kläger pflichtteilsberechtigt - was noch zu prüfen sein wird -, so kann ihnen ein schutzwürdiges Interesse, Klarheit über den Bestand des Nachlasses zu erhalten, um ihre rechtlichen Schritte danach einzurichten, nicht abgesprochen werden. Zunächst steht die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nicht fest, ebensowenig ist sicher, daß der Beklagte sich gegenüber einem künftigen Anspruch auf Verjährung berufen wird. Darüber hinaus mag es für das Verhältnis der Kläger zueinander oder für weitere Erwägungen, die sie im Zusammenhang mit dem Erbfall oder mit der Entwicklung der Sache anzustellen haben, geboten oder auch nur zweckmäßig sein, einen Überblick über den Nachlaß zu erhalten. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß die Klage unnütz oder mißbräuchlich wäre. Ein Rechtsschutzbedürfnis läßt sich daher nicht verneinen.

## II.

1. Ist der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, so hat ihm der Erbe auf Verlangen über den Stand des Nachlasses Auskunft zu erteilen (§ 2314 BGB).

Das Berufungsurteil stellt als unstrittig fest, daß der Beklagte kraft Erbvertrages Alleinerbe der Erblasserin ist und die Erbschaft angenommen hat; es führt sodann hinsichtlich der Anspruchsberechtigung der Kläger aus: Als Enkel seien die Kläger pflichtteilsberechtigte Abkömmlinge der Erblasserin, da ihr Vater Karl van T. [REDACTED] schon vor der Erblasserin gestorben sei (§§ 2303, 1924 BGB). Die Ehelichkeitserklärung des Vaters der Kläger habe dessen Erbrecht gegenüber der Erblasserin, seiner Mutter, - und damit auch das Erb- und Pflichtteilsrecht der Kläger - nicht berührt (§§ 1705, 1737 BGB).

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen, auch die Revision wendet sich hiergegen nicht.

Weiter ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß der Beklagte einen wirksamen Erbverzicht des Vaters der Kläger zu beweisen habe, wenn er sich gegenüber dem Klageanspruch darauf beruft, daß die Kläger nicht Pflichtteilsberechtigte seien, weil der Vater auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet habe. Denn der Beklagte hält damit dem schlüssig vortragenen Auskunftsanspruch der Kläger eine Tatsache entgegen, die - wenn sie zuträfe - das auf Verwandtschaft beruhende Pflichtteilsrecht der Kläger und damit deren Auskunfts berechtigung ausräumen würde. Von der Beweislast des Beklagten geht richtig auch die Revision aus. Ebenso muß die Revision zugrunde legen, daß die auf Antrag des Beklagten vernommene Zeugin Luzie van T. [REDACTED], die Mutter der Kläger, einen Erbverzicht nicht bestätigt und der Beklagte den hilfsweise angebotenen Beweis durch Vorlage von Urkunden (§ 420 ZPO) nicht geführt hat, weil er sich die Urkunden nicht zu beschaffen vermochte.

2. Die Revision hält es jedoch für verfahrensfehlerhaft, daß das Berufungsgericht den Antrag des Beklagten, den Klägern oder ihrer Mutter, der Zeugin van T■■■■, die Vorlage von Urkunden aufzugeben, zurückgewiesen hat.

Das Berufungsgericht hat insoweit erwogen:

Die Mutter der Kläger sei nicht Prozeßgegnerin, sondern eine Dritte; der Beklagte habe daher den Beweis durch Urkunden, die sie in Besitz habe, nur durch den Antrag antreten können, eine Frist zur Herbeischaffung der Urkunden im Wege der Klage zu bestimmen (§§ 428, 429 ZPO). Der Antrag des Beklagten werde aber den Voraussetzungen in den §§ 430, 424 ZPO nicht gerecht. Der Beklagte habe weder die Urkunde, noch ihren Inhalt, noch die durch sie zu beweisenden Tatsachen genau bezeichnet; er habe nicht glaubhaft gemacht, daß die Mutter der Kläger die Urkunde in Händen habe und zur Vorlegung verpflichtet sei. Der Beweisantrag zielle auf eine unzulässige Ausforschung hin.

Aus den gleichen Gründen scheitere auch der Antrag, den Klägern die Vorlage der Urkunde aufzugeben (§ 421 ZPO). Auch hier fehle es an der Bezeichnung der vorzulegenden Urkunde. Der Beklagte könne nicht einmal angeben, ob die Kläger einschlägige Urkunden in Besitz hätten, da er ja auch behaupte, daß Frau van T■■■■ sie in Händen habe.

### III.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beweisantrag sei auf einen Ausforschungsbeweis gerichtet und deshalb unzulässig, ist unrichtig. Denn der Beklagte will nicht durch die Beweiserhebung beweis erhebliche Tatsachen erst erfahren, um sie zur Grundlage eines neuen Prozeßvortra-

ges zu machen, sondern er hat einen schlüssigen Prozeßvortrag bereits gebracht. Die Revision faßt den - in den Tatsacheninstanzen allerdings unscharf formulierten - Vortrag des Beklagten richtig dahin zusammen: Im Zusammenhang mit der Ehelichkeitserklärung des Vaters der Kläger um die Wende der Jahre 1914/1915 sei - unter Vermittlung und auf Betreiben des damaligen Ehemannes der Erblasserin, Dr. K., - ein formgültiger Erbverzichtsvertrag geschlossen worden, und zwar in Verbindung mit Leistungen der Erblasserin an den Vater der Kläger. Dieser Vortrag ist schlüssig und offenbar hat ihn auch das Berufungsgericht als schlüssig erachtet, denn es hat darüber Beweis erhoben durch Vernehmung der Mutter der Kläger als Zeugin. Danach geht es hier nicht um die Frage eines Ausforschungsbeweises, sondern darum, ob etwa der Beklagte rechtsmißbräuchlich handelt, wenn er Behauptungen aufstellt und Beweisanträge anbringt, für die er andere Grundlagen als Vermutungen oder vage Berichte nicht hat (vgl. LM zu ZPO § 282 Nr. 1). Das ist im Grundsatz zu verneinen. Der Beklagte, der an den damaligen Vorgängen nicht selbst beteiligt war, kann von ihnen nur vom Hörensagen - sei es durch Erzählungen der Erblasserin oder durch Berichte der Haushälterin Susanne R. oder der Frau Bärbel U. - wissen. Diese Ungunst seiner Prozeßlage ist angemessen zu berücksichtigen. Angesichts der Bedeutung der Sache kann ihm die Möglichkeit von Beweisanträgen, die allerdings zulässig sein müssen, nicht abgeschnitten werden.

2. Das Berufungsurteil hat darin recht, daß die Beweisanträge des Beklagten mangelhaft sind. Immerhin ist die beweisbedürftige Tatsache nach dem oben wiedergegebenen Vortrag des Beklagten hinreichend klar; das zieht auch das Berufungsurteil nicht in Zweifel. Das Vorlegungsverlangen des Beklagten wird dadurch, daß die Klä-

ger die Existenz einer solchen Urkunde bestreiten, nicht ausgeschlossen (RGZ 92, 222). Erforderlich ist aber für einen zulässigen Beweisantritt - wie das Berufungsurteil richtig hervorhebt - weiter die Bezeichnung der Urkunde sowie die möglichst vollständige Bezeichnung ihres Inhalts (§§ 424 Nr. 1 und 2, 430 ZPO). Dazu wird regelmäßig die Angabe von Ort und Datum sowie des Ausstellers - im Falle öffentlicher Beurkundung auch, welches Gericht oder welcher Notar die Urkunde gefertigt hat, - gehören. Doch dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden und es darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß es sich um eine Beurkundung handeln soll, die mehr als 50 Jahre zurückliegt und an der der Beklagte nicht persönlich beteiligt war. Das Gesetz läßt, indem es die "Bezeichnung" - nicht, wie das Berufungsurteil sagt, die "genaue Bezeichnung" - der Urkunde voraussetzt, die Berücksichtigung solcher Umstände zu. Entscheidend ist der Sinn der Bestimmung. Die Urkunde ist so genau zu bezeichnen, daß ihre "Nämlichkeit" feststeht (Baumbach-Lauterbach ZPO 29. Aufl. zu § 424 Anm. 1), d.h. der Gegner oder derjenige, der die Urkunde vorlegen soll, erkennen kann, um welche Urkunde es sich handelt und welche Urkunde gemeint ist (Wieczorek ZPO zu § 424 Anm. A II a 1). Der Revision ist zuzugeben, daß die tatsächlichen Angaben des Beklagten - formgültiger Erbverzicht des Vaters der Kläger im Zusammenhang mit seiner Ehelichkeitserklärung um die Wende der Jahre 1914/1915 - keinen Zweifel daran aufkommen lassen, welche Urkunde gemeint ist, und zugleich den Inhalt der Urkunde "möglichst vollständig" bezeichnen (§ 424 Nr. 3 ZPO).

3. Selbst wenn der Revision darin gefolgt wird, daß dem Beklagten als Erben der Erblasserin ein Anspruch auf Einsicht (§ 810 BGB) zusteht, weil die Urkunde auch

im Interesse der Erblasserin errichtet ist und ein zwischen ihr und dem Vater der Kläger bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet, muß sie sich enthalten lassen, daß der Beweisantrag des Beklagten den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entspricht.

Wenn die Mutter der Kläger, Frau van T■■■■, die Urkunde in Händen hat, was nach dem Vortrag der Revision der Beklagte in erster Linie behaupten will, konnte der Beklagte einen Beweisantrag gemäß § 428 ZPO nur dahin stellen, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen. Einen solchen Antrag hat der Beklagte nicht angebracht. Selbst wenn sein Antrag, Frau van T■■■■ die Vorlage der Urkunde aufzugeben, als Antrag nach § 428 ZPO ausgelegt werden könnte, wäre den Voraussetzungen des § 430 ZPO nicht genügt. Denn der Antrag muß - neben der Bezeichnung der Urkunde, ihres Inhalts, der beweisbedürftigen Tatsachen und des Grundes der Vorlegungspflicht (§ 424 Nr. 1, 2, 3, 5 ZPO) - glaubhaft machen, daß die Urkunde sich in den Händen des Dritten befindet. Hieran fehlt es. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, daß der Beklagte den Besitz der Frau van T■■■■ durch die Benennung der Haushälterin Fräulein Ri■■■■ glaubhaft gemacht habe, die bekunden könne, daß Frau van T■■■■ alle einschlägigen Unterlagen und Urkunden in Besitz gehabt habe, die ursprünglich in den Händen der Erblasserin gewesen seien. Die Benennung dieser Zeugin allein ist kein geeignetes Mittel der Glaubhaftmachung, die die Gegenwärtigkeit des Beweismittels fordert (§ 294 Abs. 2 ZPO). Unter diesen Umständen bedarf es einer Würdigung der Zeugenaussage der Frau van T■■■■, die in Abrede gestellt hat, von einem Erbverzicht etwas zu wissen, in diesem Zusammenhange nicht.

Dem Berufungsgericht ist auch in dem Ergebnis zu folgen, daß der Antrag, hilfsweise den Klägern die Vorlage der Urkunde aufzugeben (§ 421 ZPO), nicht richtig gestellt ist. Zwar kann - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - von einer ausreichenden Bezeichnung der Urkunde ausgegangen werden. Der Beweisantrag hätte auch nicht daran zu scheitern brauchen, daß die Kläger das Vorhandensein einer solchen Urkunde überhaupt bestreiten; das Bestreiten des Vorhandenseins steht dem Bestreiten des Besitzes gleich, so daß in beiden Fällen gemäß § 426 ZPO zu verfahren wäre (RGZ 92, 222). Es fehlt jedoch an der Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitz der Kläger befinde (§ 424 Nr. 4 ZPO). Denn der Beklagte hat - gerade nach dem Vortrag der Revision - vorgetragen, Frau van T. habe die Urkunde in Händen, und sich nur "vorsorglich und subsidiär" für den Fall, daß der Beweisantritt nach § 428 ZPO nicht zu einem positiven Ergebnis führen sollte, darauf berufen, daß Frau van T. dann die Urkunde vielleicht den Klägern übergeben habe. Mit diesem Vortrag muß der Antrag des Beklagten erfolglos bleiben, solange nicht sein eigener Vortrag ausgeräumt ist, Frau van T. habe die Urkunde in Händen - ein Vortrag, den der Beklagte damit begründet, daß Frau van T. die Urkunde als Alleinerbin des Vaters der Kläger erworben habe. Das Gericht kann einem Vorlegungsantrag nach den §§ 421, 424 ZPO nicht entsprechen, wenn nicht einmal der Vortrag des Beweisführers, als richtig unterstellt, das Vorlegungsverlangen rechtfertigt.

4. Richtig weist allerdings die Revision darauf hin, daß das Berufungsgericht, wenn es die Beweisanträge des Beklagten als unrichtig oder unvollständig erkannte, gemäß § 139 ZPO dem Beklagten Gelegenheit zur Nachbes-

sorung hätte geben müssen (Stein-Jonas-Pohle ZPO 18.Aufl. zu § 424 Anm. I; Wieczorck ZPO zu § 424 Anm. A I). Diese Pflicht wurde dadurch nicht berührt, daß der Beklagte rechtskundig ist und sich selbst anwaltlich vertrat; denn seine Schriftsätze ließen keinen Zweifel daran, daß er von unrichtigen rechtlichen Vorstellungen ausging, und es wäre deshalb Sache des Gerichts gewesen, auf sachdienliche Anträge hinzuwirken und die Ergänzung ungenügender Angaben zu veranlassen. Das Berufungsurteil sowie die Protokolle ergeben keinen Anhalt dafür, daß dies geschehen wäre. Jedoch ist der darin liegende Verfahrensverstöß für die Entscheidung ohne Belang. Wenn - wie die Revision vorträgt - der Beklagte auf einen Hinweis des Berufungsgerichts vorgetragen hätte, daß sein Antrag, Frau van T. die Vorlage der Urkunde aufzuerlegen, als Antrag auf Fristgewährung nach § 428 ZPO behandelt werden solle, und der Antrag auf Vorlegung gegenüber den Klägern nach § 421 ZPO nur vorsorglich und subsidiär gestellt werde, dann hätte das Berufungsgericht auch zu einer sachlich anderen Entscheidung nicht gelangen können; die Gründe hierfür sind bereits dargelegt. Danach ist der denkbare Verfahrensfehler für die Entscheidung nicht erheblich geworden, sie beruht nicht hierauf.

5. Soweit die Revision höchst vorsorglich rügt, das Berufungsgericht hätte auf den nachgereichten Schriftsatz des Beklagten vom 11. Juli 1966 erneut in die mündliche Verhandlung eintreten sollen, muß sie sich entgegenhalten lassen, daß die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung - sofern nicht ein Fall des § 139 ZPO vorliegt, dessen Verletzung insoweit nicht gerügt ist, - in freiem richterlichen Ermessen steht (LM zu ZPO § 156 Nr. 1). Das Berufungsgericht hat seine Gründe dargelegt; sie lassen einen Mißbrauch des

Ermessens nicht erkennen. Es leuchtet ein, wenn das Berufungsgericht nach einer Prozeßdauer von mehr als einem Jahr, in dem es stets nur um den Nachweis des behaupteten Erbverzichts ging, die neuen Beweisangebote des Beklagten als verspätet behandelt hat, zumal sie - wie das Berufungsurteil im einzelnen ausführt - in der Tat nicht hinreichen können, eine dem Beklagten günstigere Entscheidung herbeizuführen.

Hiernach erweist die Revision sich als unbegründet und ist zurückzuweisen. Die Kosten des erfolglosen Rechtsmittels hat der Beklagte gemäß § 97 ZPO zu tragen

Dr. Fagendarm

Dr. Arndt

Dr. Beyer

Gähtgens

Keßler