

Für das Nachschlagewerk!

2358 071

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: BGB §§ 242, 2271

Rechtssatz: Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Erbe sich auf die aus § 2271 BGB sich ergebende Unwirksamkeit eines unter seiner Beteiligung geschlossenen und ihn mit Vermächtnissen belastenden Erbvertrages nicht berufen kann.

Aktenzeichen: III ZR 98/56

LG Düsseldorf

Urteil des BGH vom 28. April 1958 OLG Düsseldorf

Verkündet
am 28. April 1958
Fieser, Just. Ang.
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Notars Dr. Hugo K [REDACTED], D [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED],
Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Fräulein Paula D [REDACTED], D [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. März 1958 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Pagendarm, Dr. Kieft, Dr. Arndt,
Dr. Wolany und Dr. Beyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Ur-
teil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Düsseldorf vom 3. Mai 1956 aufgehoben:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil
der 10. Zivilkammer des Landgerichts in Düssel-
dorf vom 11. November 1955 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisions-
verfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin war von Anfang November 1940 an bis zu dem am 11. November 1952 erfolgten Tode des Bauunternehmers Johann H. in D. dessen Haushälterin. Nachdem Johann H. bereits infolge von zwei Schlaganfällen seit einiger Zeit rechtsseitig gelähmt war, veranlaßte er auf Wunsch der Klägerin seine beiden Söhne Aloys und Hubert, einen Notar beizuziehen. Demgemäß besprach Hubert H. am Abend des 31. Oktober 1952 mit dem Beklagten auf Grund von Informationen, die ihm die Klägerin im Auftrage des Vaters gegeben hatte, die Einzelheiten eines Vertrages. Am folgenden Morgen wurde sodann am Krankenbett des Johann H. folgende von dem Beklagten bereits vorbereitete Urkunde aufgenommen:

"Verhandelt zu D. am 1. November 1952
im Hause C. Straße auf Bestellung.
Vor Notar Dr. jur. Hugo Kr. in D. erschienen:

1. Herr Johann H., Bauunternehmer in D.,
C. Straße wohnend,
 2. dessen Söhne:
 - a) Herr Aloys H., Bauunternehmer in D.,
 - b) Herr Hubert H., Bauunternehmer daselbst,
- alle dem Notar bekannt. Die Erschienenen gaben an, einen Erb-Vertrag miteinander schließen zu wollen, dessen Verschließung und besondere amtliche Verwahrung sie untersagen, und indem sie gleichzeitig der Zuziehung eines zweiten Notars oder zweier Testamentszeugen widersprachen. Hierauf erklärte Herr Johann H. dem Notar seinen letzten Willen mündlich wie folgt:
1. Ich widerrufe alle meine bisherigen Verfügungen von Todeswegen.
 2. Zu meinen Erben berufe ich meine beiden Söhne Aloys und Hubert H. zu gleichen Teilen.
 3. Meinen genannten Erben lege ich hiermit folgende Verpflichtungen auf:



- a) An meinem 1/3 Anteil an dem Hausgrundstück L [REDACTED] P [REDACTED] bei W [REDACTED] haben sie meiner Haushälterin Fräulein Paula D [REDACTED] den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch zu bestellen;
- b) an der Parterre-Wohnung (4 Zimmerwohnung) des Hauses C [REDACTED]straße [REDACTED] wird meiner genannten Haushälterin Paula D [REDACTED] das lebenslängliche unentgeltliche Wohnrecht zur eigenen Benutzung oder Weitervermietung eingefäumt und ist durch Eintragung eines entsprechenden Wohnrechtes grundbuchmäßig zu sichern;
- c) meine Erben sind verpflichtet, aus meiner jetzigen Wohnungseinrichtung diejenigen Möbelstücke an Fräulein Paula D [REDACTED] nach ihrer Wahl herauszugeben, die zur standesmäßigen Einrichtung der 4 Zimmerwohnung von Fräulein Paula D [REDACTED] erforderlich sind;
- d) meine Erben sind verpflichtet, an dem Hintergelände des Hausgrundstückes C [REDACTED]straße Nr. [REDACTED] eine Eigentümergrundschuld mit 7 1/2 vom Hundert Jahreszinsen in Höhe von 20.000 Deutsche Mark zu bestellen und hieran Fräulein Paula D [REDACTED] den lebenslänglichen Nießbrauch eintragen zu lassen. Die Zinsen werden monatlich nachträglich an Frä. D [REDACTED] zahlbar und sind erstmalig zahlbar am Schluß des auf meinen Tod folgenden Monats.

Alle vorstehend zu Gunsten von Fräulein Paula D [REDACTED] getroffenen Anordnungen kommen in Fortfall beziehungsweise sollen vorzeitig endigen, wenn Fräulein Paula D [REDACTED] heiraten sollte. Zur Löschung der nach meinem Tode von den Erben einzutragenden Grundbuchrechte soll daher die Vorlage der Sterbeurkunde bzw. Heiratsurkunde von Fräulein Paula D [REDACTED] genügen.

4. Mein Sohn Aloys H [REDACTED] soll das Recht haben, nach meinem Tode das von mir bisher bewohnte Gartenhaus C [REDACTED]straße [REDACTED] zu beziehen unter entsprechender Verrechnung mit dem anderen Erben.

Herr Johann H [REDACTED] ist nach der Überzeugung des Notars testierfähig.

Herr Aloys H[REDACTED] und Herr Hubert H[REDACTED] nehmen hiermit alles Vorstehende an.

Herr Johann H[REDACTED] ist nach der Überzeugung des Notars wegen Lähmung der rechten Hand zum Unterschreiben nicht imstande. Als Schreibzeuge wurde daher zugezogen: Herr Wilhelm Ka[REDACTED], Kellner in D[REDACTED], V[REDACTED]str. [REDACTED] ausgewiesen durch Personalausweis [REDACTED] der Stadt D[REDACTED], der dieser Verhandlung beigewohnt und die vorgeschriebenen Zeugeneigenschaften besitzt.

Dieses Protokoll wurde vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und von ihnen mit dem Zeugen und dem Notar eigenhändig unterschrieben:

gez. Aloys H[REDACTED] gez. Hubert H[REDACTED] gez. Willi Ka[REDACTED]
gez. Dr. Kr[REDACTED], Notar."

Nach dem Tode des Johann H[REDACTED] wurde außer dem vorstehenden Vertrag ein gemeinschaftliches Testament des Johann H[REDACTED] und seiner vorverstorbenen Ehefrau Maria geb. H[REDACTED] vom 25. April 1929 eröffnet, das folgenden Wortlaut hat (43 IV 1398-99/52 Amtsgericht Düsseldorf):

"Gemeinschaftliches Testament

1. Wir, die unterzeichneten Eheleute Johann H[REDACTED] u. Frau Johann H[REDACTED], Maria geborene M[REDACTED], wohnhaft zur Zeit zu D[REDACTED], C[REDACTED]str. [REDACTED], setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.
2. Erben des Überlebenden Ehegatten sollen unsere gemeinsamen Kinder Maria H[REDACTED], Aloys H[REDACTED] und Hubert H[REDACTED] sein.
3. Der Überlebende Ehegatte als Alleinerbe ist in keiner Weise in bezug auf Verfügungen unter Lebenden über den Nachlaß beschränkt.
4. Der Überlebende Ehegatte soll die zum ehelichen Haushalt gehörenden Gegenstände als Vorausvermächtnis erhalten.
5. Falls der Überlebende Ehegatte sich wieder heiratet, tritt mit dem Zeitpunkt der Eheschließung die gesetzliche Erbfolge ein. Der Überlebende

Ehegatte ist verpflichtet, sich mit den zur Zeit der Wiederverheiratung noch lebenden Kindern beziehungsweise deren Abkömmlingen über den zur Zeit der Wiederverheiratung noch vorhandenen Nachlaß nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge auseinander zu setzen.

6. Wenn ein Kind mit den Bestimmungen des Testaments nicht einverstanden ist und den Pflichtteil verlangt, soll es sowohl selbst als auch seine Abkömmlinge aus dem Nachlaß des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten.

Die Urkunde habe ich, unterzeichneter Johann H., eigenhändig geschrieben, datiert und unterschrieben.

D., den fünfundzwanzigsten April neunzehnhundertneunundzwanzig

gez. Johann H.

Ich, die unterzeichnete Ehefrau Johann H., Maria geborene M. erkläre hiermit, daß das vorstehende Testament auch als mein Testament gelten soll. Auch ich habe diese Erklärung eigenhändig geschrieben, datiert und unterschrieben.

D., den fünfundzwanzigsten April neunzehnhundertneunundzwanzig

gez. Maria H."

Aloys und Eubert H., die lt. Erbschein vom 25. Februar 1953 ihren Vater zu je 1/2 Anteilen beerbt haben, weigerten sich, die in der Urkunde vom 1. November 1952 aufgeführten Verpflichtungen der Klägerin gegenüber zu erfüllen. Für eine Klage gegen sie wurde der Klägerin das nachgesuchte Armenrecht vom Landgericht Düsseldorf (2 OH 69/54) mit der Begründung verweigert, daß der am 1. November 1952 geschlossene Erbvertrag mit Rücksicht auf das gemeinschaftliche Testament der Eheleute H. vom 25. April 1929, das der Erblasser nicht mehr habe widerrufen können (§ 2271 BGB), nichtig, die Umdeutung in einen Vertrag zugunsten Dritter nicht möglich und schließlich auch ein Schadensersatzanspruch gegen die Erben aus § 826 BGB nicht begründet sei.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Ersatz des ihr wegen der Nichtigkeit des Erbvertrages vom 1. November 1952 entstandenen und noch entstehenden Schadens. Sie hat dazu vorgetragen: Der Beklagte habe es schuldhaft unterlassen, den Erblasser H. zu befragen, ob er durch frühere Verfügungen von Todeswegen in seiner Verfügungsmacht beschränkt sei. Infolgedessen sei der wirkliche Wille des Erblassers, mit ihr einen Schenkungsvertrag abzuschließen, nicht durchgeführt worden. Die Klägerin hat dementsprechend beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie
 - a) 15 000 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagezustellung,
 - b) ab 1. Dezember 1954 monatlich 375,-DM zu zahlen,
- 2 festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr allen weiteren Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden sei und entstehen werde, daß sie infolge des Verhaltens des Beklagten bei Abschluß des Erbvertrages vom 1. November 1952 - Urkunden-Register Nr. 1201/1952 - mangels Befragung und Belehrung des Erblassers Johann H., D., C.-straße, nicht zu dem ihr zugedachten lebenslänglichen Nießbrauch an dem 1/3-Anteil an dem Grundstück L.-P. bei W. gelangt sei.

Der Beklagte, der um Abweisung der Klage gebeten hat, hat demgegenüber geltend gemacht: Eine Amtspflichtverletzung falle ihm nicht zur Last. Er habe den Erblasser vor Abschluß und Beurkundung des Erbvertrages belehrt und insbesondere gefragt, ob er durch frühere letztwillige Verfügungen gebunden sei. Das habe der Erblasser verneint und auf Befragen die Informationen seiner Söhne bestätigt, daß er Alleinerbe seiner Ehefrau sei und daß das mit seiner Ehefrau errichtete gemeinschaftliche Testament nur die gegenseitige Erbeinsetzung enthalte. Jedenfalls aber fehle es an einem ursächlichen Zusammenhang zwischen der behaupteten Amtspflichtverletzung und dem geltend gemachten Schaden. Denn der Beweis, der Erblasser würde der Klägerin das, was er ihr als Vermächtnis ausgesetzt habe, auch schon unter Lebenden schenkweise zugewendet haben, sei nicht zu erbringen.

Das Landgericht hat nach durchgeführter Beweisaufnahme, in deren Rahmen sie auch den Beklagten als Partei eidlich gehört hat, die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils dem Feststellungsantrag stattgegeben und den bezifferten Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Klägerin aus der Urkunde vom 1. November 1952 Ansprüche gegen die Söhne nicht herleiten könne, und hat dazu ausgeführt: Die Söhne Hück hätten zwar bei der Errichtung der Urkunde mitgewirkt und alle Erklärungen ihres Vaters angenommen. Ein Verzicht auf das ihnen durch das gemeinschaftliche Testament vom 25. April 1929 eingeräumte, durch ein Vermächtnis nicht belastete Erbrecht sei jedoch durch dieses Mitwirken nicht ausgesprochen. Hierzu wäre erforderlich gewesen, daß sie sich ihrer Rechtsposition, d.h. ihrer unantastbaren Erbanwartschaft bewußt gewesen wären. Hierfür aber seien keine ausreichenden Anhaltspunkte gegeben. Der Feststellung, daß die Söhne H. durch ihre Mitwirkung an der Errichtung der Urkunde vom 1. November 1952 insoweit keinen Erbverzicht hätten aussprechen wollen, stünde nicht entgegen, daß sie nach entsprechender Aufklärung und Belehrung bereit gewesen wären, den Willen ihres Vaters auch unter entsprechendem Erbverzicht zu respektieren. Eine solche Bereitschaft sei eben nicht zum Zuge gekommen, ein Verzicht nicht ausgesprochen worden. Aus ähnlichen Erwägungen sei es auch nicht gerechtfertigt, das Testament [gemeint ist der Erbvertrag] vom 1. November 1952 als Vertrag zugunsten Dritter (hier:

der Klägerin) umzudeuten, da die Söhne H. sich nicht durch Geschäft unter Lebenden zu eigener Leistung hätten verpflichten wollen. Die Klägerin habe letztlich auch nicht die Möglichkeit, die Söhne H. als Erben auf Erfüllung eines Versorgungsversprechens ihres Vaters in Anspruch zu nehmen. In Anlehnung an die Entscheidung des Reichsgerichts in Warn Rspr 1917 Nr.14 sei zu beachten, daß kein Anhaltspunkt dafür gegeben sei, daß der Vater H. neben der durch den Erbvertrag vom 1. November 1952 gewollten und als erfüllt vorgestellten Versorgung der Klägerin ein selbständiges Versorgungsversprechen habe abgeben wollen.

II. Demgegenüber vertritt die Revision mit Recht die Auffassung, daß die Klägerin die Söhne H. aus der Urkunde vom 1. November 1952 auf Erfüllung in Anspruch nehmen könne:

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Frage, in welcher Weise der Erblasser durch das gemeinschaftliche Testament vom 25. April 1929 hinsichtlich anderweiter Verfügungen von Todes wegen gebunden war, und ob und in welchem Umfang diese Bindungswirkung später etwa wieder aufgehoben worden ist. In dem gemeinschaftlichen Testament hatten sich der Erblasser und seine Ehefrau gegenseitig zu Erben eingesetzt und weiter bestimmt, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an die gemeinschaftlichen Kinder fallen solle (sog. Berliner Testament gemäß § 2269 BGB). Es handelte sich insoweit um wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB, so daß das Recht des Erblassers zum Widerruf dieser Verfügungen gemäß § 2271 Abs.2 BGB mit dem Tode seiner Ehefrau erlosch und damit eine Bindung des überlebenden Erblassers an die in dem gemeinschaftlichen Testament zugunsten seiner Kinder getroffenen - wechselbezüglichen - Verfügungen und insoweit eine Beschränkung seiner Testierfreiheit eintrat. Durch die bindende Wirkung der in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen soll der andere Ehegatte in seinem Vertrauen in den Bestand dieser Verfügungen geschützt werden.

Deshalb können nach der Regel des § 2271 BGB bei Lebzeiten beider Ehegatten wechselbezügliche Verfügungen nicht mehr ohne weiteres, sondern lediglich in der Form des § 2296 BGB, einseitig widerrufen werden, und wird mit dem Tode des Erstversterbenden das Widerrufsrecht des Überlebenden, falls er das ihm Zugewendete nicht ausschlägt, ausgeschlossen. Mit Rücksicht darauf, daß die "Bindung" an die wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament dem anderen Ehegatten und nur ihm gegenüber besteht, kann auch dieser allein den anderen von der Bindung befreien, und deshalb kann auch nach seinem Tode nicht ohne weiteres die Zustimmung des durch die wechselseitigen Verfügungen Bedachten einer diesen Verfügungen widersprechende anderweite Verfügung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten Wirksamkeit verleihen (vgl. KG in JW 1938, 2746 für einen Erbvertrag; Kipp-Coing, Erbrecht 10. Aufl. § 34 II c und Anm. 10). Der Frage, ob und unter welchen besonderen Voraussetzungen die Zustimmung des Bedachten und sein etwaiger Erbverzicht eine von dem überlebenden Ehegatten im Widerspruch zu früheren wechselbezüglichen Verfügungen getroffene Verfügung von Todes wegen wirksam sein läßt (vgl. dazu RG in WamRspr. 1918 Nr. 124 und RGZ 134, 325), braucht nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn selbst wenn man davon ausgeht, daß die hier in dem Erbvertrag vom 1. November 1952 zugunsten der Klägerin getroffenen Verfügungen mit Rücksicht auf die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments vom 25. April 1929 keine Wirksamkeit erlangt hätten, so könnten sich die nach dem gemeinschaftlichen Testament als Erben ihres Vaters berufenen und in ihrem - unbeschränkten - Erbrecht durch die Bestimmungen des Erbvertrages beeinträchtigten Söhne H. doch auf die Unwirksamkeit des Erbvertrages der Klägerin gegenüber nicht berufen, ohne sich dem Einwand der Arglist auszusetzen. Zwar sind sich die Söhne H. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ihrer Rechtsposition, nämlich ihrer "unantastbaren Erbanwartschaft", die sie durch das gemeinschaftliche Testament erlangt hatten, bei Abschluß des Erbvertrages nicht bewußt gewesen. Die Söhne H. haben jedoch gegen die Sicherstellung der Klägerin in der von ihrem Vater gewünschten

Art keine Einwendungen erhoben und bei der Durchführung dieser Sicherstellung in der damals gewählten Form (Erbvertrag) selbst mitgewirkt. Sie waren bereit, den Willen ihres Vaters zu achten, und wären - wie das Berufungsgericht weiter in einer vom Revisionsgericht nicht zu beanstandenden Weise festgestellt hat - selbst nach Aufklärung und Belehrung über die ihnen durch das gemeinschaftliche Testament bereits eingeräumte günstige Rechtsposition bereit gewesen, den Wunsch ihres Vaters durch entsprechenden Erbverzicht zu respektieren. Wenn das aber richtig ist und die Söhne H. bereit waren, eine Beschränkung ihres Erbrechts hinzunehmen, um der von ihrem Vater gewünschten Sicherstellung der Klägerin zur Verwirklichung zu verhelfen, und sie durch Abschluß des Erbvertrages selbst bei dem, was den Beteiligten damals als zur Verwirklichung des Wunsches des Erblassers angebracht und ausreichend erschien, mitgewirkt haben, dann würden sie sich in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise zu ihrem früheren Verhalten in Widerspruch setzen, wenn sie sich nunmehr auf die durch die zu ihren Gunsten bestehende Bindung ihres Vaters an die Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments begründete Unwirksamkeit der in dem von ihnen und ihrem Vater geschlossenen Erbvertrage erfolgten Aussetzung von Vermächtnissen an die Klägerin berufen würden.

Ergibt sich sonach, daß die Klägerin im Gegensatz zur Auffassung der Vorinstanzen Ansprüche nach Maßgabe des Erbvertrages gegen die Söhne H. geltend machen konnte, dann ist ein Schaden der Art, wie die Klägerin ihn in dem vorliegenden Prozeß geltend macht, aus der angeblichen Amtspflichtverletzung des Beklagten nicht entstanden, so daß dahinstehen kann, ob das Berufungsgericht mit Recht eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Beklagten bejaht hat oder nicht.

III. 1.) Die Revision macht demgegenüber geltend: Es müsse bei der Entscheidung davon ausgegangen werden, daß die Klägerin aus dem Erbvertrag vom 1. November 1952 keine Ansprüche

herleiten könne. Denn der Beklagte habe wiederholt erklärt, der Erbvertrag sei unwirksam, und habe auch vor den Vorderrichten niemals Einwendungen gegen die Annahme der Nichtigkeit des Erbvertrages erhoben. Das Nichtbestreiten der Nichtigkeit des Erbvertrages bedeute das Geständnis der Nichtexistenz einer solchen Verfügung von Todes wegen im Sinne von § 288 ZPO, das nicht durch Rechtserwägungen in der mündlichen Revisionsverhandlung entgegen § 290 ZPO vernichtet werden könne. Insoweit kann jedoch der Revision nicht beige-pflichtet werden. Wenn es auch richtig ist, daß der Beklagte selbst in den Vorinstanzen und auch noch in der Revisionsbegründung von der Nichtigkeit des Erbvertrages ausgegangen ist, so bedeutet das doch nicht das Geständnis von "Tatsachen" im Sinne des § 288 ZPO, auch soweit darunter sogenannte "Rechtstatsachen" zu begreifen sind. Es geht dabei vielmehr allein um die rechtliche Beurteilung des dem Gericht zur Entscheidung unterbreiteten Streitstoffes, die das Gericht ohne Rücksicht auf die Rechtsmeinung der Parteien selbst vorzunehmen hat.

2.) Mit dem zuvor Gesagten erledigt sich auch der Einwand der Revision, der Beklagte habe durch sein Verhalten die Möglichkeit verwirkt, überhaupt die Frage der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Erbvertrages noch aufzuwerfen. Das Gericht hätte, auch wenn der Beklagte dahingehende Rechtsauf-führungen nicht gemacht hätte, von sich aus diese Frage prüfen müssen.

3.) Entgegen der Auffassung der Revision greift schließlich auch die Bestimmung des § 529 ZPO nicht zu Lasten des Beklagten ein. Der Beklagte hat lediglich in der Revisionsinstanz zuletzt die Rechtslage sachlich-rechtlich anders als vorher beurteilt. Darin aber liegt nicht das Vorbringen eines neuen "Verteidigungsmittels" im Sinne der angeführten Gesetzesvorschrift.

IV. Ob dem Beklagten mit Recht vorgeworfen werden könnte, daß er - schuldhaft - eine Unklarheit der Rechtslage verur-

sacht habe, und ob die Klägerin den ihr daraus - etwa durch Belastung mit Prozeßkosten oder durch Abstandnahme von sofortigem Vorgehen gegen die Söhne H. - entstandenen Schaden von dem Beklagten ersetzt verlangen könnte, muß unerörtert bleiben, da die Klägerin einen solchen Schaden in den Vorinstanzen nicht geltend gemacht hat.

Die Revision ist dazu zwar der Meinung, daß die Klägerin gemäß § 139 ZPO bis zum Abschluß der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht neue Tatsachen einführen könne. Sie hat dementsprechend einen bisher in den Prozeß nicht eingeführten Sachverhalt vorgetragen, aus dem sie Ansprüche auf Ersatz der Kosten des vorliegenden Rechtsstreits und auf Ersatz des Ausfalles herleiten will, den sie wegen der verspäteten Inanspruchnahme der Erben H. möglicherweise erleidet.

Hiermit kann die Revision jedoch keinen Erfolg haben, selbst wenn man davon ausgeht, daß in der Revisionsinstanz der Rechtsmittelgegner Verfahrensverstöße des Berufungsgerichts noch bis zum Schluß der mündlichen Revisionsverhandlung rügen könne:

Die Ausübung der Befugnis und der Pflicht des Gerichts, die Parteien zur Vervollständigung ihres Vorbringens sowie zur Stellung sachdienlicher Anträge anzuregen, setzt voraus, daß dazu bei richtiger Beurteilung der materiellen Rechtslage nach dem, was die Parteien bisher vorgetragen haben, ein Anlaß gegeben ist. Ein Verstoß gegen die dem Gericht nach § 139 ZPO obliegende Frage- und Aufklärungspflicht kann daher nur dann in Betracht kommen, wenn für das Gericht bei richtiger Beurteilung der materiellen Rechtslage Anlaß bestand, das Fragerecht zur Vervollständigung und Ergänzung des Parteivorbringens im Rahmen des zur Klagebegründung bisher vorgetragenen Sachverhalts auszuüben. Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Hier macht die Klägerin geltend, daß sie - vom Berufungsgericht auf die wirkliche Rechtslage hingewiesen - einen anderen Sachverhalt zur Grundlage von bisher

nicht erhobenen Ansprüchen gemacht, mithin eine Klageänderung vorgenommen haben würde. Die aus § 139 ZPO sich ergebende Aufklärungs- und Fragepflicht des Gerichts geht aber nicht so weit, daß dieses gehalten wäre, den Parteien nahe- zulegen, anstelle eines bei richtiger rechtlicher Beurteilung zur Begründung der geltend gemachten Ansprüche nicht geeigneten Sachverhalts im Wege der Klageänderung einen anderen Sachverhalt zur Begründung anderer als der bisher erhobenen Ansprüche vorzutragen. Es kann deshalb dem Berufungsgericht eine Verletzung des § 139 ZPO nicht vorgeworfen werden.

V. Nach alledem war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das ihre Klage abweisende landgerichtliche Urteil zurückzuweisen.

Die Kosten des gesamten Rechtsstreits mußten nach der Vorschrift des § 91 ZPO der Klägerin als der im Prozeß unterlegenen Partei auferlegt werden. Der Auffassung der Revision, daß § 95 ZPO Anwendung zu finden und der Beklagte unabhängig von der Frage eines Obsiegens die Kosten des Rechtsstreits zu tragen habe, weil er die Anberaumung sämtlicher Termine veranlaßt habe, kann nicht beigelegt werden. § 95 ZPO bezieht sich auf ein schuldhaftes Verhalten einer Prozeßpartei in Bezug auf verfahrensrechtliche Maßnahmen. Hier aber geht es allein um die unrichtige Beurteilung der materiellen Rechtslage seitens des Beklagten (aber auch seitens der Klägerin), so daß schon aus diesem Grunde § 95 ZPO keine Anwendung finden kann. Abgesehen davon muß auch ein Verschulden

des Beklagten insoweit bereits angesichts dessen verneint werden, daß auch beide Vordergerichte die Rechtsauffassung des Beklagten, um die es hier geht, geteilt und gebilligt haben.

Dr. Pagendarm

Wolany

Dr. Kreft

Dr. Arndt
Dr. Beyer