

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 120/70

URTEIL

Verkündet am

25. Oktober 1972
Hellmann,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kraftfahrers Gad G [REDACTED], H[REDACTED]/Israel,
[REDACTED] S[REDACTED] Road, Mt. C[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Anna Theodora Irmgard G [REDACTED]
geb. R[REDACTED], E[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1972 unter Mitwirkung der Richter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm (Westf.) vom 9. Dezember 1969 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist neben einem ohne Abkömmlinge verstorbenen Bruder das einzige Kind des 1964 verstorbenen Kaufmanns Alfred G. (Erblasser) aus dessen erster Ehe. In zweiter Ehe war der Erblasser mit der Beklagten kinderlos verheiratet. Am 23. Februar 1962 hatte der Erblasser ein notarielles Testament errichtet, in dem er die Beklagte als seine alleinige Erbin einsetzte.

Durch Urteil des Berufungsgerichts vom 5. Juli 1966 ist das Feststellungsbegehren des Klägers, er sei neben der Beklagten Miterbe zur Hälfte geworden, rechtskräftig abgewiesen und die Beklagte zur Leistung des Offenbarungs-

- 3 -

eides, daß sie dem Kläger den Zustand des Nachlasses des Erblassers so vollständig angegeben habe, wie sie dazu imstande sei, verurteilt worden. Nachdem die Beklagte den Eid geleistet hat, begehrt der Kläger nunmehr seinen Pflichtteil.

Gegen den erstmals mit Schreiben vom 15. Juni 1964 geltend gemachten Pflichtteilsanspruch rechnete die Beklagte während des Prozesses mit einer ihr angeblich gegen den Kläger zustehenden Darlehensforderung auf. Sie bezog sich auf die im notariellen Testament enthaltene Angabe des Erblassers, daß er dem Kläger vor längerer Zeit Anteile an der Omnibus-Cooperative E. in H. in Israel gekauft habe und erklärte unter Übernahme der Behauptung des Klägers, er habe in diesem Zusammenhang vom Erblasser lediglich ein Darlehen erhalten, im Schriftsatz vom 2. Februar 1966:

"Solange der Kläger trotz wiederholter Aufforderung keine Angabe über die Höhe dieser Darlehensforderung macht, muß sie behaupten, daß sich diese durch 60 Wechsel gesicherte Darlehensforderung auf mindestens 90.000,-- DM beläuft."

Daraufhin erhob der Kläger eine negative Feststellungsklage gegen die Beklagte dahin, daß zum Nachlaß des Erblassers keine Darlehensforderung gegen den Kläger in Höhe von 90.000,-- DM gehöre. Die Feststellungsklage wurde mit dem vorliegenden Rechtsstreit verbunden. Nachdem die Beklagte im Laufe des Rechtsstreits nur noch geltend gemacht hatte, der Kläger habe vom Erblasser ein Darlehen von 750 israelischen Pfund erhalten und nicht zurückgezahlt, stimmten die Parteien einem Einigungsvorschlag des Landgerichts vom 6. Februar 1969 zu, in dem es u. a.



hieß:

"Die Beklagte läßt ihre zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus dem angeblich seitens des Erblassers dem Kläger gewährten Darlehen in Höhe von 750 israelischen Pfund fallen."

Neben seinem Pflichtteilsanspruch macht der Kläger einen Schadensersatzanspruch geltend und hat hierzu vorgetragen:

Dadurch, daß der ihm zustehende Pflichtteil nicht sogleich nach dem Erbfall ausgezahlt worden sei, habe er bis Ende 1968 einen Schaden von 14.983,40 DM erlitten. Diesen Schaden müsse die Beklagte ersetzen, weil sie sich in Verzug befunden habe. Den gesamten Betrag des ihm zustehenden Pflichtteils hätte er bei der Firma Mifalei T [REDACTED] in Israel angelegt. Die Aktien dieser Firma hätten ihm bis Ende 1968 einen Wertzuwachs von 14.983,40 DM gebracht.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag von 42.124,50 DM zu zahlen,
2. festzustellen, daß der Beklagten als Erbin des verstorbenen Kaufmanns Alfred G [REDACTED] kein Darlehensanspruch in Höhe von 90.000,-- DM gegen ihn zusteht.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Sie ist der Ansicht, die vom Kläger mit der Klage geltend gemachten Ansprüche ständen ihm aus Rechtsgründen nicht zu. Darüberhinaus hat sie vorgetragen: Bei dem im März 1962 erfolgten Erwerb der im Nachlaß befindlichen Eigentumswohnung in Fi[REDACTED] Li[REDACTED] (Italien) habe sie zu dem auf 12.862,-- DM umgerechneten Kaufpreis 5.000,-- DM aus ihrem Vermögen beigetragen. Am 29. Juni 1961 habe sie von ihrem Konto diesen Betrag an eine Sparkasse in Fi[REDACTED] Li[REDACTED] überwiesen. Dieses Geld sei zum Ankauf der Wohnung verwendet worden.

Das Landgericht hat der Zahlungsklage in Höhe von 27.172,73 DM stattgegeben und diese im übrigen sowie die Feststellungsklage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils

1. die Beklagte zu verurteilen, über die in dem angefochtenen Urteil zuerkannten 27.172,73 DM hinaus einen weiteren Betrag von 13.876,82 DM an ihn zu zahlen,
2. festzustellen, daß der Beklagten als Erbin des verstorbenen Kaufmanns Alfred G[REDACTED] kein Darlehensanspruch in Höhe von 90.000,-- DM gegen ihn zusteht.

Seine Berufung ist jedoch erfolglos geblieben.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seine im Berufungsverfahren gestellten Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs von einem unter den Parteien zuletzt unstreitigen Nachlaßwert in Höhe von 108.842,29 DM ausgegangen und hat abzugsfähige Nachlaßverbindlichkeiten in der Höhe von 13.499,38 DM festgestellt. Nur zwei Posten dieser Nachlaßverbindlichkeiten sind zwischen den Parteien noch streitig, nämlich ein Betrag von 669,95 DM, den die Beklagte unstreitig für die Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses an den Steuerbevollmächtigten St. gezahlt hat, und ein Betrag von 9.781,53 DM, dessen Abzugsfähigkeit das Berufungsgericht daraus hergeleitet hat, daß von der Beklagten 5.000,-- DM aus ihrem Vermögen zum Erwerb der zum Nachlaß gehörenden Eigentumswohnung in Finale Ligure beigetragen worden seien.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht in dem Betrag von 669,95 DM Kosten gesehen, die mit der Auskunftspflicht der Beklagten nach § 2314 Abs. 1 BGB im Zusammenhang standen und nach § 2314 Abs. 2 BGB dem Nachlaß zur Last fallen.

Der Rüge der Revision, die Beklagte habe mit der Zahlung dieses Betrages eine Nichtschuld erfüllt, stehen die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen entgegen. Hiernach handelte es sich um einen verstreuten und unübersichtlichen Nachlaß, dessen hinreichender Erfassung die zum Offenbarungseid verurteilte Beklagte nicht gewachsen war. Ihr sei daher, so führt das Berufungsgericht aus, sogar in dem Vorurteil vom 5. Juli 1966 ausdrücklich die Zuziehung eines Fachmannes bei der Aufstellung des Nachlaßverzeichnisses nahegelegt worden. Das erstellte Nachlaß-

verzeichnis habe dann letztlich nicht nur dem Interesse der Beklagten gedient, sondern sei auch im Interesse des Klägers verwertet worden. Es sei Gegenstand des Offenbarungseides der Beklagten gewesen und habe dem Kläger für die Berechnung seines Pflichtteilsanspruches gedient. Das als Grundlage für die Eidesleistung angefertigte Verzeichnis sei in erster Linie als Bestandsverzeichnis vorgesehen gewesen. Wenn der Steuerbevollmächtigte durch die Ermittlung des Wertes verschiedener Gegenstände über seine Aufgabe hinausgegangen sei und einige Posten der Rechtslage zuwider als Nachlaßverbindlichkeiten aufgeführt habe, so habe dies die Brauchbarkeit des Bestandsverzeichnisses als Grundlage der Eidesleistung und für die Berechnung des Pflichtteils nicht beeinträchtigt.

Diese Feststellungen rechtfertigen die Annahme des Berufungsgerichts, es sei sachgemäß und nicht zu beanstanden gewesen, daß sich die Beklagte der Hilfe eines Fachmannes bedient habe, und kleine Mängel des im wesentlichen brauchbaren Bestandsverzeichnisses hätten die Zahlungspflicht der Beklagten gegenüber dem Steuerbevollmächtigten nicht berühren können.

Ohne Bedeutung muß es auch bleiben, daß die Beklagte den Kläger bei der Aufnahme des Bestandsverzeichnisses entgegen dessen Verlangen nicht hinzugezogen hat. Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich der Bestimmung des § 2314 BGB nicht entnehmen, daß die Kosten für die Aufnahme eines Bestandsverzeichnisses dem Nachlaß nur dann zur Last fallen, wenn der Pflichtteilsberechtigte bei der Aufnahme hinzugezogen worden ist.

b) Das Berufungsgericht hat weiterhin angenommen, eine Nachlaßverbindlichkeit ergäbe sich daraus, daß die Beklagte 5.000,-- DM aus ihrem Vermögen zum Erwerb der zum Nachlaß gehörenden Eigentumswohnung in Fi[REDACTED] Li[REDACTED] beigetragen habe.

Es hat hierzu festgestellt, daß die Beklagte Ende Juni 1961 einen Betrag von 5.000,-- DM von ihrem Konto an eine Sparkasse in Fi[REDACTED] Li[REDACTED] überwiesen hat, und hat die Darstellung der Beklagten, das Geld sei für den Erwerb der Eigentumswohnung bestimmt gewesen, im Zusammenhang mit den sonstigen Umständen für glaubhaft und überzeugend angesehen. Fehler in dieser tatsächlichen Würdigung zeigt die Revision nicht auf. Zumindest kann es nicht genügen, wenn sie nur auf die Möglichkeit einer anderen Verwendung dieses Geldbetrages hindeutet, ohne auch nur geringste Anhaltspunkte hierfür aufzuzeigen.

Schließlich hat das Berufungsgericht diese Zahlung dahin gewertet, bei ihr habe es sich weder um eine Schenkung noch um ein Darlehen gehandelt. Einerseits sei die Beklagte selbst nicht so vermögend gewesen, daß eine Schenkung in dieser Höhe für sie nichts Ungewöhnliches bedeutet hätte, andererseits sei der Erblasser der vermögendere Teil der Ehegatten gewesen, so daß er keine Veranlassung gehabt habe, sich von der Beklagten 5.000,-- DM zu leihen. Auch lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Erblasser eine Rückzahlungsverpflichtung zu Lebzeiten eingegangen sei. Vielmehr hätten die Ehegatten sich mit dem Ziel des Erwerbs der Eigentumswohnung zu einer nach außen hin nicht in Erscheinung tretenden Gesellschaft zusammengeschlossen, wobei jeder der Ehegatten einen Betrag zur Erreichung dieses Zieles beigetragen habe. Nachdem die

Gesellschaft durch den Tod des Erblassers nach § 727 BGB aufgelöst worden sei, könne die Beklagte, weil für die Berechnung des Pflichtteils das Erlöschen der Forderung durch Vereinigung von Gläubiger und Schuldner als nicht eingetreten gelte, ihr Auseinandersetzungsguthaben als Nachlaßverbindlichkeit in Abzug bringen. Nach dem Gutachten des Sachverständigen, gegen dessen Richtigkeit die Parteien keine Angriffe erhoben hätten und hinsichtlich dessen auch sonst keine Bedenken beständen, habe der Wert der Eigentumswohnung unter Zugrundelegung des von den Parteien übereinstimmend gebilligten Verhältnisses von 1.000 Lire = 6,36 DM beim Kauf 12.862,-- DM und beim Erbfall 25.122,-- DM betragen. Daraus ergebe sich zugunsten der Beklagten ein Auseinandersetzungsguthaben von 9.875,-- DM, also noch mehr als der vom Landgericht angenommene Betrag von 9.781,53 DM.

Es läßt keinen Rechtsfehler erkennen, daß das Berufungsgericht in der Hingabe von 5.000,-- DM unter Berücksichtigung des vom Erblasser erworbenen Alleineigentums an der Wohnung weder eine Schenkung noch eine Darlehnshingabe der Beklagten an ihren Ehemann gesehen hat. Jedoch läßt sich das vom Berufungsgericht angenommene Gesellschaftsverhältnis rechtlich nicht halten. Eine zwischen den Ehegatten bestehende (Innen-)Gesellschaft kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur angenommen werden, wenn ein Ehegatte nicht nur nach § 1356 Abs. 2 BGB im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten mitgearbeitet hat, sondern wenn beide Ehegatten die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit gemeinschaftlich ausgeübt haben (BGHZ 8, 249; 31, 197; 47, 157, 162). Ein solcher Fall lag hier nicht vor.

Da nach den getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts die Beklagte den Betrag von 5.000,-- DM weder als Darlehen noch schenkweise hingegeben hat und sich ein Gesellschaftsverhältnis auch nicht annehmen läßt, kann unter den gegebenen Umständen die Hingabe und Annahme des Geldes nur erfolgt sein, damit der Erblasser den Betrag für die Beklagte bei dem Erwerb der Eigentumswohnung anlegte und diese an der Anlage wirtschaftlich in dem Verhältnis beteiligt wurde, in dem der hingeebene Betrag zu dem Kaufpreis der Wohnung stand. Es kann dahinstehen, ob der Beklagten aus diesem Verhältnis während des Bestehens der Ehe irgendwelche Ansprüche gegenüber dem Erblasser zugestanden hätten. Jedenfalls kann sie nach dessen Tod eine ihrem Beitrag, d. h. ihrer Wertbeteiligungsquote entsprechende Abfindung in Geld verlangen. Dieser ihr nach dem Tode des Erblassers zustehende Anspruch ist als Nachlaßverbindlichkeit bei der Berechnung des Pflichtteils des Klägers in Rechnung zu stellen. Danach hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht angenommen, daß der vom Landgericht festgestellte Betrag von 9.781,53 DM eine abzugsfähige Nachlaßverbindlichkeit darstellt.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiterhin den über 3.337,-- DM hinausgehenden Schadensersatzanspruch des Klägers für unbegründet angesehen.

Beizupflichten ist zunächst der Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte hinsichtlich der Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs des Klägers nicht vor Ende des Jahres 1966 in Verzug gekommen ist. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Kläger den Pflichtteilsanspruch bereits mit seinem Schreiben vom 15. Juni 1964 geltend gemacht hatte. Denn der Kläger berief sich in erster Linie darauf, neben

der Beklagten Miterbe zu sein. Erst mit der Rechtskraft des Urteils vom 5. Juli 1966 stand fest, daß er nicht Miterbe ist. Bis zu diesem Zeitpunkt blieb es daher ungewiß, ob dem Kläger ein Auseinandersetzungsanspruch oder ein Pflichtteilsanspruch zustehen würde. Mit Recht hat das Berufungsgericht daher angenommen, daß die Beklagte sich erst ab diesem Zeitpunkt auf die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs einzurichten brauchte und ihr im übrigen eine hinreichende Frist zur Verwertung von Nachlaßgegenständen zuzubilligen war, um ihrer Zahlungspflicht nachkommen zu können. Dabei ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht diese Frist bis Ende 1966 bemessen hat. Soweit die Revision annimmt, da der Nachlaß in der Hauptsache aus liquiden oder leicht liquidierbaren Werten bestanden habe, hätte die Beklagte dem Kläger das diesem zustehende Viertel des Nachlaßwertes auch auszahlen können, solange der Kläger ein dingliches Miterbenrecht am gesamten Nachlaß in Anspruch nahm, verkennt sie die rechtliche Verschiedenheit, die zwischen einem Auseinandersetzungsanspruch und dem auf Geldzahlung gerichteten Pflichtteilsanspruch besteht.

Der Kläger beziffert den Verzugsschaden als entgangenen Gewinn auf 14.601,-- DM. Dazu hat er behauptet, er hätte, wenn ihm der Pflichtteil rechtzeitig gezahlt worden wäre, für mindestens 20.000,-- DM Aktien der Firma Mifalei T. Ltd. gekauft. Diese Aktien hätten ihm den geltend gemachten Gewinn erbracht.

Das Berufungsgericht hat es nicht für erwiesen angesehen, daß der Kläger infolge des Verzugs einen Schaden in dieser Höhe erlitten habe. Die von der Revision hiergegen vorgebrachten Rügen greifen nicht durch. Nach § 252 BGB gilt der Gewinn als entgangen, der nach dem

gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten oder Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Der Kläger behauptet selbst nicht, seinerzeit besondere Anstalten oder Vorkehrungen zur Anlage des aus dem Pflichtteil zu erwartenden Geldbetrages getroffen zu haben. Er beruft sich allein darauf, daß er den geltend gemachten Gewinn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erzielt hätte.

Die Vorschrift des § 252 Satz 2 BGB erleichtert dem Geschädigten den Beweis. Den "gewöhnlichen Lauf der Dinge" und daß die Dinge auch im konkreten Fall diesen Verlauf genommen hätten, braucht er nicht nachzuweisen. Das Gericht hat seiner Beurteilung diesen Verlauf zugrunde zu legen. Der Kläger als Geschädigter muß jedoch soviel Tatsachen darlegen und beweisen, wie es erforderlich ist, daß das Gericht in dem zu beurteilenden Fall von einem bestimmten gewöhnlichen Lauf der Dinge ausgehen kann. Es ist in erster Linie die Aufgabe des Richters der Tatsacheninstanz zu beurteilen, was der Kläger dazu an Tatsachen behaupten und beweisen muß.

Das Berufungsgericht hat allein die Behauptung des Klägers, er hätte, wenn der Pflichtteil rechtzeitig ausgezahlt worden wäre, für mindestens 20.000,-- DM Aktien der Firma Mifalei T[REDACTED] Ltd. gekauft, nicht genügen lassen. Diese Behauptung hätte ausgereicht, wenn der Kläger nachgewiesen hätte, daß er regelmäßig Gelder, die er empfangen hatte, für den Ankauf dieser Aktien verwandt habe. Diesen Nachweis hat der Kläger aber nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht erbracht. Dazu weist das Berufungsgericht darauf hin, daß er nach dem

Tode seiner Mutter im Jahre 1960 eine Barabfindung von 20.000,-- DM erhalten hat und daß nicht festgestellt werden könne, daß er auch diesen Betrag in den betreffenden Aktien angelegt habe. Das sind Erwägungen, die sich im Rahmen des dem Richter der Tatsacheninstanz eingeräumten Beurteilungsspielraums halten und die deswegen von der Revision nicht angegriffen werden können.

Der Kläger hatte seine Ehefrau als Zeugin dafür benannt, daß er bei rechtzeitiger Auszahlung des Pflichtteils die betreffenden Aktien im Sommer 1964 erworben hätte und daß er diesen Kauf deswegen nicht habe vornehmen können, weil er das erforderliche Bargeld nicht zur Verfügung gehabt habe. Zu Unrecht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht diesen Beweis nicht erhoben hat. Die unter Beweis gestellten Behauptungen ergaben weder für sich genommen noch in Verbindung mit dem sonstigen Vorbringen, daß der Kläger Bargeld stets in der Weise anzulegen pflegte, daß er diese Aktien kaufte. Für den konkreten Beweis, daß er gerade den als Pflichtteil gezahlten Betrag in dieser Weise angelegt hätte, war die Behauptung aber zu allgemein gehalten. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht davon abgesehen, diesen Beweis zu erheben.

Unter diesen Umständen ist das Berufungsgericht rechtlich zutreffend davon ausgegangen, daß der Kläger den als Pflichtteil gezahlten Betrag zwar irgendwie gut verzinslich und damit gewinnbringend angelegt hätte. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht daher als entgangenen Gewinn nur Zinseinkünfte in Höhe von 7 % pro Jahr angenommen.

3. Schließlich läßt sich ein Rechtsverstoß auch nicht daraus entnehmen, daß das Berufungsgericht den vom Kläger geltend gemachten Feststellungsantrag, der Beklagten stehe als Erbin ihres Ehemannes kein Darlehnsanspruch in Höhe von 90.000,-- DM gegen ihn zu, als unzulässig abgewiesen hat.

Es geht hierbei allein um die Frage, ob der Kläger die Erklärung der Beklagten im Termin vom 6. Februar 1969, sie lasse ihre zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus dem angeblich seitens des Erblassers gewährten Darlehens fallen, dahin auffassen mußte, sie berühme sich eines solchen Anspruchs auch außerhalb dieses Rechtsstreits nicht mehr. Dabei kommt es nur auf diese Erklärung als solche an. Ohne Bedeutung ist, ob die Erklärung nur einen Einigungsvorschlag darstellte, der der Annahme durch den Kläger bedurfte. Denn die Beklagte hat die Verbindlichkeit ihrer Erklärung in der Folgezeit niemals in Abrede gestellt, so daß sich auch der Kläger dieser Verbindlichkeit bewußt sein mußte. Ganz abgesehen davon hat er diese Erklärung eindeutig in seinem Schriftsatz vom 20. Februar 1969 als auch für sich verbindlich entgegengenommen. Zweifel könnten sich vielleicht ergeben, wenn das Berufungsgericht seine Annahme, der Kläger habe vernünftigerweise nicht mehr annehmen können, die Beklagte werde gegen ihn im Laufe des Prozesses oder unabhängig davon eine Forderung über 90.000,-- DM geltend machen, nur auf diese Erklärung der Beklagten gestützt hätte. Das Berufungsgericht hat jedoch mit Recht dem Umstand eine besondere Bedeutung beigemessen, daß schon die Behauptung der Beklagten, der Kläger schulde 90.000,-- DM aus Darlehen, nicht ernsthaft vorgebracht war. Sie diente nur dem Zweck, den Kläger zur Angabe des Geldbetrages

zu veranlassen, der zum in dem Testament des Erbvertrages angeführten Einkauf des Klägers in die Coöperative "E. [REDACTED]" in H. [REDACTED] aufgewandt worden war. Das konnte auch der Kläger erkennen. Denn nachdem er einen Betrag von 750 israelische Pfund genannt hatte, hat auch die Beklagte nur noch das Bestehen einer Gegenforderung in dieser Höhe behauptet. Schließlich ist sie in ihrer Erklärung vom 6. Februar 1969 auch hiervon wieder abgerückt.

Die hierzu vorgebrachten Rügen der Revision enthalten in ihrer Gesamtheit nichts anderes, als das Ansinnen einer dem Revisionsgericht verschlossenen neuen Beweiswürdigung.

Ist hiernach davon auszugehen, daß der Kläger der Erklärung der Beklagten vom 6. Februar 1969 entnehmen mußte, sie berühme sich ganz allgemein nicht mehr einer Darlehensforderung ihm gegenüber, dann entfiel für ihn das für sein Klagebegehren erforderliche Rechtsschutzinteresse. Da er dennoch seinen Feststellungsantrag aufrechterhielt, hat das Berufungsgericht diesen mit Recht als unzulässig abgewiesen.

4. Die Revision des Klägers ist daher als unbegründet zurückzuweisen.

Dem erst in der Revisionsinstanz gestellten Hilfsantrag der Beklagten, ihr beschränkte Erbenhaftung vorzubehalten, konnte nicht entsprochen werden. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein solcher Antrag grundsätzlich in den Tatsachenrechtszügen zu stellen, da es sich bei ihm um ein Verteidigungsmittel handelt und in der Revisionsinstanz neue Verteidigungsmittel ausgeschlossen

sind. Die Rechtsprechung hat Ausnahmen nur in den Fällen zugelassen, in denen in der Tatsacheninstanz für die Einrede der beschränkten Erbenhaftung noch kein Anlaß bestand (BGH NJW 1962, 1250; 1970, 1742). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz