

114

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 133/75

URTEIL

Verkündet am

16. November 1976
Hellmann,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Witwe Martha M [REDACTED] geb. S [REDACTED], F [REDACTED],
L [REDACTED]-Allee [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

2. des Studenten Axel M [REDACTED],

3. des Studenten Thomas M [REDACTED],

beide wohnhaft in F [REDACTED], L [REDACTED]-Allee [REDACTED]

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

den minderjährigen Christopher M [REDACTED], geboren am
[REDACTED] 1966, F [REDACTED] W [REDACTED]-E [REDACTED]-Straße [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch seinen Prozeßpfleger Rechtsanwalt
Dr. Helmut K [REDACTED], F [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED]

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1976 durch die Richter Prof. Johannsen, Dr. Buchholz, Knüfer, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 22. Mai 1975 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt (Main) vom 2. Oktober 1974 wird, soweit sie sich gegen die Beklagten zu 2) und 3) richtet, zurückgewiesen.

Im übrigen wird der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) zurückverwiesen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2) und 3) werden dem Kläger auferlegt.

Die Entscheidung über die weiteren Kosten, auch die der Revision, bleibt dem Berufungsgericht überlassen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand

Die Beklagte zu 1) war mit dem am 17. Januar 1973 verstorbenen Erblasser Dr. med. Karl Friedrich M. verheiratet. Aus der Ehe mit ihm sind 2 Kinder, nämlich die Beklagten zu 2) und 3) hervorgegangen. Der Kläger ist der am 2. Dezember 1966 geborene nichteheliche Sohn des Erblassers, dessen Vaterschaft er anerkannt hat. Mit der Mutter des Klägers, Frau Dora S., lebte der Erblasser in einem eheähnlichen Verhältnis zusammen.

Am 11. Februar 1972 verfaßte der Erblasser zwei eigenhändige Schriftstücke. Das erste versah er mit der Überschrift "Testament"; es hat folgenden Wortlaut:

"Im Falle meines Ablebens setze ich meine Frau Martha M., geb. S. als Alleinerbin ein mit Ausnahme des Grundstücks F., O.straße. Dieses Grundstück soll mein Sohn Christopher S. erben. Die lebenslängliche Nutznießung steht seiner Mutter Dora S. zu. Bei der Erbteilung nach dem Tod meiner Frau soll dieses Grundstück F., O.straße, in dem Erbteil meines Sohnes Christopher in Anrechnung gebracht werden."

Das zweite Schreiben vom gleichen Tage enthält keine Überschrift. Es hat den Wortlaut:

"Im Falle meines Ablebens soll mein Sohn Christopher S. das Mietgrundstück F., O.straße vorzeitig erhalten. Die Nutznießung soll auf Lebenszeit seine Mutter Dora S. erhalten. Bei der endgültigen Erbteilung nach dem Tod meiner Frau soll das Grundstück F., O.straße dem Erbteil meines Sohnes Christopher als bereits erhalten, angerechnet werden."



Der Erblasser hat auch dieses Schreiben unterschrieben. Neben seinen Namen hat er das Wort "einverstanden" gesetzt. Neben diesem Wort hat die Beklagte zu 1) mit den Namen "Martha M[REDACTED] geb. S[REDACTED]" unterschrieben.

Der Kläger ist der Ansicht, daß er durch das Testament als Nacherbe nach der Beklagten zu 1) eingesetzt worden sei. Er hat in der ersten Instanz die Feststellung begehrt, "daß die Beklagte zu 1) nicht unbeschränkte Alleinerbin ihres am 17. Januar 1973 verstorbenen Ehemannes Dr. med. Karl Friedrich M[REDACTED] geworden" sei.

Das Landgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse an der begehrten Feststellung fehle. Es hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne mit der negativen Feststellung im Hinblick auf eine Auseinandersetzung unter den Parteien nichts erreichen, weil damit eine Feststellung seiner eigenen Rechtsstellung als angeblicher Nacherbe nicht verbunden sei. Dieses Urteil ist dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers am 21. Oktober 1974 zugestellt worden.

Mit einem am 14. November 1974 beim Oberlandesgericht Frankfurt eingegangenen Schriftsatz suchte der Kläger um das Armenrecht für die Einlegung der Berufung nach. Er reichte gleichzeitig außer den Armenrechtspapieren den Entwurf einer Berufungs- und Berufungsbe gründungsschrift ein. In ihr brachte er zum Ausdruck, daß er den in der ersten Instanz gestellten Antrag weiter-

verfolgen wollte; hilfsweise machte er geltend, daß das Landgericht zumindest ihn auf die gegen die Fassung des Klageantrages bestehenden Bedenken hätte hinweisen müssen. Der Berichterstatter des Oberlandesgerichts teilte dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers am 7. Januar 1975 mit, daß dem Berufungsgericht der in der ersten Instanz gestellte Klageantrag aus den Gründen des landgerichtlichen Urteils als unzulässig erscheine; er regte aus diesem Grunde den Übergang zu einem positiven Feststellungsantrag an. Gleichzeitig gab er einen Formulierungsvorschlag. Daraufhin kündigte der Kläger mit Schriftsatz vom 20. Januar 1975 an, daß er in der Berufungsinstanz folgenden Antrag stellen werde:

Unter Abänderung des angefochtenen Urteils festzustellen, daß der am 17. 1. 1973 verstorbene Dr. med. Karl Friedrich M. nicht von seiner Ehefrau, der Beklagten, als Alleinerbin, sondern beerbt worden ist von

- a) der Beklagten als Vorerbin
- b) seinen Söhnen: Axel M.
Thomas M.
Christopher M.

als Nacherben.

Nunmehr bewilligte das Berufungsgericht mit Beschluß vom 18. Februar 1975 dem Kläger für die Berufungsinstanz das Armenrecht; der Beschluß ist noch am selben Tage dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers formlos übersandt worden. Mit einem am 24. Februar 1975 eingegangenen Schriftsatz legte der Kläger Berufung ein. Er kündigte erneut den Antrag aus dem Schriftsatz vom 20. Januar 1975 an und nahm zur Begründung auf den mit dem Armenrechtsgesuch eingereichten Entwurf der Berufungs- und Berufungs-

begründungsschrift Bezug. Eine Fotokopie dieses Entwurfs fügte er seiner Berufungsschrift bei. Gleichzeitig suchte er wegen der Versäumung der Berufungsfrist um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach. Das Berufungsgericht hat dem Kläger die Wiedereinsetzung gewährt und der Klage in der geänderten Form stattgegeben. Gegen dieses Urteil haben sowohl die Beklagte zu 1) als auch die Beklagten zu 2) und 3) Revision eingelegt. Sie beantragen, daß unter Aufhebung des Berufungsurteils die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen, hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen werde; äußerstenfalls bitten sie um Zurückweisung an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe:

I. Die vom Kläger eingelegte Berufung war entgegen der Ansicht der Beklagten zulässig.

1. Grundsätzlich kann zwar eine Partei, die mit einem Anspruch abgewiesen ist, nicht deshalb Berufung einlegen, um statt des abgewiesenen einen anderen Anspruch geltend zu machen. Auch im vorliegenden Fall hätte der Kläger, statt Berufung einzulegen, eine neue Klage erheben können; die Rechtskraft des Urteils, das die erste Klage wegen formeller Mängel des Klageantrages abwies, hätte eine erneute Klage mit einem formell einwandfreien Antrag nicht ausgeschlossen. Dennoch war der Kläger nicht verpflichtet, diesen Weg zu gehen. Er hat im vorliegenden Rechtsstreit von Anfang an die Auffassung vertreten, daß die Beklagte nicht als unbeschränkte Alleinerbin, sondern nur als Vorerbin vor ihren Söhnen und dem Kläger eingesetzt sei; Zweck der Feststellungsklage war es, vom Gericht eine Bestätigung dieser

Rechtsansicht zu erhalten. Der vom Kläger verfolgte prozessuale Anspruch war demnach in seinem sachlichen Kern in der ersten Instanz der gleiche wie in der zweiten; der Unterschied zwischen dem Klage- und dem Berufungsantrag liegt allein darin, daß die Formulierung des Klageantrages formelle Mängel aufwies, die im Berufungsantrag vermieden wurden.

2. Gegen die Versäumung der Berufungsfrist hat das Oberlandesgericht mit Recht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt.

Der Kläger war, wie sich aus dem vorgelegten Armutszeugnis ergibt, außerstande, auch nur einen Teil der Prozeßkosten zu tragen. Die Revision meint zu Unrecht, daß dies nicht die eigentliche Ursache für die Versäumung der Berufungsfrist gewesen sei. Sie läßt dabei außer acht, daß der Kläger in jedem Fall infolge seiner Armut gehindert war, rechtzeitig das Rechtsmittel einzulegen, ganz gleich welchen Antrag er in dem Berufungsrechtszug stellen wollte.

Der Kläger hat rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsfrist um die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht und den Nachweis erbracht, daß er nicht in der Lage sei, auch nur einen Teil der Prozeßkosten aufzubringen. Das Berufungsgericht hat ihm deswegen das Armenrecht erteilt. Daraufhin hat der Kläger rechtzeitig innerhalb der Frist des § 234 ZPO Berufung eingelegt und um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht. Diese hat ihm das Berufungsgericht bewilligt.

Soweit es sich um die Zulässigkeit der Berufung handelt, hat das Revisionsgericht hier nur zu prüfen, ob

der Kläger nicht durch seine Armut gehindert war, das Rechtsmittel einzulegen, ob er rechtzeitig um die Bewilligung des Armenrechts nachgesucht und seine Armut dargetan hat und ob er nach dessen Bewilligung das Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt hat. Insoweit ist nichts zu beanstanden. Ob das Berufungsgericht dem Kläger das Armenrecht mit Rücksicht auf die in dem Gesuch beigefügte Begründung, insbesondere den angekündigten Antrag nicht hätte bewilligen dürfen, kann offenbleiben. Das kann im Revisionsverfahren im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht nachgeprüft werden.

II. Das für eine Feststellungsklage erforderliche Interesse an einer alsbaldigen Feststellung ist nur gegenüber der Beklagten zu 1), nicht aber gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) gegeben.

1. Zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) ist es streitig, ob die letztere als unbeschränkte Alleinerbin oder nur als Vorerbin vor ihren Söhnen und dem Kläger eingesetzt ist. Diese Frage bedarf einer alsbaldigen Klärung; ihre Entscheidung kann nicht bis zu dem Zeitpunkt aufgeschoben werden, in dem nach der Rechtsauffassung des Klägers diesem die Nacherbschaft anfallen würde. Die Einsetzung eines Nacherben erzeugt bereits vor dem Eintritt des Nacherbfalls bestimmte Rechtswirkungen (§§ 2113 bis 2123, 2127 bis 2129 BGB). Hat ein Erblasser Nacherbschaft angeordnet, dann ist dies in einem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein anzugeben (§ 2363 BGB); ein der Klage stattgebendes Urteil würde daher den zur Zeit noch anhängigen Antrag der Beklagten zu 1) auf Erteilung eines unbeschränkten Erbscheins endgültig zu Fall bringen. Schon dies allein begründet das nach § 256 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse.

Die Zulässigkeit der Feststellungsklage kann auch nicht deshalb in Zweifel gezogen werden, weil der Kläger in seinem Klageantrag weder die Größe des von ihm in Anspruch genommenen Erbteils angegeben noch sich darüber ausgesprochen hat, ob er die Beklagte zu 1) als befreite oder nichtbefreite Vorerbin ansieht. Streit herrscht zwischen den Parteien jetzt nur darüber, ob der Erblasser überhaupt den Kläger (und die Beklagten zu 2) und 3)) als Nacherben eingesetzt hatte. Dieser Punkt wird durch das von dem Kläger erstrebte Urteil einer endgültigen Klärung zugeführt. Dagegen hat über die Größe der Erbteile, die bei einer Auslegung im Sinne des Klägers diesem und den Beklagten zu 2) und 3) zustehen würden, keine Meinungsverschiedenheit bestanden; es sind auch keine Umstände ersichtlich, die dafür sprechen könnten, daß ein anderer Teilungsmaßstab als der des § 2091 BGB in Frage käme. Auch die Frage einer eventuellen Befreiung der Beklagten zu 1) von den im Gesetz dem Vorerben auferlegten Beschränkungen ist bisher nicht streitig gewesen. Eine ausdrückliche Befreiung hat der Erblasser nicht angeordnet. Daß sich aus dem Gesamtinhalt des Testaments eine stillschweigende Befreiung ergäbe, hat die Beklagte zu 1) noch nicht einmal hilfsweise geltend gemacht. Wenn sie auf eine Klärung dieser Frage Wert gelegt hätte, hätte es ihr freigestanden, Eventualwiderklage zu erheben.

2. Ein Feststellungsinteresse gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) hat das Berufungsgericht deshalb bejaht, weil sie mit ihrem Klageabweisungsantrag dem Feststellungsbegehren des Klägers entgegengetreten sind. Das wird von der Revision mit Recht beanstandet.

Die Beklagten zu 2) und 3) haben keinen Zweifel darüber gelassen, daß sie die Rechtsauffassung ihrer Mutter, der Beklagten zu 1), für zutreffend halten. Aus diesem Grunde ist die Frage, ob sie sich im Rechtsstreit gegenüber der Klage lediglich mit prozessualen Einwendungen verteidigt oder auch die sachliche Berechtigung des Feststellungsantrags geleugnet haben, von untergeordneter Bedeutung. Die Tatsache, daß die Beklagten zu 2) und 3) die Einsetzung des Klägers zum Nacherben bezweifeln, genügt jedoch für sich allein noch nicht, um die Klage gegen die beiden ehelichen Söhne des Erblassers als zulässig erscheinen zu lassen; es muß vielmehr hinzukommen, daß der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung seines Nacherbrechts gerade gegenüber den Beklagten zu 2) und 3) hat. Dieses Interesse kann nicht mit der Befürchtung begründet werden, die genannten beiden Beklagten könnten einmal als Erben ihrer Mutter die Herausgabe des Nachlasses ihres Vaters an die aus ihnen und dem Kläger bestehenden Nacherbengemeinschaft verweigern. Denn es steht überhaupt noch nicht fest, daß die Beklagten zu 2) und 3) Erben ihrer Mutter werden; wenn sie es werden sollten, müßten sie sich in dieser Eigenschaft das gegen ihre Mutter ergangene Feststellungsurteil entgegenhalten lassen.

Vor dem Eintritt des Nacherbfalls bestehen rechtliche Beziehungen nur zwischen dem Vorerben und dem Nacherben. Ob die Beklagte zu 1) nur durch die Einsetzung des Klägers oder auch durch die Einsetzung der Beklagten zu 2) und 3) beschränkt ist, ist eine Frage, die für den Kläger ohne rechtliches Interesse ist. Wenn die Beklagten zu 2) und 3) auf die Nacherbstellung, die ihnen nach Ansicht des Klägers zukommt, keinen Wert legen, kann sie ihnen nicht durch eine Feststellungsklage aufgezwungen werden.

III. Das Berufungsgericht legt das Testament des Erblassers vom 11. Februar 1972 dahin aus, daß durch ihn die Beklagte zu 1) als Vorerbin und der Kläger und die Beklagten zu 2) und 3) als Nacherben eingesetzt seien. Das Berufungsgericht führt dazu aus, aus dem Wortlaut des Testaments ergebe sich die Anordnung von Vor- und Nacherbfolge allerdings nicht ausdrücklich, denn eine solche Regelung habe der Erblasser darin nicht unmittelbar zum Ausdruck gebracht. Ob der Wille des Erblassers in diese Richtung gegangen sei, müsse im Wege der Auslegung des Testaments ermittelt werden. Diese ergebe hier, daß der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, daß das von ihm hinterlassene Vermögen nach dem Tode seiner Ehefrau unter anderem seinem Sohn Christopher (Kläger) als Nacherbe zufallen solle.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht zu diesem Ergebnis gelangt ist, ohne alle für die Auslegung angebotenen erheblichen Beweise erhoben zu haben.

Die Beklagte zu 2) hatte in ihrem Schriftsatz vom 26. März 1975 sich auf das Zeugnis der kaufmännischen Angestellten Gabriele M. zum Beweise dafür bezogen, daß der Erblasser Ende August/Anfang September 1975 gesagt haben solle, die Beklagte zu 1) könne frei bestimmen, wer nach ihrem Tode etwas aus dem Nachlaß erhalte. Sie hat dazu vorgetragen, diese Äußerung des Erblassers ergebe, daß er sie, die Beklagte zu 1), nicht durch die Anordnung einer Nacherbfolge beschränkt habe.

Das Berufungsgericht hat diesen Beweis nicht erhoben. Es meint, außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände dürften zur Ermittlung des wahren Erblasserwillens nur dann herangezogen werden, wenn sich dieser aus dem Te-

stament nicht einwandfrei feststellen lasse. Zur Begründung hat es sich auf das Urteil des Reichsgerichts RGZ 92, 68, 72 bezogen. Diese Entscheidung betrifft jedoch eine andere Rechtsfrage, nämlich die, wann die Vermutung des § 2365 BGB als widerlegt angesehen werden kann. Im übrigen teilt der Senat die dort zum Ausdruck gekommene Auffassung des Reichsgerichts nicht (vgl. BGH VersR 1969, 49, 51).

Die Ansicht des Berufungsgerichts ist irrig. Nur in den Fällen, in denen eine Verfügung von Todes wegen eindeutig und klar ist, so daß eine Auslegung nicht in Betracht kommt, kann es auch nicht darauf ankommen, welche Äußerungen der Erblasser in der Zeit gemacht hat, als er die Verfügung bereits errichtet hatte. Solche Fälle kommen jedoch nur selten vor.

So war es hier auch nicht. Das Testament war auslegungsbedürftig. Das hat das Berufungsgericht auch zutreffend angenommen. Dann aber verlangt die Auslegung eines Testaments, wie die Auslegung jeder Willenserklärung, eine Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände, auch solcher, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen (vgl. BGB-RGRK, 12. Aufl. § 2084 BGB Rdn. 8). Auch mündliche Äußerungen des Erblassers sind zu berücksichtigen, soweit sie einen Schluß auf seine Willensrichtung im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zulassen. Das gilt selbst dann, wenn zwischen der Testamentserrichtung und der mündlichen Erklärung ein längerer Zeitraum liegt. Eine mündliche Äußerung wäre allerdings dann unbeachtlich, wenn sie auf einer inzwischen eingetretenen Sinneswandlung beruhen sollte; der Erblasser kann durch eine mündliche Erklärung seiner letztwilligen Verfügung nicht einen anderen als den ursprünglich gewollten Sinn geben.

Ob sich der Wille des Erblassers geändert hat, ist eine Frage der tatrichterlichen Beurteilung; wird sie verneint, dann muß die mündliche Äußerung als Auslegungshilfe herangezogen werden.

Das Berufungsgericht hätte demnach die beantragte Vernehmung der Zeugin Gabriele M. nicht ablehnen dürfen. Auch hätte es bei der Entscheidung die in den Erbscheinsakten enthaltenen Vernehmungsniederschriften berücksichtigen müssen. Diese Akten waren zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden, sie gehörten demnach zum Inbegriff der mündlichen Verhandlung, die nach § 286 ZPO Grundlage der richterlichen Tatsachenfeststellung ist. Der Umstand, daß die Beklagten zu 2) und 3) ein Interesse am Ob-siegen ihrer Mutter haben, ist lediglich für die Beweiswürdigung von Bedeutung, schließt aber grundsätzlich eine Verwertung ihrer Aussagen nicht aus. Schließlich durfte das Berufungsgericht die von der Beklagten angeregte eigene Parteivernehmung nicht wegen Unerheblichkeit des Beweis-themas ablehnen. Ob Anlaß zur Vernehmung der Beklagten besteht, wird vom Berufungsgericht nach Würdigung der übrigen Beweise gemäß § 448 ZPO zu beurteilen sein.

Unrichtig war es schließlich auch, wenn das Berufungsgericht geglaubt hat, es könne den Willen des Erblassers nur aus der mit "Testament" überschriebenen Urkunde vom 11. Februar 1972 entnehmen und müsse das andere, vom Erblasser am selben Tage unterzeichnete Schriftstück außer Betracht lassen. Auch wenn nur das erstere eine letztwillige Verfügung enthält, kann das zweite doch als Hilfsmittel zur Auslegung des Testaments herangezogen werden. Da es im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem Testament geschrieben und auf Veranlassung des Erblassers inhaltlich zudem von der Beklagten zu 1) gebilligt worden ist, kann es wertvolle Hinweise

auf die Vorstellungen und die Willensrichtung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung geben.

Da zur abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits noch tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind, muß dieser zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Im Hinblick darauf, daß der beim Oberlandesgericht für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuständige Senat in dem Verfahren betreffend die Erteilung des Erbscheins einen anderen Standpunkt als der mit dieser Sache befaßte Senat eingenommen hat, war es angebracht, von der in § 565 Abs. 2 Satz 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch zu machen und den Rechtsstreit an einen Senat zu verweisen, der mit der Sache bisher noch nicht befaßt gewesen ist.

Johannsen

Dr. Buchholz

Knüfer

Dr. Hoegen

Dehner