

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 179/75

### URTEIL

Verkündet am

2. März 1977

H e l l m a n n ,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Marianne G [REDACTED] geb. W [REDACTED],  
[REDACTED] K [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Bahnbeamtin Ilse Z [REDACTED] geb. E [REDACTED],  
[REDACTED] E [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],
2. die Postbeamtin Ilse H [REDACTED] geb. W [REDACTED],  
[REDACTED] K [REDACTED], Von B [REDACTED]straße [REDACTED],
3. die Hausfrau Liselotte K [REDACTED] geb. W [REDACTED],  
[REDACTED] K [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],
4. die Hausfrau Inge M [REDACTED] geb. W [REDACTED],  
[REDACTED] B [REDACTED], S [REDACTED] H [REDACTED],
5. die Hausfrau Edith O [REDACTED] geb. E [REDACTED],  
[REDACTED], [REDACTED] L [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. März 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Grell und die Richter Dr. Buchholz, Knüfer, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 26. Juni 1973 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin und die Beklagten zu 2, 3 und 4 sind Schwestern; die Beklagten zu 1 und 5 sind ihre Kusinen. Eine Tante der Parteien (Elise D. geb. W.) verstarb am 28. Dezember 1971 und hinterließ ein eigenhändiges Testament vom 30. März 1970. Die Parteien streiten darüber, ob auf Grund dieses Testaments die Klägerin Alleinerbin ist oder ob die Parteien Miterbinnen (zu gleichen Teilen) sind.

Die Klägerin hat beantragt festzustellen, daß sie die alleinige Erbin der am 28. Dezember 1971 in K. verstorbenen Hausfrau Elise D. sei.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die Feststellungsklage weiter.

### Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg, weil das Berufungsurteil auf einer Verletzung des Verfahrensrechts beruhen kann, was die Revision ausdrücklich gerügt hat (§§ 559 Abs. 2 Satz 2, 554 Abs. 3 Nr. 3 Buchst. b ZPO).

Die Revision bemängelt, daß das Oberlandesgericht bei der Prüfung, in welchem Sinne das Testament der Erblasserin auszulegen ist, einige der von der Klägerin angetretenen Beweise nicht erhoben habe (§ 286 ZPO).

1. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe die Zeugen Monika G. (Tochter der Klägerin), Hermine W. und Gertrud M. nicht und den Zeugen Helmut G. (Ehemann der Klägerin) nicht erneut vernommen, ist nicht begründet.

a) Soweit sie sich dabei wegen der Zeugen Monika G. und Helmut G. auf den Schriftsatz der Klägerin vom 23. Juni 1975 (GA 136 ff.) beruft, geht der Angriff bereits deswegen fehl, weil es sich um einen nicht nachgelassenen Schriftsatz handelt, den das Berufungsgericht außer acht lassen mußte, nachdem es sich nicht veranlaßt sah, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.



b) Der Zeuge Helmut G. ist zu den in sein Wissen gestellten Behauptungen der Klägerin vernommen worden (GA 106, 109, 134); der Antrag auf erneute Vernehmung dieses Zeugen wurde verspätet gestellt.

c) Der Behauptung der Klägerin, zwischen ihr und der Erblasserin habe ein gutes Verhältnis bestanden, weil die Klägerin das Patenkind der Erblasserin gewesen sei und sie seit Jahren bei Bedarf betreut habe (Gertrud M., Hermine W., Monika G.: GA 83, 106), brauchte das Oberlandesgericht nicht nachzugehen, weil sie zum Teil (Patenkind) nicht erheblich und zum Teil (Betreuung) nicht konkret genug war.

d) Das Gleiche gilt für die Behauptung der Klägerin, die Erblasserin habe gerade der Beklagten zu 4 ablehnend gegenübergestanden, was sie klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht habe (Monika G.: GA 104), und für die Behauptung, die Erblasserin sei auf den Gedanken, die Klägerin als Testamentsvollstreckerin einzusetzen, nie gekommen und habe keinen dahingehenden Willen gehabt (Monika G., Hermine W.: GA 105).

2. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den Zeugen Max W. vernehmen müssen, hat Erfolg.

a) Soweit dieser Zeuge allerdings zu den GA 105 und 106 genannten Beweisthemen benannt war, gilt das oben Gesagte (1 c) und d)). Der in das Wissen des Zeugen gestellten Behauptung der Klägerin, die Erblasserin habe tatsächlich die Einsetzung der Klägerin als Alleinerbin gewollt und sei davon ausgegangen, daß ihr Testament so verstanden werde, brauchte das Berufungsgericht aus dem gleichen Grunde nicht nachzugehen.

b) Anders verhält es sich mit der Behauptung der Klägerin, die Erblasserin habe sie am 27. März 1970 (also drei Tage vor der Testamentserrichtung) zu sich bestellt und erklärt, daß sie ihr Testament machen wolle und daß die Klägerin ihre Alleinerbin sei (GA 104). Das Oberlandesgericht hat zu dieser Behauptung den von der Klägerin benannten Zeugen Max W. nicht vernommen und das damit begründet, der Zeuge habe bereits eindeutig in einem in Fotokopie überreichten Brief an die Beklagte zu 4 (Nichte des Zeugen) vom 24. November 1974 zum Ausdruck gebracht, daß er über den Willen der Erblasserin nicht unterrichtet sei. Das Berufungsgericht hat sich weder ausdrücklich dazu geäußert noch sonst erkennen lassen, ob es die Behauptung der Klägerin als schlüssiges Klagevorbringen ansieht. Infolgedessen ist im Revisionsverfahren zugunsten der Klägerin davon auszugehen, daß der Beweisantrag erheblich war. Dann aber durfte das Oberlandesgericht den Antrag nicht übergehen.

Der Inhalt des Briefes, den Max W. während des Berufungsverfahrens von seinem Wohnsitz in Santiago de Chile, I. B., aus an die Beklagte zu 4 gerichtet hat, ist allerdings in seinem Kern möglicherweise zutreffend wiedergegeben. Der maßgebliche Passus lautet:

" ... Wie das Testament meiner Schwester zustande gekommen ist, das entzieht sich vollkommen meiner Kenntnis, denn ich war von Anfang an der absolute Außenseiter ... Darüber wurde ich nie und von keiner Seite - geschweige denn von meiner Schwester - irgendwie unterrichtet . . .

Die Eröffnung des Testamentes war für mich ein derber Schlag ins Gesicht! Unter diesen Umständen wirst Du wohl verstehen - liebe Inge -, daß ich es ablehne, irgendwie als Zeuge zu figurieren oder eine eidesstattliche Erklärung abzugeben. Weil ich es eben gar nicht kann, selbst wenn ich es möchte! Der ganze juristische Konflikt ist nun einmal eingebrockt worden, und nun muß die Suppe auch ausgelöffelt werden. Aber bitte, ohne mich! ... Sollte man der Meinung sein, daß evtl. Aussagen von mir doch noch Wert haben und zur Lösung des Konflikts beitragen könnten, so mag das Deutsche Konsulat an mich herantreten. Herauskommen wird dabei nicht mehr als ich im Vorstehenden geschrieben habe ... Ob mein Brief - liebe Inge - zu Deiner Zufriedenheit ausgefallen ist, vermag ich nicht zu beurteilen. Jedenfalls läuft er meiner ganzen Auffassung und meinem Gewissen nicht zuwider; anderes könnte ich Dir nicht schreiben und hoffe, Du wirst das verstehen ... "

Selbst wenn die Deutung, die das Berufungsgericht dem Brief gibt, richtig ist, durfte nicht von einer Vernehmung des Zeugen abgesehen werden. Das Schreiben ist ein während des Berufungsverfahrens an eine der beklagten Parteien gerichteter Privatbrief. Es vermag eine beantragte Vernehmung des Briefschreibers als Zeugen nicht zu ersetzen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Klägerin als beweisführende Partei - eben mit Rücksicht auf diesen Brief - nachträglich auf den vorgeschlagenen Zeugen verzichtet hätte (§ 399 ZPO). Das hat das Oberlandesgericht aber nicht festgestellt und konnte das auf Grund des Akteninhaltes auch nicht.

Die Klägerin hatte die Vernehmung des Zeugen Max W. mit Schriftsatz vom 22. Oktober 1974 beantragt. Dessen Schreiben stammt vom 24. November 1974. Wann es durch die Beklagten in den Rechtsstreit eingeführt worden ist, kann nicht festgestellt werden; in Betracht hierfür kommen nur die Sitzung vom 6. März 1975 (GA 125) und die Schlußverhandlung vom 25. Mai 1975 (GA 130, 131). Einen Verzicht auf den Zeugen hat die Klägerin in den nach dem

24. November 1975 eingereichten Schriftsätzen nicht erklärt. Daß sie in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 23. Juni 1975 (GA 139) in anderem Zusammenhange (Glaubwürdigkeit des Zeugen F[REDACTED]) auf das "von der Gegenseite überreichte" Schreiben hingewiesen hat, kann nicht als Verzicht auf die Vernehmung des Zeugen angesehen werden. Ein solcher Verzicht könnte daher nur noch in den beiden genannten Sitzungen erklärt worden sein. Die Sitzungsprotokolle ergeben nicht, daß die Klägerin eine Verzichtserklärung abgegeben hätte. Ein bloßes Stillschweigen einer Partei in der Schlußverhandlung über eine noch ausstehende Beweisaufnahme ist aber kein Verzicht im Sinne des § 399 ZPO.

Herr Dr. Grell ist  
wegen Urlaubsabwesenheit verhindert  
zu unterschreiben.

Dr. Buchholz

Dr. Buchholz

Knüfer

Dr. Hoegen

Herr Dehner ist  
wegen Urlaubsabwesenheit verhindert zu unterschreiben.

Dr. Buchholz