

Verkündet
am 31. Januar 1964
Symalla, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

1. des Geflügelzüchters Heinrich Gotthard K. [REDACTED]
in L. [REDACTED], Bezirk K. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED],
Beklagten,
2. dessen Ehefrau Maria K. [REDACTED] geb. W. [REDACTED], wohnhaft
dasselbst,
zu 1 und 2 Berufungsbeklagte und Revisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
Nebenintervenient auf Seiten der Beklagten:
Prozeßagent Konrad S. [REDACTED] in L. [REDACTED], Bezirk K. [REDACTED],
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Angestellten Hans Gotthard K. [REDACTED] in B. [REDACTED], Bezirk
K. [REDACTED], G. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 15. November 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe
und Dr. Mattorn

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Revisionen des Beklagten zu
1) und des Nebenintervenienten (insoweit im übrigen)
wird auf die Revisionen der Beklagten zu 2) und des Ho-
benintervenienten das Teilurteil des 9. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Köln vom 20. Juni 1961 aufge-
hoben, soweit die Beklagte zu 2) verurteilt worden ist.
In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zu-
rückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die
Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist der Sohn des beklagten Ehemanns aus dessen erster, jedoch im Jahre 1934 geschiedener Ehe. Der beklagte Ehemann ist mit der erst in der Berufungsinanz in den Rechtsstreit eingeführten Beklagten zu 2, mit der er zwei Kinder hat, verheiratet.

Die Parteien streiten um den Nachlaß des am 13. Januar 1943 verstorbenen Vaters des Beklagten zu 1 und Großvaters des Klägers, des Karl Albert Gotthard K. Dieser war Eigentümer und Besitzer einer Hühnerfarm nebst Gartenanlage, belegen auf 4 Flurstücken, die bei seinem Ableben unbelastet waren. Nach einem Gutachten des Sachverständigen Landwirtschaftsrat Dr. P. vom 12. Mai 1944, das dieser in einem auf Zahlung des Pflichtteils gerichteten Rechtsstreit der Witwe des Erblassers gegen den Beklagten zu 1 erstattet hat, betrug der Wert des Grundbesitzes ohne die aufstehenden Gebäulichkeiten 8 960 RM, wovon allerdings die Beklagten 200 RM abziehen, weil der Wert einer Hecke von Sachverständigen irrtümlich angesetzt worden sei.

Neben Inventar von verhältnismäßig geringen Wert und persönlichen Gebrauchsgegenständen gehörten dem Erblasser ferner Aktien über nominell 6 500 RM der Rheinischen Aktiengesellschaft für Braunkohlen-Bergbau und Brikett-Fabrikation. Bei dem Ableben des Erblassers hatten sie einen Kurswert von rund 15 500 RM. Ferner war der Erblasser in Besitz eines Sparkontos über 1 007,12 RM.

Der Erblasser hat ein eigenhändiges Testament vom 1. September 1942 hinterlassen /37 GA/ und darin im wesentlichen folgendes angeordnet:

1. Seine beiden Schwestern sollten je 1 000 RM von dem Aktienkapital erhalten,

2. der Enkel Hans Gotthard K., der Kläger, sollte die komplette Hühnerfarm und Gartenanlage vom Tage seines Todes "Schuldenfrei vermacht" erhalten,

3. die Beklagten zu 1 und 2 sollten für das, was sie in den Garten und in die Anlage hineingesteckt hätten, 8 000 RM von dem Aktienkapital erhalten,

4. außerdem sollte der Kläger noch 4 000 RM von dem Aktienkapital erhalten,

5. Rosemarie K. 1 000 RM von dem Aktienkapital,

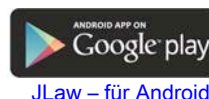
6. die Ehefrau des Erblassers die Pension und ihr Pflichtteil,

7. der Kläger eine Reihe persönlicher Gebrauchsgegenstände, ferner Inventar aus dem Hausrat,

8. der Beklagte zu 1 hauptsächlich Kleidungsstücke und wenige Gegenstände aus dem Hausrat.

Ein am 23. Oktober 1943 von Amtsgericht in Köln ausgestellter Erbschein weist den Beklagten zu 1 als Alleinerben seines Vaters aus. Nach dem Tode des Erblassers übernahm der Beklagte zu 1 mit seiner Ehefrau, der Beklagten zu 2, die Hühnerfarm, die er seither betreibt, und wo er auch mit seiner Familie wohnt.

Der Kläger war beim Tode des Erblassers noch minderjährig. Als Pfleger für ihn bestellte das Amtsgericht in Lechenich den Prozeßagenten S. In Verhandlungen zwischen dem Kläger, den damaligen Anwälten der Beklagten und dem Vormundschaftsgericht war die Umschreibung des Grundstücks mit der Hühnerfarm auf den Kläger unter Abschluß eines Pachtvertrages zwischen ihm und den Beklagten erörtert worden. Dieses Vorhaben wurde aber nicht ausgeführt. Nachdem der Kläger am 16. März 1960 volljährig geworden war, hob das Amtsgericht die Pflegschaft auf. Kurz zuvor hatte der Pfleger dem Vormundschaftsgericht ein vom Kläger unterzeichnetes Schreiben vom 14. Mai 1950 übersandt, worin der Kläger den Pfleger Entlastung erteilte. Wenig später, am 23. Juni 1950, schlossen der Kläger, der damals Bundesbahnhelfer war, und der Beklagte zu 1



einen notariellen Auseinandersetzungs- und Abfindungsvortrag - Urkundenrolle Nr. 921/50 des Notars Dr. S. in L. /39 GA/ -. In diesem Vertrag heißt es nach Erwähnung der letztwilligen Verfügung des Erblassers, die in einzelnen nicht wiedergegeben wird, über den Grundbesitz: "Wohl beim Tode des Erblassers noch Nachlassschulden zu decken waren, die zunächst erfüllt werden mußten, wurde der Vermächtnisanspruch des Hans Gotthard K. zurückgestellt. Ferner haben der Erbe Gotthard K. und dessen Ehefrau aus eigenen Mitteln die Farm weiter unterhalten, und verbessert und das Gebäude als Wohnhaus mit ausreichendem Wohnraum für die Familie auf ihre Kosten ausgebaut. Inzwischen ist der Sohn Hans Gotthard großjährig geworden und trifft in Erkenntnis der Tatsache, daß die Forderungen der Eltern gegen den Nachlaß größer sind als der Wert des Vermächtnisses ausmacht, mit seinem Vater folgendes Abkommen :"

Darin verzichtet der Kläger auf die Durchführung des Vermächtnisanspruchs und erklärt sein Einverständnis zur Umschreibung der Parzellen auf den Beklagten zu 1, die dieser gleichzeitig als Erbe beantragte. Auch das gesamte lobende und tote Inventar sollte im Eigentum des Beklagten zu 1 verbleiben. Dem Kläger wurde eine Abfindungszahlung von 2 500 DM zugesagt, von denen er 1 000 DM im Vertrag als empfangen quittierte und weitere 500 DM als Honorar an seinen ehemaligen Pfleger abtrat. Der Rest von 1 000 DM sollte in monatlichen Raten von 50 DM ab 1. Juli 1950 beglichen werden. Am Ende des Vertrages heißt es, daß beide Beteiligte übereinstimmend erklärten, daß nach Vollziehung des gegenwärtigen Vertrages gegenseitige Ansprüche aus dem Nachlaß des Erblassers nicht mehr bestehen.

Andere Nachlaßgegenstände, insbesondere die Aktien sind in dem Vertragstext nicht erwähnt. Die Aktien befanden sich zu dieser Zeit im Depot der Stadtsparkasse zu A. in T., d.h. in deren Generalsammeldpot in B. Unter dem 17. Januar 1950 hatten die Beklagten die Aktien zum Wertpapierbereinigungsverfahren angemeldet. Durch Beschluß der Kammer für Wertpapierbereinigung bei dem Landgericht in Köln von

13. Januar 1953 wurde das Recht der Beklagten als Annelder der erwähnten Aktien zum Betrag von 6 500 RM als glaubhaft gemacht anerkannt. Der Beklagte zu 1 veräußerte die Aktien in den Jahren 1953 und 1954 mit einem Erlös von 10 310 DM. An Dividenden hatte er bis zur Veräußerung 1 035,45 DM erhalten, wie der Kläger vorgetragen hat.

Entsprechend dem notariellen Vertrag vom 23. Juni 1950 wurde der Beklagte zu 1 am 7. Oktober 1950 als Eigentümer der mehrfach erwähnten Parzellen im Grundbuch von L [REDACTED] eingetragen. Auf Grund eines Schenkungsvertrages vom 20. Oktober 1954 - Urkundenrolle Nr. 741/54 des Notars Dr. S [REDACTED] - zwischen den Beklagten wurde die Beklagte zu 2 als Miteigentümerin zur Hälfte an dem Grundbesitz im Grundbuch eingetragen.

Bald nach Abschluß des Abfindungsvertrages vom 23. Juni 1950 ging der Kläger in die Fremdenlegion, aus der er im Mai 1955 flüchtete. Bis zu seiner Verheiratung im August 1956 lebte der Kläger dann wieder in Haushalt der Beklagten.

Der Kläger hat vorgetragen, der Beklagte zu 1 habe ihn zum Abschluß des Vertrags vom 23. Juni 1950 durch arglistige Täuschung veranlaßt, indem er bewußt wahrheitswidrig die Überschuldung des Nachlasses vorgespiegelt habe. In Wahrheit habe der Erblasser höchstens unerhebliche Schulden gehabt. Außerdem habe der Beklagte das Vorhandensein und den Wert der Aktien arglistig verschwiegen. Die Hühnerfarm mit Inventar sei 1950 mindestens 11 000 DM wert gewesen, der vermachte Aktienanteil 3 200 DM. Er, der Kläger, habe erst Ende 1955 den vollen Inhalt des Testaments vom 1. September 1942 kennen gelernt und daraufhin den wirklichen Sachverhalt feststellen können. Von seinem Pfleger habe er nur erfahren, daß ihm die Hühnerfarm vermacht sei, der Nachlaß aber überschuldet sei.

Der Kläger hat mit der am 22. November 1956 zugestellten Klage den Abfindungsvertrag angefochten, ihn außerdem als nach §§ 138 und 779 BGB als nichtig bezeichnet.

Er hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. an den Kläger 3 000 DM nebst 4 % Zinsen seit Klagerhebung zu zahlen,
2. die Hühnerfarm in grundbuchmäßiger Form lastenfrei an den Kläger zu übereignen und herauszugeben.

Der Beklagte zu 1 hat Klageabweisung beantragt. Er hat eine arglistige Täuschung bestritten und insbesondere vorgetragen, der Nachlaß sei tatsächlich überschuldet gewesen, weil der Erblasser 13 000 RM/DM Schulden, nämlich aus einer Darlehensforderung der Beklagten zu 2 zu 5 000 RM/DM und aus einem Aufwendungsanspruch des Beklagten zu 1 zu 8 000 RM/DM entsprechende Schulden gehabt habe. Daß die Wertpapiere 1950 einen gewissen Wert gehabt hätten, habe der Kläger bei Vortragsabschluß gewußt, dieser Wert sei allerdings wegen der Lagerung der Wertpapiere im Sammeldepot sehr gering gewesen. Der Kläger habe das Testament schon vor Abschluß des notariellen Vertrags gekannt und den Inhalt des Testaments und den Wert des Nachlasses mit seinem Pfleger, dem Nebenintervenienten, besprochen.

Das Landgericht hat durch Teilerkenntnisurteil dem Zahlungsanspruch stattgegeben, in übrigen die Klage abgewiesen.

Mit seiner Berufung hat der Kläger beantragt,

1. die beiden Beklagten zur Übertragung ihrer Miteigentums hälften an den Grundstücken nebst Inventar und Gartenanlage und zur Herausgabe zu verurteilen,
2. hilfsweise die zu 1 bezeichnete Leistung an die Erbgemeinschaft nach Gotthard K. zu erbringen und den Erlös der Aktien nebst Dividenden in Höhe von 10 310 DM zuzüglich 1 035,45 IM an die Erbgemeinschaft zu übereignen und herauszugeben.

Die Klage gegen die Beklagte zu 2 stützt der Kläger auf un-erlaubte Handlung; die Beklagte zu 2 habe mitgeholfen, ihn um sein Vermächtnis zu bringen.

Die Beklagten haben Zurückweisung der Berufung beantragt, sich gegenüber einem etwaigen Anspruch aus unerlaubter Handlung auf Verjährung berufen und gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen in der behaupteten Höhe von 64 757,85 DM geltend gemacht.

Nach Streitverkündung durch den Kläger ist der frühere Pfleger § [REDACTED] der Beklagten als Nebenintervenient beigetreten und hat sich ihrem Antrag angeschlossen.

Das Oberlandesgericht hat dem Hauptantrag der Klage hinsichtlich der Grundstücke durch Teilurteil stattgegeben. Hinsichtlich des Inventars ist der Rechtsstreit noch in der Berufungsinstanz anhängig.

Mit der Revision erstreben die Beklagten Zurückweisung der Berufung, soweit ihr stattgegeben worden ist. Der Nebenintervenient hat gleichfalls Revision eingelegt und beantragt die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht bejaht die Zulässigkeit der Erhebung der Klage gegen die beklagte Ehefrau im zweiten Rechtszug. Der Zustimmung der beklagten Ehefrau bedürfte es nicht, weil ihre Verweigerung mißbräuchlich sei (BGHZ 21, 285). Die beklagte Ehefrau sei mit ihrem Ehemann schon seit 1943 verheiratet, mit den in Frage stehenden Tatsachen daher vertraut. Sie habe an fast sämtlichen Terminen im ersten Rechtszug teilgenommen, sich sogar anstelle des Ehemanns vernehmen lassen wollen. Es sei nicht ersichtlich, wie die beklagte Ehefrau ihre Verteidigung anders eingerichtet hätte, wenn sie schon im ersten Rechtszug verklagt worden wäre. Sie habe sich im zweiten Rechtszug auch in wesentlichen mit der Bezugnahme auf das Vorbringen des beklagten Ehemanns begnügt.

Die Revision weist demgegenüber darauf hin, daß gegen die beklagte Ehefrau ein ganz neuer Prozeßstoff habe aufgebaut werden müssen, wie die Entscheidungsgründe über die unerlaubte Handlung der beklagten Ehefrau erkennen ließen. Die Rechtsgrundlage für die Klage gegen die Beklagte zu 2 ist jedoch nur insofern verschieden, als sie den Abfindungsvertrag nicht mit abgeschlossen hat, eine Anfechtung ihr gegenüber also nicht in Betracht kommt. Die arglistige Täuschung war aber, wenn sie vorlag, auch eine unerlaubte sittenwidrige Handlung nach § 826 BGB auf Seiten des Beklagten, an der die Beklagte nach der Feststellung des Berufungsrichters teilgenommen hat. Indem sie als Ehefrau ihren Mann bei der Prozeßführung im ersten Rechtszug unterstützte, kämpfte sie insoweit auch für sich, wenn sie im zweiten Rechtszug in den Prozeß hereingezogen wurde. Daß die beklagte Ehefrau tätigen Anteil an der Vereitelung des Vermächtnisanspruchs des Klägers genommen hat, entnimmt das Berufungsgericht insbesondere der Aussage des Nebenintervenienten im ersten Rechtszug, den die beklagte Ehefrau aufgesucht hatte, damit er auf den Kläger im Sinn eines Verzichts auf den Erwerb der Hühnerfarm einwirke. Bei der Vernehmung des Nebenintervenienten war die beklagte Ehefrau jedoch anwesend, wie das Protokoll vom 9. Mai 1957 ausweist. Daß die Aussage des Nebenintervenienten, soweit sie der Berufungsrichter verwertet, nicht der Wahrheit entspräche und ihm die Beklagte zu 2 andere als die vom Vertreter des Beklagten zu 1 vorgelegte Fragen gestellt oder seine Beerdigung beantragt hätte, ist von der Revision nicht geltend gemacht. Für das Bewußtsein der Beklagten zu 2, daß nach dem Willen des Erblassers der Kläger die Hühnerfarm erhalten sollte, stützt sich der Berufungsrichter noch darauf, daß die Beklagte zu 2 nicht substantiiert bestritten habe, für den Beklagten zu 1 die Verhandlungen mit den damaligen Rechtsanwälten des Beklagten zu 1 geführt zu haben, die die Rechtslage insoweit zutreffend beurteilt und klargemacht hätten. Es ist nicht geltend gemacht oder sonst ersichtlich, daß die Beklagte zu 2 bei der Beteiligung am Rechtsstreit von Anfang an eine andere Stellung hätte beziehen und die Beweiswürdigung des Oberlandesgerichts hätte verhindern können. Ein Recht darauf, im Rechtsstreit ihres Mannes als Zeugin aufzutreten,

hatte die beklagte Ehefrau nicht. Es gibt nur eine Pflicht, als Zeuge aufzutreten. Überdies hätte sie, wenn sie von Anfang an mitverklagt worden wäre, auch nicht Zeugin sein können. Gegensätzliche Interessen der beiden Beklagten liegen nicht vor. Unter diesen Umständen ist die Zulassung der Klage gegen die beklagte Ehefrau durch das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß geschehen. Damit erweist sich auch die Rüge der Revision als unbegründet, das Berufungsgericht hätte die beklagte Ehefrau als Zeugin darüber vornehmen müssen, daß der Kläger seit Jahren sämtliche Tatsachen, die er zur Anfechtung heranziehe, gekannt und das Testament lange Zeit mit sich herumgetragen habe / 14 GA, 39 SA/.

II.

Den Beklagten zu 1 nimmt der Kläger als Erben in Anspruch, gegen den er ein Vermächtnis auf Übereignung und Besitzübertragung hinsichtlich der Hühnerfarm geltend macht (§§ 1939, 2174, 2147 Satz 2 OB). Das Berufungsgericht sieht in dem Testament keine Erbeneinsetzung, sondern nur die Aussetzung von Vermächtnissen, so daß der Beklagte zu 1 gesetzlicher Erbe geworden sei, weil die Witwe des Erblassers auf den Pflichtteil gesetzt ist (§§ 1924, 2087, 2304 BGB). Das Berufungsgericht weist darauf hin, daß insbesondere dem Kläger nur einzelne Gegenstände zugewendet seien, so daß er im Zweifel nicht Erbe sei (§ 2087 Abs. 2 BGB), zudem komme in der Wendung "schuldenfreie Vermachung" der Wille des Erblassers zum Ausdruck, daß der Kläger nur als Vermächtnisnehmer, nämlich ohne gleichzeitige Übernahme von Verpflichtungen, wie sie die Erbenstellung mit sich bringe, die Hühnerfarm übernehmen solle. Diese Testamentsauslegung, bei der das Berufungsgericht an den Erbschein nicht gebunden war (BGB RGRK 11. Aufl. § 2365 Ann. 4 a.H.), läßt keinen Rechtsirrtum ersehen. Gegenüber der in anderem Zusammenhang gemachten Ausführung der Revision des Nebenintervenienten, der Erblasser hätte auch etwas Unmögliches testieren können (Erbe ohne Erbenhaftung), ist auf § 2084 BGB hinzuweisen. Eine etwaige Berufung auf die beschränkte Erbenhaftung oder auf die Pflicht

des Vermächtnisnehmers zur Mittragung der Pflichtteilslast (§ 2318 BGB) seitens des Beklagten zu 1 würde doch keine Schuld des Klägers als Vermächtnisnehmers herbeiführen, sondern lediglich eine Kürzung seines Vermächtnisses bedeuten. Für einen Pflichtteils-ergänzungsanspruch ist kein Raum, da es an einer Schenkung an den Kläger fehlt (§§ 2329, 2325 BGB). Unzutreffend ist auch die Auffassung der Revision des Nebenintervenienten, trotz der vom Berufungsgericht festgestellten Verjährung des Pflichtteilsanspruchs der Mutter des Beklagten zu 1 müsse der Kläger als Vermächtnisnehmer gemäß § 2318 BGB diese Pflichtteilslast verhältnismäßig mittragen, weil der Beklagte zu 1 als Erbe sich seiner Mutter gegenüber aus moralischen Gründen nicht auf Verjährung berufen würde. Der Vermächtnisnehmer kann nicht schlechter stehen, als wenn er selbst der Schuldner des Pflichtteilsanspruchs wäre; dann könnte er sich aber auf Verjährung berufen.

Übrigens würde, wenn man vom Abfindungsvertrag absieht, der Kläger die Übereignung und Herausgabe der Hühnerfarm auch verlangen können, wenn er nach dem Testament nicht Vermächtnisnehmer, sondern Erbe wäre.

III.

1. Das Berufungsgericht stellt sodann fest, daß der Abfindungsvertrag auf Grund Anfechtung des Klägers wegen arglistiger Täuschung wirkungslos geworden sei und deshalb der Vermächtnisanspruch des Klägers auf das Grundstück noch bestehe. Es führt dazu aus, der Kläger sei bei Abschluß des notariellen Vortrags über den Anspruch auf die vorhandenen Aktien und deren Wert arglistig durch den Beklagten zu 1 unter Mitwirkung der Beklagten zu 2 getäuscht worden. Der Kläger habe im Abfindungsvertrag nicht nur auf das Grundstücksvermächtnis, sondern auch infolge der Schlußklausel auf den Anspruch auf die Aktien verzichtet. Es sei nun zwar nicht erwiesen, daß dem Kläger das Vorhandensein der Wertpapiere vor Abschluß des notariellen Vortrags verheimlicht gewesen sei. Der Nebenintervenient habe aber weder bei der Besprechung am 4. Mai 1950

noch zu einem anderen Zeitpunkt dem Kläger das Testament gezeigt noch ihm eine Abschrift überlassen. Auch sonst ergebe sich nichts dafür, daß der genaue Inhalt des Testaments dem Kläger vor Abschluß des notariellen Vertrages anderweit bekannt geworden sei. Der Nebenintervenient habe zwar bekundet, daß er das Testament bei der Unterredung inhaltlich dem Kläger vorgetragen habe und dabei die Vermögenswerte, nämlich Mobiliar, Wertpapiere und die Farn erwähnt habe. Da dem Zeugen nach seiner Bekundung das Testament unklar gewesen sei, meint das Oberlandesgericht, könne er den Kläger nicht genau unterrichtet haben, zumal da es später zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Beklagten zu 1 und dem Kläger über zwei dem Kläger vermachte Gegenstände, eine Uhr und einen Koffer, gekommen sei. Der Nebenintervenient wolle sich darauf verlassen haben, daß der Kläger durch den Beklagten zu 1 umfassend unterrichtet worden sei, er habe aber aus welchen Gründen auch immer den Umfang dieser Unterrichtung nicht nachgeprüft. Sinn der Unterredung zwischen dem Nebenintervenienten und dem Kläger sei gewesen, womit das Zusammenwirken des Nebenintervenienten mit dem Beklagten zum Nachteil des Klägers offenbar werde, daß die Beklagte zu 2 im Einverständnis mit dem Beklagten zu 1 vor Abschluß des Abfindungsvertrages den Nebenintervenienten aufgesucht und über die Wünsche der Beklagten unterrichtet habe. Erst dann habe der Nebenintervenient den Kläger kommen lassen und sich für den Abschluß des Vertrages erklärt, worauf der Kläger den Vertrag dann abgeschlossen habe, so wie die Beklagten ihn gewünscht hätten.

Auch die Aussage des beurkundenden Notars /100 GA/ spreche dafür, daß der Beklagte zu 1 den Kläger nicht genügend aufgeklärt habe. Der Zeuge habe sich zwar nicht mehr erinnern können, ob die Beteiligten über Wertpapiere gesprochen hätten, aber es sei zu erwarten gewesen, daß der Notar angesichts der Verzichtsklausel am Schluß der Urkunde die Wertpapiere im Vertrag erwähnt hätte, wenn er von ihnen Kenntnis erhalten hätte. Auch der Nebenintervenient habe bei seiner Vernehmung auf Vorhalt eingestanden, daß die

Schlußklausel einer Ergänzung hinsichtlich der Wertpapiere bedurft hätte, nämlich daß die Ansprüche an den Aktienkapital vorbehalten blieben.

Schließlich deute auch der Wortlaut des Vertrages dahin, daß der Beklagte zu 1 die Vermächtnisforderung hinsichtlich der Aktien verschwiegen habe, da er nur die Hühnerfarm erwähne und der Vergleich zwischen dem Vermächtnis und den Forderungen der Beklagten gegenüber dem Nachlaß darauf schließen lasse, daß die Farm als einziger Nachlaßwert gegolten habe.

Demgegenüber stehe aber fest, daß die Wertpapiere bei einem Kurs von 92,5 % im Jahre 1950 6 000 DM Börsenwert gehabt hätten. Zwar sei eine Veräußerung zu diesem Kurs wegen der Lagerung nicht möglich gewesen, doch sei sich der Beklagte zu 1 darüber im klaren gewesen, daß die Aktien einen gewissen Wert trotzdem gehabt hätten, da er sie schon am 17. Januar 1950, also vor Vertragsabschluß zusammen mit der Beklagten zu 2 mit Rücksicht auf das Wertpapierbereinigungsgesetz bei der T. Bank angemeldet habe. Er habe auch keinen Anlaß gehabt, daran zu zweifeln, daß dieses Verfahren günstig für ihn enden würde. Der Kläger könne hiervon nicht unterrichtet gewesen sein, wie aus dem Fehlen der Wertpapiere im Abfindungsvertrag geschlossen werden müsse. Die Aussage des Nebenintervenienten, er habe dem Kläger erklärt, die Aktien hätten einen gewissen Wert, doch sei der Anspruch des Klägers unklar, weil die Wertpapierbereinigung noch nicht abgeschlossen sei, vermöge nicht zu überzeugen, vielmehr müsse aus der Nichterwähnung im Vertrag geschlossen werden, daß die Äußerungen des Nebenintervenienten dem Kläger gegenüber in einem Sinn gehalten gewesen seien, daß dem Kläger die Wertpapiere als wertlos hätten erscheinen müssen.

Für das arglistige Verhalten genüge, daß der Täuschende die Vorstellung habe, der Vertragspartner werde ohne Täuschung den Vertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt abschließen. Dafür, daß der Kläger den Vertrag auch mit dem Inhalt abgeschlossen

hätte, wenn er über seine gesamten Ansprüche wahrheitsgemäß unterrichtet worden wäre, sei kein Anhaltspunkt gegeben. Die Täuschung sei daher für den Abschluß des Vertrags ursächlich gewesen.

2. Da im vorliegenden Fall die arglistige Täuschung durch Verschweigen begangen sein soll, also durch Unterlassung, ist, wie die Revision richtig ausführt, der Tatbestand des § 123 Abs. 1 BGB nur gegeben, wenn den Beklagten zu 1 eine Aufklärungspflicht den Kläger gegenüber traf. Eine solche hat der Berufungsrichter zwar nicht ausdrücklich festgestellt, aber er geht mit Recht von ihr aus. Sie folgte aus der engen verwandtschaftlichen Beziehung, die ein persönliches Vertrauensverhältnis schuf (vgl. BGH LM BGB § 123 Nr. 8). Gerade bei einem Rechtsgeschäft mit seinem Vater konnte der Kläger als Sohn darauf vertrauen, daß der Vater ihn über die wesentlichen Umstände aufkläre, wenn sich aus seinem, des Sohnes, Verhalten ergab, daß er nicht genügend unterrichtet war. Die - oben erst eingetretene - Volljährigkeit machte den Kläger zwar voll geschäftsfähig, aber damit noch nicht geschäftsgewandt. Die für den Kläger bestehende Möglichkeit, sich anderweit die nötigen Kenntnisse zu verschaffen, war für die Aufklärungspflicht bedeutungslos, wenn er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat und dies von dem aufklärungspflichtigen Beklagten erkannt worden ist, was nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe, die insbesondere von einem Zusammenwirken des Beklagten und des Pflegers S. sprechen, vom Berufungsgericht festgestellt worden ist. Ebenso wenig wurde die Aufklärungspflicht dadurch ausgeschlossen, daß der Nebenintervenient von dem Testament Kenntnis genommen hatte. Denn sein Amt als Pfleger war beendet und er hat den Abfindungsvertrag nicht abgeschlossen. Die Aussage des Notars Dr. S. wird in Berufungsurteil gewürdigt. Eine ausdrückliche Stellungnahme zu der bloßen Meinung des Notars, die keine Tatsachenbekundung in sich schloß, es sei nach der Fassung der Urkunde sehr wahrscheinlich, daß der Kläger den Inhalt des Testaments gekannt habe, war für das Berufungsgericht nicht erforderlich. Der Berufungsrichter hat seine

Überzeugung zum Ausdruck gebracht, daß der Notar von dem Vorhandensein der Wertpapiere nichts erfahren habe, im Beurkundungstermin also nicht darüber gesprochen worden ist, demnach auch - was das Berufungsgericht für entscheidend hält - von dem Vermächtnis eines Teils der Wertpapiere an den Kläger dort nicht die Rede war. Die Verzichtserklärung in der Urkunde, die der Berufungsrichter erwähnt, also nicht übersehen hat (§ 286 ZPO), entsprach weit verbreiteter Übung bei Verträgen dieser Art, war allgemein gehalten und besagt über die Kenntnis des Klägers von dem Wertpapiervermächtnis nichts, wenn sie auch die Wirkung eines Verzichts auf dieses Vermächtnis hatte. Einer besonderen Erörterung seitens des Berufungsrichters bedurfte es auch hier nicht.

3. Die Revision der Beklagten benängelt weiter /43 SA/, der Berufungsrichter habe nicht festgestellt, daß dem Beklagten zu 1 die Unkenntnis des Klägers über die Wertpapiere bekannt gewesen wäre. Soweit es sich dabei um das Vorhandensein der Wertpapiere im Nachlaß handelt, geht der Berufungsrichter ja davon aus, es sei nicht erwiesen, daß dem Kläger dieses Vorhandensein verschwiegen worden sei (BU S. 17 unten). Im übrigen führt aber das Berufungsgericht wie bereits erwähnt aus, es genüge, daß der Täuschende die Vorstellung habe, der Vertragspartner werde bei richtiger Kenntnis der Sachlage möglicherweise den Vertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt abschließen, womit der Berufungsrichter diese Vorstellung bei dem Beklagten zu 1 bejaht. Damit war auch festgestellt, daß der Beklagte zu 1 die Vorstellung hatte, der Kläger kenne das Wertpapiervermächtnis nicht.

4. Die Revision der Beklagten und des Nebenintervenienten greifen die Auffassung des Berufungsrichters an, die Unterredung vom 4. Mai 1950 mit dem Nebenintervenienten habe dem Kläger keine genaue Kenntnis des Testaments, insbesondere keine Kenntnis von dem Wertpapiervermächtnis verschafft. Sie machen geltend, das Testament sei nur in der Frage Erbe oder Vermächtnisnehmer unklar gewesen, nicht aber hinsichtlich des Vermächtnisses von 4 000 RM aus dem Erlös eines Aktienverkaufs. Welche

Schlüsse der Berufungsrichter aber aus der Bekundung des Nebenintervenienten, er sei aus dem Testament nicht schlau geworden, zog (BU S. 18, Bl. 79 R GA), lag im Rahmen seiner Beweiswürdigung, die in diesem Rechtszug nicht nachgeprüft werden kann. Dasselbe gilt für den Streit zwischen dem Beklagten zu 1 und dem Kläger über Uhr und Koffer. Es gibt allerdings keinen Erfahrungssatz (Revision des Nebenintervenienten), daß eine sich auf ein Testament beziehende spätere Klage immer auf falsche Unterrichtung über das Testament zurückzuführen sei. Einen derartigen Satz stellt der Berufungsrichter aber auch nicht auf, sein Schluß geht dahin, daß der Kläger keinen Anspruch auf diese Gegenstände erhoben hätte, wenn ihm beim Abfindungsvortrag infolge Unterrichtung durch den Nebenintervenienten klar geworden wäre, daß er auf diese Gegenstände durch den Vertrag verzichte.

5. Die Revision der Beklagten rügt nach § 286 ZPO, der Berufungsrichter habe nicht beachtet, daß der notarielle Vertrag die Erkenntnis des Klägers festlege, daß die Forderungen seiner Eltern größer seien als der Wert des Vermächtnisses und daß demgemäß die Parteien nur davon ausgegangen seien, die Ansprüche des Klägers würden durch die Schulden des Nachlasses zwangsläufig vermindert. Die Unrichtigkeit dieses Ausgangspunktes sei aber im Berufungsurteil nicht festgestellt. Hierbei ist übersehen, daß in Vertrag lediglich Nachlassschulden und Vermächtnis der Farm gegenübergestellt sind, als wenn die Farm einziger Nachlassgegenstand wäre, und daß das Berufungsgericht die arglistige Täuschung nicht in falschen Angaben über dieses Verhältnis sieht.

6. Weitere Revisionsangriffe richten sich gegen die Feststellung des Berufungsrichters, der Kläger habe die Wertpapiere für wertlos gehalten und der Beklagte zu 1 habe ihm arglistig verschwiegen, daß sie doch einen gewissen Wert hatten, insbesondere die hierfür charakteristische Tatsache, daß er die Wertpapiere zur Bereinigung angemeldet hatte. Die Revisionen verweisen /17, 47 SA/ auf die vom Berufungsgericht (BU S. 21) angeführte Aussage des Nebenintervenienten, er habe dem Kläger

13

erklärt, die Aktien hätten einen gewissen Wert, doch sei der Anspruch des Klägers unklar, weil die Wertpapierbereinigung noch nicht abgeschlossen sei. Das Berufungsgericht hat aber (BU S. 21) nicht etwa, wie die Revisionen meinen, festgestellt, daß der Nebenintervenient sich in dieser Weise gegenüber dem Kläger geäußert habe. Es schenkt dem Nebenintervenienten insoweit keinen Glauben ("Diese Aussage vermag jedoch nicht zu überzeugen") und stellt fest, seine Äußerungen gegenüber dem Kläger über die Aktion seien in einem Sinn gehalten gewesen, daß dem Kläger die Wertpapiere als wertlos erschienen mußten. Einer zahlenmäßigen Feststellung des Wertes der Aktien durch das Berufungsgericht, die immer nur auf eine Schätzung hinausgelaufen wäre, bedurfte es nicht. Wesentlich war für die Täuschung, daß die Wertpapiere nicht wertlos waren und daß diese Tatsache, die für den Abschluß des Vertrages mit dem vorliegenden Inhalt nach der Feststellung des Berufungsgerichts ursächlich war, den Kläger verschwiegen worden ist. Der Wert bestand in der Chance, durch die Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens die Rechte aus den Aktien trotz ihrer Verlagerung doch noch ausüben zu können, mochte auch eine Veräußerung im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht möglich gewesen sein.

Beide Revisionen rügen in diesem Zusammenhang die Nichterhebung eines vom Nebenintervenienten angebotenen Beweises. Dieser hatte (Schriftsatz vom 24. Februar 1961, S. 2, 3, Bl. 347, 348 GA) durch Auskunft des Börsenvorstandes in Düsseldorf und die Dürerer Bank Beweis dafür angeboten, daß nur mit einer Lieferbarkeitsbescheinigung versehene Girosammelstücke 1950 handelbar gewesen und einen Wert gehabt hätten und sie selbst in einem solchen Fall mit einem erheblichen Abschlag gehandelt worden seien, weiter dafür, daß in Wertpapierbereinigungsverfahren aus der Sowjetzone stammende Stücke nur anerkannt worden seien, wenn überzählige Stücke vorhanden waren. Die in Beweisangebot behaupteten Tatsachen ergeben, ihre Richtigkeit unterstellt, daß ein auf den Markt realisierbarer Wert der Aktien nicht

gegeben war, vielleicht auch, daß im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts es nicht sicher war, daß das Bereinigungsverfahren für die Aktien erfolgreich abgeschlossen werden würde. Aber der Berufungsrichter durfte sich auch ohne sachverständige Begutachtung genügend Sachkunde zutrauen, festzustellen, daß für den, der warten konnte, also insbesondere die sich auseinandersetzenden Vertragsparteien, eine ernst zu nehmende Chance in den Aktien lag, die ihren Wert hatte. Alleinige Sache des Tatrichters war es, dabei zu erwägen, ob das Bewußtsein dieses Wertes der Anmeldung zu entnehmen war oder - was aber nicht geltend gemacht worden ist - der Beklagte zu 1 etwa nur angemeldet hatte, um einen Vorwurf der Vermächtnisnehmer vorzubeugen. Die Revision der Beklagten weist zwar darauf hin, daß der Nebenintervenient von dem noch nicht abgeschlossenen Wertpapierverfahren gesprochen habe, so daß insoweit der Kläger nicht getäuscht gewesen sein könne /49 SA/, allein, wie bereits erwähnt, glaubt das Berufungsgericht den Nebenintervenient nicht, daß er von diesem Verfahren gesprochen hat.

IV.

Die Anfechtungsfrist des § 124 BGB erachtet das Berufungsgericht als gewahrt (S. 22, 23 BU). Daß der Kläger über die ihn zur Anfechtung berechtigenden Tatsachen bereits ein Jahr vorher unterrichtet gewesen sei, hätten die Beklagten nicht genügend dargetan. Das Vorbringen der für die Kenntnis beweispflichtigen Beklagten, das Testament sei dem Kläger seinem vollen Inhalt nach schon seit dem Tode des Erblassers bekannt gewesen, sei widerlegt. Er habe diese Kenntnis insbesondere nicht durch die Unterrodung mit dem Nebenintervenienten erlangt. Die mangelnde Aufklärung durch den Notar oder die Beklagten selbst stehe insbesondere durch die Aussage des Notars fest. Allerdings habe Rechtsanwalt Dr. B. in E., der damals den Kläger beraten habe, auf sein Schreiben von 22. Januar 1952 eine Abschrift des Testaments vom Nachlaßgericht erhalten. Damit sei aber noch nicht gesagt, daß der Kläger bereits über alle Tat-

sachen unterrichtet gewesen sei, die auf ein arglistiges Verhalten des Beklagten zu 1 hingewiesen hätten. Aus dem Testament habe der Kläger lediglich entnehmen können, daß ihm eine Vermächtnisforderung hinsichtlich der Aktien zustehe, worauf sich sein Anteil wertmäßig habe errechnen lassen. Damit habe er aber noch keine Kenntnis davon gehabt, daß der Beklagte zu 1 diesen Wert arglistig verschwiegen habe, insbesondere daß er im Verein mit seiner Ehefrau die Aktien zur Bereinigung angemeldet gehabt habe.

Die Anfechtungsfrist beginnt nach § 124 BGB mit der Entdeckung der Täuschung, also nicht schon mit der Beseitigung des Irrtums, sondern der Kenntnis der Täuschungsabsicht, daher im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres mit der Kenntnis des Testaments allein. Von einer Kenntnis des Testaments im Jahre 1952 geht der Berufungsrichter aus, obgleich nach dem unstreitigen Sachverhalt (s. Tatbestand des Berufungsurteils - BU S. 7) der Kläger bald nach Abschluß des Abfindungsvertrages in die Fremdenlegion ging und erst 1955 aus ihr flüchtete. Die Revisionen weisen auf den Vortrag der Beklagten hin /215, 240 GA/, der Kläger habe 1951 dem Nebenintervenienten erzählt, er sei bei Rechtsanwalt Dr. B. gewesen und habe sich wegen der Anfechtbarkeit des Abfindungsvertrages erkundigt; der Kläger habe "den Sachverhalt" bereits 1951 Dr. B. unterbreitet, aber nach Besprechung der Sach- und Rechtslage mit dem Anwalt sich entschlossen, den Vertrag nicht anzufechten; hierüber habe Dr. B. einen Vermerk in seinen Handakten gemacht. Der als Zeuge benannte Nebenintervenient hat sich bereits in seiner Vernehmung zu diesem Vortrag geäußert, daß nämlich der Kläger einmal zu ihm gesagt habe, Dr. B. werde die Sache für ihn anfechten /80 GA unten/. Im übrigen ergibt der Vortrag noch nicht, daß der Kläger damals schon erkannte, daß der Beklagte zu 1 wegen des Werts der Aktien ihm von dem Vermächtnis eines Teils davon nichts gesagt habe, so daß das Berufungsgericht schon deswegen von der beantragten Einvernahme des Rechtsanwalts Dr. B. und seines Bürovor-

stehers absehen konnte.

Das Vorbringen des Beklagten zu 1 in der Klagebeantwortung S. 2 /14 GA/, dem Kläger seien seit mehreren Jahren sämtliche Tatsachen bekannt, auf die er sein Anfechtungsrecht stütze, wofür der Nebenintervenient, Notar Dr. S. [REDACTED] und die Ehefrau des Beklagten zu 1 als Zeugen benannt würden, hat das Berufungsgericht als unsubstantiiert und daher unbeachtlich bezeichnet (BU S. 23). Darin lag kein Verstoß gegen § 286 ZPO. Die Kenntnis als solche konnte nicht Gegenstand der Wahrnehmung der Zeugen sein, daher waren nach Sachlage nähere Angaben über die Art der Kenntniserlangung oder die auf Kenntnis schließen lassenden Tatsachen zu erfordern. Vor allem aber schied für das Berufungsgericht die Ehefrau des Beklagten als Mitbeklagte für eine Zeugenaussage aus, die anderen beiden Zeugen hatten ihr Sachwissen zu der hier interessierenden Frage aber sichtlich schon bekundet.

V.

Die Verurteilung der Beklagten zu 2 hat der Berufungsrichter (§. 23 BU) wie folgt begründet: Für die Beklagte zu 2 ergebe sich die Verpflichtung zur Herausgabe des Grundstücks aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (§ 826 BGB). Der Beklagten sei durch notariellen Vertrag vom 20. Oktober 1954 die ideelle Miteigentumshälfte an dem vom Erblasser stammenden Grundbesitz durch den Beklagten zu 1 geschenkt worden, mit der Begründung, daß sie eigene Mittel zum Aufbau der Geflügelfarm beigetragen habe. Der Schenkungsvertrag sei in Wahrheit nur ein weiterer Schritt gewesen, um den Kläger um seinen Anspruch auf den Grundbesitz zu bringen. Die Beklagte zu 2 sei darüber unterrichtet und damit einverstanden gewesen, in welcher arglistigen und damit gegen die guten Sitten verstoßenden Weise der Beklagte zu 1 den Kläger in den Abfindungsvertrag mit dem Ziel getäuscht habe, sich selbst den Grundbesitz zu sichern. Die Beklagte zu 2 habe an den Verhandlungen, die der Vereitelung des Anspruchs des Klägers dienen sollten, tätigen Anteil genommen, insbesondere, indem sie den Nebenintervenienten sogleich nach dem

13

Eintreten der Volljährigkeit des Klägers aufgesucht und ihm gegenüber den Willen zum Ausdruck gebracht habe, daß der Grundbesitz auf den Beklagten zu 1 umgeschrieben werde. Sie sei an einer Aufklärung des Klägers über den Nachlaß nicht interessiert gewesen, habe vielmehr dem Nebenintervenienten zu verstehen gegeben, der Kläger sei genügend über die Erbschaftsangelegenheit aufgeklärt. Eine dahingehende Erklärung habe der Kläger auch bald darauf bei dem Gespräche zwischen ihm und dem Nebenintervenienten abgegeben. Die Beklagte haben infolgedessen tätigen Anteil daran genommen, daß die Täuschung seitens des Beklagten zu 1 gegenüber dem Kläger gelungen sei. Darüber, daß der Grundbesitz nach dem Willen des Erblassers dem Kläger gebührt habe, sei sich die Beklagte zu 2 im klaren gewesen, insbesondere aus den Aufklärungen, die die früheren Anwälte der Beklagten diesen hätten zuteil werden lassen. Die Beklagte zu 2 habe das Ziel verfolgt, dem Kläger den Grundbesitz zu nehmen und ihn sich und ihren Kindern möglichst zu sichern. Nach Erlangung des Miteigentums sei sie für den Fall des Todes des Beklagten zu 1 nicht mehr auf dessen testamentarische Anordnung oder das gesetzliche Erbrecht angewiesen gewesen.

Der Einwand der Revision, mit der arglistigen Täuschung beim Beklagten zu 1 entfalle auch der Klageanspruch gegen die beklagte Ehefrau, ist durch das bisher Gesagte erledigt. Die Revision rügt weiter, da der Berufungsrichter es als nicht erwiesen erachte, daß dem Kläger das Vorhandensein der Aktien verschwiegen worden sei, könne der Berufungsrichter nicht sagen, die Beklagte zu 2 sei nicht interessiert daran gewesen, daß der Kläger über den Nachlaß aufgeklärt würde. Darin sieht der Berufungsrichter aber auch nicht die Täuschungshandlung, an der die Beklagte zu 2 nach seiner Feststellung mitgewirkt hat, sondern die Täuschung bestand in der Verheimlichung des Anspruchs auf die Aktien und ihres Wertes. Der Mitwirkung der Beklagten zu 2 am Gelingen der Täuschung des Klägers spricht die Revision Ursächlichkeit für den Vertragschluß ab, da der Kläger von dem Nebenintervenienten aufgeklärt worden sei. Wie bereits ausgeführt, versagt der Berufungsrichter der Aussage des Nebenintervenienten insoweit den Glauben.

Gleichwohl kann die Verurteilung der Beklagten zu 2 zur Auflassung und Herausgabe der Grundstückshälfte nach den bisherigen Feststellungen nicht aufrechterhalten bleiben, sondern bedarf nochmaliger Prüfung durch den Tatrichter. Der Berufungsrichter hat ausgesprochen (BU S. 21 unten), es besteho kein Anhaltspunkt dafür, daß der Kläger den Vertrag auch mit dem Inhalt - gemeint: mit dem er ihn tatsächlich abgeschlossen hat - abgeschlossen hätte, wenn er über seine gesamten Ansprüche wahrheitsgemäß unterrichtet worden wäre. Eine arglistige Täuschung stellt der Berufungsrichter aber nur hinsichtlich des Vorhandenseins des Vermächtnisanspruchs bezüglich der Wertpapiere und hinsichtlich ihres Wertes fest. Die Kenntnis von dem Anspruch auf Übereignung der Farm war bei dem Kläger bei Vertragsschluß unstreitig vorhanden. Zu der vom Kläger behaupteten Vorspiegelung einer Nachlaßüberschuldung, deren sich der Beklagte zu 1 mit dem Ziel der Vereitelung des Anspruchs auf Übereignung der Farm schuldig gemacht haben soll, enthält das Berufungsurteil keine Ausführungen und demgemäße Feststellungen. Eine derartige Feststellung liegt auch nicht in der sich auf die Beklagte zu 2 beziehenden Feststellung (S. 24/25 BU), die Beklagte zu 2 sei darüber unterrichtet und einverstanden gewesen, in welcher arglistiger und damit sittenwidriger Weise der Beklagte zu 1 den Kläger in den Vertrag vom 23. Juni 1950 mit dem Ziel getäuscht habe, sich selbst den Grundbesitz zu sichern; denn mit dieser allgemeinen Verweisung wird offenbar lediglich auf die vorhergehenden Ausführungen des Berufungsurteils Bezug genommen. Das wird durch die folgende Ausführung bestätigt, die Beklagte zu 2 habe, wie schon weiter oben ausgeführt, an den Verhandlungen, die der Vereitelung des Anspruchs des Klägers (auf Übereignung der Farm) dienen sollten, tätigen Anteil genommen. Für die von Berufungsrichter für gegeben erachtete sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB hätte aber festgestellt werden müssen, nicht nur daß die Beklagte sich vorgestellt hatte, es werde zumindest mit durch ihr Handeln die Erfüllung des Anspruchs auf Übereignung der Farm vereitelt werden, sondern weiter, daß dieser Erfolg auch eingetreten ist. An letzterer Feststellung fehlt es aber. Nach der Feststellung des Berufungsrichters hat die Beklagte zu 2

zwar eine Aufklärung des Klägers durch den Zeugen Schmitz verhindert, wobei die Ausführungen des Berufungsrichters dahin verstanden werden mögen, daß dies entweder im Einverständnis mit dem Nebenintervenienten oder ohne entsprechenden Vorsatz des Nebenintervenienten durch ihn als gutgläubiges Werkzeug geschehen sei. Sittenwidrig vereitelt hätte die Beklagte zu 2 aber die Übereignung der Farm an den Kläger nur, wenn der Kläger ohne die Tätigkeit der Beklagten zu 2 die Farm erworben hätte. Das stellt der Berufungsrichter nicht fest. Die Offenbarung des Bestehens des Vermächtnisses aus den Aktien und wahrheitsgemäße Angaben über deren Wert hätten auch zur Folge haben können, daß der Kläger die Farm doch nicht erworben, aber eine höhere Abfindung verlangt und zugebilligt erhalten hätte (Abfindungsvertrag mit einem anderen als den tatsächlich zustandgekommenen Inhalt). Bloße Wünsche der Beklagten zu 2, den Erwerb der Farm durch den Kläger zu verhindern, wie sie der Berufungsrichter feststellt, können eine fehlende Ursächlichkeit nicht ersetzen. Was den Erwerb des Miteigentumsanteils anlangt, so wäre eine unerlaubte Handlung der Beklagten zu 2 nach § 826 BGB allerdings möglicherweise gegeben, wenn die Beklagte zu 2 dabei den im Fall wirksamer Anfechtung wieder entstehenden Übertragungsanspruch des Klägers hätte vereiteln wollen. Auch hier fehlt es zwar nicht an einer entsprechenden Behauptung des Klägers (BU S. 11 unten), wohl aber an der Feststellung durch den Berufungsrichter. Denn die nach der Vorstellung der Beklagten zu 2 erlangte Sicherheit für den Fall des Todes des Beklagten zu 1, derart, daß die Beklagte zu 2 für den Erwerb des Eigentums an Grundstück nicht mehr auf testamentarische Anordnung und den gesetzlichen Erbteilsanspruch angewiesen war, besagt nichts für das Bewußtsein, einen Anspruch des Klägers zu vereiteln.

Fehlt es demnach für die Verurteilung der Beklagten zu 2 auch an einer rechtsirrtumsfreien Begründung, so kann die Klage gegen sie doch nicht durch das Revisionsgericht abgewiesen werden. Denn der Kläger hat behauptet, der Beklagte zu 1 habe ihm bewußt

wahrheitswidrig die Überschuldung des Nachlasses vorgespiegelt, um ihn um sein Vermächtnis zu bringen, d.h. ihn zu veranlassen, durch den Abfindungsvertrag auf sein Vermächtnis auf Übereignung der Farm zu verzichten. Der Berufungsrichter hat zu diesem Vortrag nicht Stellung genommen, hinsichtlich des Übereignungsanspruchs gegen den Beklagten zu 1 mit Recht, da für die Verpflichtung zur Übereignung es genügt, daß der Kläger den Vertrag nicht mit demselben Inhalt geschlossen hätte, wie dies geschah. Denn der Abfindungsvertrag wurde durch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung schon dann vernichtet, wenn dieser Vertrag zwar mit dem Verzicht, aber beispielsweise gegen höhere Abfindung zustandegekommen wäre. Hätte die Beklagte zu 2, wie der Kläger behauptet (§. 11 BU), bei der Täuschung des Klägers über die Schuldenlast mit dem erreichten Zweck, ihn von der Übernahme der Farm abzuhalten, mitgewirkt, so wäre eine unerlaubte Handlung der Beklagten zu 2 nach § 826 BGB zu bejahen. Der Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Beklagte zu 2 wäre in diesem Falle eine weitere Vereitelung des Anspruchs des Klägers. Die Beklagte zu 2 wäre dann zur Rückübertragung des Miteigentumsanteils auf den Beklagten zu 1 kraft Schadensersatzpflicht gehalten. Da der Kläger aber infolge der Anfechtung auf Grund des Testaments einen Anspruch auf Übereignung der Farm gegen den Beklagten zu 1 geltend macht, wäre die Beklagte zu 2 nicht beschwört, wenn sie statt an den Beklagten zu 1 an den Kläger ihren Miteigentumsanteil unmittelbar übertragen müßte.

Um dem Berufungsrichter Gelegenheit zu geben, den Klageanspruch gegen die Beklagte zu 2 unter diesem Gesichtspunkt erneut zu prüfen, war die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieser Zurückverweisung bedürfte es allerdings nicht, wenn der Kläger seine etwaigen Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 verwirkt hätte. Entgegen der Meinung der Revision der Beklagten verneint der Berufungsrichter jedoch mit Recht, daß der Kläger seine Ansprüche verwirkt hat, wie im folgenden zu zeigen.

VI.

Der Berufungsrichter führt zutreffend aus, eine Verwirkung scheitere schon an dem verhältnismäßig kurzen Zeitraum, den der Kläger nach seiner Rückkehr in den Haushalt der Beklagten dort verbracht habe (Mai 1955 bis August 1956, BU S. 25). Daß der Kläger schon 1952 von dem Testament Kenntnis hatte, ist für die Verwirkung im Gegensatz zu der Auffassung der Revision ohne Bedeutung, auch ob der Kläger bei größerer Sorgfalt seinerseits, die er nur sich selbst, nicht den Beklagten schuldete, nicht getäuscht worden wäre, oder die Täuschung früher entdeckt hätte. Auch die Verwirkung kommt erst von dem Zeitpunkt an in Frage, zu dem der Kläger nachweisbar die Täuschung entdeckt hat. Ebenso geht die Berufung der Revision der Beklagten auf eine Bestätigung des Vertrages durch das Verhalten des Klägers fehl. Sein bloßes Nichthandeln während der gesetzlichen Anfechtungsfrist bedeutete auch bei Lebensführung im Haushalt der Beklagten noch keine entsprechende Willenserklärung.

VII.

Das Berufungsgericht versagt den Beklagten das Zurückbehaltungsrecht, weil seine Ausübung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße, der gerade die Wurzel des Zurückbehaltungsrechtes sei. Eine Zurückbehaltung sei nicht zulässig, wenn der Zurückbehaltende wisse, daß sein Gläubiger die von ihm geschuldete Leistung nicht oder nicht in absehbarer Zeit erbringen könne. Die Beklagten berühmten sich eines Verwendungsanspruchs in Höhe von 60 000 DM. Selbst wenn dieser Anspruch nur zu einem Bruchteil bestünde, könnte, so erwägt das Oberlandesgericht, der Kläger ihn vorerst nicht erfüllen, da er unbestritten vorgetragen habe, er sei nur Angestellter bei den Kölner Fordwerken mit geringem Einkommen. Da der Beklagte zu 1 im Verein mit der Beklagten zu 2 die Durchsetzung des Vermächtnisanspruchs des Klägers bisher vereitelt habe, könne dem Kläger nicht zugemutet

werden, die Durchsetzung wegen des angeblichen Zurückbehaltungsrechts auf unbestimmte Zeit auszusetzen. Andernfalls würden die Beklagten durch sittenwidriges Verhalten erreicht haben, daß sie die Hühnerfarm wie rechtsmäßige Besitzer weiter behalten könnten. Es sei daher billig, die Beklagten mit ihren Verwendungsansprüchen auszuschließen und sie auf einen neuen Rechtsstreit zu verweisen. Das gelte auch insoweit, als der Kläger möglicherweise die im Vertrag vorgesehene Gegenleistung von 2 500 RM erstatten müsse.

Die Revision der Beklagten macht (unter Berufung auf Palandt, BGB 22. Aufl. § 273 Anm. 5 d - ebenso nun 23. Aufl. -) geltend, das Zurückbehaltungsrecht sei nur ausgeschlossen, wenn die Zurückbehaltung einen der Aufrechnung gleichkommenden Erfolg habe und Aufrechnung unzulässig sei. Das Verbot der Aufrechnung ist aber nicht der einzige Gesichtspunkt, aus dem heraus Zurückbehaltung unzulässig sein kann. Die Versagung des Zurückbehaltungsrechts kann sich auch sonst aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben ergeben. Es mag dahinstehen, ob, wie das Berufungsgericht meint und wofür es sich auf RGZ 152, 71, 73 berufen kann, eine Zurückbehaltung immer dann unzulässig ist, wenn der Zurückbehaltende weiß, daß sein Gläubiger die von ihm geschuldete Leistung nicht oder nicht in absehbarer Zeit erbringen kann. Im vorliegenden Fall, wo der Kläger einen Anspruch eingeklagt hat, der infolge eines gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltens des Beklagten zu 1 untergegangen war und nach jahrelanger Prozeßführung nun erst realisiert werden soll, und nach der Feststellung des Berufungsrichters der Kläger zur Erfüllung der Ersatzansprüche des Beklagten zu 1 wegen Aufwendungen auf das Grundstück (soweit sie bestehen, §§ 2184, 2185 BGB) aus wirtschaftlichen Gründen nicht instande ist, erscheint die Versagung des Zurückbehaltungsrechtes gerechtfertigt. Die Mittellosigkeit des Klägers brauchte, da sie von den Beklagten und den Nebenintervenienten nicht bestritten worden ist, entgegen der Meinung der Revision durch den Kläger nicht weiter dargetan, d.h. hier bewiesen zu werden (§ 288 Abs. 1

i.V.m. § 138 Abs. 3 ZPO). Richtig ist zwar, daß bei Entscheidungen nach Treu und Glauben die Interessen beider Parteien in Betracht zu ziehen sind, das Interesse des Beklagten zu 1 an seiner Sicherung ist aber angesichts seines Verhaltens nicht so durchschlagend, daß ihm das Zurückbehaltungsrecht gegeben werden müßte. Bei einer Zug-un-Zug-Leistung gemäß § 274 BGB wäre der Kläger auch im Gegensatz zur Meinung der Revision nicht in der Lage, durch Belastung des Grundbesitzes etwaige Ansprüche zu befriedigen (§ 726 Abs. 2 ZPO). Allerdings fällt ein Teil der geltend gemachten Aufwendungen, worauf die Revision des Neben-intervenienten an sich zutreffend hinweist, nach dem Vortrag des Beklagten zu 1 in die Zeit vor Abschluß des Abfindungsvertrages /243 - 245 GA/. Allein einem Zurückbehaltungsrecht aus diesen Aufwendungen hätte auch dann die Erwägung entgegengestanden, daß dem Kläger der Grundbesitz schuldenfrei zukommen sollte und daß bei dem jugendlichen Alter des Klägers sich keine andere Möglichkeit bot, als aus dem Grundbesitz selbst, sei es durch Belastungen, sei es aus dem Ertrag, etwaige Ersatzansprüche wegen Verwendungen oder wegen ungerechtfertigter Bereicherung (BGHZ 10, 177) zu tilgen. Unter Berücksichtigung des zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1 bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses wäre auch dann dem Beklagten zuzumuten gewesen, auch ohne Befriedigung seiner Verwendungsansprüche den Grundbesitz herauszugeben.

Die Versagung des Zurückbehaltungsrechts gegenüber der Klageforderung gegen den Beklagten zu 1 erscheint demnach gerechtfertigt. Obwohl zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2 nur ein Schwügerschafts-, nicht aber ein Verwandtschaftsverhältnis besteht, wäre nach dem gegenwärtigen Sachstand das Zurückbehaltungsrecht auch für die Beklagte zu 2 ausgeschlossen, wenn der Klageanspruch gegen die Beklagte zu 2 schon als begründet festgestellt werden könnte.

VIII.

Die noch nicht behandelten Angriffe der Revision des Nebenintervenienten betreffen lediglich Ausführungen des Berufungsurteils, die für ihn ungünstig, jedoch nicht entscheidungserheblich sind. Insoweit ist eine Nachprüfung nicht geboten.

IX.

Nach alledem erweisen sich die Revisionen des Beklagten zu 1 und die Revision des Nebenintervenienten, soweit sie sich gegen die Verurteilung des Beklagten zu 1 richtet, als unbegründet, während wegen des Klageanspruchs gegen die Beklagte zu 2 die Sache unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils an das Berufungsgericht zur anderweiten Vorhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen war. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten, auch hinsichtlich des Revisionsverfahrens, war dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Piepenbrock

Rotho

Mattorn