

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2191 039

ZPO §§ 339, 516, 552, 586; BGB § 242 Cc

Wird ein Versäumnisurteil gegen die beklagte Partei an eine für sie nicht vertretungsberechtigte Person und deshalb unwirksam zugestellt, so gilt für den Einspruch weder eine fünfmonatige noch eine fünfjährige Ausschlußfrist; der Einspruch kann aber bei besonderer Lage des Falles rechtsmißbräuchlich (verwirkt) sein.

BGH, Urt. v. 10. Oktober 1962 - V ZR 189/60 - OLG Nürnberg
LG Regensburg

V_ZR 189/60

Verkündet
am 10. Oktober 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Franz M [REDACTED] in S [REDACTED]-
berg Nr. [REDACTED] (Landkr. K [REDACTED]),

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Ferdinand M [REDACTED] in S [REDACTED]
berg Nr. [REDACTED] (Landkr. K [REDACTED]), als Rechtsnachfolger der
am 28. Oktober 1951 verstorbenen früheren Beklagten
Barbara M [REDACTED]

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 10. Oktober 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Nürnberg vom 1. Juli 1960 wird auf Kosten
des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder. Sie streiten um das Eigentum an dem Anwesen Haus Nr. 8 in S. Das Anwesen gehörte zu einem Erbhof ihres ledigen Onkels Georg M. (Erblasser). Dieser starb am 10. Januar 1945; der Kern des sachlichen Streits geht darum, ob und wie hinter ihm testamentarische oder gesetzliche Erbfolge eingetreten ist.

Als nächsten Angehörigen hinterließ der Erblasser seinen Bruder Ignaz M., den Vater der Parteien. Der Vater wurde bei seinem Tod 1946 von seiner Ehefrau Barbara M., der Mutter der Parteien, und diese bei ihrem Tod 1951 vom Beklagten beerbt; dieser ist also unstreitig als Erbeserbe alleiniger Rechtsnachfolger des Vaters.

An Verfügungen von Todes wegen hinterließ der Erblasser zwei notarielle Testamente. Im ersten Testament vom 6. Juni 1939 verfügte er die Aufteilung seines aus den Anwesen Nr. 8 und Nr. 3 bestehenden Erbhofs in zwei Höfe, bestimmte den Kläger zum Anerben für den Erbhof Nr. 8 und zum alleinigen Erben und behielt sich die Bestimmung des Anerben für den Erbhof Nr. 3 vor. Im zweiten Testament vom 8. Januar 1945, zwei Tage vor seinem Tod, widerrief er das frühere Testament und verfügte gesetzliche Erbfolge, so daß der Vater der Parteien Alleinerbe des Gesamtvermögens sein solle.

Als bald nach dem Tod des Erblassers erwirkte der Vater gemäß dem zweiten Testament einen Erbschein auf sich als Alleinerben. Gestützt auf diesen Erbschein übergab die Mutter als Alleinerbin des Vaters durch notariellen



Vertrag vom 13. Juli 1949 das Anwesen Haus Nr. 3 mit 22,768 ha an den Beklagten, der seitdem Besitzer ist; Auflassung und Grundbucheintrag sind nicht erfolgt.

Am 5. August 1949 erzielte der Kläger gegen die Mutter ein rechtskräftig gewordenes Urteil (Landgericht Regensburg 1 O 40/47) auf Feststellung, daß das zweite Testament des Erblassers wegen Testierunfähigkeit nichtig sei. Daraufhin wurde der Erbschein auf Ignaz eingezogen und gemäß dem ersten Testament ein neuer Erbschein auf den Kläger als Alleinerben des Erblassers erteilt; auf Grund dieses Erbscheins wurde der Kläger im Grundbuch bei sämtlichen vom Onkel hinterlassenen Grundstücken als Eigentümer eingetragen.

Um die Jahreswende 1949/50 erhob der Kläger gegen die Mutter die vorliegende Klage auf:

1. Herausgabe des Anwesens Haus Nr. 3,
2. Auskunfterteilung über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der im umstrittenen Anwesen hinterlassenen Erbschaftsgegenstände (Erstprozeß).

Dieser Klage wurde durch Versäumnisurteil des Landgerichts Regensburg vom 22. Juni 1950 stattgegeben. Der Kläger ließ das Urteil am 11. November 1950 an den früheren Berater der Mutter, Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] zustellen; eine Zwangsvollstreckung fand nicht statt.

Im Frühjahr 1953 erhob der Kläger erneut Klage auf Herausgabe des Anwesens Haus Nr. 3, diesmal gegen den Beklagten (Zweitprozeß, Landgericht Regensburg 4 O 155/53). Der Beklagte erwirkte nun die Einziehung und Kraftlosklärung des zweiten Erbscheins in drei Instanzen, weil infolge des nicht ausgefüllten Vorbehalts der Anerben-

bestimmung für Haus Nr. 3 im ersten Testament hinsichtlich eines entsprechenden (der Höhe nach noch nicht festgelegten) Teiles der Erbschaft gesetzliche Erbfolge eingetreten, der Kläger also nicht Alleinerbe, sondern nur Miterbe geworden sei; anschließend erreichte der Beklagte im Wege der einstweiligen Verfügung u.a. bei den Grundstücken von Haus Nr. 3 und einigen Grundstücken von Nr. 8 die Eintragung eines Widerspruchs gegen das Eigentum des Klägers.

Im Verlauf des Zweitprozesses ergaben sich im Jahr 1959 Zweifel an der Wirksamkeit der Zustellung des Versäumnisurteils von 1950 gegen die Mutter, nämlich an der Vollmacht des Rechtsanwalts Dr. D. N. Nunmehr nahm der Beklagte als insoweit jetzt unstreitiger Rechtsnachfolger (§239 ZPO) der Mutter den Erstprozeß wieder auf und legte gegen das Versäumnisurteil am 5. März 1959 Einspruch ein. Der Zweitprozeß ruht seitdem.

Das Landgericht hob auf den Einspruch das Versäumnisurteil auf und wies die Klage ab. Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Klägers dagegen zurück.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klagsprüche gegen den Beklagten weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Mit Recht haben die Vorinstanzen die Rechtzeitigkeit und damit die Zulässigkeit des Einspruchs bejaht.

1. Der Einspruch ist nicht schon deshalb verspätet, weil die Einspruchsfrist spätestens fünf Monate nach der Verkündung des Versäumnisurteils begonnen hätte, so daß sie bei Einlegung des Einspruchs schon seit Jahren abgelaufen gewesen wäre. Die Fünfmonatsfrist, die das Gesetz in §§ 516, 552 ZPO für Berufung und Revision vorsieht, ist auf den Einspruch gegen ein Versäumnisurteil nicht entsprechend anwendbar. Der erkennende Senat tritt den Vorinstanzen in dieser Auffassung bei, die bereits der VIII. Zivilsenat (BGHZ 30, 299, 300) vertreten und der sich neuerdings auch Rosenberg (Lehrbuch 9. Aufl. § 106 VI 1 c) angeschlossen hat.

Auch die gesetzliche Fünfjahresfrist für Wiederaufnahmeklagen (§ 586 Abs. 2 Satz 1 ZPO) kann nicht entsprechend herangezogen werden. Denn abgesehen davon, daß dort die in besonders engen Grenzen zu haltende Beseitigung eines schon rechtskräftig gewordenen Urteils in Frage steht, läßt das Gesetz sogar dort diese Frist dann nicht gelten, wenn es sich um einen Mangel in der Vertretung einer Partei handelt (§ 586 Abs. 3 ZPO); diesem Fall ist aber gerade der vorliegende vergleichbar (s. unten 2.).

Die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen.

2. Die Einspruchsfrist war auch nicht deshalb vor Einspruchseinlegung abgelaufen, weil das Versäumnisurteil mehr als zwei Wochen vorher zugestellt gewesen wäre (§ 339 Abs. 1 ZPO). Denn die allein erfolgte Zustellung vom 11. November 1950 an Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] ist von den Vorinstanzen zutreffend als rechtsunwirksam angesehen worden.

Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] hatte von der Mutter für den vorliegenden Rechtsstreit keine Vollmacht. Er war zwar in der Klage als Prozeßbevollmächtigter der Mutter bezeichnet (GA 1), und die Ladung der Mutter zum ersten Verhandlungstermin war an ihn zugestellt worden; das Landgericht hat jedoch diesen Termin vertagt, weil die Ladung an ihn statt an die Mutter gegangen sei (GA 6), und die Ladung zum neuen Termin vom 22. Juni 1950 an die Mutter persönlich verfügt, weil Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] nicht Vertreter sei (GA 5 R); zu diesem, dem Versäumnisurteil zugrunde liegenden Termin ist laut Verhandlungsniederschrift die Mutter ordnungsmäßig geladen worden (GA 10). Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] hat neuerdings (unterm 21. Februar 1959, GA 64) dem Landgericht auf Anfrage ausdrücklich erklärt, er habe in der vorliegenden Sache von der Mutter M. [REDACTED] Prozeßvollmacht und Zustellungsvollmacht weder damals gehabt noch später erhalten.

Auch eine Anscheinsvollmacht von Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] für den Zustellungszeitpunkt wird von den Vorinstanzen aus tatsächlichen Gründen zutreffend verneint, so daß die rechtliche Möglichkeit ihrer Anerkennung auch bei Prozeßhandlungen mit dem Berufungsgericht offengelassen werden kann. Das Oberlandesgericht führt aus: Es möge sein, daß Dr. D. [REDACTED] die Mutter und vielleicht auch den jetzigen Beklagten vor der Klagerhebung beraten und den Schriftwechsel wegen der erbrechtlichen Angelegenheiten mit dem Anwalt des Klägers geführt habe und daß er die Mutter auch nach der Klagzustellung über die Aussichten der Klage und über ihr Verhalten im Prozeß beraten habe; daraus ergebe sich aber keine Prozeßvollmacht; wenn es richtig sein sollte (was der Kläger behauptet), daß Dr. D. [REDACTED] dem Anwalt des Klägers erklärt habe, er habe seiner Partei geraten, ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen,

und er werde nicht im Termin auftreten, um Kosten zu sparen, so habe der Anwalt des Klägers daraus erkennen können, daß Dr. D. [REDACTED] keine Prozeßvollmacht erhalten habe; dafür, daß er ohne Prozeßvollmacht wenigstens Zustellungsvollmacht erhalten habe, lägen überhaupt keine Anhaltspunkte vor. Dem ist beizutreten.

Die Zustellung kann auch nicht nach § 187 Satz 1 ZPO als in dem späteren, aber noch 1950 oder 1951 liegenden Zeitpunkt bewirkt angesehen werden, in welchem die Mutter die Urteilsausfertigung etwa von Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] ausgehändigt bekommen hat. Das Berufungsgericht läßt offen, ob dies tatsächlich der Fall war, und hält die Anwendung jener Bestimmung nach Satz 2 aaO deshalb für ausgeschlossen, weil durch die Zustellung der Lauf der Einspruchsfrist als einer Notfrist (§ 339 Abs. 1 ZPO) in Gang gesetzt werden sollte. Auch dies trifft zu.

Die Revision bekämpft dies alles nicht. Sie macht jedoch geltend, die Mutter habe durch den Empfang der Urteilsausfertigung von Dr. D. [REDACTED] und die Billigung der Zustellung an ihn seine zunächst ohne Vertretungsmacht erfolgte Entgegennahme des Schriftstücks nachträglich genehmigt und dadurch den Wirksamkeitsmangel der Zustellung beseitigt, und zwar rückwirkend auf 1. November 1950 (vgl. §§ 177, 184 Abs. 1 BGB). Die von der Revision bejahte Frage, ob eine solche Genehmigung auch bei Prozeßhandlungen der vorliegenden Art rechtlich möglich wäre, kann offenbleiben. Denn ihre Voraussetzungen sind in tatsächlicher Hinsicht nicht erfüllt. Auch wenn man die bestrittene (GA 143, 145) Behauptung des Klägers (GA 66, 126) als richtig unterstellt, daß Dr. D. [REDACTED] der Mutter alsbald von der Zustellung des Versäumnisurteils an ihn Kenntnis gegeben habe, ergibt sich daraus allein entgegen

der Meinung des Klägers (GA 128/129) noch keine rechtsgeschäftliche nachträgliche Billigung des Zustellungsakts im Sinne der Heilung des Mangels von Dr. D. [REDACTED] Vertretungsmacht. Zum Begriff einer solchen Genehmigung als einer Willenserklärung gehört nämlich, daß der Wille des Genehmigenden auf die Erzielung eines rechtlichen Erfolgs, hier der Wirksamkeit der Zustellung des Versäumnisurteils an Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] als Vertreter der Mutter, gerichtet ist (vgl. BGHZ 2, 150, 152/3). Die Behauptung, daß die Mutter eine solche Billigung (gegenüber Dr. D. [REDACTED] oder dem Kläger oder dessen Vertreter) ausdrücklich erklärt hätte, ist dem Vortrag des Klägers in keiner Instanz zu entnehmen (vgl. GA 66, 126, 128/29 sowie S. 2 bis 4 der Revisionsbegründung). Behauptet ist vielmehr nur eine stillschweigende, schlüssige Genehmigungserteilung (GA 128/29, dort als "nachträgliche Bevollmächtigung" bezeichnet); der Kläger sieht sie in der widerspruchslosen Entgegennahme des Versäumnisurteils durch die Mutter von Dr. D. [REDACTED], nachdem dieser sie vorher dahin beraten habe, sie solle zur Kostenersparnis nicht auftreten, sondern das Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen (GA 75). Auch wenn man die letztere, vom Beklagten bestrittene Behauptung als wahr unterstellt, läßt das genannte, in bloßer Untätigkeit bestehende Verhalten der Mutter nicht zwingend oder auch nur mit hoher Wahrscheinlichkeit auf eine Genehmigung des Zustellungsakts im Rechtssinne schließen. Dabei ist nicht entscheidend, ob die Mutter deshalb untätig blieb, weil der Kläger ihr die Überlassung des umstrittenen Anwesens an den jetzigen Beklagten zugesagt und die Unterlassung einer Verteidigung im vorliegenden Rechtsstreit als Voraussetzung für die Erfüllung seines Versprechens hingestellt hatte, wie der Beklagte im Zweitprozeß behauptete (s. dort I 12/13, 29), oder deshalb, weil sie im Hinblick auf den damals noch bestehenden ersten Erbschein zugunsten des Klägers ihre Lage im Prozeß (mit oder ohne Beratung durch Dr. D. [REDACTED]) als aussichtslos

ansah. Ob die Mutter jenen Genehmigungswillen hatte, kann heute, nachdem die Mutter gestorben und seither schon über ein Jahrzehnt vergangen ist, nicht mehr festgestellt werden. Infolgedessen ist eine Heilung des Zustellungsmangels auch auf diesem Weg nicht dargetan.

Nach allem war die zweiwöchige Einspruchsfrist (§ 339 Abs. 1 ZPO) im Zeitpunkt der Einspruchseinlegung (5. März 1959) noch nicht in Lauf, also auch noch nicht abgelaufen.

3. Die Einlegung des Einspruchs stellt schließlich auch trotz der Länge der seit Verkündung des Versäumnisurteils verflossenen Zeit entgegen der Meinung der Revision keinen Rechtsmißbrauch dar.

Der Kläger will dies daraus herleiten, daß der Beklagte den Klaganspruch schon vor Erlaß des Versäumnisurteils namens seiner Mutter anerkannt und jahrelang, insbesondere im Zweitprozeß, die Rechtskraft des Versäumnisurteils nicht angezweifelt habe, obwohl er um das Fehlen jener Anwaltsvollmacht gewußt habe. In rechtlicher Hinsicht ist der Revision dahin beizupflichten, daß der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Verfahrensrecht gilt; das ist insbesondere für die Einlegung und Zurücknahme von Rechtsmitteln in der Rechtsprechung wiederholt anerkannt worden (RGZ 102, 217, 222/23; 161, 350, 359; BGH IM ZPO § 514 Nr. 3 Schlußabsatz; BGHZ 20, 198, 206; BVerwG NJW 1959, 740; BayVerfGH NJW 1962, 339; Baumgärtel ZZP 67, 423). In tatsächlicher Hinsicht hat allerdings am 25. Januar 1950 bei Anhörung zum Armenrechtsgesuch des Klägers der jetzige Beklagte mit schriftlicher Vollmacht seiner Mutter, der damaligen Beklagten und Antragsgegnerin, mit Bezug auf die damals wie heute mit der Klage geltend gemachten Ansprüche (und einen damals noch weiter erhobenen Anspruch auf Becidigung der Auskunft) unstreitig

und aktenkundig (GA Bl. 7 und Bl. dahinter)
erklärt:

"Die Antragsgegnerin anerkennt die Ansprüche
und erklärt sich zu deren Erfüllung bereit.

gez. Ferdinand Mühlbauer."

Der Beklagte hat sich ferner auch in dem 1953 begonnenen
Zweitprozeß jahrelang sowie gegenüber dem durch diesen
im Jahre 1956 ausgelösten Titelumschreibungsverfahren
nach § 727 ZPO nicht auf eine mangelnde Rechtskraft des
Versäumnisurteils berufen. Aber diese Umstände reichen
nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts
nicht aus, um dem Einspruch wegen Verstoßes gegen Treu
und Glauben (Rechtsmißbrauch, Verwirkung) die rechtliche
Anerkennung zu versagen.

Das Berufungsgericht führt dazu aus: Ein solcher
Mißbrauch könnte vorliegen, wenn der Beklagte jahrelang
einen durch das Versäumnisurteil geschaffenen, sein Recht
verletzenden Zustand geduldet hätte und nun durch seinen
Einspruch die Änderung des Zustandes verlangen würde, auf
den der Kläger sich habe einrichten dürfen und eingerichtet
habe. Das sei aber nicht der Fall: Der Kläger habe von
dem Versäumnisurteil der Mutter gegenüber niemals Gebrauch
gemacht. Nach ihrem Tode habe er seinen Herausgabeanspruch
gegen den Beklagten in einem neuen Prozeß auf Grund seines
Eigentums durchzusetzen versucht; erst in zweiter Instanz
habe er den Antrag gestellt, ihm zu dem Versäumnisurteil
die Vollstreckungsklausel gegen den Beklagten zu erteilen.
Der Beklagte habe sich stets geweigert, das Herausgabever-
langen seines Bruders zu erfüllen. Durch das Versäumnis-
urteil sei also kein Zustand geschaffen worden, auf den
der Kläger sich eingerichtet und den der Beklagte hinge-
nommen habe. Auch die Anerkenntniserklärung im Armenrechts-
verfahren habe den Beklagten an Einlegung des Einspruchs

nicht gehindert. Das gleiche gelte für den Umstand, daß der Beklagte selbst in früheren Verfahren das Versäumnisurteil als rechtskräftig bezeichnet und seine Verteidigung darauf eingestellt habe; nicht nur er, sondern auch mehrere Gerichte seien in den früheren Verfahren diesem Irrtum erlegen, weil sie auf Grund des übereinstimmenden Vortrags der Parteien keine Veranlassung gehabt hätten, die Rechtswirksamkeit der Zustellung anzuzweifeln; der Irrtum sei erst vom Berufungsgericht in dem jetzt ruhenden Zweitprozeß aufgedeckt und der Beklagte auf die Möglichkeit des Einspruchs hingewiesen worden.

Dieser Würdigung tritt der erkennende Senat bei. Die rechtlichen Beziehungen der Parteien zueinander waren materiell und verfahrensmäßig ungewöhnlich kompliziert, wie die Fülle der bisher ergangenen und teilweise einander widersprechenden gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere der Wechsel in der Beurteilung der materiell-rechtlichen zentralen Beerbungsfrage zeigt (Erteilung und Einziehung von nacheinander zwei Erbscheinen); deshalb liegt die Annahme nahe, daß auch die Parteien trotz anwaltlicher Beratung die Rechtslage nicht von vornherein klar überschaut haben. Bei dieser Sachlage und mangels besonderer Anhaltspunkte für eine bewußte und böswillige Hinauszögerung liegt in dem geschilderten Verhalten des Beklagten noch kein Verstoß gegen Treu und Glauben. Mit Recht betont das Berufungsgericht insbesondere, daß der Kläger gegenüber der Mutter von dem Versäumnisurteil niemals Gebrauch gemacht hat und daß der Beklagte, als der Kläger sich gerichtlich gegen ihn wandte (im Zweitprozeß und im Umschreibungsantrag 1956), sich von vornherein, wenn auch mit sachlich-rechtlichen Einwendungen, gewehrt hat, so daß sich der Kläger also nicht etwa infolge der Anerkenntniserklärung oder der Untätigkeit des Beklagten

darauf einrichten konnte, dieser werde sich den im Versäumnisurteil verbriefenen Ansprüchen beugen. Dabei ist wiederum nicht entscheidend, welches Motiv der Anerkenntniserklärung zu Grunde lag (vgl. oben 2).

Die Revision meint, im Hinblick auf das vorangegangene Anerkenntnis und die vom Kläger behauptete entsprechende Beratung der Mutter durch Rechtsanwalt Dr. D. [REDACTED] sei das Versäumnisurteil statt eines Anerkenntnisurteils hingenommen worden und praktisch ein "Anerkenntnisurteil" gewesen, das auch ohne Zustellung nach spätestens sechs Monaten rechtskräftig geworden wäre; dabei wird jedoch in rechtlicher Hinsicht übersehen, daß die "praktische" Gleichsetzung an der rechtlichen Verschiedenheit von Versäumnisurteil und Anerkenntnisurteil gerade auch bezüglich der betont formalen Gesetzesvorschriften über ihre Anfechtung (oben 1) nichts ändern kann, und in tatsächlicher Hinsicht, daß ein bewußtes Hinnehmen des Versäumnisurteils als rechtskräftig in Kenntnis seines Zustellungsmangels nicht dargetan ist.

Daß durch die Anerkenntniserklärung auf Einspruch gegen ein etwa ergehendes Versäumnisurteil hätte verzichtet werden wollen, macht der Kläger nicht geltend. Für einen solchen Willen fehlen auch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte. Die rechtliche Möglichkeit eines derartigen Vorausverzichts (vergl. dazu Wieczorek, ZPO § 346 Bem. B) kann daher offen bleiben.

4. Nach allem ist, da auch sonstige Bedenken nicht ersichtlich sind, der Einspruch zulässig.

II.

In sachlicher Beziehung hält das Berufungsgericht die Klage für unbegründet, den Einspruch daher für begründet.

Die Revision bekämpft auch dies ohne Erfolg.

1. a) Was das Herausgabeverlangen betrifft, so verneint das Berufungsgericht einen Anspruch aus Erbrecht (§ 2018 BGB) oder Eigentum (§ 985 BGB) deshalb, weil der Kläger nicht Alleinerbe des Erblassers geworden sei. Die Erbscheinsvermutung zugunsten des Klägers (§ 2365 BGB) lehnt es ab, weil der zweite Erbschein eingezogen sei, und prüft die Erbfolge selbst an Hand der Verfügungen von Todes wegen; die Eigentumsvermutung (§ 891 Abs. 1 BGB) hält es nach dem Ergebnis seiner Überprüfung für widerlegt. Bei Prüfung der Erbfolge scheidet es zutreffend das zweite Testament aus; dessen Nichtigkeit ist mit Wirkung gegen den Beklagten als Gesamtrechtsnachfolger der Mutter durch das gegen diese ergangene Urteil vom 5. August 1949 rechtskräftig festgestellt (§§ 322 Abs. 1, 325 Abs. 1 ZPO). Bei der Würdigung des allein verbleibenden ersten Testaments geht das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum (durch Bezugnahme auf sein früheres, eine einstweilige Verfügung betreffendes Urteil vom 10. Februar 1956, 4 U 15/55 = 4 Q 23/54 sowie auf den im zweiten Erbscheinseinziehungsverfahren ergangenen Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 17. September 1954 BReg 1 Z 123/1954 = VI 15/1945) davon aus, daß der Nachlaß des Erblassers bei Inkrafttreten des Kontrollratsgesetzes Nr. 45 am 24. April 1947 im Sinne von dessen Artikel XII Abs. 2 noch nicht geregelt war und die Beerbung sich deshalb nicht nach dem früheren Erbhofrecht, sondern nach dem für freies Grundeigentum geltenden Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs richtet (aaO Art. I, II, III). Zutreffend erklärt es deshalb die Anerbenbestimmung im Testament für gegenstandslos und das Testament selbst für zwar nicht unwirksam, aber auslegungsbedürftig. Die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen.

Bei der Auslegung stellt das Berufungsgericht, wiederum in Übereinstimmung und Anlehnung an die genannten früheren Entscheidungen, zunächst als tatsächlich vorhandenen Willen des Erblassers bei Testamenterrichtung fest, er habeseinen Nachlaß in drei Teilen vererben wollen: den Hof Nr. 8 und das erbhoffreie Vermögen an den Kläger, den Hof Nr. 3 an eine noch zu bestimmende andere Person (unter seinen Neffen); die Verfügung, der Kläger solle "auch" sein "alleiniger Erbe" sein, habe sich lediglich auf das erbhoffreie Vermögen bezogen. Hieraus entnimmt das Berufungsgericht im Weg der ergänzenden Auslegung, daß der Erblasser diesen Willen zur Aufteilung seines Vermögens unter (mindestens) zwei Personen - und zwar im Verhältnis von Miterben, nicht etwa im Verhältnis von Alleinerbe und Vermächtnisnehmer (vgl. BayObLG aaO S. 8, OLG-Urteil 1955, S. 17) - auch dann gehabt hätte, wenn er auf die erbhofrechtlichen Bindungen keine Rücksicht hätte nehmen müssen. Die Unterlassung der vorbehaltenen Anerbenbestimmung für den Hof Nr. 3 sei mangels jeden Anhaltspunkts nicht so zu würdigen, daß der Erblasser für diesen Fall dem Kläger auch diesen Hof und damit den Gesamtnachlaß habe vererben wollen; vielmehr sei insoweit mangels einer testamentarischen Erbenbestimmung die gesetzliche Erbfolge eingetreten (§ 2088 Abs. 1 BGB). Gesetzlicher Erbe sei Vater Ignaz gewesen; dieser sei also zusammen mit dem Kläger Erbe des Erblassers geworden und habe seine Miterbenstellung über seine Ehefrau auf den Beklagten weiter vererbt.

Diese Testamentsauslegung ist einleuchtend, jedenfalls rechtlich möglich. Die Revision rügt ohne Erfolg fehlerhafte Anwendung des § 2088 BGB sowie Nichtberücksichtigung wesentlichen Parteivorbringens.

In rechtlicher Hinsicht scheint allerdings der Anwendung des § 2088 Abs. 1 BGB entgegenzustehen, daß die Erb-

einsetzung im vorliegenden Fall nicht auf einen ziffernmäßigen, sondern auf einen gegenständlichen Teil des Nachlasses (Hof Nr. 8, erbhoffreies Vermögen) beschränkt ist. Aber eine Beschränkung dieser Art war nur nach dem Erbhofrecht möglich. Mit seiner Außerkraftsetzung muß die gegenständliche Beschränkung in eine bruchteilsmäßige umgedeutet werden, so daß § 2088 Abs. 1 BGB anwendbar wird; Der Kläger ist zu derjenigen Quote als Erbe eingesetzt, die dem Verhältnis des Wertes des Hofes Nr. 8 und des erbhoffreien Vermögens zum Wert des Gesamtnachlasses entspricht; in Höhe der verbleibenden Quote trat die gesetzliche Erbfolge ein. Das ist ersichtlich auch die Auffassung des Berufungsgerichts. Dabei ist es Frage der Testamentsauslegung, ob jener Wertvergleich nach dem wirklichen oder hypothetischen Willen des Erblassers für den Zeitpunkt der Testamenterrichtung oder für den Zeitpunkt des Erbfalls angestellt werden soll; auf die Entscheidung dieser Frage sowie auf die (von ihr mit abhängige) Ermittlung einer bestimmten Bruchteilshöhe kommt es im vorliegenden Rechtsstreit nicht an, so daß die Nichterörterung dieser Punkte durch das Berufungsgericht nicht zu beanstanden ist.

Die Revision rügt insbesondere Nichtberücksichtigung des Umstands, daß der nach Auffassung des Berufungsgerichts als Miterbe zum Zug kommende Vater Ignaz ausweislich einer anderen Stelle in jenem ersten Testament vom Erblasser als Erbe gerade nicht gewünscht worden sei. Diese Testamentsstelle lautet:

"II. Ich habe lediglich einen Bruder namens Ignaz M. Mein genannter Bruder wäre daher mein gesetzlicher Anerbe. Er ist aber meines Erachtens nicht bauernfähig aus folgenden Gründen: Mein Bruder ist derzeit ungefähr 63 Jahre alt. Er hatte von 1905 bis 1908 Zuchthaus wegen Meineids-

verleitung. Er ist auch unfähig, ein Bauernanwesen zu bewirtschaften"

Es trifft zu, daß sich weder das Berufungsurteil noch die genannten früheren Entscheidungen ausdrücklich mit dieser Testamentsstelle auseinandergesetzt haben. Aber einmal trägt die Revision nicht vor, daß der Kläger einen Willen des Erblassers, den Vater Ignaz von der Erbfolge auszuschließen, schon in den Tatsacheninstanzen behauptet hätte. Die Testamentsstelle zwingt auch keineswegs zu der Annahme, daß sie den rechtsgeschäftlichen Willen zur Enterbung ausdrücken und nicht etwa bloß über das Motiv zur Erbhofaufteilung in die nächste Generation hinein berichten will. Vor allem jedoch würde ein derartiger Enterbungswille an der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nichts ändern: Er könnte zwar dazu führen, daß für den oben genannten (dem verhältnismäßigen Wert des Hofes Nr. 3 entsprechenden) Bruchteil kraft Gesetzes anstelle des Vaters Ignaz (und jetzt des Beklagten als seines Erbeserben) eine oder mehrere andere Personen als Miterben neben dem Kläger berufen wären (§ 1938 BGB) - als solche Miterben kämen sämtliche sechs Kinder des Ignaz oder ein Teil von ihnen in Betracht (§ 1925 Abs. 3 i.V.m. § 1924 Abs. 3, 4 BGB, vgl. §§ 20 Nr. 3, 21 Abs. 1, 25 Abs. 4 Satz 1 des früheren Reichserbhofgesetzes; s. auch Senatsurteil LM BGB § 1938 Nr. 1 = MDR 1959, 290) -. Die Enterbung des Vaters würde aber jenen Aufteilungswillen des Erblassers nicht in Frage stellen und daher entgegen der Meinung der Revision nicht zu der Annahme führen können oder gar müssen, daß der Kläger Alleinerbe wäre.

Ist hiernach der Kläger nicht Alleinerbe des Erblassers, so ist er weder für die Erbschaftsklage (§ 2018 BGB) noch für die Eigentumsklage (§ 985 BGB) aktiv legitimiert;

beide Ansprüche stehen nicht ihm allein, sondern der Erbengemeinschaft zu. Ein Klagserfolg aus § 2039 BGB scheitert schon verfahrensrechtlich daran, daß der Klagantrag nicht auf Herausgabe an die Erbengemeinschaft, sondern an den Kläger persönlich lautet.

b) Auch in der genannten Anerkenntniserklärung des Beklagten von 1950 sieht das Berufungsgericht keine geeignete Klaggrundlage: Ein prozeßrechtliches Anerkenntnis im Sinn von § 307 ZPO liege nicht vor, weil es nicht in der mündlichen Verhandlung abgegeben worden sei. Ob es ein materiellrechtliches Anerkenntnis darstelle, könne offenbleiben; denn es habe jedenfalls auf dem durch den damaligen zweiten Erbschein gestützten, jetzt als irrig erkannten beiderseitigen Glauben an das Alleinerbrecht des Klägers beruht und sei durch die nunmehrige Aufdeckung des Irrtums entweder (als deklaratorisches Schuldanerkenntnis) unmittelbar kraftlos oder (als abstraktes) wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kondizierbar geworden.

Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht ersichtlich. Auch die Revision wendet sich nur gegen die Annahme, jener beiderseitige Glaube sei irrig gewesen; dieser Angriff ist nach dem oben (a) Ausgeführten unbegründet.

2. Mit der rechtsirrtumsfreien Verneinung des Alleinerbrechts des Klägers entfällt auch der auf § 2027 BGB gegründete Auskunftsanspruch. Denn Gläubiger ist hier, ebenso wie beim Herausgabeanspruch aus § 2018 BGB, nur die Erbengemeinschaft insgesamt, nicht der Kläger als Miterbe allein; und für eine Klage aus § 2039 BGB fehlt es ebenso wie dort an einem entsprechenden Klagantrag. Für das Anerkenntnis gilt das oben (1, b) Gesagte entsprechend.

Die Revision beruft sich fürsorglich auf einen Auskunftsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 666, 681 BGB), weil der Beklagte im Gegensatz zu der nach dem Gesetz gebotenen gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses durch alle Miterben (§ 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB) die Verwaltung über einen Teil des Nachlasses, nämlich den Hof Nr. 3, allein geführt habe. Es kann dahingestellt bleiben, ob ein derartiger Auskunftsanspruch (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 2038 Anm. 13; Palandt/Keidel, BGB 20. Aufl. § 2038 Anm. 4) einem Miterben allein oder nur der Erbgemeinschaft im ganzen zuzubilligen ist. Denn es fehlt auch hier wiederum an einem geeigneten Klagantrag, weil der Gegenstand der Auskunftspflicht des Geschäftsführers ohne Auftrag ein ganz anderer ist als der hier eingeklagte: dort kommt eine Pflicht zur Auskunft über den Stand des Geschäfts, also der Verwaltung des Anwesens, in Betracht (§ 666 BGB), hier eingeklagt ist jedoch die Auskunft über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der im umstrittenen Anwesen hinterlassenen Erbschaftsgegenstände.

III.

Da auch ein sonstiger Rechtsirrtum zum Nachteil des Revisionsklägers nicht ersichtlich ist, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern Offterdinger