

0401 C24

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 206/67

URTEIL

Verkündet am

14. Dezember 1970

Groß,

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Lucie H [REDACTED] geb. M [REDACTED], Inhaberin eines
Malereibetriebes, B [REDACTED] [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

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

gegen

die Hausverwalterin Anna S [REDACTED] geb. H [REDACTED],
B [REDACTED] [REDACTED], Kl [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Hubert Meyer sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Gähtgens und Dunz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts vom 16. Oktober 1967 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Klage abgewiesen hat. Hinsichtlich der Widerklage wird die Revision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Witwe des am ■. ■ 1965 verstorbenen Malermeisters Albert H■■. Die Ehe war 1936 geschlossen worden und kinderlos. In ihr bestand Gütertrennung. Der Erblasser hat die Klägerin durch ein Testament vom 14. Juni 1965 zum gesetzlichen Erbteil als Erbin eingesetzt. Da die im Testament berufenen Miterben die Erbschaft ausgeschlagen haben, ist sie Alleinerbin geworden.

- 3 -

Der Erblasser hatte die Klägerin im August 1958 verlassen. Er lebte mit der Beklagten in einem ehe-ähnlichen Verhältnis zusammen. Seit dem 1. Mai 1962 war die Beklagte in seinem Malergeschäft als Angestellte gegen ein monatliches Bruttoentgelt von 450 DM tätig.

Der Erblasser wurde am 28. Mai 1965 in ein Krankenhaus eingeliefert. An diesem Tage übergab er der Beklagten folgendes Schreiben:

"Erklärung!

Hiermit schenke ich Frau Anna S. [REDACTED]
11.000,- Elftausend DM, ferner
3.500,- Dreitausendfünfhundert DM, ferner
3.200,- Dreitausendzweihundert DM
17.700,- Siebzehntausendsiebenhundert DM."

Zwecks Abhebung von den Konten händigte er der Beklagten Schecks aus. Die Beklagte hob am 31. Mai 1965 den Gesamtbetrag von 17.700 DM ab.

Am 13. Juni 1965 übergab der Erblasser der Beklagten ein Schreiben folgenden Inhalts:

"Hiermit schenke ich Frau Anna S. [REDACTED] geb. Hü [REDACTED], B. [REDACTED], Kl. [REDACTED]weg [REDACTED] mein gesamtes Barvermögen, mein gesamtes Guthaben, welches auf mein Postscheckkonto ist, mein gesamtes Guthaben auf den Sparkonten der B. [REDACTED] Bank, Bank für Ha. [REDACTED] und I. [REDACTED] und D. [REDACTED] Bank. Alles mit Stichtag vom 13. Juni 1965. Ferner alle Außenstände an meinem Malereibetrieb auch mit Stichtag vom 13. Juni 1965."



Am 29. Juni 1965 hob die Beklagte bei der Bank für Ha[REDACTED] und I[REDACTED] das Sparkonto des Erblassers mit 3.457,50 DM ab.

Seit längerem schwebte zwischen der Klägerin und dem Erblasser ein Rechtsstreit auf Auszahlung eines Anteils an einer Innengesellschaft hinsichtlich des Malereibetriebes. Das Landgericht hatte den Erblasser am 23. Oktober 1964 zur Zahlung von 10.351,09 DM verurteilt. Das Kammergericht wies am 14. Juni 1965 die Klage gegen den Erblasser ab (12 U 56/65).

Die Klägerin verlangt die Rückzahlung der abgehobenen Beträge. Sie behauptet, bei den Schenkungen habe es sich um Scheingeschäfte gehandelt. Sie hätten lediglich dazu gedient, im Falle einer dem Erblasser ungünstigen Entscheidung des Kammergerichts am 14. Juni 1965 einen Zugriff der Klägerin auf sein Vermögen zu verhindern.

Sie meint, die Schenkungen seien wegen Formmangels und wegen Sittenwidrigkeit nichtig. Der Erblasser habe beabsichtigt, sie um ihren Anspruch aus dem Urteil des Landgerichts zu bringen, und außerdem trage die Beklagte die Schuld an der Zerrüttung ihrer, der Klägerin, Ehe. Die Schenkung habe eine Entlohnung für ihre ehebrecherischen Beziehungen mit dem Erblasser dargestellt.

Auf die insgesamt von der Beklagten abgehobenen 21.157,50 DM bringt die Klägerin der Beklagten (1.000 DM + 502,25 DM =) 1.502,25 DM aus jetzt nicht mehr interessierenden Gründen gut.

Ferner hat die Klägerin die Erstattung zweier Beträge von 500 DM und 250 DM verlangt, die die Beklagte am 30. Mai und 30. Juni 1965 aus der Kasse entnommen habe.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie $(17.700 + 500 + 250 + 3.457,50 \text{ DM} - 1.502,25 \text{ DM} =) 20.405,25 \text{ DM}$ nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zu verurteilen, an sie 3.988,15 DM nebst Zinsen zu zahlen, Auskunft über die Forderungen der Firma Albert H. mit Stichtag vom 13. Juni 1965 zu erteilen sowie die sich danach ergebenden Einnahmen des Malereibetriebes Albert H. an die Beklagte auszuführen.

Sie meint, die Schenkungen seien wirksam. Zur Abhebung der 3.457,50 DM am 29. Juni 1965 sei sie ermächtigt gewesen. Bei den Schenkungen handele es sich nicht um Scheingeschäfte.

Der Erblasser habe noch am 14. Juni 1965 von dem Ausgang des Rechtsstreits beim Kammergericht erfahren und dennoch bis zu seinem Tode die Schenkungen nicht rückgängig gemacht. Die Schenkungen seien auch nicht sittenwidrig, sondern als Zahlung an eine langjährige Angestellte und zum Ausgleich dafür gedacht gewesen, daß die Beklagte ihre selbständige Tätigkeit als Hausverwalterin auf Wunsch des Erblassers aufgegeben habe, um in seinem Geschäft zu arbeiten.

Sie hat behauptet, der Betrag von 500 DM sei noch vom Erblasser aus der Kasse entnommen und verbraucht worden. Den Betrag von 250 DM habe sie im Auftrage des Erblassers entnommen und ihm ins Krankenhaus gebracht.

Zur Begründung der Widerklage hat sie behauptet, sie habe aus **eigenen Mitteln der Geschäftskasse zur Bezahlung** von Löhnen am 16. Juni 1965 den Betrag von 2.000 DM und am 30. Juni 1965 von 1.000 DM darlehensweise zur Verfügung gestellt.

Ferner müsse die Klägerin ihr 988,15 DM notwendige Beerdigungskosten erstatten.

Ihre weiteren Ansprüche stützt die Beklagte auf das Schreiben des Erblassers vom 13. Juni 1965 und trägt vor, die Klägerin habe alle Geschäftsunterlagen in Besitz genommen, sie müsse daher der Beklagten Auskunft erteilen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil unter Abweisung der Klage im übrigen die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 750 DM nebst Zinsen zu zahlen. Der Widerklage hat es voll stattgegeben.

Das Berufungsgericht, vor dem die Klägerin hilfsweise ihren Zahlungsanspruch als Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend gemacht und Auskunft über den Verbleib der von der Beklagten angeblich zurückbezahlten 21.000 DM verlangt hat, hat auf die Berufung der Klägerin die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 2.705,25 DM nebst Zinsen zu zahlen, und auf die Widerklage hin die Klägerin, an die Beklagte

485,90 DM nebst Zinsen zu zahlen. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen. Es hält die Schenkungen vom 28. Mai 1965 für wirksam, nicht dagegen die im Schreiben vom 13. Juni 1965 angeordneten. Es führt aus, die Beklagte habe außer den Beträgen von 500 und 250 DM auch den Betrag von 3.457,50 DM zurückzuzahlen abzüglich eines Betrages von 1.000 DM, den sie am 30. Juni 1965 in die Geschäftskasse eingelegt habe, und eines Betrages von 502,25 DM für verrechnete Beerdigungskosten. Die Widerklage hält es lediglich wegen 485,90 DM weiterer Beerdigungskosten für begründet.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter, soweit ihnen nicht stattgegeben worden ist. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, die Schenkung vom 28. Mai 1965 sei bereits aus Formgründen nichtig. Zwar hätte das Schreiben des Erblassers nach § 518 Abs. 1 BGB nicht genügt, um ein wirksames Schuldversprechen zu begründen. Zu Unrecht zweifelt die Revision jedoch die Ansicht des Berufungsgerichts an, der Formmangel sei nach § 518 Abs. 2 BGB durch Leistung des Versprochenen geheilt worden. Der Hingabe baren Geldes steht die von Schecks mindestens von dem Augenblicke an gleich, in dem der Beschenkte im Einverständnis des

Schenkern die Schecks eingelöst und das Geld in Empfang genommen hat. Soweit die Klägerin aus Kontenbewegungen etwas anderes herleiten will, handelt es sich um neues, in der Revisionsinstanz unbeachtliches Vorbringen. Inwiefern das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang gegen seine Aufklärungspflicht verstoßen haben soll, ist nicht ersichtlich. Daß die Beklagte die Schecks eingelöst hat, war in den Vorinstanzen unbestritten.

2. Keine rechtlichen Bedenken bestehen auch gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Schenkung vom 28. Mai 1965 (17.700 DM) nicht als Scheingeschäft nichtig sei.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe Beweisangeboten auf Vernehmung des Zeugen He[REDACTED] nicht stattgegeben, durch den im ersten Rechtszug unter Beweis gestellt war, der Erblasser habe am 28. Mai 1965 nicht gewußt, daß er dem Tode nahe sei, und habe sich dritten Personen gegenüber in dem Sinne geäußert, daß lediglich eine Scheinschenkung vorliege. Die Klägerin vermag indes **nicht aufzuzeigen, daß sie** in der Berufungsinstanz auf diese Beweisangebote zurückgekommen sei, nicht einmal, daß sie dort noch geltend gemacht habe, es liege ein Scheingeschäft vor. Schon deshalb liegt kein Rechtsverstoß darin, daß das Berufungsgericht auf die Beweisangebote nicht eingegangen ist; angesichts ihrer Unbestimmtheit konnte es davon ausgehen, daß die Klägerin auf sie keinen Wert mehr lege, dies umsomehr, als das Landgericht das zweite Beweisangebot als verspätet

zurückgewiesen hatte. Zudem hätten sich den Äußerungen des Erblassers allenfalls Anzeichen für dessen Geschäftswillen entnehmen lassen, und Beweise, die nur Anzeichen (Indizien) betreffen, braucht das Gericht nicht zu erheben, wenn es aus den Anzeichen, ihr Vorliegen unterstellt, keine Schlüsse auf die zu beweisende Haupttatsache ziehen würde. Das Berufungsgericht hat gerade aus dem behaupteten Zweck der Schenkung, die Vollstreckung einer befürchteten Urteilsforderung der Klägerin aus einem Vorprozeß zu vereiteln, geschlossen, daß eine wirksame Schenkung gewollt gewesen sei. Diese Folgerung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

3. a) Die Absicht der Vollstreckungsvereitelung allein würde nicht ausreichen, die Schenkung vom 28. Mai 1965 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten als nichtig zu behandeln (§ 138 Abs. 1 BGB). Sie hätte lediglich die Klägerin, falls diese im Vorprozeß obsiegt hätte, berechtigen können, die Vermögensübertragung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 3 des Anfechtungsgesetzes anzufechten (BGHZ 53, 174, 180 mit weiteren Nachweisen).

b) Das Berufungsgericht hält die Zuwendung vom 28. Mai 1965 auch nicht deshalb für nichtig, weil die Empfängerin die Geliebte des Erblassers war. Es geht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus, daß Zuwendungen eines Mannes an seine Geliebte dann nach § 138 Abs. 1 BGB regelmäßig nichtig sind, wenn sie bestimmt sind, den ehebrecherischen Verkehr zu belohnen,

daß sie aber dann nicht sittenwidrig sind, wenn der Schenkende maßgeblich aus achtenswerten Gründen zu der Schenkung bewogen worden ist. Solche achtenswerte Beweggründe hält das Berufungsgericht deshalb für gegeben, weil der Erblasser die Beklagte in erster Linie für die auf seinen Wunsch erfolgte Aufgabe ihrer Existenz und ihre gegen ein verhältnismäßig geringes Entgelt geleistete langjährige Mitarbeit in seinem Betrieb habe entschädigen wollen; die Schenkungen stünden auch nicht in einem auffälligen Mißverhältnis zu den Einbußen.

Wie der erkennende Senat insbesondere in seinem Beschluß vom 31. März 1970 - III ZB 23/68 = BGHZ 53, 369 ff eingehend dargelegt hat, liegt der entscheidende Grund für die Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung zugunsten der Geliebten in der unredlichen Gesinnung des Erblassers, wie sie in dem Rechtsgeschäft selbst zum Ausdruck kommt und eine Verwirklichung erstrebt.

Es kommt deshalb allein auf den sich aus dem Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts an, der an der Sittenordnung zu messen ist. Zwar können, wenn der Charakter des Rechtsgeschäfts beurteilt werden soll, bei letztwilligen Zuwendungen an die Geliebte die Beziehungen des Erblassers zu der Bedachten nicht außer Betracht bleiben. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß nicht diese Beziehungen, sondern allein die letztwillige Zuwendung, also die Art und Weise, in der der Erblasser seinen Nachlaß verteilt wissen will, auf ihre Vereinbarkeit mit den guten Sitten zu überprüfen ist.

Für die Beurteilung einer Zuwendung kommt es sonach unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit wesentlich auf den Inhalt dieses Rechtsgeschäfts unter Einschluß seiner Auswirkungen an. Deshalb ist neben der Frage, welche Beziehungen den Schenker mit der Bedachten verbunden haben (und auch, aus welchem Grunde und in welcher Weise sie bedacht worden ist), in Würdigung des Gesamtcharakters der Zuwendung insbesondere zu berücksichtigen, wer zugunsten der Bedachten zurückgesetzt worden ist, in welchen Beziehungen der Schenker zu den Zurückgesetzten stand und wie sich die Zuwendung für diese Zurückgesetzten auswirkt; ob es ihnen insbesondere zugemutet werden kann, die Lage hinzunehmen, die durch die Zuwendung geschaffen worden ist. Dabei wird in der Regel die Zurücksetzung um so schwerer wiegen, je enger das familienrechtliche Verhältnis war, in dem die Zurückgesetzten zu dem Erblasser standen, wenn vor allem Ehefrau und Kinder zugunsten der Bedachten zurückgesetzt worden sind.

Im vorliegenden Fall ist die Zurückgesetzte die Ehefrau des Erblassers, der erfolglos versucht hatte, die Ehe zu lösen. Wenn er auch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, in der Lage gewesen wäre, die Klägerin auf den Pflichtteil zu setzen, so reicht die Tatsache allein, daß er sie in Höhe des gesetzlichen Erbteils als Erbin eingesetzt hat, noch nicht aus, die Möglichkeit einer unzumutbaren Zurücksetzung auszuräumen. Bei der erforderlichen Gesamtschau kann auch der Umstand ins Gewicht fallen, daß der Erblasser der Beklagten nicht nur am 28. Mai 1965 den Betrag von 17.700 DM geschenkt, sondern ihr weiter

mit seinem Schreiben vom 13. Juni 1965 seine sonstigen flüssigen Mittel einschließlich der Außenstände seines Malereibetriebes zugewendet und nach dem hier als richtig zu unterstellenden Vortrag der Klägerin ihr auch 5.200 DM Guthaben aus einem Bausparvertrag überlassen hat. Danach liegt es nahe, daß der Klägerin, wäre es nach dem Willen des Erblassers gegangen, im wesentlichen nur der Malereibetrieb verblieben wäre, von dem das Revisionsgericht mangels näherer Feststellungen nicht beurteilen kann, wie sich auf seinen Wert der Tod des Erblassers ausgewirkt hat, und den die Beklagte möglicherweise aus rechtlichen Gründen nicht hätte fortführen können. Insbesondere aber hätte die Klägerin nach dem Willen des Erblassers für die nach dem Vortrag der Klägerin hohen Verbindlichkeiten des Nachlasses aufkommen müssen, ohne daß ihr aus dem Betriebs- oder sonstigen Vermögen des Erblassers die entsprechenden Mittel zur Verfügung gestanden hätten. Ging das Bestreben des Erblassers dahin, einerseits der Klägerin so wenig als möglich und auch dies nur in für sie ungünstiger Weise zu überlassen, alle wesentlichen flüssigen Vermögenswerte dagegen der Beklagten, so ist für die revisionsrechtliche Prüfung die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß dieses Verhalten die Geliebte gegenüber der Ehefrau in unzumutbarer und deshalb in sittenwidriger Weise bevorzugt.

Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit hat das Berufungsgericht die Frage der Sittenwidrigkeit nicht geprüft. Wie die Revision mit Recht hervorhebt, können für die

Frage, ob eine unzumutbare Zurücksetzung der Klägerin vorliegt, möglicherweise auch deren frühere Leistungen für den Betrieb ins Gewicht fallen, auf die sie sich beruft. Andererseits ist für das Revisionsgericht die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Schenkung vom 28. Mai 1965 unabhängig von der am 13. Juni 1965 beabsichtigten zu beurteilen ist. Das könnte dann zutreffen, wenn die neue Schenkung etwa auf neu eingetretenen Umständen beruhte. Diese Prüfung kann das Revisionsgericht nicht vornehmen. Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen und auch mit anderer Begründung nicht aufrecht erhalten werden, soweit es auf der Annahme beruht, die Schenkung des Betrages von 17.700 DM verstoße nicht gegen die guten Sitten.

Da es für die Frage der Sittenwidrigkeit der Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte auf die gesamten Umstände des Falles ankommt, wird bei der neuen Prüfung auch zu erörtern sein, ob die Beklagte anderweite Zuwendungen vom Erblasser erhalten hat, die als Ausgleich für ihre Leistungen im Betrieb des Erblassers in Betracht kommen. Wenn auch im Zivilprozeß die Parteimaxime herrscht, so ist das Gericht doch nicht von der Verpflichtung entbunden, auf einen vollständigen und wahrheitsgemäßen Vortrag hinzuwirken und insbesondere dann Aufklärung zu fordern, wenn der Vortrag einer Partei in sich widerspruchsvoll ist oder sich mit der Lebenserfahrung schwer vereinbaren läßt. Hier hat die Beklagte nach ihrem Vortrag gegen ein geringes Entgelt für den Erblasser gearbeitet, ihm aber gleichwohl in derselben Zeit hohe Darlehen zurück-

bezahlt, ohne angeblich - trotz ihres eheähnlichen Zusammenlebens mit dem Erblasser - über den Verbleib der Gelder etwas angeben zu können. Das Berufungsgericht hat zwar in anderem Zusammenhange festgestellt, die Beklagte habe über die Rückzahlung der Darlehen im Gesamtbetrag von 20.000 DM Quittungen in der Hand. Auffällig ist indes, daß eine Quittung über 5.000 DM bereits das Datum vom 28. November 1962 trägt, in der Vermögenserklärung zum 1. Januar 1963 aber noch eine Forderung von 20.000 DM erscheint, die vorgelegten Quittungen insgesamt auch auf 21.000 DM lauten. Davon abgesehen ist jedenfalls die Tatsache, daß die Beklagte einerseits ein geringes Gehalt vom Erblasser bezogen, andererseits aber hohe Summen an ihn bezahlt haben will, obwohl sie aus den früher betriebenen Hausverwaltungen mindestens keine hohen Einnahmen hatte, nach der Lebenserfahrung geeignet, die tatsächliche Vermutung zu begründen, daß sie - falls ihr nicht andere Geldquellen zur Verfügung standen - entweder mehr vom Erblasser erhalten hat, als sich aus der Buchführung des Geschäfts ergibt, oder daß die Darlehensbeträge nicht oder nicht in vollem Umfang tatsächlich zurückbezahlt, sondern erlassen worden sind. Da die Klägerin über diese Dinge nach der Lage der Sache schwerlich etwas aus eigenem Wissen vortragen kann, wird es Sache der Beklagten sein, hier die Aufklärung zu geben, die für die Beurteilung der Frage notwendig ist, ob die erhaltene niedrige Entlohnung für den Erblasser einen achtenswerten Beweggrund für die Schenkung vom 28. Mai 1965 abgeben konnte. In diesem Zusammenhange wird gegebenenfalls auch zu erörtern sein, wer die Kosten

des gemeinschaftlichen Haushalts des Erblassers und der Beklagten und deren sonstigen Unterhalt getragen hat.

II.

Hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs, den die Klägerin hilfsweise erhebt, wird jedenfalls folgendes von der Revision mit Recht gerügt: Unter den Aktiven des Nachlasses hat das Berufungsgericht als "Eingänge" den Betrag von 16.310,49 DM angesetzt. Der Vortrag der Klägerin (Schriftsatz vom 1. März 1967 S. 9) gab hierfür keine hinreichende Grundlage, läßt eine solche mindestens nicht deutlich ersehen. Wohl wäre es Sache der Klägerin gewesen, die Berechnungsgrundlagen für den Pflichtteilsergänzungsanspruch in geordneter und klarer Form vorzulegen. Indessen läßt die Darstellung auf S. 20 des Berufungsurteils nicht erkennen, aufgrund welcher Unterlagen der Bestand des Nachlasses zum Todestag ermittelt worden ist. Es ist nicht etwa festgestellt, daß die nach dem Vortrag der Beklagten (Schriftsätze vom 25. November 1965 S. 2 und vom 6. Dezember 1965) von dem Steuerbevollmächtigten Illhardt zum 13. Juni 1965 (dem Tag der zweiten Schenkung) aufgestellte Zwischenbilanz die Grundlage gewesen sei. Noch weniger steht fest, daß der sich möglicherweise aus Eingängen zwischen dem Stichtag der Zwischenbilanz und dem Todestag des Erblassers für die Außenstände ergebende Unterschiedsbetrag von 16.310,49 DM am Todestag im Nachlaß noch vollständig in irgendeiner

Form vorhanden gewesen sei. In dem erwähnten Schriftsatz vom 1. März 1967 heißt es, die 16.310,49 DM seien "entweder in bar oder durch Zahlung auf Postscheckkonto oder Bankkonto eingegangen." Da das Berufungsgericht unter den Aktiva sowohl die Eingänge von 16.310,49 DM wie andererseits "Postscheckkonto, Kassenbestand, Bankguthaben" aufführt, ist es möglich, daß es, den Vortrag der Klägerin mißverstehend **den Betrag von 16.310,49 DM** doppelt als Aktivum gerechnet hat.

Das Revisionsgericht kann die Möglichkeit nicht ausschließen, daß der Wegfall oder eine erhebliche Minderung dieses Postens zu einem anderen Ergebnis hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsanspruchs führen würde; dies umsomehr, als das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus zu Recht, keine Feststellungen über das Bausparguthaben des Erblassers getroffen hat, das nach dem Vortrag der Klägerin in Höhe von 5.200 DM der Beklagten zugeflossen ist.

Wenn es auf den Hilfsanspruch ankommt, wird es einer genaueren Feststellung der Nachlaßwerte, abgestellt auf den Todestag, bedürfen. Dabei wird gegebenenfalls auch zu prüfen sein, ob sich der Wert des Malereibetriebs als eines Handwerksbetriebs nicht durch den Tod des Inhabers vermindert hat.

III.

Auch den weiteren Hilfsantrag, mit dem die Klägerin Auskunft über den Verbleib des Betrages von 21.000 DM for-

dert, den die Beklagte nach ihren Angaben - sie spricht allerdings nur von 20.000 DM - zurückgezahlt hat, hat das Berufungsgericht nicht mit stichhaltiger Begründung abgewiesen.

Zwar kann die Klägerin nicht gemäß § 2027 BGB Auskunft fordern. Die Beklagte war nicht Erbschaftsbesitzerin im Sinne der §§ 2027 Abs. 1, 2018 BGB und die Revision weist auch nicht nach, daß die Klägerin behauptet hätte, die Beklagte habe die Gelder aus dem Nachlaß, also nach dem Erbfall in Besitz genommen (§ 2027 Abs. 2). Ebensowenig läßt sich der Auskunftsanspruch auf § 826 BGB stützen; daß die Beklagte sich hinsichtlich der Darlehensbeträge einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht habe, ist nicht dargetan.

Wie dagegen die Revision mit Recht rügt, ergibt sich der Auskunftsanspruch aus § 2028 BGB. Die Beklagte lebte zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft. Sie ist daher verpflichtet, dem Erben Auskunft darüber zu erteilen, was ihr über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist. Diese Auskunftspflicht erfaßt nicht nur Gegenstände, die zur Zeit des Erbfalls noch vorhanden waren (vgl. RGRK BGB 11. Aufl. § 2028 Anm. 3). Wenn das Berufungsgericht einen Auskunftsanspruch mit der Begründung verneint, der Klägerin könne ein solcher Anspruch nur insoweit zustehen, als die Kenntnis über den Verbleib von Nachlaßgegenständen zur Geltendmachung eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach § 2325 BGB dienen könnte, was hier nicht der Fall sei, dann wird es dem

Vortrag der Klägerin nicht gerecht. Dieser ist, soweit er für § 2028 BGB von Bedeutung ist, dahin zu verstehen: Die Beklagte wolle in der Zeit von November 1962 bis April 1965 insgesamt 20.000 DM an den Erblasser zurückbezahlt haben. Wenn diese Behauptung richtig sei, dann hätten die Gelder beim Erbfall noch vorhanden sein müssen. Diese Gelder seien aber nicht an sie, Klägerin, ausgekehrt worden und über ihren Verbleib sei auch aus den ihr bekannten Unterlagen nichts zu ersehen. Die Beklagte dagegen könne und müsse nach § 2028 BGB über den Verbleib Auskunft geben. Demgegenüber kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, daß die Klägerin in erster Linie die Rückzahlung des Darlehens bezweifelt und behauptet, der Erblasser habe die Quittungen schenkweise erteilt. Vielmehr muß die Beklagte ihren Vortrag über die Rückzahlung der Darlehen, den sich die Klägerin in diesem Zusammenhang hilfsweise zu eigen macht, gegen sich gelten lassen.

Die Auskunft ist nicht etwa dadurch erteilt, daß die Beklagte im Rechtsstreit erklärt hat, sie wisse nicht, was der Erblasser mit den zurückgezahlten Geldern gemacht habe. Was als Auskunft anzusehen ist, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles. Auch eine Erklärung, die den Besitz von Gegenständen, die Vornahme von Handlungen oder das Wissen um bestimmte Vorgänge verneint, kann eine Auskunft darstellen. Indessen ist nicht jede verneinende Erklärung schlechthin eine Auskunft (BGH in NJW 1959, 1219). Eine solche setzt vielmehr voraus, daß der Erklärende mit seiner Erklärung in Erfüllung seiner Auskunftspflicht eine ihm gestellte - oder auch nur

erwartete - Frage beantwortet, kann aber nicht angenommen werden, wenn er die Voraussetzungen der Auskunftspflicht bestreitet. Die Auskunftspflicht begründet die Rechtspflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung. Hinter ihr steht unter Umständen die Pflicht, den Offenbarungseid zu leisten. Als Auskunft kann deshalb regelmäßig nur eine Erklärung gewertet werden, die der Erklärende auf Frage hin in dem Bewußtsein abgibt, einer gesetzlichen Pflicht zu genügen. Ein Vortrag, mit dem im Rechtsstreit das Bestreiten der Auskunftspflicht begründet wird, kann daher regelmäßig nicht als Auskunft gewertet werden. So aber liegen die Dinge hier, wo die Beklagte sich bisher mit der Bemerkung begnügt hat, woher sie wissen solle, was der Erblasser mit den zurückgezahlten Geldern getan habe (Schriftsatz vom 29. Juni 1967 S. 15/16).

Die Klägerin kann deshalb über den Verbleib der Darlehenssumme von der Beklagten Auskunft fordern, allerdings nur dann, wenn sie, wie sie behauptet, aus den ihr als Erbin verfügbaren Unterlagen das Erforderliche nicht selbst ersehen kann. Das wird sie gegebenenfalls dartun müssen.

IV.

Ohne Erfolg bleibt dagegen die Revision, soweit das Berufungsgericht der Widerklage stattgegeben hat. Das Landgericht hatte den Betrag von 988,15 DM für Beerdigungskosten mit eingehender Begründung zugesprochen. Das Berufungsgericht hat hiervon 502,25 DM nur deshalb aberkannt, weil es insoweit die von der Klägerin erklärte

Aufrechnung hat durchgreifen lassen. Wie es zutreffend ausführt, bringt die Berufungsbegründung im übrigen hinsichtlich der Beerdigungskosten keine Angriffe gegen das landgerichtliche Urteil. Wenn sie sagt, "geht man vom landgerichtlichen Urteil aus, dann würden zu diesem Betrag (der Summe der von der Klägerin behaupteten Nachlassverbindlichkeiten) noch die 502,25 DM Beerdigungskosten hinzuzurechnen sein, die die Beklagte erstattet verlangt", so ist damit nichts zu dem Betrage von 485,90 DM vorgetragen, der von dem verlangten Ersatzbetrage von 988,15 DM nach Abzug von 502,25 DM übrig bleibt und um den es im Revisionsverfahren allein noch geht, soweit die Widerklage in Betracht kommt. Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht die Berufung insoweit als nicht ordnungsgemäß begründet erachtet (§ 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO; BGHZ 22, 272, 278).

V.

Danach ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit es hinsichtlich der Klage zum Nachteil der Klägerin erkannt hat, ebenso hinsichtlich der Kosten. Hinsichtlich der Widerklage ist die Revision als unbegründet

zurückzuweisen. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Meyer

Kreft

Dr. Arndt

Gähtgens

Dunz