

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 91/70

URTEIL

Verkündet am
14. Juli 1971
Groß,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. des Assistenzarztes Dr. Adolf W [REDACTED],
H [REDACTED], S [REDACTED],
2. der Ehefrau Ursula S [REDACTED] geb. W [REDACTED],
K [REDACTED]-S [REDACTED], R [REDACTED]weg [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

gegen

die Witwe Erika W [REDACTED] geb. R [REDACTED],
D [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1971 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Beyer, Gähtgens, Keßler und Dr. Krohn

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. April 1970 wird zurückgewiesen.

Jeder Kläger hat die Hälfte der Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger sind die einzigen Kinder aus der ersten Ehe des am 21. März 1962 verstorbenen Kaufmanns Adolf W [REDACTED] (Erblasser), die Beklagte ist dessen zweite Ehefrau, mit der er in Gütertrennung gelebt hatte, und seine testamentarische Alleinerbin.

Der Erblasser war persönlich haftender Gesellschafter der Sporthaus W [REDACTED] KG in D [REDACTED], die Beklagte war Kommanditistin. Die Beklagte hatte das Unternehmen Anfang der Dreißiger Jahre - noch vor der

- 3 -

Eheschließung - zusammen mit ihrer Schwester, Frau A■■■■, aber schon unter dem in Sportkreisen bekannten Namen des Erblassers, aus eigenen Mitteln gegründet und später den Erlös aus dem Verkauf von zwei Häusern im Geschäft investiert. Das Unternehmen entwickelte sich gut und brachte vor dem letzten Kriege und auch später, nachdem es nach dem Kriege wieder aufgebaut worden war, beträchtliche Gewinne. Der Erblasser, der zunächst gegen Gehalt im Geschäft gearbeitet hatte, trat, nachdem Frau A■■■■ ausgeschieden war, als persönlich haftender Gesellschafter ein. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 15. Januar 1953 sollte jeder der beiden Gesellschafter mit einer Einlage von 20.000 DM an der Gesellschaft beteiligt sein, die Einlage des Erblassers sollte vom Kapitalkonto der Beklagten auf sein neu zu bildendes Konto übertragen werden (§ 3); am Gewinn und Verlust waren beide Gesellschafter je zur Hälfte beteiligt (§ 8). Der Gesellschaftsvertrag bestimmte weiter in § 14:

"Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus, so hat der andere Gesellschafter das Recht, diesen Anteil ohne Entschädigung zu übernehmen.

Es bleibt jedem Gesellschafter überlassen, ob er einen weiteren Gesellschafter dann aufnehmen will."

Nach einer Vereinbarung der Gesellschafter vom 15. Januar 1955 war der Betrag des Anteilskontos des Erblassers dem Kapitalkonto der Beklagten wieder



gutzuschreiben; die Vereinbarenden stellten fest, daß der Erblasser an der Gesellschaft kapitalmäßig nicht beteiligt sei. Eine weitere ergänzende Vereinbarung vom 1. Dezember 1959 bestimmte, daß die gemeinsamen Privatentnahmen der Gesellschafter dem Kapitalkonto des Komplementärs (Erblasser) belastet werden sollten, wofür die Vereinbarung nähere Richtlinien gab.

Die Beklagte führte das Unternehmen nach dem Erbfall allein fort; sie hat es im Laufe des Rechtsstreits verkauft.

Die Beklagte verweigert den Klägern einen Pflichtteil, weil der Wert der persönlichen Habe des Erblassers durch Nachlaßverbindlichkeiten sowie Kosten der Beerdigung aufgezehrt sei und der Erblasser sonstiges Vermögen nicht hinterlassen habe.

Im Rechtsstreit haben die Kläger im Wege der Stufenklage von der Beklagten Auskunft über den Nachlaßbestand sowie die Zuwendungen des Erblassers, die Leistung des Offenbarungseides und ferner als Pflichtteil oder im Wege der Pflichtteilsergänzung die Zahlung des Betrages verlangt, der nach dem Nachlaßwert unter Hinzurechnung der Schenkungen des Erblassers an die Beklagte dem Pflichtteil von je 3/16 entspricht; sie haben vorab aber schon die Zahlung von 30.000 DM an jeden Kläger gefordert.

Die Klage ist hinsichtlich des Anspruchs auf Auskunft und auf Leistung des Offenbarungseides durch das Urteil des auch jetzt erkennenden Senats vom 27. November 1967 - III ZR 142/65 - rechtskräftig erledigt. In Streit ist noch der Zahlungsanspruch, den die Kläger im Berufungsrechtszug durch den Hilfsantrag ergänzt haben, die Beklagte zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung wegen der Zahlung von je 30.000 DM an die Kläger zu dulden.

Durch das Teilurteil vom 1. August 1963 hat das Landgericht die Beklagte u.a. verurteilt, an die Kläger je 30.000 DM zu zahlen. Das Berufungsgericht hat in seinem ersten Urteil vom 2. Juni 1965 die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Revision der Beklagten hat der erkennende Senat mit dem bereits genannten Urteil vom 27. November 1967 das Berufungsurteil insoweit aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Mit dem nunmehr angefochtenen Urteil vom 3. April 1970 hat das Berufungsgericht die Klage auf Zahlung von je 30.000 DM an die Kläger sowie den Hilfsantrag auf Verurteilung der Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger, die den Zahlungsantrag und den Hilfsantrag weiterverfolgen. Die Beklagte bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat den Zahlungsanspruch der Kläger weder als einen Pflichtteilsanspruch (§ 2303 BGB), noch als Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils (§ 2325 BGB) für begründet befunden; es hat auch dem Hilfsanspruch der Kläger auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs von je 30.000 DM (§ 2329 BGB) nicht entsprochen.

A. Pflichtteil

Bei seiner Prüfung des Pflichtteilsanspruchs, den die Kläger in erster Linie geltend machen, ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß ein solcher Anspruch einen Aktivbestand des Nachlasses voraussetzt (§ 2311 BGB) und daß die Kläger diesen Aktivbestand als Grundlage ihres Anspruchs darzutun haben. Der erkennende Senat mußte in seinem ersten Urteil vom 27. November 1967 (dort Bl. 15) ohne eigene Prüfung davon ausgehen, daß der Nachlaß ohne Bestand sei, weil das erste Berufungsurteil diese Frage offen gelassen hatte. Nachdem das Berufungsgericht nunmehr sachlich geprüft hat, ob ein Nachlaßbestand vorhanden war, unterliegt diese Frage der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß die Kläger einen Aktivbestand des Nachlasses nicht dargetan hätten. Die Rügen der Revision bleiben demgegenüber erfolglos.

I.

1. Zum Nachlaß gehöre - so führt das Berufungsurteil aus - weder ein Gesellschaftsanteil des Erblassers an der Sporthaus W■■■■ KG, noch ein entsprechender Abfindungsanspruch. Die Beklagte sei in Ausübung ihres Übernahmerechts nach § 14 des Gesellschaftsvertrages, nicht kraft Erbrechts Alleininhaberin des Unternehmens geworden. Sie habe das ihr eingeräumte Übernahmerecht dadurch ausgeübt, daß sie das Unternehmen nach dem Erbfall - aufgrund ihrer Gesellschafterstellung und des in dieser Eigenschaft geschlossenen Vertrages - fortführte, und habe damit die Firma kraft Gesellschaftsrecht erworben, ohne an die Erben des Erblassers eine Entschädigung zahlen zu müssen, so daß die Beteiligung des Erblassers an der Kommanditgesellschaft nicht Berechnungsgrundlage für einen Pflichtteilsanspruch sein könne.

2. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

a) Die Revision zieht die Zulässigkeit einer Vereinbarung, wie sie in § 14 des Gesellschaftsvertrages getroffen wurde, nicht in Zweifel und wendet sich nach ausdrücklichem Vortrag nicht dagegen, daß eine derartige gesellschaftsrechtliche Regelung einer erbrechtlichen Regelung vorgehen kann. Der Senat kann insoweit auf die Entscheidungen in RGZ 145, 289 sowie in LM zu HGB § 138 Nr. 2 = JZ 1957, 308 hinweisen, wo der wirtschaftlich vernünftige Gedanke einer Erhaltung des Gesellschaftsunternehmens - auch für den Fall einer zweigliedrigen

Gesellschaft - betont wird. In der Regel führt die Übernahme durch einen Gesellschafter entsprechend § 142 Abs. 3 HGB zu einem Abfindungsanspruch, der sich nach den §§ 738 - 740 BGB richtet. Doch ist auch der Ausschluß einer Abfindung, wie er hier in der gesellschaftsvertraglichen Regelung "ohne Entschädigung" liegt, - abgesehen von dem noch zu erörternden Fall eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) - zulässig. Denn die Bestimmungen über die Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines Gesellschafters sind - außer der Bestimmung in § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB, auf die es hier nicht ankommt, nicht zwingend (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 738 Anm. 1).

Die Revision hält dem angefochtenen Urteil jedoch entgegen: Wenn - wie das Berufungsgericht in tatrichterlicher Auslegung des Gesellschaftsvertrages erkannt habe - die Erstarkung des Anwartschaftsrechts der Beklagten zum Vollrecht von zwei Bedingungen, nämlich dem Vorversterben des Erblassers und der Ausübung des Übernahmerechts durch die Beklagte, abhing, dann hätte die Beklagte den Geschäftsanteil des Erblassers kraft Gesellschaftsrechts allenfalls erst nach dem Erbfall erhalten können. Die Beklagte habe aber dasselbe Vollrecht schon mit dem Erbfall kraft Erbrechts erworben. Der "Kapitalanteil" des Erblassers sei daher zwingend mit dem Erbfall in den Nachlaß gefallen.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Beklagte den Geschäftsanteil des Erblassers erst nach dem Erbfall erwerben konnte und ihn auch nach der Auffassung

des Berufungsgerichts erst nach dem Erbfall erworben hat. Denn wenn ein Gesellschaftsvertrag besagt, daß beim Tode eines Gesellschafters ein Erbe, ein Gesellschafter oder ein Dritter das Recht haben solle, die Stelle des Erblassers in der Gesellschaft oder dessen Geschäftsanteil zu übernehmen, wächst der Gesellschaftsanteil dem Berechtigten nicht automatisch zu, es bedarf vielmehr einer besonderen Eintritts- oder Übernahmeerklärung, die von seinem freien Willen abhängt (Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. S. 297; Kipp-Coing, Erbrecht, 12. Auflage § 91 IV 8 f S. 404; vgl. Buchwald, JR 1955, 173). Eine solche Erklärung kann - sei es ausdrücklich oder stillschweigend - erst nach dem Erbfall abgegeben werden. Die Beklagte erklärte hier - wie das Berufungsurteil tatsächlich, von der Revision nicht angegriffen, feststellt - die Übernahme dadurch, daß sie das Unternehmen nach dem Erbfall allein fortführte.

b) Gleichwohl ist die Ansicht der Revision, der Gesellschaftsanteil des Erblassers könne die Grundlage für einen Pflichtteilsanspruch der Kläger bilden, irrig. Dieser Gesellschaftsanteil war schon vor dem Erbfall durch die gesellschaftsrechtliche Abrede gebunden und derart belastet, daß es beim Erbfall nur einer Erklärung der Beklagten bedurfte, um ihn aus dem Nachlaß zu ziehen. Der Senat kann unter diesen Umständen dahinstehen lassen, ob der Gesellschaftsanteil infolgedessen als ein gesellschaftsrechtlich gebundenes Zweckvermögen (vgl. RGZ 145, 289, 295) außerhalb des Nachlasses stand oder ob er zwar theoretisch zunächst zum Nachlaß gehörte, praktisch aber

wegen seiner Belastung mit einer gesellschaftsrechtlichen Funktion nicht nachlaßaktiv war. Keinesfalls kann der Wert des Gesellschaftsanteils, nachdem die Beklagte ihn übernommen hat, die Grundlage für einen Pflichtteilsanspruch bilden. Die durch den Erbfall eingetretene Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in der Person der Beklagten ist - entgegen der Ansicht der Revision - bei der Berechnung des maßgeblichen Nachlaßbestandes für den Pflichtteil nicht zu berücksichtigen (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2311 Anm. 3), so daß die Belastung als solche zu beachten ist.

c) Ob - wie die Revision weiter meint - das Berufungsgericht eine Entgeltlichkeit der Vereinbarung in § 14 des Gesellschaftsvertrages nur deshalb habe annehmen können, weil es in Verletzung des § 286 ZPO unberücksichtigt gelassen habe, daß der Erblasser zwei Kinder hatte, während die Beklagte kinderlos ist, kann dahinstehen. Jedenfalls sind die Bedenken, die die Revision hinsichtlich der Formwirksamkeit von § 14 des Gesellschaftsvertrages im Hinblick auf § 2301 BGB vorträgt, unbegründet. Nach dieser Vorschrift finden auf ein Schenkungsversprechen, welches unter der Bedingung erteilt wird, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen - insbesondere die Formvorschriften in den §§ 2231, 2276 BGB - Anwendung. Vollzieht aber der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes, so sind die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden anzuwenden (§ 2301 Abs. 2 BGB). Hier hatte der Erblasser - wenn die Ver-

einbarung als ein Schenkungsversprechen oder eine Schenkung gewertet werden sollte, - die Schenkung bereits vollzogen. Denn ein Geschäft unter Lebenden ist vollzogen, wenn der Erblasser zu Lebzeiten alles getan hat, was von seiner Seite zur Zuordnung des Gegenstandes an den Begünstigten erforderlich ist, und seinen Zuwendungswillen in entsprechendem Umfang in die Tat umgesetzt hat (BGH Urt. v. 6. März 1970 - V ZR 57/67 = NJW 1970, 941 und vom 25. Mai 1970 - III ZR 141/68 = NJW 1970, 1638; vgl. Bartholomeyczik, Erbrecht, 8. Aufl. § 59 III 2 S. 400 f). Das gilt auch dann, wenn der Erwerb befristet oder - etwa durch das Vorversterben des Zuwendenden - bedingt ist. Es genügt für den Vollzug einer Schenkung - wie in der angeführten Entscheidung des Senats vom 25. Mai 1970 ausgeführt ist -, daß für den Beschenkten ein Erwerbs- oder Anwartschaftsrecht begründet wird, das sich bei Eintritt der Bedingung zwangsläufig zu einem Vollrecht entwickelt. Der Beschenkte erhält die Anwartschaft und mit ihr indirekt - bedingt - das Vollrecht zugewendet auch dann, wenn das Vollrecht von mehreren Bedingungen, etwa davon abhängig ist, daß mehrere Personen vorher versterben. Ist das Rechtsgeschäft bereits zu Lebzeiten des Erblassers vollzogen, so ist ein etwaiger Formmangel geheilt (§ 518 Abs. 2 BGB). Auf die Frage, ob der Ausschluß eines Abfindungsanspruchs in § 14 des Gesellschaftsvertrages eine Schenkung war, was das Berufungsgericht verneint hat, oder eine gesellschaftsvertragliche Regelung der Mitgliedschaft (vgl. hierzu Schlegelberger/Geßler, HGB

4. Aufl. zu § 138 Rn 27 mit weiteren Nachweisen) sowie auf die Bedenken, die die Revision insoweit vorträgt, kommt es daher in diesem Zusammenhang nicht mehr an.

II.

Gegenüber dem weiteren Vortrag der Kläger, die gesamte gesellschaftsrechtliche Regelung zwischen dem Erblasser und der Beklagten habe darauf abgezielt, die Kläger nicht nur zu enterben, sondern sie auch ihres Pflichtteils zu berauben, und sei deshalb sittenwidrig, hat das Berufungsgericht erwogen: Die Beklagte habe dem Erblasser dasselbe Übernahmerecht gewährt wie er ihr. Dadurch seien der Erblasser und mittelbar auch die Kläger ebenso bedingt begünstigt worden wie die Beklagte. Von einer Knebelung oder unzulässigen Beschränkung des Kündigungsrechts könne nicht die Rede sein. Es sei durchaus berechtigt, daß Gesellschafter um des Fortbestandes und der Erhaltung der finanziellen Grundlage des Unternehmens willen ein entschädigungsloses Übernahmerecht vereinbarten, zumal wenn zu der gesellschaftsrechtlichen Bindung enge persönliche Beziehungen träten.

Die Revision hält dem entgegen, die "offensichtlich bezweckte Benachteiligung der Kläger" verstoße gegen die guten Sitten, und bezieht sich insoweit auf den früheren schriftsätzlichen Vortrag der Kläger, die gesamte gesellschaftsrechtliche Regelung in § 14 des Gesellschaftsvertrages sowie in den Vereinbarungen

vom 15. Januar 1955 und vom 1. Dezember 1959 bezwecke - im Zusammenhang gesehen - offensichtlich die Benachteiligung der Kläger in einer Weise, für die die Beklagte auf die Frage des Berichterstatters im Termin am 19. Mai 1964 eine Erklärung nicht habe geben können.

Die Revision läßt bei ihrem Vortrag unberücksichtigt, daß die Beklagte über das Zustandekommen und die Gründe der einzelnen Vereinbarungen am 18. November 1969 als Partei vernommen worden ist und ihre Aussage am 13. Februar 1970 beschworen hat; das Berufungsurteil führt dies im Tatbestand an, es behandelt die Aussage in den Entscheidungsgründen und spricht von der Glaubwürdigkeit der Bekundung der Beklagten; die Revision selbst geht auf diese Aussage in anderem Zusammenhang ein. Damit ist die persönliche Anhörung der Beklagten am 19. Mai 1964 jedenfalls überholt. Es kommt hierauf aber nicht entscheidend an. Die Anwendung des § 138 BGB setzt voraus, daß das Geschäft nach seinem Gesamtcharakter, also nach Inhalt, Beweggrund und Zweck, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht (RGZ 150, 1, 5; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 138 Anm. 6). Diese Voraussetzungen hat grundsätzlich die Partei darzutun, die die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts in Frage stellt (IM zu BGB § 138 Cd Nr. 14 Bl. 2). Von der Offensichtlichkeit eines Sittenverstößes kann - entgegen der Ansicht der Revision - nicht die Rede sein. Die Beweisaufnahme hat den Vortrag der Kläger, die gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen seien gerade von dem Gedanken getragen gewesen, den Klägern ihren Pflichtteil zu nehmen, nicht bestätigt. Selbst

wenn aber den Vereinbarungen auch der Gedanke zugrunde gelegen haben sollte, einen Pflichtteilsanspruch der erstehelichen Kinder des Erblassers, der Kläger, zu verhindern, müßten die Kläger sich entgegenhalten lassen: Der Erblasser war zur Zeit seiner Eheschließung mit der Beklagten vermögenslos, wie aus Art. II des Ehevertrages vom 30. Dezember 1938 hervorgeht und unstreitig ist; er trat nach dem Vortrag der Revision bewußt "ins zweite Glied", weil er mit einem früheren geschäftlichen Unternehmen gescheitert war. Sein Geschäftsanteil und seine geschäftlichen Gewinne beruhten darauf, daß die Beklagte ihn in ihr Geschäft aufnahm, das sie unter Einsatz ihres persönlichen Vermögens aufgebaut hatte und das nach dem Zusammenbruch mit ihren Mitteln wieder aufgebaut wurde, und ihm damit die Möglichkeit gab, seine Arbeitskraft gewinnbringend und in einer ihm zusagenden Weise einzusetzen. Wenn die Ehegatten in dieser Lage eine Regelung trafen, die das Vermögen auch nach dem Tode des Erblassers in der Hand der Beklagten sicherte - ebenso wie es bei einem früheren Tode der Beklagten dem Erblasser zugute gekommen wäre -, so widerspricht eine solche Regelung - mangels besonderer, auf eine verwerfliche Gesinnung hindeutender Umstände - nach ihrem Gesamtcharakter nicht dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Es wäre nicht unehrenhaft und nicht anstößig, wenn der Erblasser sich von seiner zweiten Ehefrau nichts schenken lassen wollte - wie die Beklagte eidlich bekundet hat -, selbst wenn damit seinen Kindern aus erster Ehe ein Pflichtteil entging. Ein Sittenverstoß entfällt umsomehr, als nach der Vereinbarung dem Erblasser das gleiche Über-

nahmerecht zustand, falls er die Beklagte überlebte. Diese Umstände lassen es auch verständlich und gerechtfertigt erscheinen, daß der Erblasser auf seinen Gewinnanteil die Kosten des gemeinsamen Haushalts sowie gewisse persönliche Lasten der Beklagten übernahm, wie es nach deren Aussage stets geübt worden war. Danach lassen § 14 des Gesellschaftsvertrages ebenso wie die zusätzlichen Vereinbarungen vom 15. Januar 1955 und vom 1. Dezember 1959 - weder für sich allein, noch im Zusammenhang betrachtet - eine Verletzung der guten Sitten nicht erkennen.

III.

Nach diesen Erwägungen hat das Berufungsgericht zutreffend die Gesellschafterstellung des Erblassers nicht als ein Aktivum für die Berechnung des Pflichtteils berücksichtigt.

Die Revision spricht irrig davon, daß der Erblasser einen "Kapitalanteil" gehabt habe, der in den Nachlaß gefallen sei. Dem steht die Feststellung des Berufungsurteils entgegen, der Erblasser sei an der Gesellschaft kapitalmäßig nicht beteiligt gewesen, eine Feststellung, die hinreichende Grundlagen in der Vereinbarung vom 15. Januar 1955 sowie in den vom Berufungsgericht für glaubwürdig befundenen eidlichen Aussagen der Beklagten findet. Fehlte es aber an einer kapitalmäßigen Beteiligung des Erblassers überhaupt, so konnte ein Kapitalanteil nicht in den Nachlaß fallen. Der Erblasser hatte in die Gesellschaft lediglich seine Arbeitskraft eingebracht;

dieser Posten entfällt als Grundlage für einen Auseinandersetzungs- oder Abfindungsanspruch (§ 733 Abs. 2 Satz 3 BGB). Seine Gesellschafterstellung als solche war - wie ausgeführt worden ist - wegen der Belastung mit dem gesellschaftsrechtlichen Übernahmerecht der Beklagten für den Nachlaß wertlos. Die Beteiligung am Gewinn des gutgehenden Unternehmens war für den Erblasser fraglos von Wert. Die Kläger haben jedoch nicht dargetan, daß zur Zeit des Erbfalls noch Gewinnansprüche bestanden hätten, die in den Nachlaß gefallen wären. Die Ansicht der Revision, der Teil der Gewinne des Erblassers, der aufgrund der Vereinbarung vom 1. Dezember 1959 praktisch der Beklagten zugute gekommen sei, gehöre zum Nachlaß, weil die Vereinbarung als sittenwidrig nichtig sei, hat sich als unrichtig erwiesen. Im übrigen trägt die Revision nicht vor, daß die Gewinne nicht vollständig ausgezahlt oder verbraucht worden seien, sie will vielmehr einen Ergänzungsanspruch daraus herleiten, daß alles, und zwar als eine Schenkung, ausgezahlt worden sei; hierauf wird noch einzugehen sein.

Das Berufungsgericht hat den Hilfsvortrag der Kläger, der Erblasser habe noch anderes Vermögen gehabt, er sei an einem Goldversteck in O■■■■■■■■■■, an einem Bestand holländischer Gulden, einem Konto bei der T■■■■■■■■■■-Bank in D■■■■■■■■■■ und einem Konto bei der S■■■■■■■■■■ Kreditanstalt beteiligt gewesen, in tatsächlicher Hinsicht nicht bestätigt gefunden. Die Revision greift dies nicht an.

Danach ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß ein Aktivbestand des Nachlasses als Grundlage für einen Pflichtteilsanspruch nicht dargetan ist.

B. Pflichtteilsergänzung

Das Berufungsgericht hat auch einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils (§ 2325 BGB) sowie den Hilfsanspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Schenkung (§ 2329 BGB) verneint.

Hat der Erblasser einem Dritten - d.h. nicht dem Pflichtteilsberechtigten - eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlaß hinzugerechnet wird (§ 2325 BGB). Diese Bestimmung verwendet - wie bereits im ersten Revisionsurteil vom 27. November 1967 - III ZR 142/65 (dort S. 21) ausgeführt worden ist - den Begriff "Schenkungen" im Sinne des § 516 BGB, also im Sinne einer bereichernden Zuwendung, über deren Unentgeltlichkeit beide Teile sich einig sind (vgl. IM zu BGB § 2325 Nr. 1). Beweispflichtig für die Voraussetzungen eines Ergänzungsanspruchs, insbesondere für die behauptete Schenkung und deren Wert, ist der Pflichtteilsberechtigte, der die Ergänzung fordert; das ist ebenfalls im ersten Revisionsurteil (dort S. 16) ausgeführt. Verbleibende Zweifel gehen zu Lasten der Kläger.

I.

Das Berufungsgericht hat sich nicht davon überzeugen können, daß der Erblasser - außer Gelegenheitsgeschenken wie Blumen und Büchern zum Geburtstag und zu Weihnachten sowie einer goldenen Uhr (§ 2330 BGB) - der Beklagten unentgeltliche Zuwendungen gemacht habe mit dem subjektiven Willen, ihr etwas zu schenken.

1. Wenn - so führt das Berufungsurteil aus - der Erblasser für seine Tätigkeit im Geschäft vor seinem Eintritt als Gesellschafter unterbezahlt gewesen sein sollte, so liege darin nicht eine Schenkung; mangels gegenteiliger Angaben sei davon auszugehen, daß der Erblasser und die Beklagte die Entlohnung als angemessen erachtet hätten, zumal das Geschäft sich im Wiederaufbau befunden habe.

Eine Schenkung sei es auch nicht gewesen, daß der Erblasser seinen 1951 erworbenen Miteigentümeranteil an dem Grundstück in O[REDACTED] im Jahre 1952 an die Beklagte übertragen habe. Nach der Quittung vom 5. Februar 1952 habe die Beklagte den Erblasser mit der Hälfte des Kaufpreises ausgezahlt. Wenn - wie die Kläger vorgetragen haben - der Wert des Grundstücks inzwischen erheblich gestiegen sein sollte, sprechen doch die gesamten Umstände dagegen, daß die Eheleute den ausgezahlten Betrag nicht mehr als angemessenen Ausgleich untereinander angesehen haben sollten.

Die Vereinbarung des Übernahmerechts in § 14 des Gesellschaftsvertrages sei eine Schenkung nicht gewesen, weil die Ehegatten sich gegenseitig, nicht unentgeltlich ein solches Recht eingeräumt hätten.

Auch die Vereinbarung vom 15. Januar 1955, der auf dem Anteilskonto des Erblassers ausgewiesene Betrag werde dem Kapitalkonto der Beklagten wieder gutgeschrieben, habe eine Schenkung nicht bedeutet. Zumindest sei ein Schenkungswillen des Erblassers nicht nachgewiesen, nachdem die Beklagte eidlich bekundet habe, der Erblasser habe nicht gewollt, daß die Beklagte ihm 20.000 DM von ihrem Konto gutschreibe, was auch nicht geschehen sei.

2. Diese Ausführungen beruhen im wesentlichen auf tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die für das Revisionsgericht bindend sind (§ 561 Abs. 2 ZPO). Allein der Tatrichter hat, ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen, die Entscheidung zu treffen, ob er angesichts des widerstreitenden Parteivortrages die Überzeugung gewinnen könne, daß der Erblasser der Beklagten etwas mit Schenkungswillen zugewendet habe (vgl. BGH Urteil vom 2. Dezember 1968 - III ZR 112/68 = DRiZ 1969, 53).

Um eine Rechtsfrage geht es nur insoweit - und diese Frage wird von der Revision in anderem Zusammenhang behandelt -, als das Berufungsgericht die Vereinbarung eines gegenseitigen Übernahmerechts ohne Abfindung auf den Tod des anderen Gesellschafters

(§ 14 des Gesellschaftsvertrages) als eine entgeltliche Verfügung angesehen hat. Der Senat kann in diesem Zusammenhang dahinstehen lassen, ob das Begriffspaar entgeltlich - unentgeltlich überhaupt für eine solche Vereinbarung paßt, ob nicht vielmehr eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Mitgliedschaft zur Erhaltung eines gesellschaftlich gebundenen Zweckvermögens vorliegt (vgl. RGZ 145, 289, 295; Rittner, FamRZ 1961, 505, 511). Denn der Gesellschaftsvertrag legte die Voraussetzungen fest, unter denen der Erblasser in das von der Beklagten bereits betriebene Unternehmen als Gesellschafter aufgenommen wurde. Der Erblasser brachte - wie tatsächlich feststeht - nur seine Arbeitskraft, nicht ein Kapital in die Gesellschaft ein. Schon diese besonderen, vorstehend unter A III behandelten Umstände der Sache hindern daran, die Eintrittsbedingungen als eine Schenkung des Erblassers an die Beklagte zu werten.

II.

1. Die Kläger sehen weiter eine Schenkung des Erblassers an die Beklagte darin, daß der Erblasser mindestens seit dem Jahre 1955 - wie sie behauptet haben - den gesamten ehelichen Aufwand und auch die Steuern der Beklagten getragen habe. Die Beklagte hat dazu vorgetragen, die Beteiligung des Erblassers an der Kommanditgesellschaft sei von vornherein durch die Verpflichtung beschränkt gewesen, den ehelichen Aufwand aus seinem Gewinnanteil zu bestreiten; diese Ab-

rede sei am 1. Dezember 1959 nachträglich schriftlich niedergelegt worden.

Der erkennende Senat kann dahinstehen lassen, ob in dieser Vereinbarung und Handhabung eine Zuwendung des Erblassers an die Beklagte lag, was das Berufungsgericht verneint hat, die Revision aber bejaht wissen möchte. Denn das Berufungsurteil stellt entscheidend "vor allem" darauf ab, es fehle an der Einigkeit beider Teile darüber, daß eine Zuwendung unentgeltlich erfolge (§ 516 Abs. 1 BGB). Allerdings kann es mißverstanden werden, wenn das Berufungsurteil sagt, es fehle an dem Nachweis eines subjektiven Schenkungswillens des Erblassers. Denn das Gesetz fordert auf der Seite des Zuwendenden nicht die Absicht zu schenken; die letzten Beweggründe des Zuwendenden sind gleichgültig (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 516 Anm. 17). Gleichwohl meint das Berufungsgericht das Richtige und seiner Entscheidung ist im Ergebnis zu folgen. Die Schenkung setzt voraus, daß objektiv eine unentgeltliche Zuwendung vorliegt und beide Parteien sich der Unentgeltlichkeit bewußt und deshalb darüber einig sind (RG JW 1913, 855), also die Zuwendung subjektiv nicht als Entgelt für eine vom Empfänger zu gewährende oder gewährte Leistung ansehen (BGH Urteil vom 19. Mai 1967 - V ZR 167/64 = WM 1967, 1131). Eine Zuwendung, die durch Erfüllung einer Schuld geschieht, ist entgeltlich, weil die Befreiung von einer Schuld einen Vermögensvorteil für den Schuldner bedeutet. Die Einigkeit über die Unentgeltlichkeit fehlt daher, wenn auch nur eine Seite als ihre Meinung zu erkennen gibt, daß auf die Zuwendung ein rechtlicher An-

spruch bestehe (RGZ 125, 380, 383). Das gleiche muß gelten, wenn der eine Teil durch die Zuwendung eine Verbindlichkeit erfüllen will, der andere Teil aber sich hierüber keine Gedanken macht.

Das Berufungsgericht hält eine Einigkeit über die Unentgeltlichkeit nicht für bewiesen. Dagegen sprächen - so führt das Berufungsurteil aus - die von der Beklagten glaubwürdig und eidlich bekundeten Tatsachen über das persönliche Verhältnis der Ehegatten zueinander, der Zuschnitt der gesamten Lebensführung sowie die tatsächliche Handhabung der Verbuchung von Einnahmen in den Jahren 1955 bis 1958, nach der die Vereinbarung vom 1. Dezember 1959 als Bestätigung und nachträgliche schriftliche Niederlegung der bis dahin gepflogenen Übung erscheine.

Diese Erwägungen tragen die Entscheidung des Berufungsgerichts, selbst wenn berücksichtigt wird, daß bei Geld- und Sachhingaben zwischen Eheleuten, auch wenn sie in Gütertrennung leben, eine tatsächliche Vermutung für eine Schenkung sprechen mag (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 516 Anm. 30). Dem Vortrage der Revision, die Beklagte habe bei ihrer Parteivernehmung nur ganz allgemein gehaltene Angaben machen können, die weder für noch gegen einen Schenkungswillen sprächen, letztlich sei die Frage offengeblieben, welchen Grund die Zuwendungen denn überhaupt gehabt haben sollten, wenn nicht den einer Schenkung, ist entgegenzuhalten: Immerhin hat die Beklagte bekundet, der Erblasser habe nicht

gewollt, daß sie ihm - wie in § 3 des Gesellschaftsvertrages vorgesehen - 20.000 DM von ihrem Kapitalkonto überschreibe, was auch nicht geschehen sei; sie hat weiter ausgesagt, die Vereinbarung vom 1. Dezember 1959, nach welcher die gemeinsamen privaten Entnahmen beider Gesellschafter dem Kapitalkonto des Erblassers belastet werden sollten, lege nur das nieder, was schon in den Vorjahren geschehen sei, und hat schließlich betont, der Erblasser habe ihr Geld nicht zu schenken brauchen, sie habe selbst Geld gehabt. Diese vom Berufungsgericht für glaubwürdig befundenen Bekundungen erscheinen geeignet, das Verhältnis der Ehegatten in wirtschaftlichen Dingen zueinander, insbesondere die Einstellung des Erblassers zu beleuchten. Das Berufungsgericht hatte daneben die unstreitigen Tatsachen, daß die Beklagte vermögend war, ihre Wohnungen zur Verfügung stellte sowie durch die Führung des Haushalts und ihre Mitarbeit im Geschäft zur gemeinsamen Lebensführung beitrug, während der Erblasser vermögenslos in die Ehe trat und lediglich seine Arbeitskraft mitbrachte, zu beachten. Die von der Revision nicht angegriffene Feststellung, er habe finanzielle Zuwendungen von der Beklagten nicht gewollt, er habe sich finanziell unabhängig fühlen wollen, gibt die Erklärung dafür, daß er die gesamten Ausgaben aus seinen Einnahmen, die wesentlich auf dem Kapitaleinsatz der Beklagten beruhten, trug; sie ist geeignet, eine tatsächliche Vermutung, die für eine unentgeltliche Zuwendung sprechen könnte, auszuräumen und beantwortet die Frage der Revision, welchen Grund diese Handhabung denn überhaupt gehabt haben könnte, wenn nicht den einer Schenkung.

2. Das Berufungsurteil geht daher richtig davon aus, daß die Kläger nachzuweisen hatten, der Erblasser habe die Übernahme der gesamten Familienkosten auf sein Konto als eine unentgeltliche Zuwendung an die Beklagte angesehen. Zu dieser Frage lagen weitere Beweisangebote der Kläger nicht vor. Die Parteien haben nach der Vernehmung der Beklagten im Termin am 18. November 1969 übereinstimmend die Beweisaufnahme für abgeschlossen erklärt, die Kläger behielten sich lediglich vor, ihren Antrag auf Anhörung des Sachverständigen aufrechtzuerhalten oder fallenzulassen. Im Schriftsatz vom 5. Februar 1970 (dort Bl. 2) erklärten die Kläger dann allerdings, sie könnten auf die Ladung des Sachverständigen nicht verzichten. Hiervon aber konnte das Berufungsgericht - entgegen der Ansicht der Revision - absehen. Denn das Gutachten war nach dem Beweisbeschluß vom 29. November 1968 zu den Beweisfragen erstattet worden, ob und in welcher Höhe der Erblasser in den Jahren 1953 bis 1962 die Einkommens- und Vermögenssteuern der Beklagten gezahlt habe und ob seit 1955 die gesamten Entnahmen beider Eheleute seinem Kapitalkonto belastet worden seien. Der Sachverständige kam zu dem Ergebnis, von den gesamten Steuern von 654.870,42 DM in den Jahren 1953 bis 1961 habe die Beklagte nach "ihren nicht zu widerlegenden Angaben" und den Buchführungsunterlagen rund 250.000 DM getragen, der Erblasser sei also nicht mit ihren gesamten Steuern belastet worden, und der Gesamtgewinn sei buchmäßig im Verhältnis 50 : 50 aufgeteilt worden. Die Kläger beabsichtigten - wie aus ihren Schriftsätzen vom 19. Juli 1969, 28. November 1969 und 5. Februar 1970

hervorgeht - dem Sachverständigen Vorhaltungen hinsichtlich seiner Ermittlungsmethode, der verwendeten Unterlagen und der Höhe zu machen. Darauf aber konnte es - das führt das Berufungsurteil richtig aus - nicht ankommen, solange das Berufungsgericht nicht die Überzeugung gewinnen konnte, daß die etwaigen Zuwendungen des Erblassers an die Beklagte als unentgeltlich gemeint und verstanden wurden. Zur Klärung dieser entscheidenden Frage war das Gutachten nicht bestimmt und nicht geeignet. Auf die Höhe der Zuwendungen kam es nicht an, wenn die Einigkeit der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit sich nicht feststellen ließ.

Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht den Charakter einer Schenkung nicht nur für die sonstigen Privatentnahmen, sondern auch hinsichtlich der Belastung des Erblassers mit den persönlichen Steuern der Beklagten verneint. Das war von seinem Standpunkt aus folgerichtig.

Die Revision kann eine Notwendigkeit, den Sachverständigen zur Verhandlung zu laden, auch nicht mit ihrem weiteren Vortrag begründen, wenn die Belastung des Erblassers mit den Steuern der Beklagten falsch gewesen sein sollte, wäre ein entsprechender Erstattungsanspruch des Erblassers in den Nachlaß gefallen. Damit geht die Revision auf den bereits abgehandelten Pflichtteilsanspruch (§§ 2303, 2311 BGB) zurück und sie könnte sich darauf berufen, daß Rechtsverhältnisse, die infolge des Erbganges durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschen sind, für die Berechnung

des Nachlaßwertes entsprechend den §§ 1976, 2143, 2377 BGB als nicht erloschen gelten (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2311 Anm. 3). Hielt sich aber der Erblasser für verpflichtet, von seinem Gewinnanteil die Steuern der Beklagten zu tragen - und dieser Standpunkt ist nach den Lebensumständen verständlich, jedenfalls nicht widerlegt -, dann ist eine Grundlage für einen Erstattungsanspruch nicht ersichtlich. Sollte die Bilanz für das Geschäftsjahr 1960/61 - wie die Kläger angedeutet haben - nach dem Erbfall frisiert worden sein, um den Erblasser vermögenslos zu stellen, so wäre auch das nicht geeignet, einen Erstattungsanspruch des Erblassers gegen die Beklagte zu begründen; es könnte nur an der Höhe der Zuwendung zweifeln lassen, darauf aber kommt es nicht an.

Die abschließenden Erörterungen des Berufungsurteils geben im Übrigen Hinweise dafür, daß und weshalb der Erblasser trotz beträchtlichen Einkommens vermögenslos gestorben sein kann. Dem Berufungsurteil ist daher darin zu folgen, daß die Kläger die Voraussetzungen eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs nicht dargetan haben.

3. Die Abweisung des Hilfsantrages auf Duldung der Zwangsvollstreckung wird von den behandelten Erwägungen des Berufungsurteils getragen; die Revision greift sie nicht an.

Hiernach erweist die Revision sich als unbegründet und ist zurückzuweisen.

Jeder der Kläger hat die Hälfte der Kosten des erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 97, 100 ZPO). Hinsichtlich der Handhabung der Kostenentscheidung des Berufungsurteils wird die Haftung der Kläger nach Kopfteilen zu berücksichtigen sein (§ 100 ZPO); einer Berichtigung des Berufungsurteils bedarf es insoweit nicht (vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO 30. Aufl. zu § 100 Anm. 2).

Dr. Kreft

Keßler

Dr. Beyer

Dr. Krohn

Gähtgens