

28

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 16/71

URTEIL

Verkündet am

22. Juni 1972
W e r n e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Dr. Dr. Mirjam S [REDACTED] geb. K [REDACTED],
B [REDACTED] (Bezirk Kö [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

1. den Studenten Alex St [REDACTED], Be [REDACTED]-G [REDACTED],
Hermann-L [REDACTED]-Straße [REDACTED],

2. die Sekretärin Maria Sc [REDACTED] geb. Mu [REDACTED],
D [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Stimpel und der Bundesrichter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Dr. Kellermann und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Dezember 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Wegen des Sach- und Streitstands wird auf das Urteil des Senats II ZR 8/67 vom 19. Mai 1969 Bezug genommen.

In dem jetzigen Revisionsverfahren streiten die Parteien noch um das Bankguthaben, das durch die Provisionszahlungen entstanden ist, um die Beträge, die die Beklagte auf Grund der einstweiligen Verfügung vom 4. Mai 1961 aus den Provisionseinnahmen erhalten hat und um die von ihr zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Kläger in ungeteilter Erbengemeinschaft den Anspruch auf Auszahlung des Bankguthabens abzutreten und 29.012,75 DM nebst Zinsen zu zahlen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Die Kläger beantragen die Zurückweisung ihres Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen keine Bedenken. Das Berufungsgericht hat die Behauptung der Beklagten, der erstinstanzliche Prozeßbevollmächtigte der Kläger sei geschäftsunfähig gewesen, für unerheblich gehalten, weil die Kläger seine Prozeßhandlungen später vorsorglich genehmigt hätten. Selbst wenn die hierzu herangezogene ausdrückliche Erklärung der Kläger vom 26. Juli 1966 nicht als Genehmigung der Prozeßführung durch Rechtsanwalt K[REDACTED] ausgelegt werden könnte, wie



die Revision meint, so haben die Kläger seine Prozeßführung jedoch in jeder Phase des Prozesses als Verfahrensgrundlage hingenommen und damit jedenfalls stillschweigend genehmigt.

2. Die Kläger können die ihnen etwa zustehenden Ansprüche entgegen der Ansicht der Revision auch in ungeteilter Erbengemeinschaft nach Dr. St. [REDACTED] geltend machen.

Insoweit hat das Berufungsgericht in erster Linie ausgeführt: Da die Kläger in einem Erbschein als Erben bezeichnet seien, werde vermutet, daß ihnen das dort angegebene Erbrecht zustehe (§ 2365 BGB). Für die Klägerin zu 2 folge dieses Erbrecht aus dem Testament vom 27. Februar 1962. Daß es gegen die guten Sitten verstoße oder der Erblasser bei der Errichtung testierunfähig im Sinne von § 2229 Abs. 4 BGB gewesen sei, lasse sich nicht feststellen.

a) Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, daß der Tatsachenvortrag der Beklagten ihre Ansicht, das Testament sei sittenwidrig, nicht rechtfertigt. Sie hatte lediglich behauptet, der Erblasser habe die Klägerin zu 2 als Erbin eingesetzt, weil er ein Verhältnis mit ihr gehabt habe. Aus einer derart allgemeinen und nicht näher substantiierten Behauptung kann auch nach der Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGHZ 53, 369) die Nichtigkeit des Testaments nicht hergeleitet werden.

Die Beklagte hatte zwar, um ihren Vortrag ergänzen zu können, die Beiziehung der Erbscheinsakten beantragt. Darin lag jedoch kein Beweisantritt für bestimmte Behauptungen, dem das Berufungsgericht hätte nachgehen müssen, sondern nur der Versuch der Beklagten, sich die Kenntnis weiterer Tatsachen zu verschaffen. Gegen Verfahrensvorschriften hat das Berufungsgericht, indem es die Akten nicht beizog, mithin nicht verstoßen.

b) Die Revision beanstandet auch zu Unrecht, daß das Berufungsgericht keinen weiteren Beweis über den Geisteszustand des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung erhoben hat.

Insoweit muß das angefochtene Urteil im Zusammenhang mit den Ausführungen des Berufungsgerichts im Urteil vom 20. September 1962 gelesen werden. Dort hat sich das Berufungsgericht bereits ausführlich mit der Frage der Geisteskrankheit von Dr. St. [REDACTED] auseinandergesetzt, wenn auch im Zusammenhang mit der Prozeß-, nicht mit der Testierfähigkeit. Grundlage der Erörterungen waren seinerzeit das schriftliche und das mündliche Gutachten des Sachverständigen Dr. L. [REDACTED] (GA Bl. 325 und 372). Diese Gutachten waren am 28. Mai und 28. Juni 1962 erstattet worden, und zwar auf Grund von Beobachtungen, die bis Januar 1960 zurückgingen. Danach war der Erblasser wegen einer toxischen Bewußtseinstörung vorher zwar geschäftsunfähig, nicht aber mehr während der Beobachtungszeit, in der er am 27. Februar 1962 das Testament errichtet hat. Berücksichtigt man das, so war der Antrag der Beklagten, Prof. Dr. So. [REDACTED] zu vernehmen, unerheblich, soweit dieser über seine Wahrnehmungen in der Zeit unmittelbar vor dem

Tode des Erblassers (28. Juni 1963) als sachverständiger Zeuge aussagen sollte. Soweit aber Prof. Dr. Sc[REDACTED] oder ein anderer Sachverständiger zur Frage der Testierfähigkeit Dr. St[REDACTED] im Februar 1962 gehört werden sollte, handelte es sich um einen Antrag auf Einholung eines Obergutachtens gegenüber dem Gutachten Dr. L[REDACTED]. Die Ablehnung eines solchen Antrags ist in der Revisionsinstanz nur unter besonderen Voraussetzungen angreifbar (vgl. u. a. BGH MDR 1953, 605 und LM Nr. 3 zu § 404 ZPO), die hier nicht vorliegen.

c) Auf die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts, nach der die Kläger den Anspruch selbst dann gemeinschaftlich hätten geltend machen können, wenn das Testament unwirksam gewesen wäre, und auf die insoweit erhobenen Revisionsangriffe kommt es danach nicht mehr an.

3. In der Sache selbst führt das Berufungsgericht aus: Der Erblasser habe die Provisionsforderungen, durch deren Begleichung das Bankguthaben entstanden sei, nur sicherungshalber an die Beklagte abgetreten. Der Grund dafür sei inzwischen entfallen; deshalb müsse die Beklagte das Bankguthaben an die Kläger zurückabtreten und ihnen die Beträge erstatten, die ihr auf Grund der einstweiligen Verfügung aus dem Bankguthaben zugeflossen seien. Sie könne nicht geltend machen, daß sie allenfalls einer Gesellschaft etwas schulde, die aus ihr und dem Erblasser bestanden habe; denn es sei, wie schon in den früheren Urteilen angenommen, weiterhin davon auszugehen, daß der Gesellschaftsvertrag vom 1. Februar 1957 nur zum Schein geschlossen worden sei, um die Finanzbehörde zu einer dem Erblasser günstigen Regelung zu bewegen und den Gläubigern des Erblassers dessen Einkommen zu verschleiern und zu entziehen.

Diese tatrichterliche Würdigung ist möglich und aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Insbesondere hat sich das Berufungsgericht mit allen in Betracht kommenden Behauptungen der Beklagten auseinandergesetzt, wenn auch zum Teil nur durch Verweisung auf sein Urteil vom 17. November 1966. Die Revision erhebt insoweit zahlreiche Rügen, die jedoch unbegründet sind.

a) Sie meint, die Ernstlichkeit des Vertrages ergebe sich schon daraus, daß der Erblasser und die Beklagte ohne gültigen Gesellschaftsvertrag die von ihnen verfolgten Zwecke nicht hätten erreichen können. Das trifft nicht zu. Für ihre Absichten genügte es, den Behörden und Gläubigern einen gültigen Vertrag vorzutäuschen.

b) Die Beklagte hatte in der Berufungsbegründung behauptet, Prof. Dr. E. [REDACTED] habe den Vertrag nach Rücksprache mit ihr und dem Erblasser aufgesetzt und für rechtsgültig gehalten; beide hätten ihm gegenüber auch die Ernsthaftigkeit des Vertrages zum Ausdruck gebracht. Das Berufungsgericht hat diese Behauptung für unerheblich gehalten und deshalb keinen Beweis darüber erhoben, weil anzunehmen sei, daß der Zeuge bei Kenntnis der Täuschungsabsicht jegliche Beratung abgelehnt haben würde, die Beklagte und der Erblasser also auch ihm diese Absicht hätten verheimlichen müssen. Diese Ausführungen sind ersichtlich dahin zu verstehen, daß das Berufungsgericht von der beantragten Beweiserhebung abgesehen hat, weil die unter Beweis gestellte Tatsache nur ein Indiz für den ernstlichen Vertragswillen sein konnte, nach seiner Überzeugung aus diesem als wahr unterstellten Indiz aber ein sicherer Schluß auf den Willen, einen gültigen Vertrag abzuschließen, nicht gezogen werden könne. Mit jener Begründung den Beweisantrag abzulehnen, war daher kein Verstoß gegen § 286 ZPO (BGHZ 21, 256, 262).

c) Aus der Behauptung der Beklagten, der Erblasser sei im Jahre 1957 aus gesundheitlichen Gründen auf ihre Hilfe angewiesen gewesen, brauchte das Berufungsgericht kein wesentliches Beweisanzeichen für den Abschluß eines wirksamen Gesellschaftsvertrages herzuleiten. Vielmehr konnte die Beklagte, wovon das Berufungsgericht ausgegangen ist, ebensogut bereit gewesen sein, dem Erblasser gegen ein festes Gehalt zu helfen. Daß 1.200 DM monatlich damals ein angemessenes Entgelt darstellten, hat das Berufungsgericht bereits in seinem früheren Urteil vom 17. November 1966 (S. 20) dargelegt, ohne daß hiergegen rechtlich etwas einzuwenden wäre.

Die Revision macht demgegenüber geltend, die Beklagte habe im Jahre 1956 eine besonders gute Stellung in Bonn aufgegeben. Sie meint, allein dieser Umstand hätte nach den Grundsätzen über den Beweis des ersten Anscheins für das Berufungsgericht ein Anlaß sein müssen, die Ernsthaftigkeit des Vertrages zu bejahen; denn niemand gebe eine solche Stellung auf, um in einer weisungsgebundenen und damit untergeordneten Tätigkeit als kaufmännischer Angestellter zu arbeiten.

Mit diesen Ausführungen ist das Berufungsurteil schon deshalb nicht angreifbar, weil es einen Anscheinsbeweis für individuelle Entschlüsse dieser Art nicht gibt. Zudem könnte, wie das Berufungsgericht bereits in seinem früheren Urteil (S. 21) erwogen hat, für den Entschluß der Beklagten, sich ab 1957 ausschließlich dem Betrieb des Erblassers zu widmen, auch der menschliche Kontakt zu ihm in Verbindung mit den freiwilligen Zuwendungen ursächlich gewesen sein, die er ihr machte.

15

d) In dem früheren Urteil heißt es auf S. 20 u. a.: Die tatsächliche Handhabung, daß nämlich die Beklagte ein Gehalt von monatlich 1.200 DM erhalten habe und bei der AOK als Angestellte des Erblassers gemeldet gewesen sei, bestätige das Vorbringen der Kläger, die Beklagte sei Angestellte, nicht Gesellschafterin gewesen. Das läßt sich nicht mit der Erwägung der Revision in Frage stellen, daß die Beklagte auch die Möglichkeit gehabt habe, sich freiwillig weiterzuversichern. Hier ging es nicht um eine solche Versicherung, sondern darum, daß die Beklagte gegenüber der AOK als Angestellte bezeichnet worden war.

e) Die Revision kann auch nicht mit Erfolg die Übergehung von Beweisanträgen rügen, mit denen die Beklagte hatte dartun wollen, der Erblasser habe seinen Betrieb als Einzelunternehmen Anfang 1957 bei den Behörden abgemeldet. Das Berufungsgericht hat festgestellt, alle diese Abmeldungen seien gerade in Ausführung des Planes erfolgt, die Behörden zu täuschen. Diese tatsächliche Würdigung enthält keinen Rechtsfehler.

f) Die Revision meint, der Erblasser habe selbst schon Anfang 1957 Dritten gegenüber erklärt, er müsse aus Alters- und Gesundheitsgründen seine Einzelfirma aufgeben. Sie rügt auch insoweit die Übergehung eines in der Berufungsbegründung (S. 16) gestellten Beweisanspruches. Dort hatte die Beklagte jedoch lediglich unter Beweis gestellt, der Erblasser habe die genannte Erklärung in Unterhaltsprozessen abgegeben; mit diesem Vorbringen hat sich das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei auseinandergesetzt.

g) Die Revision kommt auf die Behauptung der Beklagten zurück, sie habe auch nach außen für die Gesellschaft gehandelt. Das Berufungsgericht hatte jedoch schon in seinem früheren Urteil (S. 18) dargelegt, warum dieser Behauptung nicht gefolgt werden könne. Die Beklagte hat nach Erlaß dieses Urteils keine Umstände vorgetragen, die zu einer abweichenden tatrichterlichen Würdigung hätten führen müssen.

h) Schließlich verweist die Revision darauf, daß eine Eröffnungsbilanz und eine Bilanz zum 31. Dezember 1967 aufgestellt worden seien. Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 19. Mai 1969 (S. 10/11) ausgeführt hat, läßt sich jedoch nicht ausschließen, daß auch dies nur zum Schein geschehen ist. Damit erledigt sich zugleich die Erwägung der Revision, für den Willen der Beklagten, Gesellschafterin des Erblassers zu werden, spreche auch, daß sie, wie den Bilanzen zu entnehmen sei, Büromöbel und einen Pkw eingebracht habe.

4. Die Revision ist nach alledem unbegründet, soweit sie sich gegen den Rechtsgrund der Verpflichtung der Beklagten richtet, den Klägern das Bankguthaben abzutreten und die ausgezahlten Beträge zu erstatten. Sie wendet sich aber auch zu Unrecht gegen die im angefochtenen Urteil festgestellte Höhe des Zahlungsanspruchs.

a) Die Feststellung, die Beklagte habe insgesamt 29.000 DM aus dem Bankguthaben erhalten und infolgedessen zurückzuzahlen, beruht auf der Aussage des Zeugen Ha[REDACTED]. Dieser hatte erstmals in einer Aufstellung vom 25. August 1964 (GA Bl. 474 a) angegeben, der Beklagten seien 29mal 1.000 DM

zugeflossen. Darauf hatte die Beklagte bereits im Schriftsatz vom 10. Juni 1965 behauptet, für Juni bis Dezember 1961 7.000 DM, für Januar bis Dezember 1962 12.000 DM und für Januar bis September 1963 9.000 DM, also insgesamt nur 28.000 DM, erhalten zu haben. Hierzu ist der Zeuge Ha [REDACTED] am 8. Juli 1965 gehört worden. Er hat u. a. ausgesagt, die erste Zahlung sei durch Überweisungsauftrag vom 31. Mai 1961 erfolgt, für den Monat Mai gedacht und auch so bezeichnet gewesen; im Laufe der Zeit habe er die Monatszahlungen vorgezogen; die letzte Zahlung sei durch Überweisungsauftrag vom 2. September 1963 für diesen Monat erfolgt. Die Beklagte hatte danach zwar im Schriftsatz vom 25. Juli 1965 (S. 3) erneut behauptet, nach ihren Buchungsunterlagen habe Haßmann nicht 29, sondern nur 28mal 1.000 DM überwiesen und sich wiederum auf dessen Zeugnis berufen. Es handelt sich aber danach, zumal die Beklagte auch keine neuen Tatsachen hierzu vorgetragen und unter Beweis gestellt hatte, lediglich um einen Antrag auf wiederholte Vernehmung im Sinne des § 398 Abs. 1 ZPO. Diesem stattzugeben, stand im Ermessen des Berufungsgerichts. Die Ausübung dieses Ermessens ist im Revisionsrechtszug grundsätzlich nicht nachprüfbar. Die insoweit auch keinen Ermessensfehler des Berufungsgerichts aufzeigende Revisionsrüge, daß jener Zeuge nochmals hätte vernommen werden müssen, ist daher unbegründet.

b) Das Berufungsgericht hat die Beklagte auch zur Rückzahlung der 12,75 DM für verpflichtet gehalten, die ihr nach der Aufstellung des Treuhänders Ha [REDACTED] vom 25. August 1964 (GA Bl. 474 a) als "restliche Fernsprechggebühren Düsseldorfer Anschluß" zugeflossen waren. Der

Senat hat die insoweit erhobenen Verfahrensrügen geprüft, aber für nicht durchgreifend erachtet.

5. Soweit die Beklagte gegen den Zahlungsanspruch aufgerechnet, das Berufungsgericht aber die zur Aufrechnung gestellten Forderungen für unbegründet gehalten hat, ist die Revision in den nachstehend zu a) bis d) erörterten Punkten gleichfalls unbegründet, während sie im übrigen Erfolg haben muß.

a) Im August 1959 waren von einem Konto der Beklagten 3.000 DM auf das Geschäftskonto gelangt. Das Berufungsgericht hat die Rückzahlung dieses Betrages durch die Aufstellung Ha[REDACTED] über die Entnahmen in den Jahren 1959 und 1960 (GA Bl. 79 b) für erwiesen gehalten. Das lag angesichts dessen, daß die Beklagte für die ihr erteilten Lastschriften von 3.515 DM keine andere Erklärung geben konnte, im Rahmen seiner mit der Revision nicht angreifbaren tatrichterlichen Würdigung.

b) Unstreitig sind am 7. Oktober 1959 4.017,40 DM Gewerbesteuern bar gezahlt worden. Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe nicht hinreichend dargelegt, daß dieser Betrag aus ihrem Vermögen gestammt habe. Sie habe zwar am 16. und 26. September 1959 insgesamt 7.000 DM von ihrem Privatkonto abgehoben, habe aber in der dazwischenliegenden Zeit 3.500 DM wieder eingezahlt und außerdem aus dem Konto ihren Lebensunterhalt bestritten. Die Behauptung, das Geschäftskonto sei im zweiten Halbjahr 1959 leer gewesen, werde durch eine Aufstellung widerlegt, nach der es am Tage der Steuerzahlung bei Zugängen von 3.515,92 DM und Abhebungen von 2.450 DM einen Endbestand von 4.014,35 DM ausgewiesen habe.

Die Revision muß auch diese tatrichterliche Würdigung hinnehmen, weil sie keinen Verfahrensfehler darlegt. Sie hat insbesondere auch keine hinreichenden Tatsachen angeben können, aus denen sich ergibt, daß das Berufungsgericht pflichtwidrig nicht geprüft hat, ob insoweit von Amts wegen die Parteivernehmung der Beklagten anzuordnen war (vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 448 ZPO).

c) Die Beklagte hat nach Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht dargetan, daß ihr gegen den Erblasser ein Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung ihres Hauses zustehe: Hierzu reiche es nicht aus, daß er nach ihrem Vortrag das von ihm bewohnte Haus Anfang 1960 plötzlich verlassen habe, ohne sich um die Heizung zu kümmern; denn damit allein lasse sich der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht begründen.

Ob das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme über die Behauptungen der Beklagten mit dieser Begründung hätte ablehnen können, ist zweifelhaft. Die Revision kann aber dennoch insoweit keinen Erfolg haben, weil die Beklagte in der Berufungsbegründung (S. 21) und im Schriftsatz vom 14. November 1970 (S. 15) keinen zulässigen Beweis dafür angetreten hatte, daß seinerzeit die Sorge für das Haus und damit für die Heizung dem Erblasser oblag. Ihre eigene Vernehmung kam dafür nicht in Betracht, weil insoweit nichts zu ihren Gunsten sprach.

d) Auf S. 20 der Berufungsbegründung (GA Bl. 848) hatte die Beklagte behauptet, sie habe zur Tilgung der Steuerschulden des Erblassers aus der Zeit ihrer Alleintätigkeit in erheblichem Umfange private Mittel zur

Verfügung gestellt. Die Höhe dieser Beträge könne nur an Hand der Eingangsbelege zum Steuerkonto des Erblassers bei dem Finanzamt D [REDACTED] errechnet werden; denn ihre eigenen Aufzeichnungen seien ihr auf Veranlassung des Erblassers, gegen den dieserhalb bis zu seinem Tode von der Staatsanwaltschaft ermittelt worden sei, gestohlen worden. Sie bitte daher um Beiziehung des Steuerkontos und um ihre eigene Vernehmung.

Das Berufungsgericht hat sich, wie die Revision zutreffend ausführt, mit diesem Vorbringen nicht befaßt. Das nötigt aber zu keiner Zurückverweisung der Sache in diesem Punkte gemäß § 551 Nr. 7 ZPO, weil eine Aufrechnung mit einer der Höhe nach nicht bestimmten Forderung unwirksam und das Vorbringen daher zur Abwehr der Klage ungeeignet ist (BGHZ 39, 333, 339).

e) Die Beklagte hatte einen Gehaltsanspruch von 1.200 DM monatlich, der für die Zeit vom 1. Juli 1959 bis zum 10. März 1960, also für 8 1/3 Monate, 10.000 DM ausmacht und für diese Zeit unstreitig noch nicht bezahlt worden ist. Das Berufungsgericht meint, die Beklagte könne trotzdem nichts fordern; denn sie habe nach den Aufstellungen Ha [REDACTED] (GA Bl. 79 a/b) vom 1. Februar 1957 an insgesamt mehr vom Erblasser erhalten, als ihr an Gehalt zugestanden hätte. Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

Die Beträge, die als Entnahmen der Beklagten verbucht sind (linke Spalte), setzen sich im wesentlichen aus "pers. Steuern" (rechte Spalte), Gehalt und Arbeitgeberanteilen zusammen. Gliederung und Inhalt der Aufstellungen ergeben, daß die Summen der linken und der rechten Spalte

nicht etwa zusammenzuzählen, sondern die Steuern bereits in den links ausgewiesenen Gesamtentnahmen enthalten sind. Diese Steuerzahlungen können nicht ohne weiteres als anrechenbare Zuwendungen an die Beklagte angesehen werden, solange eine nähere Feststellung dafür fehlt, für welche Zwecke die Beklagte die Beträge erhalten hat. Das wäre trotz der Spaltenüberschrift (pers. Steuern) erforderlich gewesen; insbesondere kann ohne nähere Aufklärung nicht ausgeschlossen werden, daß diese Beträge darauf beruhen, daß die Beklagte im Einverständnis mit dem Erblasser gegenüber den Finanzbehörden wie seine Mitgesellschafterin aufgetreten und deshalb für Gewinne besteuert worden ist, die dem Erblasser zugeflossen sind. Jedenfalls liegt die Beweislast dafür, daß die Gehaltsansprüche erfüllt oder auf andere Weise - etwa durch Aufrechnung - getilgt worden sind, bei den Klägern.

In diesem Punkte bedarf daher die Sache einer erneuten tatrichterlichen Beurteilung.

f) Eine Gewerbesteuerzahlung von 1.896 DM durch die Beklagte hat das Berufungsgericht für unbewiesen gehalten: vor allem fehle jeder Nachweis, daß die Zahlung aus ihrem eigenen Vermögen erfolgt sei.

Auch insoweit greift der Revisionsangriff durch. Die Beklagte hatte, was das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen hat, in der Berufungsbegründung S. 19 (GA Bl. 847) eine "Gewerbesteuerzahlung an Ha [REDACTED]" behauptet und sich zum Beweise dafür auf Ha [REDACTED] und auf dessen Unterlagen berufen. Hatte aber Ha [REDACTED], wie diesem Vortrag entnommen werden muß, den Betrag von der Beklagten verlangt, dann konnte schon dies dafür sprechen, daß aus dem Geschäftskonto,

wie die Beklagte weiter behauptet hat, die Gewerbesteuer nicht mehr hat gezahlt werden können und der Betrag aus ihren Privatmitteln stammte. In dieser Hinsicht hat sich das Berufungsgericht mit dem Beweisantrag der Beklagten noch nicht auseinandergesetzt. Das muß daher noch geschehen. Mangelnde Substantiierung konnte es der Beklagten nicht zu Recht entgegenhalten, weil sie geltend gemacht hatte, daß sich alle Unterlagen im Besitz des Zeugen befänden und dieser daher zu einer Bestätigung ihrer Behauptung in der Lage sei.

g) Aus denselben Erwägungen, wie die vorstehend behandelte Gegenforderung, hat das Berufungsgericht auch diejenige von 416,01 DM für ungerechtfertigt gehalten. Insoweit kann sein Urteil gleichfalls keinen Bestand haben. Die Beklagte hatte in der Berufungsbegründung S. 20 (GA Bl. 848) behauptet, sie habe den Betrag gemäß einer Pfändungsverfügung in Sachen Dr. St. [REDACTED] vom 3. September 1963 an die Finanzkasse Köln-Süd überwiesen. Sie hatte sich dafür auf eine Auskunft des Finanzamts und im Schriftsatz vom 14. November 1970 S. 13 (GA Bl. 926) außerdem auf das Zeugnis der Rechtsanwältin Kapser-Willmann berufen. Das Berufungsgericht hätte diesen Beweisanträgen nachgehen müssen, auch ohne daß die Beklagte zusätzlich Beweis für die Herkunft des überwiesenen Betrages antrat; denn nach dem 3. September 1963 - die Zahlung soll nach dem Schriftsatz der Beklagten vom 10. Juni 1965 (GA Bl. 527) am 14. September 1963 erfolgt sein - konnte die Beklagte, soweit ersichtlich, über Geschäftsvermögen nicht mehr verfügen.

h) Nach einer Bescheinigung der Kreissparkasse Köln vom 27. April 1964 (GA Bl. 875) hat der Erblasser auf Grund einer Vollmacht der Beklagten von deren Konto von Juli 1958 bis August 1959 in Teilbeträgen 27.375 DM abgehoben. Der

von der Beklagten hieraus abgeleitete Ersatzanspruch läßt sich nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts zurückweisen, daß die Beklagte weder die mangelnde Befugnis Dr. St. [REDACTED], die Beträge abzuheben, noch ein Auftragsverhältnis dargetan habe, das zu einem Anspruch der Beklagten gegen Dr. St. [REDACTED] aus § 667 BGB hätte führen können. In der Erteilung einer Bankvollmacht liegt unter Umständen, wie hier, regelmäßig entweder zugleich der schlüssige Auftrag, für den Vollmachtgeber über das Konto zu verfügen, oder die Erklärung, ihn künftig von Fall zu Fall beauftragen zu wollen, in diesem Sinne zu handeln. Dr. St. [REDACTED] hat daher, wenn sich nicht aus den (von den Klägern zu beweisenden) Umständen etwas anderes ergibt, die Beträge entweder in Erfüllung eines Auftrags der Beklagten oder in Geschäftsführung ohne Auftrag abgehoben. Dadurch hätte die Beklagte entweder einen Herausgabeanspruch nach § 667 BGB oder aber einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung erlangt, je nachdem, ob die Geschäftsführung auf Auftrag beruhte oder ohne Auftrag geschah und insofern dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprach oder unberechtigt war (vgl. § 681 Satz 2 oder § 684 Satz 1 BGB). Insoweit hatte die Beklagte über ihre Darlegungslast hinaus im Schriftsatz vom 14. November 1970 S. 13 (GA Bl. 926) behauptet, der Erblasser habe das Geld unterschlagen und ihr Ende 1959 erklärt, daß er es teils verspielt, teils zur Begleichung persönlicher Schulden verwendet habe. Dafür, daß die Beklagte damit einverstanden gewesen wäre, gibt es keinen Anhaltspunkt, zumal sie im Schriftsatz vom 4. November 1965 S. 1 (GA Bl. 612) unter Beweis gestellt hatte, daß auf ihr Konto "keinerlei Provisionseinzahlungen für Dr. St. [REDACTED]" erfolgt seien.

Hilfsweise meint das Berufungsgericht, ein etwaiger Anspruch der Beklagten wäre inzwischen verwirkt; ihr seien die Abhebungen seit Ende 1959 bekannt gewesen; sie habe sie in diesem Rechtsstreit aber bisher nicht geltend gemacht, obwohl sie sich im übrigen gegen die Klagansprüche mit allen rechtlichen Mitteln zur Wehr gesetzt habe. Dem kann gleichfalls nicht gefolgt werden. Für die Frage, ob ein Anspruch verwirkt ist, kommt es zunächst darauf an, ob bei objektiver Beurteilung der Verpflichtete aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, daß dieser sein Recht nicht geltend machen werde. Das hat das Berufungsgericht offenbar hier bejahen wollen. Dabei hat es jedoch die unter Beweis gestellte Behauptung der Beklagten im Schriftsatz vom 14. November 1970 S. 14 (GA Bl. 927) übersehen, die Unterschlagungen seien den Klägern schon jahrelang bekannt und hätten in den Vergleichsverhandlungen eine wesentliche Rolle gespielt. Davon abgesehen ist für die Annahme einer Verwirkung weiter erforderlich, daß sich der Verpflichtete mit Rücksicht auf das Verhalten des Berechtigten auf die Nichtausübung des Rechts auch eingerichtet hat und daß die nachträgliche Geltendmachung gerade deshalb mit den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist (BGHZ 25, 47, 51 f).

Unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten muß das Berufungsgericht daher auch die Forderung der Beklagten auf 27.375 DM noch einmal prüfen.

6. Soweit sich die Gegenforderungen der Beklagten als begründet erweisen sollten, müßte die Zahlungsklage abgewiesen werden. Sollten sie den Zahlungsanspruch übersteigen, so könnte das in Höhe des überschießenden Betrages

18

auch dem Anspruch auf Abtretung des Bankguthabens entgegengehalten werden. Infolgedessen muß das angefochtene Urteil insgesamt aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Stempel

Dr. Schulze

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Dr. Tidow