

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 126/78

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

30. Januar 1980

H e l l m a n n

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Frau Gisela L [REDACTED] geb. O [REDACTED],
F [REDACTED]straße 33, B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Fabrikanten Hans-Joachim O [REDACTED] ,
 2. den Fabrikanten Klaus O [REDACTED] ,
- beide wohnhaft F [REDACTED]straße 33, B [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1980 durch die Richter Dr. Hoegen, Knüfer, Rottmüller, Dehner und Dr. Schmidt-Kessel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. Juni 1978 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Tochter des am 3. Januar 1976 verstorbenen Fabrikanten Otto O [REDACTED] (im folgenden Erblasser genannt); der Beklagte zu 2 ist dessen Sohn, der Beklagte zu 1 der nichteheliche Sohn der Ehefrau des Erblassers. Zum Nachlaß gehört das im Grundbuch von B [REDACTED] Band 245 Blatt 5448 eingetragene Grundstück Gemarkung B [REDACTED] Flur 77 Flurstück 541 P [REDACTED]straße 33. Auf diesem Grundbuchblatt ist für die Klägerin eine

- 3 -

Briefgrundschuld von DM 100.000,-- eingetragen. Die Parteien streiten sich darum, ob die Klägerin berechtigt ist, aus dieser Grundschuld die Zwangsvollstreckung zu betreiben.

Der Erblasser hat am 14. Juli 1969 mit seiner Ehefrau Johanna O. geb. B. einen Erbvertrag geschlossen, der u. a. folgende Bestimmungen enthält:

"...

Verstirbt der Ehemann vor der Ehefrau, so soll das Nachfolgende gelten:

- 1.) Die Erschienene zu 2.) verzichtet auf ihr Erb- und Pflichtteilsrecht, sowie auf das Recht, einen Ausgleich der Zugewinnngemeinschaft zu fordern. ...
2. Erben des Erschienen zu 1.) sollen zu gleichen Teilen die 3 Söhne werden, d.h. Hans-Joachim, Kurt und Klaus.

Sie erhalten dadurch zur gesamten Hand:

- a) Den im Grundbuch von B. Band 245, Blatt 5448 verzeichneten Grundbesitz, der aus dem Betriebsgrundstück F.straße 33 mit dem Einheitswert von DM 100.300,-- und dem ausserbetrieblichen Wohngrundstück P.straße 33, das einen Einheitswert von DM 7.800,-- hat, besteht.
- b) Die Einzelfirma Otto O., Fabrik für Chemische Produkte, und wenn diese vor dem Erbfall in eine Handelsgesellschaft überführt worden ist, den Kapitalanteil des Erblassers in der Gesellschaft.
Wenn das Unternehmen noch als Einzelfirma besteht, sollen die Erben es in eine offene Handelsgesellschaft umwandeln, an der sie zu gleichen Teilen beteiligt sind.
- c) Die Guthaben aus dem Bausparvertrag bei der Landesbausparkasse Nr. 2 649371 3, der auf den Namen Otto O. lautet, sowie die Ansprüche von mehreren kleinen Sterbeversicherungen.



Wenn einer der 3 Erben nicht in die Handelsgesellschaft eintreten will, soll er unter Verzicht auf jede Einzelberechnung eine Barabfindung von DM 100.000,-- (Einhunderttausend Deutsche Mark) erhalten. Dieser Betrag ist unter Berücksichtigung der derzeitigen Finanzlage des Unternehmens angesetzt. Wenn sich das Aktivum der Handelsbilanz vor dem Erbfall erhöht oder verringert und die Änderung mindestens 1/10 des jetzigen Aktivums ausmacht, soll der genannte Abfindungsbetrag sich entsprechend vergrössern oder verringern. Dabei muss die Bilanz nach den Gesichtspunkten einer ordentlichen kaufmännischen Buchführung aufgemacht werden. Das Wahlrecht für Beteiligung oder Abfindung ist für jeden Erben - unbeschadet einer Regelung unter den Erben - auf 3 Monate nach der Eröffnung dieses Erbvertrages begrenzt, soweit die Eröffnung nach dem Tode des Erschienenen zu 1.) stattfindet. Bis zur Ausübung des Wahlrechts bzw., dem Ablauf der Frist, soll der Erbanfall an meine Söhne, nur aufschiebend bedingt sein, der oder die Söhne der (die) Abfindung wählt (wählen), soll als Erbe ausscheiden und im Bezug auf die Abfindungssumme Vermächtnisnehmer sein. Der oder die Söhne, die das Unternehmen weiterführen, sollen seine (ihre) Ersatzerben sein.

- d) Die Auszahlung der Abfindung durch die verbleibenden Erben und Gesellschafter soll in fünf gleichen Jahresraten ohne Verzinsung erfolgen. Bei vorzeitiger Auszahlung können die verbleibenden Gesellschafter Zwischenzinsen in Höhe von 5 % abziehen. Sie können auch eine zeitliche Verlängerung der Auszahlung fordern, wenn die Finanzlage des Unternehmens andernfalls schwierig würde.
- 3. Unsere nichtverheiratete Tochter Gisela erhält anstelle der Einsatzung zur Miterbin das folgende Vermächtnis:
 - a) Eine Geldforderung von DM 100.000,-- (Einhunderttausend Deutsche Mark) die zunächst als Darlehn in der Firma stehen bleiben und mit 5 % verzinst werden. ... Die Darlehensforderung der Vermächtnisnehmerin soll ihr durch Eintragung einer Buchhypothek ge-

sichert werden. Dieser Hypothek soll nur die jetzige Belastung zu Gunsten der Kreissparkasse vorgehen, die noch mit DM 110.000,-- (Einhundert-zehntausend Deutsche Mark) valutiert.

- aa) Für das Vermächtnis von DM 100.000,-- soll aber auch gelten, dass er sich mit Erhöhung des Aktivums der Handelsbilanz vergrößert, genau wie das auf Seite 4) oben für die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters geregelt ist.

...

5. Für den Ehemann Otto O. [REDACTED] bleibt der Rücktritt von diesem Erbvertrag ausdrücklich vorbehalten. Er soll auch das Recht haben ohne Rücktritt von dem ganzen Vertrag die Erbeinsetzung oder Abfindung der Kinder anders zu regeln. Nur muss dann wenigstens ein Kind oder ein Enkel als Erbe bzw. Ersatzerbe vorgesehen bleiben.

..."

Den Wert seines gegenwärtigen Vermögens gab der Erblasser bei der Verhandlung mit DM 100.000,-- an.

Auf dem eingangs erwähnten Grundbuchblatt war für die Kreissparkasse B. [REDACTED] eine Grundschuld über DM 200.000,-- nebst 10,5 % Zinsen eingetragen. Da die durch die Grundschuld gesicherte persönliche Forderung getilgt war, trat die Kreissparkasse B. [REDACTED] auf Veranlassung des Erblassers am 28. Juni 1972 einen Teilbetrag von DM 100.000,-- an die Klägerin und einen weiteren Teilbetrag von DM 100.000,-- an den Erblasser ab; den Unterschriften unter den Abtretungserklärungen fügte die Kreissparkasse das ihr als Körperschaft des öffentlichen Rechts zustehende Dienstsiegel bei; eine notarielle Beglaubigung der Unterschriften wurde nicht vorgenommen. Am 3. Juli 1972 unterzeichnete der Erblasser folgende an das Grundbuchamt gerichtete Erklärung:

"In der Grundbuchsache
von B [REDACTED] Band 245 Blatt 5448
- O [REDACTED] -

hat die Kreis-Sparkasse in B [REDACTED] im zweiten Rang den letzten Teil der Grundsuld, die für sie eingetragen ist in Abteilung III Nr. 14 an mich, den Fabrikanten Otto O [REDACTED] abgetreten. Ich meinerseits trete diesen zur Eigentümergrundsuld gewordenen Teil an meine Tochter Gisela L [REDACTED] ab. Ich überreiche den Grundschuldbrief Nr. 785936 und beantrage, zwei Teilbriefe über je 100.000,-- DM (in Worten: einhunderttausend Deutsche Mark) zu bilden und diese dem amtierenden Notar zurückzuschicken.

..."

Die Unterschrift des Erblassers wurde vom Vertreter des Notars H [REDACTED] in B [REDACTED] beglaubigt; dieser reichte die beiden Abtretungserklärungen der Kreissparkasse und die von ihm beglaubigte Abtretungserklärung des Erblassers beim Grundbuchamt mit der Bitte um Vollzug ein. Am 13. Oktober 1972 nahm der Notar H [REDACTED] den vom Erblasser in seiner Abtretungserklärung gestellten Antrag zurück und bat darum, aufgrund der Abtretungserklärung der Kreissparkasse einen Teileigentümergrundschuldbrief für den Erblasser zu bilden. Das Grundbuchamt trug daraufhin am 7. November 1972 im Grundbuch ein, daß von der Post Nr. 14 ein erstrangiger Teilbetrag von DM 100.000,-- mit Zinsen seit 28. Juni 1972 an die Klägerin und ein letztrangiger Teilbetrag von DM 100.000,-- mit Zinsen seit 28. Juni 1972 an den Erblasser abgetreten worden seien; es leitete entsprechende Teilgrundschuldbriefe dem Notar zu.

Am 3. April 1974 errichtete der Erblasser ein Testament, in dem er bestimmte:

- "1. Ich schließe meinen Sohn Kurt O [REDACTED] von der Erbfolge aus und setze ihn auf den Pflichtteil.
 2. Meine beiden Söhne Hans-Joachim O [REDACTED] und Klaus O [REDACTED] sollen gemeinsam mein jetziges Unternehmen fortführen.
- ..."

Zu Lebzeiten des Erblassers machte die Klägerin keine Ansprüche auf Zahlung von Zinsen aus der Grundschild geltend, gab die Zinsbeträge auch nicht in ihrer Einkommensteuererklärung an. Die Abtretung der Grundschild an die Klägerin wurde weder von ihr selbst noch vom Erblasser noch vom Notar H [REDACTED] dem Finanzamt als Schenkung angezeigt.

Die Klägerin verlangt nunmehr Zahlung der Zinsen aus der Grundschild für die Zeit vom 28. Juni 1972 bis zum 31. Dezember 1976 in Höhe von DM 47.321,92. Sie begehrt mit der vorliegenden Klage die Verurteilung der Beklagten zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen dieses Betrages in das belastete Grundstück.

Die Beklagten behaupten,

die Grundschild sei der Klägerin nicht schenkungshalber, sondern lediglich zur Sicherung ihres Vermächtnisanspruchs aus dem Erbvertrag abgetreten worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Für die Klage fehlt es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht an einem Rechtsschutzbedürfnis. Es ist zwar richtig, daß zur Zwangsvollstreckung in das der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Grundstück ein Titel gegen die Erben weder erforderlich noch ausreichend ist. Dennoch ist ein solcher Titel nicht ohne Bedeutung; aus ihm kann die Klägerin vollstrecken, wenn die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers wegfallen.

II.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils streiten sich die Parteien darüber, ob der Erblasser die Grundschuld im Jahre 1972 "der Klägerin zusätzlich zu einem in dem Erbvertrag der Eltern der Parteien von 1969 vorgesehenen Vermächtnis von DM 100.000,-- geschenkt oder der Klägerin in Ausführung des Erbvertrages abgetreten hat".

Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ist es allerdings nicht unzulässig, bei der Begründung oder der Abtretung einer Grundschuld eine schuldrechtliche Abrede zu treffen, nach der der Gläubiger von seinem dinglichen Recht lediglich zur Sicherung einer ihm zwar noch nicht zustehenden, aber ihm möglicherweise in der Zukunft erwachsenden Forderung Gebrauch machen darf;

der Erblasser war daher rechtlich nicht gehindert, mit der Klägerin zu vereinbaren, daß die Grundschild lediglich zur Sicherung des Vermächtnisanspruchs aus dem Erbvertrag dienen soll. Eine solche Vereinbarung begründet eine Einwendung gegenüber dem gesetzlichen Anspruch aus der Grundschild. Für sie ist daher der Eigentümer des in Anspruch genommenen Grundstücks darlegungs- und beweispflichtig. Eine derartige Sicherungsabrede kann nur dann angenommen werden, wenn beide Parteien den Sicherungszweck in ihren rechtsgeschäftlichen Willen aufgenommen haben; die Klägerin müßte also bei Vertragsschluß gewußt haben, daß ihr der Erblasser im Erbvertrag eine Darlehensforderung vermacht hatte; sie müßte damit einverstanden gewesen sein, daß er mit der Grundschildübertragung lediglich diese zukünftige Forderung sichern wollte. Die Gründe des Berufungsurteils lassen nicht mit hinreichender Sicherheit erkennen, ob es dem Berufungsgericht bewußt war, daß es nicht etwa bloß - wie bei der Testamentsauslegung - einen inneren Willen des Erblassers, sondern vielmehr eine Willensübereinstimmung zwischen Erblasser und Klägerin feststellen mußte.

III.

Im übrigen beruht aber auch die Annahme des Berufungsgerichts, wie die Revision mit Recht rügt, auf Rechtsfehlern.

1. Das Berufungsgericht führt aus, es könne kaum angenommen werden, daß der Erblasser die Klägerin habe wesentlich besserstellen wollen als seinen Sohn Kurt, den er auf das Pflichtteil gesetzt habe. Schon rein

11

rechnerisch sind diese Ausführungen widerspruchsvoll. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der dem Bruder Kurt zustehende Pflichtteil DM 66.666,67 betrug (Bl. 9 Z. 5 des BU), während der Erblasser nach der übereinstimmenden Auffassung des Berufungsgerichts und beider Parteien der Klägerin mindestens DM 100.000,--, also wesentlich mehr als den Pflichtteil, zuwenden wollte. Auch mit dem tatsächlichen Hergang lassen sich die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht vereinbaren. Der Erblasser hat den Sohn Kurt erst durch das Testament vom 3. April 1974 auf den Pflichtteil gesetzt; die Anordnungen, durch die der Klägerin der Erbteil entzogen und ihr stattdessen ein Vermächtnis ausgesetzt wurde, sind jedoch bereits im Erbvertrag vom 14. Juli 1969 enthalten. In diesem Erbvertrag hat der Erblasser den Sohn Kurt in gleicher Weise und in gleichem Umfang wie die beiden Beklagten zum Erben eingesetzt. Den ihm vom Berufungsgericht unterstellten Willen, die Klägerin im wesentlichen so zu benachteiligen wie den Sohn Kurt, konnte der Erblasser bei der Errichtung des Erbvertrags vom 14. Juli 1969 noch nicht gehabt haben, weil er damals Kurt gegenüber den beiden Beklagten nicht benachteiligt hat. Daran hat sich auch bis zu dem Zeitpunkt, in dem die (Teil-)Grundschild an die Klägerin abgetreten wurde, nichts geändert. Selbst wenn der Erblasser im Jahre 1974, als er die Enterbung seines Sohnes Kurt aussprach, den Willen gehabt haben sollte, der Klägerin nicht mehr als den Pflichtteil zukommen zu lassen - eine Annahme, für die jeder Anhaltspunkt fehlt -, wäre dieser Wille unbeachtlich, weil er im Testament noch nicht einmal andeutungsweise zum Ausdruck gekommen ist (Johannsen in RGRK-BGB 12. Aufl. § 2084 Rdn. 7).

Den Gesamteinhalt des Erbvertrages hat das Berufungsgericht nicht in der gebotenen erschöpfenden Weise berücksichtigt. Der Erblasser hatte vorgesehen, daß das Unternehmen von den drei Brüdern der Klägerin in Form einer offenen Handelsgesellschaft fortgeführt werden sollte (B 2 b). Wenn ein Bruder nicht bereit sei, in diese offene Handelsgesellschaft einzutreten, sollte er eine Barabfindung in Höhe von DM 100.000,-- erhalten (B 2 c Abs. 2). Den gleichen Betrag hatte der Erblasser auch der Klägerin zugedacht (B 3 a). Das Vermächtnis für die Klägerin sollte sich unter den gleichen Voraussetzungen erhöhen wie die Abfindung für den Bruder, der nicht in die OHG eintreten wollte (B 3 aa). Die Klägerin war also nach dem Erbvertrag genausogut gestellt wie ein aus dem Geschäft ausscheidender Erbe; sie stand sogar noch etwas besser, da der ihr zustehende Betrag mit 5 % zu verzinsen war (B 3 a), während der ausscheidende Bruder keine Verzinsung erhielt (B 2 d); dafür erhielt dieser sein Geld etwas früher als die Klägerin (nämlich in fünf Jahresraten zu 20 %, während die Klägerin sich in den ersten vier Jahren mit je 5 % begnügen mußte und die restlichen 80 % erst nach Ablauf des fünften Jahres erhielt). Diese Umstände können gegen die Annahme sprechen, der Erblasser habe der Klägerin wertmäßig weniger hinterlassen wollen als ihren Brüdern; sie hätten daher vom Berufungsgericht gewürdigt werden müssen.

2. Das Berufungsgericht findet es auffallend, daß sowohl das Vermächtnis als auch die Grundschild sich auf je DM 100.000,-- belaufen. Die Schlußfolgerungen, die es hieraus gezogen hat, werden von der Revision mit Recht beanstandet. Der Erblasser hatte der Klägerin

keineswegs einen festen Geldbetrag von DM 100.000,-- vermacht; er hatte vielmehr bestimmt, daß der Klägerin eine Darlehensforderung zufallen sollte, deren Höhe sich nach der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens im Zeitpunkt des Erbfalls richten und lediglich bei Zugrundelegung der im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags bestehenden Verhältnisse DM 100.000,-- betragen sollte.

Nach Ziff. 3 a aa in Verb. m. Ziff. 2 c des Erbvertrages war der Betrag von DM 100.000,-- unter Berücksichtigung der Finanzlage des Unternehmens im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages angesetzt worden. Wenn sich "das Aktivum der Handelsbilanz" vor dem Erbfall um mindestens 10 % erhöhen oder verringern sollte, sollte auch das Vermächtnis sich entsprechend vergrößern oder verringern. Diese Bestimmung ist unklar und auslegungsbedürftig. Die Bilanz eines gewerblichen oder kaufmännischen Unternehmens weist in der Regel nicht bloß ein einziges Aktivum, sondern mehrere Aktivposten auf. Es ist auch unwahrscheinlich, daß der Erblasser und der beurkundende Notar mit dem Ausdruck "Aktivum" die Summe der Aktiven gemeint haben könnten. Die Angaben auf der Aktivseite der Bilanz sagen für sich allein über die wirtschaftliche Lage und den Wert eines Unternehmens nichts aus; entscheidend kommt es immer auf das Verhältnis zwischen Aktiven und Passiven an. Es wäre daher wenig sinnvoll gewesen, wenn der Erblasser die Höhe des der Klägerin ausgesetzten Vermächtnisses von dem Wert der Aktiven abhängig gemacht hätte. Die Annahme liegt nahe, daß der Erblasser unter "Aktivum" den Überschuß der Aktiven über die Passiven,

d. h. also das (auf der Passivseite der Bilanz auszuweisende) Eigenkapital verstanden hat. Davon ist für die Revisionsinstanz auszugehen, da das Berufungsgericht keine dieser Auffassung entgegenstehende Auslegung vorgenommen hat.

Das Berufungsgericht verweist selbst darauf, daß der Erblasser bei der Errichtung seines Testaments vom 3. April 1974 den Nachlaßwert mit DM 800.000,-- angenommen hat. Der Testamentsvollstrecker hat gegenüber dem Nachlaßgericht den Wert des Betriebs mit DM 630.538,-- plus DM 86.700,-- angegeben (Bl. 28 der Testamentsakten). Danach kann sich das im Unternehmen investierte Eigenkapital in der Zeit zwischen der Errichtung des Erbvertrages und dem Erbfall erheblich vermehrt haben. Dies wird auch vom Berufungsgericht nicht in Zweifel gezogen; es meint lediglich, es könne kaum angenommen werden, daß sich die Finanzlage des Unternehmens nach der Auffassung des Erblassers in der Zeit von 1969 bis 1972 so entscheidend geändert habe, daß nun für einen reichenden Erben statt DM 100.000,-- DM 200.000,-- hätten aufgebracht werden können. Darauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Wesentlich ist vielmehr, ob in der Zeit zwischen 1969 bis 1972 sich das Eigenkapital (das "Aktivum") so verändert hat, daß nunmehr die Klägerin aufgrund des hier ausgesetzten Vermächtnisses einen höheren Betrag als DM 100.000,-- fordern konnte. Wenn dem so war, dann entbehren die Schlüsse, die das Berufungsgericht aus der angeblichen Übereinstimmung zwischen der Höhe des Vermächtnisses und der Höhe der Grundschuld gezogen hat, der Grundlage. Den Umständen nach ist es nicht auszuschließen, daß

sich die Werterhöhung in der Zeit von 1969 bis 1974 (bzw. 1976) stetig vollzogen hat; etwas Gegenteiliges ist weder substantiiert behauptet noch vom Tatrichter festgestellt worden. Dann durfte das Berufungsgericht aber nicht davon ausgehen, daß das der Klägerin ausgesetzte Vermächtnis auch noch im Jahre 1972 nur eine Höhe von DM 100.000,-- gehabt habe. Da sich seine Erwägungen schon aus diesem Grunde als fehlerhaft erweisen, kann dahingestellt bleiben, ob die von der Revision erhobene Rüge zutreffend ist, das Berufungsgericht hätte Feststellungen über den Wert des Unternehmens nicht ohne sachverständige Hilfe treffen dürfen.

3. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts spricht es auch gegen die Sachdarstellung der Klägerin, daß der Notar keine Anzeige der Schenkung an die Erbschaftssteuerstelle veranlaßt hat. Auch diese Erwägung ist rechtsfehlerhaft. Nach dem damals maßgeblichen § 189 a AbgO (heute: § 34 Erbschaftssteuergesetz, vgl. auch § 13 ErbschaftssteuerDVO) traf die Notare nur bei der Beurkundung von Schenkungen eine Anzeigepflicht, nicht aber bei der bloßen Beglaubigung von Unterschriften unter Schenkungsakten. Ein Schenkungsvertrag zwischen dem Erblasser und der Klägerin ist jedoch vor dem Notar Dr. H. [REDACTED] (oder dessen Vertreter) nicht geschlossen worden; dieser hat auch das dingliche Rechtsgeschäft, durch das die von der Klägerin behauptete Schenkung vollzogen wurde (die Abtretung der erst-rangigen Teilgrundschuld), weder beurkundet noch beglaubigt. Seine beglaubigende Tätigkeit betraf lediglich die zweitrangige Teilgrundschuld. Darauf, ob der Erblasser diese Teilgrundschuld der Klägerin schenken oder nur sicherungshalber übertragen wollte, kommt es

jedoch nicht an; denn ihren Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung leitet die Klägerin nur aus der erstrangigen Teilgrundschild her.

Selbst wenn der Notar bei der Beglaubigung der Abtretung der zweitrangigen Teilgrundschild von der Schenkung der erstrangigen erfahren haben sollte, wäre er nicht verpflichtet, ja noch nicht einmal berechtigt gewesen, diese Schenkung dem Finanzamt anzuzeigen; denn soweit keine besonderen Anzeigepflichten eingreifen, ist der Notar gegenüber jedermann - also auch gegenüber dem Finanzamt - zur Wahrung der Amtsverschwiegenheit verpflichtet (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

4. Aus der Tatsache, daß weder der Erblasser noch die Klägerin die Schenkung dem Finanzamt angezeigt haben, könnten nur dann Schlüsse zugunsten der Beklagten gezogen werden, wenn jenen bewußt gewesen wäre, daß die Abtretung der Grundschild schenkungssteuerpflichtig war und dem Finanzamt angezeigt werden mußte. Das hat jedoch das Berufungsgericht nicht festgestellt. Der festgestellte Umstand, daß der Erblasser alle "steuerrechtlich relevanten finanziellen Dinge" mit dem Zeugen Spindler besprach, diesem gegenüber aber die Abtretung der Grundschild nicht erwähnt hat, wäre nur dann von Bedeutung, wenn der Erblasser die steuerrechtliche Relevanz der von ihm vorgenommenen Transaktion erkannt hätte.

5. Mit Recht rügt die Revision, daß das Berufungsgericht den Antrag auf Vernehmung der Zeugen K[REDACTED] und S[REDACTED] übergangen hat. Der Notar K[REDACTED] hatte am 29. Dezember 1977 eine eidesstattliche Versicherung der Zeugin

Johanna O [REDACTED], der Mutter der Parteien, beurkundet, in der diese angegeben hat, sie wisse mit Bestimmtheit, daß im Zusammenhang mit der Übertragung der Grundschuld das Wort "Schenkung" gefallen sei. Bei ihrer richterlichen Vernehmung am 12. Mai 1978 hat die (80jährige) Zeugin erklärt, sie könne sich nicht mehr darauf besinnen, ob bei dem Gespräch von "Schenkung" oder "schenken" die Rede gewesen sei; sie vergesse so leicht etwas; wenn sie wieder allein sei, falle ihr es wieder ein. Die Klägerin hat daraufhin beantragt, den Notar K [REDACTED] und den Rechtsanwalt Sander, der bei der Beurkundung der eidesstattlichen Versicherung anwesend gewesen sein soll, zu vernehmen. Sie hat in das Wissen der Zeugen die Behauptung gestellt, daß der Inhalt der eidesstattlichen Versicherung von der Zeugin Johanna O [REDACTED] aus freien Stücken und ohne jede Beeinflussung von dritter Seite erklärt worden sei. Daß die eidesstattliche Versicherung kein im Regelverfahren der ZPO zulässiges Beweismittel ist, schließt nicht aus, daß die bei der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung anwesenden Personen über die Erklärungen vernommen werden, die die Zeugin gegenüber diesen Personen abgegeben hat, und daß deren Aussagen bei der Entscheidung verwertet werden. Das deutsche Recht kennt kein Verbot des Beweises vom Hörensagen. Die Nichtberücksichtigung des Beweisantrages hätte daher zumindest einer Begründung bedurft.

6. Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht die von der Klägerin behaupteten und unter Beweis gestellten Schenkungen des Erblassers an die Beklagten bei der nach § 286 ZPO gebotenen Gesamtwürdigung aller aus dem Parteivortrag ersichtlichen Umstände nicht berücksichtigt hat. Wenn diese Behauptung von den Beklagten bestritten sein sollte - was aus dem Tat-

bestand des Berufungsurteils nicht eindeutig zu entnehmen ist -, wäre eine Erhebung der angetretenen Beweise geboten gewesen.

7. Unbegründet sind dagegen die Angriffe, die die Revision gegen die Würdigung der Aussage des Zeugen H[REDACTED] richtet. Es kann zwar nicht verkannt werden, daß gegen die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen Bedenken vorgebracht werden können. Der Zeuge ist über den Verlauf des Rechtsstreits von Anfang an durch den Beklagten zu 1 unterrichtet worden. Er hat auch noch am Vorabend seiner Vernehmung mit ihm über die Angelegenheit gesprochen. Auch läßt sich ein persönliches Interesse bei ihm nicht völlig ausschließen; denn vom Beklagten zu 1 sind ihm wegen der Behandlung der Grundschuldbabtretung Vorhaltungen gemacht worden. Durch dies alles war der Tatrichter jedoch nicht gehindert, der Aussage des Zeugen Glauben zu schenken; daß er die erwähnten bei der Vernehmung zutage getretenen Umstände übersehen haben könnte, ist nicht anzunehmen. Ob zwischen der Aussage des Zeugen H[REDACTED] und der des Zeugen L[REDACTED] ein Widerspruch besteht, ist eine Frage der tatrichterlichen Würdigung, die weitgehend der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen ist. Daß das Berufungsurteil in diesem Punkt keinen Rechtsfehler enthält, kann jedoch nicht zur Zurückweisung der Revision führen. Das Berufungsgericht hatte ersichtlich Bedenken, seine Entscheidung ausschließlich auf die Aussage des Zeugen H[REDACTED] zu stützen; es hat vielmehr noch zusätzliche Erwägungen angestellt, die, wie oben ausgeführt, einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten. Auch darf nicht übersehen werden, daß der Zeuge unmittelbar nur

das bekunden konnte, was ihm der Beklagte zu 1 über die Absichten des Erblassers erzählt hat. Ob der Erblasser den Beklagten zu 1 über seine Absicht zutreffend informiert und ob der Beklagte zu 1 diese Informationen richtig an den Zeugen H. weitergegeben hat, ist eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. Ob das Berufungsgericht auch ohne Verwertung der übrigen von ihm hervorgehobenen Beweisanzeichen in dieser Hinsicht zum gleichen Ergebnis gekommen wäre, ist nicht sicher.

III.

Da somit die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts auf teilweise rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht, muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Prüfung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden.

Durch die Zurückverweisung erhält das Berufungsgericht Gelegenheit, seine Ansicht zu überprüfen, die Beklagten hätten die aus dem der Klägerin ausgesetzten Vermächtnis sich ergebenden Zinsansprüche "unstreitig" erfüllt. In welcher Höhe die Beklagten Zahlungen geleistet haben, ist weder aus dem Berufungsurteil noch aus dem Parteivortrag ersichtlich. Es ist nicht auszuschließen, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts von der irrigen Annahme beeinflußt worden sind, der Klägerin sei lediglich eine Darlehensforderung von DM 100.000,-- vermachet worden und sie könne daher auch nur Zinsen aus diesem Betrag beanspruchen. Sollte sich ergeben, daß der Vermächtnisanspruch der Klägerin höher als DM 100.000,-- ist, daß aber die Beklagten nur Zinsen

auf DM 100.000,-- gezahlt haben, so wäre wegen des Differenzbetrages die Geltendmachung der dinglichen Haftung selbst dann zulässig, wenn tatsächlich zwischen dem Erblasser und der Klägerin eine Vereinbarung getroffen sein sollte, nach der die Grundschild ausschließlich zur Sicherung des Vermächtnisanspruchs bestimmt ist.

Dr. Hoegen

Dehner

Knüfer

Dr. Schmidt-Kessel

Rottmüller