

Für das Nachschlagewerk ! Nicht für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: ZPO §§ 161, 295, 549; BGB §§ 1421, 2027 Abs 2.

Rechtssatz:

1. Die Verwertung einer nicht protokollierten Aussage nach Richterwechsel ist kein Verfahrensmangel im Sinne des § 295 Abs 1 ZPO, sondern ein Fehler der Urteilsfällung. Die Revision kann jedoch auf diesen Gesetzesverstoss nicht gestützt werden, wenn den Parteien Abschrift eines Vermerks des Berichterstatters erteilt und der Vermerk in allseitigem Einverständnis benutzt worden ist, sofern die weitere Prüfung aller Umstände des Einzelfalles die Feststellung zulässt, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht auf dem Mangel beruht.
2. Sterben Ehegatten gemeinsam, so haben - bei gesetzlichem Güterstande - die Erben des Mannes den Erben der Frau gemäss § 1421 BGB Rechenschaft über die Verwaltung des eingebrachten Guts zu legen.
3. Wer nach dem Tode des Erblassers eine Sache in Besitz nimmt, die der Erblasser schon zu seinen Lebzeiten einem Dritten übergeben hatte, nimmt die Sache nicht "aus dem Nachlass" in Besitz und ist daher nicht gemäss § 2027 Abs 2 BGB zur Auskunft verpflichtet.

Aktenzeichen: IV ZR 55 / 51

BGH-Urteil vom 8. November 1951

OLG Köln.

Verkündet
am 8. November 1951
[redacted], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle des
Bundesgerichtshofs.

Im Namen des Volkes
=====

In dem Rechtsstreit

- 1) der Frau Anna W [redacted], geb. F [redacted] in
E [redacted]-W [redacted], L [redacted] Landstr. 7,
- 2) der Ordensschwester Leontine geb. Katharina F [redacted]
in N [redacted] (Saar), St. J [redacted]-Krankenhaus,
- 3) der Frau Emilie K [redacted], geb. F [redacted],
in M [redacted] bei M.-G [redacted], B [redacted] strasse [redacted],

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted] -

g e g e n

den Lühlenbesitzer Max T [redacted] in F [redacted],
Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
[redacted] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 1951 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Ascher, Raske,
Johannsen und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

Das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 19. Dezember 1950 wird aufgehoben, so-
weit die Beklagten verurteilt worden sind, Auskunft
über Gemälde, Kleidung, Wäsche und dergleichen sowie
drei Stahlkassetten zu erteilen (Ziffer I b - d des

— 2 —

Urteilstenors) und hierzu ein Verzeichnis vorzulegen (Ziffer II zu I b - d). Insoweit wird die Klage abgewiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision bleibt dem Schlussurteil des Landgerichts vorbehalten.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Eheleute Wilhelm F. und Erna geb. T. sind am 30. Oktober 1944 bei einem Luftangriff gemeinsam ums Leben gekommen. Sie haben kein Testament hinterlassen. Gesetzliche Erben des Ehemannes (Erblasser) sind die Beklagten; gesetzliche Erben der Ehefrau (Erblasserin) sind der Kläger (ihr Vater) und seine Kinder Max T. jun. und Hermine J. geb. T. Der Erblasser, der an mehreren Filmtheatern beteiligt war, war unstreitig sehr vermögend. Beim Tode der Eheleute Fink war ein beträchtliches Vermögen vorhanden, zu dem auch eine grössere Gemäldesammlung, Schmuck, Möbel, Kleidungs- und Wäschestücke gehörten.

Der Kläger behauptet, dass 9 Gemälde, ein grosser Teil des Schmuckes und sonstiger Kostbarkeiten sowie der Kleidung und Wäsche Eigentum der Erblasserin gewesen seien. Sie habe in den Jahren 1939 bis 1944 mit Mitteln, die er ihr zur Verfügung gestellt habe, Schmuck, Gold und Edelsteine zu einem durch Rechnungen noch nachweisbaren Gesamtbetrage von 138 023.18 RM eingekauft. Ebenso habe sie die 9 Gemälde im eigenen Namen und mit eigenen Mitteln gekauft. Sie habe dies gekonnt, weil sie von ihm anlässlich ihrer Eheschliessung mit F. 1937 200 000.-- RM und 1943 als Ausgleich für ihren Erbanteil am unbeweglichen Nachlass ihrer Mutter und ihres Bruders Paul 60 000.-- RM erhalten habe. Auch der Inhalt einer Silberkassette mit Schmuck, - diese haben die Beklagten sich unstreitig von der Verwahrerin, Frau Ida P., einer Cousine des Erblassers, nach dessen Tode aushändigen lassen -, sei grösstenteils Eigentum der Erblasserin

gewesen. Ferner seien drei Stahlkassetten mit wertvollen Steinen und Schmucksachen vorhanden gewesen, deren Inhalt gleichfalls zum Teil der Ehefrau F. gehört habe.

Der Ehemann F. hat unstreitig einen Teil seines beweglichen Vermögens nach R. verlagert.

Der Kläger behauptet, die Beklagten hätten sämtliche nach R. oder anderweit verlagerten Sachen in ihren unmittelbaren oder mittelbaren Besitz gebracht und verweigerten darüber jede Auskunft.

Er hat im ersten Rechtszuge beantragt,

- 1) die Beklagten zu 1) - 3) zu verurteilen, dem Kläger und seinen Miterben Max T. und Hermine J. Auskunft darüber zu erteilen,
 - a) ob und welche Schmuckgegenstände, insbesondere Damenschmuck, aus dem Nachlass der Eheleute Wilhelm und Erna F. von ihnen ermittelt wurden, was sie insbesondere über den Verbleib der im einzelnen unter Ziff 1 a der Klageschrift aufgeführten Gegenstände erfahren haben,
 - b) ob die unter 1 b) der Klageschrift genannten Gemälde aus dem Nachlass der Eheleute F. ermittelt wurden und wo sie sich befinden,
 - c) ob und welche Damenkleider, Mäntel, Wäsche und dergleichen aus dem Nachlass der Frau Erna F. ermittelt wurden und was über ihren Verbleib bekannt ist,
 - d) wo die silberne Kasette verblieben ist, welche Frau Josef P., eine Kusine des Herrn Wilhelm F., von diesem zur Aufbewahrung erhalten hat,

und über deren Empfang Frau P. unter dem 16.8.1944 quittiert hat, ferner welchen Inhalt, der in der Quittung mit der Bezeichnung "Schmuckstücke" angegeben ist, diese Kasette hat; welches die Anschrift der Frau P. ist,

- e) wo die 3 Stahlkassetten mit Schmuck und sonstigen Pretiosen, welche unter der Kellertreppe des Hauses des Herrn F. in R., damals A. H. str., vielleicht auch in seinem Kölner Hause vermauert waren, verblieben sind und welchen Inhalt sie haben;

- 2) die Beklagten zu 1) - 3) weiter zu verurteilen, ein Verzeichnis über die zu 1 a bis 1 e genannten Gegenstände vorzulegen und im Falle der Voraussetzungen des § 260 Abs 2 BGB den Offenbarungseid, zu leisten.

Die Beklagten haben beantragt:

den Kläger mit der Klage abzuweisen, notfalls ihnen Sicherheitsnachlass zu gewähren.

Sie machen geltend, sie hätten keine Sachen der Erblasserin in Besitz genommen. Aus dem beweglichen Nachlass des Ehemannes F. hätten sie nur einige Bilder, einen Teppich und eine Bronzefigur in Händen; diese seien zweifelsfrei dessen Eigentum gewesen. Die Ehefrau F. habe kein eigenes Vermögen besessen, insbesondere auch keine 260 000.-- M. vom Kläger bekommen; es sei daher ausgeschlossen, dass ihr die im Klagantrag aufgeführten Gegenstände gehört hätten. Soweit sie selbst im Laufe der Ehe Schmucksachen und Gemälde gekauft habe, habe sie diese im Auftrage und für Rechnung des Ehemannes

mit dessen Mitteln gekauft. Die angeblich der Erblasserin gehörigen Schmucksachen seien im Klageantrag auch nicht genügend substantiiert; es könne ihnen nicht zugemutet werden, Auskunft über Gegenstände zu erteilen, die unzweifelhaft dem Erblasser gehört hätten. Die Bilder, die der Kläger als Eigentum der Erblasserin in Anspruch nehme, seien in einem Kabinenkoffer verpackt gewesen, der bisher nicht aufgefunden worden sei. Kleidungsstücke der Erblasserin hätten sie gleichfalls nicht vorgefunden. Über den Verbleib der drei Stahlkassetten sei ihnen nichts bekannt; der Kläger habe auch nichts dafür vorgebracht, dass deren Inhalt auch nur möglicherweise Eigentum seiner Tochter gewesen sein könne. Hinsichtlich der Silberkassette haben die Beklagten in ihrem Vortrag gewechselt; nachdem sie in ersten Rechtszuge behauptet hatten, die Kassette enthalte ausser Herrenschaumuck nur Schmuck der zweiten Ehefrau F., haben sie im Berufungsrechtszuge vortragen lassen, dieser Schmuck sei Schmuck der ersten Frau F., er habe ihn der Drittbeklagten kurz vor seinem Tode geschenkt. Die Beklagten meinen auch, dass sie schon hinreichend Auskunft erteilt hätten.

Sie machen hilfsweise ein Zurückbehaltungsrecht geltend, weil ihnen ein Anspruch auf Auskunft über den Verbleib von Gegenständen aus dem Nachlass des Ehemannes F. gegen die Erben der Ehefrau zustehe.

Sie haben ausserdem vorgetragen, die Erbengemeinschaft T. sei immer wieder mit bewussten Unwahrheiten und arglistig gegen sie vorgegangen. Es könne ihnen daher nicht verdacht werden, dass sie den Klagenansprüchen mit Zurückhaltung begegneten. Eine Auskunft bis

ins kleinste Lämme für sie nur dann in Betracht, wenn die Gegenseitigkeit gewahrt sei.

Das Landgericht hat die Beilagten durch Teilurteil als Gesamtschuldner verurteilt, gemäss dem Klagantrag, jedoch nicht über die Anschrift der Frau P., Auskunft zu erteilen und ein Verzeichnis vorzulegen.

Gegen das Urteil des Landgerichts haben die Beklagten Berufung und der Kläger Anschlussberufung eingelegt.

Die Beklagten haben beantragt, unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach ihrem Schlussantrag im ersten Rechtszug zu erkennen, notfalls ihnen Vollstreckungsschutz gegen Sicherheitsleistung zu gewähren.

Sie haben ferner Widerklage erhoben mit dem Antrage, den Kläger zu verurteilen:

- 1) den Beklagten Zug um Zug gegen Auskunft über das nachgewiesene oder mögliche Vermögen der Ehefrau F. schriftlich Auskunft über folgende Fragen zu geben:
 - a) Welche Gegenstände (Gemälde, Schmuck, Bücher, Möbel, Teppiche, Kunstgegenstände, Schriftsätze und dergl. sind den Erben T. vor dem Tode der Eheleute F. von diesen zur Aufbewahrung übergeben worden? Welche Gegenstände sind von den Erben T. nach dem Tode der Eheleute F. aus deren Nachlass mittelbar oder unmittelbar in Besitz genommen worden? Was wissen die Erben T. über den Verbleib von anderen zum

Nachlass der Eheleute F. gehörenden Gegen-
ständen ? Wo befinden sich diese Gegenstände
heute ? Gegebenenfalls wann und an wen sind sie
abgegeben worden ?

- b) Welche Gegenstände des Nachlasses der Eheleute F. sind von den Erben T. oder ihnen bekannten Personen aus der Fr. Wohnung der Eheleute F. vor der Zerstörung dieser Wohnung durch Bombenangriff in Besitz genommen und wo befinden sich diese Gegenstände ?

Welche Gegenstände insbesondere der unter a) genannten sind aus dem Grundstück, K[REDACTED]-L[REDACTED], F[REDACTED] P[REDACTED] Str. [REDACTED], insbesondere gelegentlich der zweimaligen Baggerarbeiten entnommen worden und wo befinden sich diese Gegenstände? Was enthielten die Kisten und Behälter, die die Tochter des Klägers, Frau Hermine J[REDACTED], aus dem vorgenannten Hause entnommen hat; wieviele Kisten waren es?

Was ist von den Erben T. aus dem Hause K., Sch. gasse , weggenommen worden ?

- c) Ist von den Erben T. eine Aktentasche des Herrn F. in Besitz genommen worden? Was enthielt die Tasche und wo befinden sich Tasche und Inhalt?

Welche Aufzeichnungen, Vorgänge und sonstige Unterlagen, die über den Nachlass irgendwelchen Aufschluss geben könnten, haben oder hatten die Erben T. in mittelbarem oder unmittelbarem Besitz und wo befinden sich diese Unterlagen ?

Welche positiven Unterlagen besitzen oder besaßen die Erben T. [REDACTED] darüber, dass 7 Teppiche und 3 Stahlkassetten in Remscheid vermauert waren? Woher haben die Erben T. [REDACTED] die zu den Prozessakten übergebene Quittung des Juweliers Br. [REDACTED]?

- 2) Unter den Voraussetzungen des § 260 Abs 2 BGB den Offenbarungseid über die Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Auskunft zu leisten.

Der Kläger hat gebeten,

- a) die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass es zu 1 a des Klagantrags heissen soll: ob und welche Damenschmuckgegenstände aus dem Nachlass der Eheleute Wilhelm und Erna F. [REDACTED] von den Beklagten ermittelt wurden, was sie ferner insbesondere über den Verbleib der unter 1 a) der Klageschrift aufgeführten Gegenstände erfahren haben;
- b) mit der Anschlussberufung: die Beklagten nicht als Gesamt-, sondern als Einzelschuldner zu verurteilen.

Das Berufungsgericht hat das Urteil des Landgerichts insoweit geändert und die Klage abgewiesen, als der Kläger auch Auskunft über den Nachlass des Ehemannes F. [REDACTED] verlangt hat, im übrigen jedoch nach den Anträgen des Klägers erkannt. Hierbei hat es die Klaganträge zu 1 a und d unter I a, die Anträge zu 1 b, c und e unter I b, c und d des Urteilstenors erfasst.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten.

Diese beantragen,

- 1) das Urteil des Berufungsgerichts insoweit aufzuheben, als es zum Nachteil der Beklagten erkannt hat;
- 2) in vollem Umfange nach den Schlussentträgen der Beklagten in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu erkennen;
- 3) hilfsweise anstelle des Antrags zu 2): den Rechtsstreit in dem zu 1) bezeichneten Umfange zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision rügt die Verletzung der §§ 260, 273, 421, 2027, 2039 EGB, 160 Abs 2 Nr 3, 161, 236 ZPO. Sie ist zum Teil begründet.

- 1) Die Revision rügt in prozessrechtlicher Hinsicht, die Aussagen der Zeugen R. [REDACTED] und K. [REDACTED] hätten von dem Berufungsgericht nicht im Urteil verwertet werden dürfen, weil ihre Aussagen nicht in die Sitzungsniederschrift vom 11. Juli 1950 aufgenommen worden seien und das Berufungsgericht in der Schlussverhandlung vom 28. November 1950 anders besetzt gewesen sei.- Diese Rüge ist im Ergebnis unbegründet. Ausweislich der Akten hat der Berichterstatter im Anschluss an die Vernehmung vom 11. Juli 1950 einen Vermerk über die Aussagen der beiden Zeugen aufgenommen und der damalige Vorsitzende hat diesen Vermerk den Prozessbevollmächtigten beider

Streitteile mit dem Hinweis übersandt, dass der Inhalt dieser Niederschrift als Gegenstand der späteren mündlichen Verhandlung angesehen und in der Entscheidung verwertet werden würde. Die Beklagten haben dieses Verfahren in der Verhandlung vom 28. November 1950 nicht beanstandet, sondern ihre Anträge vorbehaltlos gestellt. Hieraus kann zwar nicht geschlossen werden, dass sie ihr etwaiges Rügerecht mindestens gemäss § 295 Abs 1 ZPO verloren haben. Denn es handelt sich bei der Verwertung einer nicht protokollierten Aussage nach Richterwechsel nicht um einen Verfahrensmangel im Sinne des § 295 ZPO, sondern um einen Fehler der Urteilsfällung (vgl RG in JW 1938, 1538; RG in HRR 1940, 1258 mit Nachw.). Der Senat trägt auch Bedenken, der - soweit ersichtlich vereinzelt - vom Reichsgericht vertretenen Ansicht, eine andere Richterbank als die der Vernehmung dürfe eine nicht protokollierte Aussage verwerten, wenn den Parteien Abschrift der Aufzeichnungen des Berichterstatters erteilt und diese Abschrift in allseitigem Einverständnis urkundenbeweislich benutzt worden sei (RG in HRR 1940, 1258; vgl ferner Baumbach-Lauterbach 20. Aufl Ann 1 zu § 161 ZPO) in dieser allgemeinen Fassung zu folgen. Für den vorliegenden Fall bestehen diese Bedenken unsomehr, als das Berufungsgericht den Vermerk des Berichterstatters nicht nur als Urkunde, sondern die in ihm niedergelegten Bekundungen ohne jede Einschränkung als Zeugenaussagen gewürdigt hat, wie seine Ausführungen über die Glaubwürdigkeit der Zeugen ergeben (S 17 des Urteils). Die Revision kann jedoch nicht auf diesen Gesetzesverstoss gestützt werden, weil nicht ersichtlich ist, dass die Entscheidung

des Berufungsgerichts auf diesem Mangel beruht (§ 549 Abs 1 ZPO). Die Zwecke, denen die Sitzungsniederschrift dient, sind bei dem im vorliegenden Falle geübten Verfahren erfüllt worden. Die Aussagen der Zeugen waren, so wie das Gericht sie verwerten wollte, schriftlich niedergelegt. Die Parteien konnten zu ihnen Stellung nehmen. Es war auch für sie erkennbar, dass das Gericht die Aussagen - selbst ohne ausdrücklichen Vortrag - zum Gegenstand der weiteren mündlichen Verhandlungen machen würde. Die Beklagten haben überdies mit Schriftsatz vom 27. November 1950 (Bl 210 GA) zu diesen Zeugenaussagen Stellung genommen. Die Aufzeichnungen sind auch nach der ausdrücklichen Bezugnahme auf die "Anlage zum Protokoll vom 11. Juli 1950" im Schlussabsatz des Urteilstatbestandes Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Die Beklagten haben ferner selbst weder im Berufungsrechtszug noch mit der Revision geltend gemacht, dass die Aussagen der beiden Zeugen von dem Berichterstatter in irgend einem Punkte unrichtig wiedergegeben worden seien, oder dass Zweifel an ihrer Glaubwürdigkeit bestünden. Hiernach kann davon ausgegangen werden, dass die Wiedergabe der Zeugenaussagen, so wie sie vom Berichterstatter in dem Vermerk niedergelegt waren, hier Gegenstand des unstreitigen Parteivortrags geworden sind und daher auch mit diesem Inhalt in den vom Berufungsgericht festgestellten Tatbestand aufgenommen werden konnten.

Die weitere Rüge, der Urteilstatbestand habe die Aufzeichnung unzutreffend als Anlage zur Niederschrift vom 11. Juli 1950 bezeichnet, ist unerheblich. Die Bezugnahme auf die Aufzeichnung beruht auf einer entsprechen-

den Anwendung des § 313 Abs 2 ZPO. Hierfür genügt es, wenn auf das in der Aufzeichnung niedergelegte Beweisergebnis eindeutig Bezug genommen worden ist (RG in DR 1941, 1741, 1742). Eine solche eindeutige Bezugnahme enthielt der Tatbestand aber auch dann, wenn er die Aufzeichnung irrigerweise als Anlage zur Sitzungs Niederschrift bezeichnet hätte, zumal auch die richtige Blattzahl (Bl 185 d.A.) angeführt worden ist. Tatsächlich ist die Bezugnahme aber auch im Wortlaut richtig. Denn der Berichterstatter hat seine Aufzeichnungen als "Anlage zum Protokoll" bezeichnet.

2) Die Revision rügt weiter, die vom Berufungsgericht allein ausgesprochene Verurteilung zur Auskunft nach § 2027 Abs 2 BGB erfordere hinsichtlich jedes Auskunftspflichtigen die Feststellung, dass gerade er Nachlassgegenstände in Besitz genommen habe. Diese Feststellung fehle. Es komme auch nur der unmittelbare Besitzer als Auskunftsschuldner in Betracht, nicht ein Dritter, der höchstens mittelbaren Besitz erlangt haben könne. Das Berufungsgericht habe auch kein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868 BGB festgestellt. - Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser Angriff berechtigt ist, da die Klage aus anderen Erwägungen nicht auf § 2027 Abs 2 BGB gestützt werden kann. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagten keine Erbschaftsbesitzer im Sinne der §§ 2018, 2027 Abs 1 BGB seien, da sie sich kein Erbrecht nach der Ehefrau Fink angemaßt haben. Es meint jedoch, dass § 2027 Abs 2 als Klaggrundlage in Betracht komme. Nach dieser Bestimmung in Verbindung mit Abs 1 aaO ist derjenige, der eine Sache aus

dem Nachlass in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat, - wie der Erbschaftsbesitzer - verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen. Diese Voraussetzungen sieht das Berufungsgericht als erfüllt an, weil die Beklagten unstreitig eine Silberkassette mit Schmuck besäßen, deren Inhalt zum überwiegenden Teil aus Schmuck bestehe, welcher der Erblasserin gehört habe. Gemeint ist hiermit die Silberkassette, welche die Beklagten sich nach dem Tode des Erblassers von dessen Cousine, Frau P., haben aushändigen lassen. Diese Silberkassette haben die Beklagten jedoch nicht "aus dem Nachlass" der Ehefrau F. in Besitz genommen. Die Kassette selbst gehörte vielmehr zum Vermögen des Ehemannes F.. An den in der Kassette verwahrten Schmuckstücken hatte er, auch soweit sie Eigentum seiner Frau waren, schon zu seinen Lebzeiten Besitz erlangt; er hatte insoweit auch den mittelbaren Besitz behalten, als er die Kassette mitsamt den Schmuckstücken gemäss der Bescheinigung vom 16. August 1944 Frau P. zur Aufbewahrung übergab. Dieser mittelbare Besitz ist mit seinem Tode nach § 857 EGB auf seine Erben übergegangen. Die Beklagten haben daher den Besitz an der Kassette mit Inhalt allenfalls aus dem Nachlass des Ehemannes F. erlangt.

Das Verlangen nach Auskunft ist jedoch aus anderen Bestimmungen und zwar hinsichtlich des eingebrachten Guts der Erblasserin nach § 1421 in Verbindung mit § 260 EGB und, soweit es sich um Vorbehaltsgut handelt,

nach unten noch im einzelnen zu erörternden schuldrechtlichen Feststellungen begründet.

c) Das Berufungsgericht hat die Anwendbarkeit des § 1421 zu Unrecht verneint. Es meint, in der Person der Erblasserin sei kein Anspruch auf Rechnungslegung entstanden, der nunmehr gegen die Beklagten als Rechtsnachfolger des Ehemannes ~~Erben~~ gerichtet werden könnte, weil sie gleichzeitig mit ihm ungekommen sei. Diese Begründung lässt nicht ganz klar erkennen, welche rechtlichen Erwägungen ihr zu Grunde liegen. Aus § 1421 lässt sie sich nicht rechtfertigen. Nach dieser Bestimmung hat der Mann nach der Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung das eingebraachte Gut der Frau herauszugeben und ihr über die Verwaltung Rechenschaft abzulegen. Die Verwaltung und Nutzniessung endet sowohl beim Tode des Mannes wie beim Tode der Frau. Beim Tode des Mannes haben seine Erben die Pflichten aus § 1421 (Palandt, 9. Aufl. Ann 1 zu § 1421 BGB). Beim Tode der Frau können andererseits deren Erben die Rechte aus § 1421 gegen den Mann geltend machen (vgl. Kipp-Wolff, Familienrecht, 1931 S 233), da diese Ansprüche als Teil ihres Vermögens gemäss § 1922 BGB auf die Erben übergegangen sind. § 1424 Abs 2 legt dem Manne für den Fall der Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung infolge des Todes der Frau im Interesse der Erben sogar noch eine besondere Verwaltungspflicht auf, bis die Erben anderweit Fürsorge treffen können. Hiernach haben die Erben der Frau einen Anspruch aus § 1421 BGB gegen die Beklagten, ihnen Rechenschaft über die Verwaltung abzulegen. Dieser umfasst den Anspruch, über den Verbleib

des eingebrachten Gutes Auskunft zu erteilen (BGB RGRK Anm 4 zu § 1421). Da die Beklagten ferner als Erben des Mannes verpflichtet sind, das eingebrachte Gut der Erblasserin herauszugeben und da dieses ein Inbegriff von Gegenständen im Sinne des § 260 BGB ist (BGB RGRK Anm 6 zu § 1421), haben sie auch ein Verzeichnis des Bestandes des eingebrachten Guts im Zeitpunkt des Todes der Eheleute Fink vorzulegen.

b) Soweit es sich bei den in der Urteilsformel des Berufungsgerichts genannten Gegenständen um Vorbehaltsgut der Erblasserin handelt, ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen davon auszugehen, dass der Ehemann F. diese gemeinsam mit seinem eigenen beweglichen Vermögen in sein Haus in R. verbracht oder anderweit ausgelagert hat. Die näheren Umstände, unter denen es zu diesen Verlagerungen gekommen ist, sind nicht erörtert und wegen des Todes der beiden Erblasser vielleicht nicht mehr aufzuklären. Genaue Feststellungen sind aber auch entbehrlich. Als zugrunde liegendes Rechtsverhältnis kommen Verwahrung, Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht. Hat der Erblasser auf Grund eines Auftrages seiner Frau oder als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt, so haben die Beklagten als seine Erben gemäss § 1967 in Verbindung mit § 666 oder den §§ 681, 666 BGB über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen. Lag nur ein Verwahrungsvertrag zu Grunde, so besteht eine Auskunftspflicht der Erben kraft ausdrücklicher Vorschrift gemäss den §§ 1967, 695, 260 BGB dann, wenn der Erblasser das Vorbehaltsgut seiner Frau als einen Inbegriff von Gegenständen

im Sinne des § 260 übernommen hat. Hat er die streitigen Teile des Vorbehalts-gutes jedoch als Einzel-sachen in Verwahrung genommen, so ergibt sich eine Auskunftspflicht aus § 242 BGB. Aus der allgemeinen Verpflichtung jedes Schuldners, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, haben Rechtslehre und Rechtsprechung zutreffend eine Nebenverpflichtung zur Auskunftserteilung für die Fälle abgeleitet, in denen der Berechtigte entschuldbar über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die Auskunft unschwer erteilen kann (RGZ 108, 7; 126, 123; 158, 379). Diese Voraussetzungen sind - auch bei Annahme eines Verwahrungsvertrages - gegeben, da der Kläger nicht wissen kann, inwieweit die dem Erblasser übergebenen Gegenstände noch vorhanden sind und er Herausgabe fordern kann, während die Beklagten an Hand der von dem Kläger aufgestellten Liste darüber Auskunft geben können, ob sie die von ihm bezeichneten Gegenstände im Nachlass des Erblassers vorgefunden haben.

Die vorerörterte Verpflichtung der Erblasser, Auskunft zu erteilen, zieht eine Verpflichtung, ein Bestandsverzeichnis vorzulegen, nach § 260 oder gleichfalls nach § 242 BGB nach sich.

c) Für die hiernach bestehenden Verpflichtungen der Beklagten, Auskunft zu erteilen und ein Bestandsverzeichnis vorzulegen, gelten jedoch auch die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, dass die

Gegenstände, über die Auskunft begehrt wird, Vermögen der Erblasserin gewesen sein und damit zu ihrem Nachlass gehören müssen. Das Reichsgericht hat insoweit für das eingebrachte Gut wiederholt mit Recht verlangt, die Ehefrau müsse, wenn sie sich nicht durch die Aufnahme eines Verzeichnisses nach § 1372 BGB gesichert habe, nach Beendigung der Verwaltung und Nutzniessung im Streitfalle den Stand des eingebrachten Guts bei Beginn der Verwaltung und Nutzniessung und den Besitzübergang auf den Ehemann nachweisen; erst wenn und soweit dieser Beweis geführt sei, sei die Grundlage für die dem Mann obliegende Rechenschaftspflicht gegeben (vgl. RG Urt vom 13.12.17 - IV 349/17; 24.10.21 - IV 133/21; 19.9.27 - IV 42/47; BGB RGKR Anm 6 zu § 1421). Diese Grundsätze gelten entsprechend, soweit der Kläger Auskunft über Vorbehaltsgut verlangt. Diesen Beweisforderungen hat das Berufungsgericht trotz seines abweichenden rechtlichen Ausgangspunktes hinreichend Rechnung getragen.

3) Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe seinen Feststellungen in weitem Umfange die uneidlichen Aussagen des Klägers und seines Sohnes zugrunde gelegt, betreffen die Revisionsausführungen vorwiegend die tatrichterliche Beweiswürdigung. Als solche sind sie in diesem Rechtszuge nicht nachprüfbar. Zutreffend ist der Hinweis der Revision, dass das Berufungsgericht für die Würdigung der Aussage des Zeugen Max T. jun. unzulässigerweise den nicht protokollierten Vermerk des Berichterstatters über den Sühnetermin vom 29. April 1950 (Bl 155 R GA) verwertet habe.

Dieser Vermerk ist den Parteien nicht mitgeteilt worden und auch nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Er hätte daher nach den unter 1) angeführten Grundsätzen vom Prozessgericht nicht herangezogen werden dürfen. Es kann jedoch nicht festgestellt werden, dass die Entscheidung auf diesem Verfahrensverstoss beruht (§ 549 ZPO). Denn das Prozessgericht hat seine Schlussfolgerungen auf die Zuverlässigkeit des Zeugen T. in erster Linie aus der ordnungsgemäss niedergeschriebenen Vernehmung vor dem beauftragten Richter vom 4. September 1950 (Bl 194 GA) gezogen und nur zur Ergänzung beigelegt, der Zeuge habe auch im Sühnetermin die Dinge rückhaltlos und ohne Zögern dargelegt. Bedenklicher ist, dass das Berufungsgericht den persönlichen Eindruck erörtert, den der Kläger und sein Sohn bei der Vernehmung vor dem beauftragten Richter gemacht haben. Der persönliche Eindruck des beauftragten oder ersuchten Richters kann vom Prozessgericht nur dann verwertet werden, wenn er in der Vernehmungsniederschrift festgelegt worden ist (IG J. 1939, 650). Aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe lässt sich jedoch entnehmen, dass das Berufungsgericht seine Überzeugung - ohne Gesetzesverstoss - wesentlich auf den Umstand gestützt hat, dass der Kläger die auf den Namen seiner Tochter lautenden Quittungen in Händen hatte, dass es ferner für die schon hiernach nur unterstützend aufgeworfene Frage der Glaubwürdigkeit des Klägers und seines Sohnes nicht entscheidend auf den Eindruck des Berichterstatters abgestellt, sondern eigene Schlüsse aus der ausführlichen Vernehmung vom 4. September 1950

gezogen und besonderes Gewicht darauf gelegt hat, dass deren Darstellung durch die Aussage des Zeugen R. [REDACTED] bestätigt worden ist.

Die Meinung der Revision, das Berufungsgericht habe möglicherweise verkannt, dass der Zeuge T. [REDACTED] nur formell Zeuge, sachlich jedoch Mitberechtigter des Klagsanspruchs sei, findet in dem Urteil keine Stütze. Schon die Tatsache, dass der Zeuge unter I des Urteilstenors als Miterbe aufgeführt worden ist, spricht für das Gegenteil.

Die Revision bemängelt ferner, das Berufungsgericht habe die Glaubwürdigkeit des Zeugen T. [REDACTED] nicht im Hinblick darauf näher geprüft und erörtert, dass er sich selbst eines Devisenvergehens durch Kapitalflucht in die Schweiz wegen 200 000.--RM und einer Steuerhinterziehung wegen 60 000.-- RM bezichtigt habe. Auch diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat sich mit diesen Vorgängen selbst auseinandergesetzt (§ 19,25 des Urteils). Es hat ersichtlich daraus, dass der Zeuge diese Vorgänge "rückhaltlos" bekundet hat, gerade auf seine Glaubwürdigkeit geschlossen. Das ist im Rahmen des § 286 ZPO nicht zu beanstanden.

Die Revision rügt auch zu Unrecht, das Berufungsgericht habe die von den Beklagten mit Schriftsatz vom 26. Januar 1949, (S 4 Bl 33 R) und vom 1. Februar 1950 S 3 (Bl 133 GA) erbotenen Gegenbeweise darüber, dass die Erblasserin keinesfalls grosse Vermögenswerte besessen habe, erheben müssen. Soweit Dr. R. [REDACTED] als Zeuge benannt worden ist, hat das Berufungsgericht sich mit

dem Sachvortrag der Beklagten ohne Rechtsverstoss auf S 25, 26 des Urteils auseinandergesetzt. Das Berufungsgericht konnte auch davon absehen, eine Auskunft des Finanzamts Freising über die von der Erblasserin gezahlte Vermögenssteuer heranzuziehen, weil es auf Grund der Bekundungen des Klägers und des Zeugen T. jun. unterstellen konnte, dass die Erblasserin für den gesamten Betrag von 260 000.-- RM keine Vermögenssteuer bezahlt hat.

4) Die Revision meint ferner, auf Seite 21,22 des Urteils sei der Beweisantritt der Beklagten über die anderweitige Herkunft des Schmuckes in der Silberkassette unter Verletzung des § 139 ZPO zurückgewiesen worden. Jede Prozesspartei dürfe einander widersprechende Behauptungen derart aufstellen, dass die zweite nur für den Fall vorgetragen werde, dass die erste nicht erwiesen werde. Das Gleiche gelte für den Erwerb der Gemälde durch den Ehemann F. (Urteil S 27/28). Dem letzteren Angriff braucht hier nicht nachgegangen zu werden, da die Klage hinsichtlich dieser Gemälde, wie unter Ziffer 6 zu erörtern sein wird, ohnehin abzuweisen ist. Die weitere Rüge hinsichtlich des Schmuckes ist unbegründet. Hier lag der Fall nicht so, wie die Revision ihn jetzt aufgefasst haben will. Die Beklagten haben mit ihren Darstellungen über den Inhalt der Silberkassette im Laufe des Rechtsstreits mehrfach gewechselt. So haben sie noch in der Berufungsbegründung vom 24. Juni 1949 S 6 (Bl 106 GA) vorgetragen, in der Kassette habe sich nur persönlicher Schmuck des Ehemannes F. und seiner zweiten Frau befunden. Auf S 8

ihres Schriftsatzes vom 1. Februar 1950 (Bl 138) heisst es, dass sie das Eigentum des Herrn F. für jedes einzelne Stück nachweisen könnten. Auf S 2 ihres Schriftsatzes vom 9. Mai 1950 (Bl 167) haben sie sodann vorgetragen lassen, die Kasette enthalte, wie durch Zeugen bewiesen werden könne, nur Schmuckstücke der ersten Ehefrau F.; im übrigen könne die Beklagte zu 3) unter Eid bestätigen, dass F. ihr kurz vor seinem Tode gesagt habe, er schenke ihr die Kasette. Die Beklagten haben hiernach nicht verschiedene Möglichkeiten unter Beweis gestellt, sondern ganz bestimmte einander widersprechende Behauptungen vorgetragen. Bei dieser besonderen Sachlage ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten keinen schlüssigen Gegenbeweis dafür angeboten, dass die Silberkasette nicht zum Teil auch Schmuck der Erblasserin enthalten habe, nicht zu beanstanden.

5) Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe bei der Verurteilung zur Anschlussberufung rechtsirrig übersehen, dass die von einem Beklagten erteilte Auskunft die Auskunftspflicht des andern jedenfalls insoweit zum Erlöschen bringe, als zutreffende positive Angaben gemacht worden seien. Das Rechtsgebilde der unechten Gesamtschuld komme hier zur Geltung.- Auch dieser Revisionsangriff ist unbegründet.

Eine Gesamtschuld kann nur dann vorliegen, wenn dem einzelnen Gesamtschuldner die Leistung des Ganzen überhaupt möglich ist; das Berufungsgericht hat jedoch zutreffend ausgeführt, dass die Klage auf Auskunftserteilung sich hier gegen jeden der Beklagten einzeln

wenden müsse, weil es auf das persönliche Wissen jedes Einzelnen ankomme und dieses sich bei den drei Beklagten nach Art und Umfang weitgehend unterscheiden könne. Die Frage, ob die erschöpfende Auskunft eines der Beklagten die anderen befreie, hat das Berufungsgericht nicht zu erörtern brauchen, weil es davon ausgeht, dass bisher keiner der Beklagten eine genügende Auskunft erteilt habe. Es kann daher in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob eine erschöpfende Auskunft eines Auskunftspflichtigen etwa aus anderen Rechtsgründen einer Klage gegen die übrigen Verpflichteten entgegensteht.

6) Mit Recht hat die Revision jedoch geltend gemacht, der Erfüllungseinwand habe nicht "in Bausch und Bogen" zurückgewiesen werden dürfen. Bezüglich der drei Stahlkassetten z.B. stelle die Erklärung der Beklagten, sie wüssten von ihrem Verbleib nichts und hätten sie nie in Besitz gehabt, eine vollständige Auskunft dar, sodass höchstens Offenbarungseid übrig bleibe. Dem ist beizutreten. Eine weitere Auskunft können die Beklagten, wenn sich die Kassetten bisher nicht eingefunden haben, nicht geben. Entsprechendes gilt aber auch hinsichtlich der 9 Bilder und der Kleidungs- und Wäschestücke. Die in der Klage aufgeführten Bilder haben sich nach dem insoweit eindeutigen Vortrag der Beklagten in einem Kabinenkoffer befunden, der bisher noch nicht aufgefunden worden sei. Auch hinsichtlich der Kleidungsstücke haben die Beklagten ausweislich des Urteilstatbestandes erklärt, sie hätten solche nicht vorgefunden; in dem Hause in R██████████

solle zwar ein Behältnis mit Damen-Wäsche eingemauert gewesen sein; doch habe dies Frau Sch[REDACTED] als ihr Eigentum in Anspruch genommen; sie hätten sich damit zufrieden gegeben. Mit diesen Auskünften hatte sich die Klage zu den Ziffern 1b, c und e spätestens im Laufe des Rechtsstreits erledigt, sodass insoweit das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen war. Im übrigen lassen jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die Beklagten ausweichende Auskünfte gegeben hätten, die einer Auskunftsverweigerung gleich kämen, keinen Rechtsirrtum erkennen.

7) Die Revision rügt schliesslich, Zurückbehaltungsrecht und Widerklageanspruch der Beklagten seien zu Unrecht verneint worden. Diese Angriffe sind schon deshalb unbegründet, weil das Berufungsgericht rechtlich einwandfrei ausgeführt hat, der Kläger habe insoweit seinerseits eine erschöpfende Auskunft gegeben und damit den von den Beklagten insoweit erhobenen Anspruch erfüllt.

Die Revision rügt in diesem Zusammenhange insbesondere ohne Erfolg, dass die auf Seite 2 des Schriftsatzes der Beklagten vom 27. November 1950 (Bl 211 GA) wiedergegebenen Äusserungen des Zeugen T[REDACTED] jun. rechtsirrig übergegangen worden seien. Hiernach soll der Zeuge gelegentlich seiner Vernehmung vor dem beauftragten Richter etwa folgendes erklärt haben:

"Wenn der Prozess vor einem Jahre ausgegangen wäre, dann hätte sich das für die Erben des Herrn F[REDACTED] sehr rentiert.

Die Erben des Herrn F. hätten sich durch ihr Verhalten gegenüber den Erben der Frau F. alle Türen und Wege verbaut, ihnen gehe viel ab, grosse Werte gingen ihnen verloren.

Wenn die Erben des Herrn F. sich anders verhalten hätten, so hätten sie mindestens 45.000,- - vielleicht sagte der Zeuge auch 75.000,- Lit. - in Goldstücken mehr erhalten, ausser dem, was sie aus der Vermauerung in R. schon bekommen hätten."

Die Revision will aus diesen Äusserungen darauf schliessen, dass doch noch weitere Werte aus dem Nachlass des Ehemannes F. vorhanden seien. Die Revision erkennt insoweit, dass auch die behaupteten Äusserungen des Zeugen T. der Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe eine erschöpfende Auskunft erteilt, nicht entgegenstehen, dass sie vielmehr allenfalls im Rahmen des § 260 Abs 2 BCB (für die Leistung des Offenbarungseides) die Annahme begründen könnten, ein vorgelegtes Bestandsverzeichnis sei nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten könnten nicht behaupten, dass der Kläger selbst dieses Wissen seines Sohnes habe, auch nicht etwa, dass die Erbengemeinschaft T. jemals im Besitz dieser weiteren Werte (Goldmünzen) gewesen sei; der Kläger habe hierzu nur vorgetragen, der verstorbene Baron v.K. habe

seinem Sohne einmal angedeutet, dass in der Schildergasse Goldmünzen vergraben worden seien; der Zeuge T. sei auch wohl verstimmt gewesen, dass die Beklagten es so darstellen, als ob der Ehemann F. seine dritte Frau gleichsam mittellos von der Strasse auflesen habe, und habe mit seiner Bemerkung nur sagen wollen, die Beklagten hätten besser daran getan, gemeinsam mit der Erbengemeinschaft T. den gesamten Nachlass der Eheleute F. zu erfassen, anstatt sich jahrelang wegen der Auskunftspflicht herumzustreiten. Mit dieser Begründung konnte das Berufungsgericht im Rahmen der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung die Frage, ob etwa Anlass bestehe, von den Erben der Ehefrau F. einen Offenbarungseid gemäss § 260 Abs 2 BGB zu verlangen, ohne Gesetzesverstoss verneinen. Da schon hiernach von einer Beweisaufnahme darüber abgesehen werden konnte, ob der Zeuge T. sich tatsächlich so geäussert hat, wie die Beklagten behaupten, kann auch dahingestellt bleiben, ob die sonstigen Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkte zutreffen. Es kann ferner die von der Revision aufgeworfene Frage auf sich beruhen, ob überhaupt gegenüber einer Auskunftspflicht wegen eines Gegenanspruchs auf Auskunftserteilung oder Leistung eines Offenbarungseides ein Zurückbehaltungsrecht ausgeübt werden kann.

Nach alledem war das angefochtene Urteil unter Zurückweisung der Revision im übrigen aufzuheben, soweit

die Beklagten unter I b - d zur Auskunftserteilung und unter II zur Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses zu I b - d verurteilt worden sind. In diesem Umfange konnte die Klage abgewiesen werden, da insoweit die Sache zur Endentscheidung reif ist. Auch die Entscheidung über die Kosten der Revision war zweckmässigerweise dem Schlussurteil des Landgerichts vorzubehalten.

Dr. Lersch	Bundesrichter Lischer	Raske	Johannsen
	ist durch Krankheit		
	an der Unterschrift		Kregel.
	verhindert.		

Dr. Lersch