

Nachschlagewerk: ja (zu I 1 der Entscheidungsgründe)

ZPO § 282 (Beweislast)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 84/77

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
30. Mai 1979
H e l l m a n n ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Frau Frieda L [REDACTED] geb. L [REDACTED], O [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Berthold L [REDACTED], O [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

12

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 4. April 1979 durch
die Richter Dr. Hoegen, Rottmüller, Dehner, Dr. Seidl
und Dr. Blumenröhr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin und die Anschlußrevision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 4. Mai 1977 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind von ihrem am 5. März 1966 verstorbenen Vater, dem Bauunternehmer Berthold L., testamentarisch als Erben eingesetzt worden, die Klägerin als Nacherbin der vorverstorbenen Mutter zu 3/4 und der Beklagte zu 1/4. Zu dem Nachlaß gehören mehrere Grundstücke und ein Bauunternehmen, in dem der Beklagte und als Buchhalter der Ehemann der Klägerin tätig waren. Durch einen als Auseinandersetzungs-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

vertrag bezeichneten notariellen Vertrag vom 24. Mai 1966 haben die Parteien die zum Nachlaß gehörenden Grundstücke entsprechend den testamentarischen Anordnungen des Erblassers unter sich verteilt; über einen etwaigen Wertausgleich enthält der Vertrag keine Bestimmungen. Der Beklagte übernahm außerdem gemäß testamentarischer Anordnung alle Baugeräte und das zur Weiterführung des Baues erforderliche Inventar mit Ausnahme der Büroeinrichtung.

Über die weitere Auseinandersetzung wurde zwischen den Parteien seit dem Jahre 1966 verhandelt. Der Beklagte war bereit, das Baugeschäft weiterzuführen und seiner Schwester, der Klägerin, $\frac{3}{4}$ des für den Zeitpunkt des Erbfalls von einem Sachverständigen zu errechnenden Wertes zu zahlen. Eine Einigung kam jedoch nicht zustande. Mit Schreiben seines Rechtsanwalts vom 13. September 1966 ließ der Beklagte der Klägerin mitteilen, daß die restlichen Bauten, die noch für die Firma L. sen. liefen, in etwa vier Wochen abgewickelt sein würden. Da die gesamte Geschäftsführung praktisch in der Hand der Klägerin gelegen habe und auf die Aufforderung im Schreiben seines Rechtsanwalts vom 22. August 1966, ihm die Buchhaltung binnen drei Tagen herauszugeben, nichts geschehen sei, habe er kein Interesse mehr, die Buchhaltung zu übernehmen. Über die Firma, die praktisch von der Erbengemeinschaft weitergeführt worden sei, möge nun eine Auseinandersetzung stattfinden. Er habe keine Übersicht darüber, welche Forderungen noch ausständen. Es sei Sache der Klägerin,

dafür zu sorgen, daß die noch ausstehenden Gelder möglichst schnell eingingen. Die Treuhand-AG in Oldenburg möge ersucht werden, eine Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen. Dann werde sich zeigen, welche Werte vorhanden seien. Die Parteien verfahren dann so, wie auch schon vorher, daß der Beklagte für die Fortführung der beim Tode des Erblassers noch nicht fertiggestellten Bauvorhaben sorgte, während die Klägerin durch ihren Ehemann die Buchhaltung und die hiermit zusammenhängenden Büroarbeiten erledigte. Die eingehenden Zahlungen wurden, soweit sie nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten verwandt wurden, auf Gemeinschaftskonten gutgebracht. Der Beklagte gründete dann im Jahre 1966 unter der Firma L. ein eigenes Bauunternehmen.

Die Klägerin verlangt nunmehr eine weitere Teil-Auseinandersetzung. Sie geht dabei von folgenden Vermögenswerten aus:

- | | |
|---|---------------|
| 1) Guthaben bei der Z. Bank | |
| Konto Nr. 8 | 103.981,11 DM |
| Guthaben bei der Landessparkasse zu | |
| O., Zweiganstalt Bad Z. | |
| Konto Nr. 7 | 45.113,96 DM |
| Konto Nr. 1 | 40.331,55 DM |
| Konto Nr. 6 | 394,69 DM |
| Bausparkonto Bausparkasse W. | |
| Vertrags-Nr. 77 | 21.136,76 DM |
| 2) Anlagevermögen | |
| a) im Besitz des Beklagten | 51.884,-- DM |
| b) im Besitz der Klägerin | 1.580,-- DM |
| 3) Forderungen gegen den Beklagten | |
| a) aus kassierten Außenständen | 56.026,03 DM |
| b) aus Darlehenskonto | 6.092,65 DM |
| c) aus Entnahmen | 31.179,26 DM |
| d) aus Leistungen der Erbengemeinschaft | 22.032,17 DM |
| e) aus Zwangsvollstreckung | 36,80 DM |
| 4) Forderung gegen die Klägerin | 1.304,85 DM. |

Die Höhe der unter Ziff. 1 genannten Guthaben ist unstreitig.

In der ersten Instanz hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

- 1) der Z[REDACTED] Bank eGmbH in Bad Z[REDACTED] gegenüber zu erklären, daß er der Auszahlung des auf dem Gemeinschaftskonto L[REDACTED]/Lü[REDACTED] befindlichen Guthaben in Höhe von 93.278,96 DM an die Klägerin zustimme,
- 2) der O[REDACTED] Landesbank AG Filiale Z[REDACTED] gegenüber zu erklären, daß er der Auszahlung des auf dem Gemeinschaftskonto L[REDACTED]/Lü[REDACTED] befindliche Guthaben zur Höhe von 28.219,05 DM an die Klägerin zustimme,
- 3) der Landessparkasse zu O[REDACTED], Zweiganstalt Bad Z[REDACTED] gegenüber zu erklären, daß er der Auszahlung des auf dem Gemeinschaftskonto L[REDACTED]/Lü[REDACTED] befindliche Guthaben in Höhe von 34.202,86 DM an die Klägerin zustimme,
- 4) der Bausparkasse Gemeinschaft der Freunde W[REDACTED] in L[REDACTED] gegenüber zu erklären, daß er der Auszahlung des Guthabens aus dem Bausparvertrag Berthold L[REDACTED] sen., Vertrags-Nr. [REDACTED] 7 B in Höhe von 15.761,-- DM an die Klägerin zustimme,
- 5) an die Klägerin 89.023,65 DM zu zahlen,
ferner hat sie einen - inzwischen in der Hauptsache erledigten - Anspruch auf Herausgabe von Bauakten geltend gemacht.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Er hat geltend gemacht, daß er zu dem Rechenwerk der Klägerin keine substantiierte Gegenerklärung abgeben könne, da er die Bücher nicht kenne.

Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der Anträge zu 1 bis 4 in vollem Umfang und hinsichtlich des Antrags zu 5 in Höhe von 47.492,21 DM stattgegeben und im übrigen die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts dahin abgeändert, daß der Beklagte an die Klägerin lediglich einen Betrag von 30.699,83 DM zu zahlen habe; im übrigen hat es das Rechtsmittel zurückgewiesen.

Der Senat hat durch Urteil vom 15. Januar 1975 das Urteil des Berufungsgerichts auf die Revision des Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. In den Entscheidungsgründen hat er ausgeführt, daß aus der mangelnden Substantiierung der Einwendungen des Beklagten keine für diesen nachteilige Folgen hätten gezogen werden dürfen. Da der Beklagte mangels Einsicht und Prüfung der Buchführung zumindest zum Teil gehindert gewesen sei, seine Einwendung gegen die Aufstellung der Klägerin näher zu begründen und dieser Umstand der Klägerin zuzurechnen sei, hätte das Bestreiten des Beklagten nicht unbeachtet bleiben und seine Verurteilung nicht auf die sachlich unüberprüften Aufstellungen der Klägerin gestützt werden dürfen.

Nach der Zurückverweisung hat der Beklagte den Steueramtmann a.D. O. [REDACTED] mit einer Überprüfung der von der Klägerin zur Verfügung gestellten Unterlagen beauftragt. Er hat den von diesem erstatteten Be-

richt im Rechtsstreit vorgelegt, sich dessen Inhalt jedoch nicht zu eigen gemacht; er hat vielmehr behauptet, daß er in einer Reihe von Punkten unrichtig sei.

Unter anderem hat der Beklagte vorgetragen:

Nach der in dem Testament vorgesehenen Teilungsanordnung müsse noch eine wertmäßige Auseinandersetzung hinsichtlich der Grundstücke vorgenommen werden. Die Gebäude und die sonstigen vorhandenen Gegenstände hätten am Todestag einen Wert von 1.187.932,-- DM gehabt. Er habe aber nur Gegenstände im Werte von 222.287,-- DM erhalten, so daß er noch einen Ausgleichsanspruch in Höhe von 74.696,-- DM habe. Die Klägerin habe Gegenstände im Werte von 942.887,-- DM erhalten und damit im Endergebnis schon 173.338,-- DM zu viel bekommen.

Ein Darlehen habe er von dem Erblasser nicht erhalten. Zu den auf dem Darlehenskonto aufgeführten Einzelposten hat der Beklagte im einzelnen Stellung genommen.

Darüber, ob er tatsächlich die verbuchten Einnahmen von 31.179,26 DM getätigt habe, könne er sich nicht erklären, da bei der Buchhaltung Unterlagen über die Einzelheiten fehlen. Mit Sicherheit könnten ihm 1.510,-- DM Kosten für die Fortführung der Erbgemeinschaft, 2.712,-- DM Einkommen- und Kirchensteuer für die Erbgemeinschaft, 4.500,-- DM aus dem Mietkauf des Kranes für die Zeit vor dem Tode des Erblassers und schließlich 172,60 DM Pfändungskosten für AOK und Finanz-

amt nicht angelastet werden. Die Klägerin könne ihm auch nicht 22.032,17 DM für Leistungen der Erbgemeinschaft und 36,80 DM wegen Zwangsvollstreckung in Rechnung stellen. Die Brettverschalungen, die ihm für die Zeit vom 21. April 1966 bis zum 10. Oktober 1966 in Rechnung gestellt werden, seien ausschließlich für die Fertigstellung der Bauten der Erbgemeinschaft benötigt worden.

Für die Leitung des der Erbgemeinschaft gehörenden Betriebes stehe ihm, dem Beklagten, mindestens ein Gehalt von 80.000,-- DM zu.

Der Beklagte hat beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, der Auszahlung folgender Bank- und Sparkassenguthaben an die Klägerin bis zum Gesamtbetrag von 121.592,15 DM Zug um Zug gegen Zustimmung der Klägerin zur Auszahlung eines Betrages von 90.000,-- DM aus diesem Sparkassenguthaben an den Beklagten zuzustimmen:

- 1) Konto Z [REDACTED] Bank GmbH Bad Z [REDACTED] Nr. [REDACTED] 8,
- 2) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED], Zweiganstalt Bad Z [REDACTED], Nr. [REDACTED] 7,
- 3) Landessparkasse zu O [REDACTED], Zweiganstalt Bad Z [REDACTED] Nr. [REDACTED] 1,
- 4) Landessparkasse zu O [REDACTED], Zweiganstalt Bad Z [REDACTED] Nr. [REDACTED] 6,
- 5) Bausparkasse W [REDACTED], Vertrags-Nr. [REDACTED] 77.

Die Klägerin hat beantragt,

die Berufung des Beklagten mit folgender Maßgabe zurückzuweisen:

Der Beklagte wird verurteilt,

- 1) der Auszahlung folgender Bank- und Sparkassenguthaben an die Klägerin zuzustimmen:
 - a) Konto Z [REDACTED] Bank GmbH, Bad Z [REDACTED], Nr. [REDACTED] 8 in Höhe von 103.981,11 DM,
 - b) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED], Zweiganstalt Bad Z [REDACTED] Konto Nr. [REDACTED] 7 in Höhe von 45.113,96 DM,
 - c) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED], Zweiganstalt Bad Z [REDACTED], Nr. [REDACTED] 1 in Höhe von 40.331,55 DM,
 - d) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED], Zweiganstalt Bad Z [REDACTED], Nr. [REDACTED] 6 in Höhe von 394,69 DM,
 - e) Bausparkonto Bausparkasse W [REDACTED] Vertrags-Nr. [REDACTED] 77 in Höhe von 21.136,76 DM,
- 2) an die Klägerin einen Betrag von 30.699,83 DM zu zahlen.

Sie macht sich die vom Beklagten vorgelegte Aufstellung des Steueramtmanns a.D. O [REDACTED] zu eigen.

Das Oberlandesgericht hat den Beklagten verurteilt, der Auszahlung folgender Bank- und Sparkassenguthaben an die Klägerin zuzustimmen:

- a) Konto Z [REDACTED] Bank GmbH,
Bad Z [REDACTED] Nr. [REDACTED] 3 in Höhe von 103.981,11 DM,
- b) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED],
Zweiganstalt Bad Z [REDACTED],
Konto Nr. [REDACTED] 7 in Höhe von 45.113,96 DM und

- c) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED],
Zweiganstalt Bad Z [REDACTED],
Nr. [REDACTED] 1 in Höhe von 11.642,98 DM,

Zug um Zug gegen Zustimmung der Klägerin in die Auszahlung folgender Sparkassenguthaben an den Beklagten:

- a) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED],
Zweiganstalt Bad Z [REDACTED],
Nr. [REDACTED] 1 in Höhe von 28.688,57 DM
b) Konto Landessparkasse zu O [REDACTED],
Zweiganstalt Bad Z [REDACTED],
Nr. [REDACTED] 6 in Höhe von 394,69 DM und
c) Bausparkonto Bausparkasse W [REDACTED],
Vertrags-Nr. [REDACTED] 77 in Höhe von 21.136,76 DM.

Die Widerklage hat das Berufungsgericht abgewiesen.

Beide Parteien greifen die Entscheidung des Berufungsgerichts zu einzelnen Rechnungsposten an, die Klägerin im Wege der Revision, der Beklagte im Wege der Anschlußrevision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die von der Revision erhobenen Rügen sind zum Teil begründet.

1. Dies gilt insbesondere insoweit, als das Berufungsgericht die Berücksichtigung des Saldos aus dem Darlehenskonto des Beklagten abgelehnt hat (Berufungsurteil S. 27 zweiter Absatz).

Bereits in der ersten Instanz hatte die Klägerin vorgetragen, daß für den Beklagten ein Darlehenskonto bestand. Dieses Konto sei jeweils mit dem Gehalt des Beklagten erkannt und mit den Beträgen, die für ihn oder an ihn gezahlt wurden, belastet worden. Am 5. März 1966 habe er das Konto mit einem Debetsaldo von 7.952,65 DM abgeschlossen. Der Beklagte habe die zu diesem Stichtag aufgestellte Bilanz nach eingehender Erörterung der einzelnen Bilanzpositionen anerkannt. Später seien Buchungs- und Rechenfehler festgestellt worden; nach deren Berichtigung habe sich der Debetsaldo per 5. März 1966 auf 8.542,05 DM erhöht. Zum Beweise für alles dies, insbesondere auch für die Anerkennung der Bilanz durch den Beklagten, hatte sich die Klägerin auf das Zeugnis des Steuerbevollmächtigten Pannemann bezogen (Bl. 47 GA).

Der Beklagte hat hierauf im Schriftsatz vom 28. September 1970, dessen Inhalt ausweislich des Tatbestands des landgerichtlichen Urteils Bestandteil des mündlichen Parteivortrags war, erwidert:

"Eine Forderung gegen den Beklagten aus Darlehenskonto ... besteht nicht."

Damit hat er lediglich die von der Klägerin in Anspruch genommene Rechtsfolge geleugnet, nicht aber sich in der nach § 138 ZPO gebotenen substantiierten Weise über die Richtigkeit des gegnerischen Sachvortrags erklärt. Eine solche Erklärung wäre ihm - auch unter Berücksichtigung der Ausführungen im Senatsurteil vom 15. Januar 1975 - möglich und zumutbar gewesen; denn zu

der Frage, ob die Bilanz per 5. März 1966 ihm vorgelegt, erläutert und von ihm anerkannt worden ist, konnte sich der Beklagte auch ohne Einsicht in die übrigen Buchungsunterlagen äußern; die Bilanz selbst hatte die Klägerin in Ablichtung zu den Akten gereicht (Bl. 73 ff GA).

In der Berufungsbegründung führte der Beklagte auf Seite 9 (Bl. 134 GA) aus, die Belastungen auf dem Darlehenskonto beruhten auf willkürlichen Eintragungen des Ehemannes der Klägerin. Ein Darlehen habe er, der Beklagte, nie erhalten. Soweit der Beklagte im Jahre 1966 mit 4.988,65 DM belastet worden sei, habe es sich allenfalls um eine Vergütung für die von ihm, dem Beklagten, geleisteten Dienste gehandelt. Diese Ausführungen lagen neben der Sache. Die Klägerin hatte nicht behauptet, daß der Beklagte von der Firma ein Darlehen erhalten habe; dies folgt auch nicht aus der Bezeichnung "Darlehenskonto". Es ist heute eine weitverbreitete Übung, daß Gesellschafter und mitarbeitende Familienangehörige sich die ihnen als Gehalt- oder Gewinnanteil zustehenden Beträge nicht bei Fälligkeit auszahlen, sondern als Darlehen in der Firma stehen lassen; sie heben das Geld erst dann ab, wenn sie es benötigen; vielfach lassen sie auch Zahlungen, die ihre persönlichen Angelegenheiten betreffen, für sich von der Firma ausführen. Buchhalterisch werden diese Vorgänge in der Weise erfaßt, daß für die betreffende Person ein "Darlehenskonto" eingerichtet wird. Auf diesem Konto werden die Gewinnanteile bzw. Gehälter gutgeschrieben; belastet wird das Konto mit den Beträgen, die dem Kontoinhaber ausgezahlt oder für den Kontoinhaber an einen Dritten gezahlt werden (vgl. zum Begriff des Darlehenskontos Schilling in Groß-

kommentar HGB 3. Aufl. § 167 Anm. 17; BGH LM HGB § 120 Nr. 5 = NJW 1978, 1053 = MDR 1978, 734 = BB 1978, 630; BGH WM 1978, 300). Daß auch das Darlehenskonto des Beklagten in dieser Weise geführt wurde, ergibt sich nicht nur aus dem - insoweit unbestritten gebliebenen - Vortrag der Klägerin (S. 5 des Schriftsatzes vom 22. Juni 1970 S. 47 GA), sondern auch aus der Darstellung der Kontenentwicklung auf Blatt 49 ff der von der Klägerin überreichten "Vermögensaufstellung" sowie aus dem Bericht des von dem Beklagten beauftragten Steueramtmanns a.D. Paul Oltmann (Ziff. 9 Bl. 145 Bd. II GA). Ein solches Darlehenskonto kann einen Minussaldo zu Lasten des "Darlehensgebers" aufweisen, nämlich dann, wenn die für ihn von der Firma zu Lasten des Kontos bewirkten Zahlungen und die Barauszahlungen insgesamt höher waren als das auf dem Konto befindliche Guthaben. Wenn unter diesen Umständen die Firma von dem "Darlehensgeber" Ausgleich des Kontos verlangt, dann findet dieser Anspruch seine Rechtsgrundlage nicht in § 607 BGB, sondern entweder in § 812 BGB oder in § 670 BGB. Aus dem Gesagten folgt, daß eine Zahlung an den Kontoinhaber auch dann dem Konto belastet werden muß, wenn sie in Erfüllung einer Verpflichtung zur Zahlung von Gehalt geleistet wird. Das stellt nur den buchhalterischen Ausgleich dafür dar, daß das Konto mit dem Gehalt des Betreffenden erkannt worden ist.

Eine Erklärung zu der Behauptung, der Beklagte habe die Bilanz, in der der Schuldsaldo aus dem Darlehenskonto aufgeführt war, nach eingehender Erläuterung der einzelnen Bilanzpositionen anerkannt, findet sich auch in der Berufungsbegründung nicht.

Das Berufungsgericht hat demnach in seinem Urteil vom 20. Dezember 1972 mit Recht angenommen, daß der Beklagte die 6.092,65 DM schulde, da er nicht bestritten habe, diesen Betrag als Schuldposten bei der Bilanzbesprechung anerkannt zu haben (S. 22 des genannten Urteils). Die hiergegen vom Beklagten im ersten Revisionsverfahren vorgebrachten, und damals nicht beschiedenen, Angriffe waren nicht begründet. Er hatte geltend gemacht:

a) Das Berufungsgericht habe "übersehen", daß der Beklagte den Erhalt eines Darlehens schlechthin bestritten habe. Diese Rüge war, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, unbegründet.

b) Es sei nicht ersichtlich, bei welcher Bilanzbesprechung der Beklagte die Forderung anerkannt haben sollte. Dies ist unzutreffend; die Klägerin hatte vorgetragen, daß der Posten aus Anlaß der Besprechung der Bilanz per 5. März 1966 anerkannt worden sei (Bl. 44, 47 GA).

c) Die Bilanzen per 31. Dezember 1967 (Bl. 76 GA) und per 31. Dezember 1968 (Bl. 79 GA) wiesen keine Darlehensforderungen gegen den Beklagten auf. Das ist richtig, aber rechtlich unerheblich; denn für die Vermögensauseinandersetzung kam es auf den Vermögensstand im Zeitpunkt des Todes des Erblassers an.

Das Berufungsgericht hat - möglicherweise aufgrund einer unrichtigen Auslegung des Senatsurteils vom 15. Januar 1975 - angenommen, das vom Beklagten ausge-

sprochene Anerkenntnis der Richtigkeit der Bilanz per 5. März 1966 sei rechtlich unbeachtlich. Es hat deshalb gemäß Beweisbeschluß vom 9. Februar 1977 (Bl. 207 ff GA) Beweis darüber erhoben, "ob der Beklagte bis zum Eintritt des Erbfalls ein Darlehen des Erblassers von 6.092,65 DM in Anspruch genommen" habe. Es ist nach der Vernehmung des Ehemanns der Klägerin und der Ehefrau des Beklagten zu der Auffassung gelangt, daß es offen geblieben sei, ob der Erblasser mit dem Beklagten eine Schenkung oder ein Darlehen vereinbart habe (Bl. 27 Mitte BU). Dieser rechtlichen Beurteilung kann nicht gefolgt werden. Zunächst hat das Berufungsgericht - ebenso wie vorher der Beklagte - den Begriff des Darlehenskontos mißverstanden und geglaubt, die Klägerin wolle ein Darlehen des Erblassers an den Beklagten behaupten. Zum anderen hat es außer acht gelassen, daß der Beklagte - soweit ersichtlich - zu Lebzeiten des Erblassers die Führung des Darlehenskontos niemals beanstandet und nach seinem Tod den Saldo aus diesem Konto nach eingehender Erläuterung der Bilanz anerkannt hat. Wer sich so verhalten hat, kann später nicht die Richtigkeit des Saldos mit der Wirkung bestreiten, daß der Gegner jeden einzelnen Posten zu beweisen hätte. Allerdings ist der Beklagte nicht unwiderruflich an das von ihm abgegebene Anerkenntnis gebunden. Selbst bei einem abstrakten Schuldanerkenntnis kann sich der Anerkennende unter gewissen Voraussetzungen (§§ 812 ff BGB) darauf berufen, daß die anerkannte Forderung nicht oder nicht in dem anerkannten Umfang bestanden habe; ebenso verliert der Schuldner bei einem bestätigenden Anerkenntnis in der Regel nicht die ihm bei der Abgabe des Anerkenntnisses schuldlos unbekannt gebliebenen Einwendungen. Im

vorliegenden Falle hat der Beklagte aber noch nicht einmal die Darlehensforderung als solche, sondern lediglich die Richtigkeit einer Bilanz anerkannt, in der die Darlehensforderung ausgewiesen war. Von ihm muß jedoch verlangt werden, daß er substantiiert darlegt, welche Buchungen nach seiner Ansicht unzutreffend sind. Dies hat er aber auch getan. Das Berufungsgericht wird diese Einwendungen im einzelnen zu prüfen haben. Dabei wird zu beachten sein:

Daß das Konto mit dem Gehalt des Beklagten erkannt wurde, war zweifellos richtig. Ob es mit dem Wert der freien Station des Beklagten belastet werden durfte, hängt davon ab, ob dem Beklagten nach der mit dem Erblasser getroffenen Vereinbarung für seine Tätigkeit im Geschäft lediglich ein Bargehalt oder zusätzlich dazu freie Unterkunft und Verpflegung zustand. In dieser Hinsicht kann es von Bedeutung sein, ob der Beklagte von der Belastung seines Kontos mit dem Wert der freien Station unterrichtet war und diese Buchung widerspruchsgeduldet hat. Dabei darf nicht außer acht gelassen werden, daß der Beklagte zwar in den Jahren 1954 bis 1961 mit dem Wert der freien Station belastet, für die Zeit von 1959 bis 1961 aber gleichzeitig mit demselben Betrag erkannt wurde. Praktisch wurde also seit 1959 die freie Station nicht mehr mit dem Gehalt verrechnet. Daß bereits vor 1959 mit dem Erblasser vereinbart worden sei, der Beklagte solle die freie Station als zusätzliches Entgelt neben seinem Bargehalt erhalten, hat dieser nicht - jedenfalls nicht substantiiert - behauptet; sein diesbezüglicher Vortrag enthält keine Zeitangabe. Im übrigen trifft die Behauptung des Beklagten nicht zu, der Saldo zu seinen Lasten sei in der Hauptsache durch

die Belastung mit dem Wert der freien Station entstanden; tatsächlich hat der Beklagte in der Zeit von 1954 bis 1963 weniger entnommen als das verbuchte Gehalt abzüglich des für die freie Station angesetzten Betrages. Der Minussaldo ist vielmehr auf die Kontenbelastungen in den Jahren 1964 bis 1966 zurückzuführen. Was die sonstigen Buchungen betrifft, so durfte das Konto mit allen denjenigen Zahlungen belastet werden, die das Unternehmen für den Beklagten vornahm. In erster Linie ist dabei zu prüfen, ob die einzelnen Buchungsposten tatsächlich Angelegenheiten des Beklagten oder nicht vielmehr persönliche Angelegenheiten des Erblassers oder Angelegenheiten des Unternehmens betrafen. Auch soweit Zahlungen für den Beklagten geleistet worden sind, wird er dann nicht mit dem Betrag belastet werden dürfen, wenn nach dem übereinstimmenden Willen des Erblassers und des Beklagten die Zahlung eine unentgeltliche Zuwendung an den letzteren darstellen sollte (§ 516 Abs. 2 BGB).

2. Mit Recht beanstandet die Revision auch die Ausführungen auf Seite 24 Absatz 2 des Berufungsurteils. Der Beklagte hat aus dem von der Klägerin geltend gemachten Gesamtbetrag von 31.179,26 DM für Entnahmen des Beklagten nach dem Erbfall vier Einzelposten in einer Gesamthöhe von 8.894,60 DM bestritten. Das Berufungsgericht meint, daß die Klägerin hinsichtlich dieser vier Posten beweisfällig geblieben sei; denn sie habe insoweit keinen tauglichen Beweis angetreten; anhand der Bücher und mit Hilfe eines Sachverständigen lasse sich nicht feststellen, inwiefern es sich bei den genannten Beträgen um den Beklagten anzulastende Entnahmen handele. Diese Erwägung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Hinsichtlich des ersten Postens von 1.510,-- DM war die Einwendung des Beklagten nicht hinreichend substantiiert. In der "Vermögensaufstellung" findet sich auf den Seiten 43 bis 54 kein Einzelbetrag in dieser Höhe. Es muß sich deshalb bei den vom Beklagten genannten 1.510,-- DM um eine Zusammenfassung verschiedener Buchungsposten handeln. Genaueres ist aus dem Sachvortrag des Beklagten nicht zu entnehmen. Von der Klägerin kann nicht erwartet werden, daß sie vorweg jeden einzelnen Buchungsposten substantiiert begründet. Das ist bei dem Umfang des Rechenwerks fast unmöglich. Es genügt, daß sie die einzelnen Rechnungsposten nennt und abwartet, welche der Beklagte bestreitet; nur diese muß sie substantiiert begründen.

Der Beklagte wendet sich gegen die Belastung mit Einkommenssteuer in Höhe von 2.466,-- DM und Kirchensteuer in Höhe von 246,-- DM, zusammen 2.712,-- DM. Er behauptet, daß es sich hierbei um Steuern der Erbengemeinschaft gehandelt habe (Schriftsatz vom 19. Dezember 1978 S. 5 Bd. 3 Bl. 183 GA). Dies kann nicht richtig sein, da die Erbengemeinschaft als solche weder einkommens- noch kirchensteuerpflichtig ist. Möglich ist, daß es sich um Steuern des Erblassers gehandelt hat, zu deren Zahlung die Erbengemeinschaft verpflichtet war. Ob das der Fall war, müßte jedoch ein Buchsachverständiger anhand der Buchungsunterlagen feststellen können. Insoweit war die Ablehnung des Beweisantrags nicht gerechtfertigt. Im übrigen könnte sich die Frage unter Umständen auch ohne Zuziehung eines Sachverständigen klären lassen. Bei Überweisungen an das Finanzamt pflegen die Steuerpflichtigen die Steuernummer (bzw. das Steuerkonto) anzugeben. Es läßt sich demnach möglicherweise bereits

aus dem bei den Unterlagen des Unternehmens verbliebenen Überweisungsdurchschlag entnehmen, ob die Zahlung auf das Steuerkonto des Erblassers oder das des Beklagten erfolgt ist.

Was den Posten von 4.500,-- DM anlangt, so ist weder der Vortrag der Klägerin noch der Vortrag des Beklagten verständlich. In der "Vermögensaufstellung", die die Klägerin vorgelegt hat, trägt dieser Posten die Bezeichnung "Heintzelmann". Der Beklagte meint dazu, es handele sich um Forderungen aus dem Mietkauf eines Krans. Daß es zu diesem Posten auf beiden Seiten an einem substantiierten Sachvortrag mangelt, geht zu Lasten der Klägerin als der darlegungspflichtigen Partei; insoweit ist also das Berufungsurteil im Ergebnis zutreffend.

Schließlich beanstandete der Beklagte noch die Belastung mit Pfändungskosten in Höhe von 172,60 DM. Auch insoweit fehlt es auf seiten der Klägerin an einem substantiierten Vortrag; es gilt das gleiche wie für den Posten von 4.500,-- DM.

3. Die Revision wendet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts (Berufungsurteil S. 25 oben), der Beklagte habe Posten in einer Gesamtsumme von 10.774,48 DM substantiiert bestritten; sie meint, das Bestreiten sei unsubstantiiert gewesen. Dies ist indessen nicht richtig. Der Beklagte hat ausgeführt, daß bestimmte, genauer bezeichnete Posten nicht Bauten des Beklagten, sondern Bauten der Erbengemeinschaft betreffen. Es wäre also Sache der Klägerin gewesen, ihr Vorbringen zu substantiieren (d.h. genau die Bauvorhaben

anzugeben, für die die einzelnen Ausgaben entstanden waren) und geeigneten Beweis anzutreten. Mit Recht vertritt das Berufungsgericht die Ansicht, daß sich dies nicht ausschließlich anhand der Buchungsunterlagen klären lasse.

4. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten einen Vergütungsanspruch von 80.000,-- DM zugebilligt (Berufungsurteil S. 27 letzter Absatz). Die Revision meint dazu:

a) Der Beklagte habe in einem Schreiben seines Rechtsanwalts vom 13. September 1966 (Bd. I Bl. 23 und 141 GA) angegeben, daß er nach dem Tode seines Vaters insgesamt nur 20.000,-- DM aus dem Geschäft erhalten habe. Das Berufungsgericht habe übersehen, diese 20.000,-- DM vom Vergütungsanspruch von 80.000,-- DM abzusetzen. Das trifft nicht zu. Das Berufungsgericht geht auf Seite 24 zweiter Absatz seines Urteils davon aus, daß der Beklagte nach dem Erbfall 22.284,66 DM aus dem Nachlaß erhalten habe.

b) Das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Vergütung des Beklagten nicht allein der Klägerin, sondern vielmehr der Erbengemeinschaft zur Last falle; die Klägerin habe also nur 3/4 der Vergütung zu tragen. Auch dieser Vorwurf ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat die 80.000,-- DM nicht etwa von dem Anteil der Klägerin, sondern von der Verteilungsmasse abgezogen (Berufungsurteil S. 27 dritter Absatz). Im Endergebnis fallen daher der Klägerin auch nach der

Berechnungsweise des Berufungsgerichts nur $\frac{3}{4}$ des Vergütungsanspruchs des Beklagten zur Last.

c) Bei der Schätzung der Höhe der Vergütung sei das Berufungsgericht von unrichtigen Grundlagen ausgegangen. Nach den Feststellungen des Steueramtmanns a.D. Oltmann habe nämlich der Ehemann der Klägerin nur 26.790,15 DM ausgezahlt erhalten. Hierbei übersieht die Revision, daß das Berufungsgericht als Schätzungsgrundlage nicht die tatsächlichen Zahlungen an den Ehemann der Klägerin, sondern dessen Gehaltsanspruch zugrunde gelegt hat; daß der verbuchte Gehaltsanspruch des Ehemanns der Klägerin aber höher war als die an ihn geleisteten Zahlungen, wird von der Klägerin selbst vorge-
tragen.

II.

Die Anschlußrevision ist begründet.

Der Beklagte wendet sich mit ihr gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, er könne von der Klägerin keinen Ausgleich für den unterschiedlichen Wert der den einzelnen Erben zugeteilten Nachlaßgrundstücke verlangen.

Das Berufungsgericht hat in diesem Punkt seine Entscheidung mit einem stillschweigenden Geständnis des Beklagten begründet. Gegen diese Begründung bestehen durchgreifende Bedenken. Stillschweigen auf eine Behauptung des Gegners hat zwar, ebenso wie das Geständnis, zur Folge, daß die Behauptung nicht des Beweises bedarf (§§ 138 Abs. 3, 288 ZPO). Es schließt aber, anders als

ein Geständnis, ein nachträgliches Bestreiten nicht aus. Der Begriff des stillschweigenden Geständnisses ist demnach im Grunde ein Widerspruch in sich selbst; durch ihn wird dem rein passiven Verhalten einer Partei eine Wirkung beigelegt, die nach dem Gesetz nur der positiven Erklärung zukommen soll. Als Beleg für den Begriff des stillschweigenden Geständnisses wird die Entscheidung BGH JZ 1962, 252 zitiert. Dort wird jedoch der Ausdruck "stillschweigendes Geständnis" nicht gebraucht. Richtig ist, daß das Geständnis kein ausdrückliches sein muß; es genügt auch ein schlüssiges Verhalten; es muß aber auf jeden Fall mehr vorliegen als ein bloßes Stillschweigen. Daß aber der Beklagte in schlüssiger Weise zum Ausdruck gebracht habe, es solle wegen der Grundstücke kein weiterer Wertausgleich mehr stattfinden, läßt sich nicht feststellen und ist auch im Berufungsurteil nicht dargelegt.

In der Tat hatte dies noch nicht einmal die Klägerin behauptet. Sie hatte lediglich vorgetragen, daß die im Testament enthaltenen Teilungsanordnungen, soweit sie sich auf Grundstücke bezogen hätten, ausgeführt worden seien (Klageschrift S. 2). Das besagt lediglich, daß jedes der Grundstücke auf den Miterben übertragen worden sei, der sie nach den Bestimmungen des Testaments zu erhalten hatte. In dem bloßen Vollzug der testamentarischen Anordnungen liegt aber noch nicht notwendigerweise ein Verzicht auf einen etwa geschuldeten Wertausgleich, und zwar schon deshalb nicht, weil die Aus-

einandersetzung des Restnachlasses noch ausstand und ein etwaiger Ausgleichsanspruch im Rahmen dieser Auseinandersetzung berücksichtigt werden konnte.

Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob nach dem Willen des Testators überhaupt ein Wertausgleich stattzufinden hatte oder ob nicht die Teilungsanordnung hinsichtlich der Grundstücke ein Vorausvermächtnis enthielt (vgl. dazu Kregel in BGB-RGRK, 12. Aufl. § 2048 Rdn. 1).

Der Senat hat erwogen, ob die Tatsache, daß der Beklagte mit seinem Verlangen nach Wertausgleich erst acht Jahre nach Beginn des Rechtsstreits hervorgetreten ist, nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) dazu führen muß, daß ihm eine Berücksichtigung dieses Postens im Rahmen der vorliegenden Teilauseinander-setzungsklage versagt und er damit auf einen besonderen Rechtsstreit verwiesen wird. Der Senat hat dies jedoch verneint. Er erkennt zwar nicht, daß die Klägerin ein berechtigtes Interesse am alsbaldigen Abschluß des nun schon seit fast 11 Jahren anhängigen Rechtsstreits hat und daß dessen Erledigung erheblich verzögert würde, wenn etwa noch eine Beweisaufnahme über den Wert der zum Nachlaß gehörigen Grundstücke erforderlich werden wird. Er glaubt jedoch, dem Beklagten eine gesonderte Klage auf Ausgleich der unterschiedlichen Grundstückswerte nicht zumuten zu können, da dann, wenn die gesamten im Nachlaß vorhandenen Nachlaßwerte verteilt

sind, nicht völlig auszuschließen ist, daß ein gegen die Klägerin ergehendes Urteil nicht mehr zu vollstrecken sein wird.

Der Senat hat auf Revision und Anschlußrevision das Berufungsurteil in vollem Umfang aufgehoben. Das Berufungsgericht wird jedoch bei der erneuten Entscheidung mit Rücksicht auf das Verbot der Schlechterstellung von dem Berufungsurteil vom 4. Mai 1977 nur insoweit abweichen dürfen, als dieses mit Revision oder Anschlußrevision angefochten und die in der Revisionsinstanz vorgebrachten Rügen für begründet befunden worden sind. Der Klägerin darf also im Ergebnis von den im Tenor des angefochtenen Urteils genannten Guthaben nicht weniger als 121.592,15 DM Zug um Zug gegen Zustimmung in die Auszahlung von nicht mehr als 90.000,-- DM an den Beklagten zuerkannt werden (vgl. Antrag des Beklagten zur Anschlußrevision in Verbindung mit seinem letzten Berufungsantrag). Andererseits darf der Klägerin von den Guthaben nicht mehr zugesprochen werden, als das Berufungsgericht ihr in dem angefochtenen Urteil zugebilligt hatte, gegebenenfalls zuzüglich von jeweils $\frac{3}{4}$ von 6.092,65 DM, 1.510,-- DM und 2.712,-- DM,

d.h. derjenigen Einzelposten, hinsichtlich deren
ihre Revisionsrügen Erfolg hatten.

Dr. Hoegen

Rottmüller

Dehner

Dr. Seidl

Richter am Bundesge-
richtshof Dr. Blumen-
röhr kann wegen urlaubs-
bedingter Abwesenheit
nicht unterschreiben.

Dr. Hoegen