

BUNDESGERICHTSHOF

20

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 48/86

Verkündet am:
5. November 1987
Schnurr
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Maria K [REDACTED],
T [REDACTED] Straße [REDACTED], Kö [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte,
Revisionsklägerin, Revisions-
beklagte und Anschlußrevisions-
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Anneliese Sch [REDACTED] geborene W [REDACTED],
G [REDACTED] Straße [REDACTED], Kö [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin,
Revisionsbeklagte, Revisions-
klägerin und Anschlußrevisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. November 1987 durch den Vorsitzenden Richter Merz und die Richter Henkel, Gärtner, Winter und Dr. Schmitz

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 8. Januar 1986 aufgehoben,

- a) soweit dadurch das Urteil der 21. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 29. November 1984 aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen worden ist,
- b) soweit die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung der Klage auf Herausgabe eines schwarzen Persianermantels abgewiesen worden ist.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagte ist aufgrund Testaments Alleinerbin des am [REDACTED] 1983 verstorbenen Walter Kernerek (im folgenden: Erblasser). Die Klägerin, die mit dem Erblasser befreundet war, behauptet, sie habe ihn seit dem Tod seiner Ehefrau im Juli 1976 bis zu seinem Tode ständig versorgt und in Krankheitszeiten gepflegt. Der Erblasser habe ihr mehrfach schriftlich und mündlich versprochen, sie für ihre Dienstleistungen als Erbin einzusetzen, habe dieses Versprechen aber nicht gehalten. Sie fordert deshalb mit der Klage eine Vergütung von 72.000 DM nebst Prozeßzinsen. Daneben begehrte sie die Herausgabe eines Betrages von 20.000 DM sowie verschiedener Gegenstände, darunter eines Täbris-Teppichs sowie eines schwarzen Persianermantels. Die Beklagte beantragte widerklagend Zahlung von 13.560,76 DM nebst Zinsen sowie die Herausgabe eines Sparbuchs.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs statt. Auf die Berufung der Klägerin hob das Oberlandesgericht die Entscheidung über die Ansprüche auf Zahlung einer Vergütung von 72.000 DM nebst Prozeßzinsen und Herausgabe eines Täbris-Teppichs sowie über die Kosten auf und verwies insoweit die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Berufungsverfahrens, an das Landgericht zurück. Im übrigen wies es die Berufung der Klägerin, mit der diese die Klageanträge sowie den Antrag auf Abweisung der Widerklage in vollem Umfang weiterverfolgt hatte, zurück.



Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin, deren Revision und inhaltsgleiche Anschlußrevision der Senat nur teilweise zur Entscheidung angenommen hat, verfolgt mit ihrem Rechtsmittel jetzt nur noch den Anspruch auf Herausgabe eines schwarzen Persianermantels weiter. Die Parteien beantragen wechselseitig, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

Die Revisionen beider Parteien führen im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Revision der Beklagten:

1. a) Das Berufungsgericht führt aus, das Landgericht habe einen Vergütungsanspruch der Klägerin für die behaupteten Dienstleistungen zu Unrecht verneint. Wer aufgrund einer versprochenen Erbeinsetzung dem Erblasser jahrelang Dienste leiste, habe einen Anspruch auf Vergütung. Es bestehe ein schuldrechtliches Dienstverhältnis. Zwar sei die

Zusage der Erbeinsetzung gemäß § 2302 BGB nichtig; die Vergütungspflicht ergebe sich jedoch mangels einer anderen Abrede aus § 612 Abs. 1 BGB. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift sei die taxmäßige oder übliche Vergütung zu leisten. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, daß sich die Klägerin und der Erblasser über eine Vergütung der behaupteten Dienstleistungen einig geworden seien. Aus verschiedenen Schreiben des Erblassers ergebe sich, daß er der Klägerin für deren Arbeit sein Haus oder doch jedenfalls eine Haushälfte habe vermachen wollen. Ob der Erblasser, bevor er die Beklagte zur Alleinerbin eingesetzt habe, andere - später widerrufene - letztwillige Verfügungen zugunsten der Klägerin getroffen habe, sei unerheblich. Entscheidend sei, daß er sich die Dienste der Klägerin in der ihm bekannten Erwartung der Erbeinsetzung habe gefallen lassen. Ob er anderen gegenüber etwas Gegenteiliges geäußert habe, könne offen bleiben; denn es komme nur auf seine Erklärungen gegenüber der Klägerin an. Ein geheimer Vorbehalt des Erblassers sei gemäß § 116 BGB unbeachtlich. Entgegen der Auffassung des Landgerichts hafte die Beklagte als Erbin gemäß § 1967 BGB für einen Vergütungsanspruch der Klägerin. Dieser sei mithin zu bejahen, wenn die Klägerin die behaupteten Dienste erbracht habe. Ihr Vortrag zu Art und Umfang ihrer Dienstleistungen sei hinreichend substantiiert. Detailliertere Angaben darüber, wann sie im einzelnen welche Dienstleistungen erbracht habe, könnten ihr nicht abverlangt werden. Es genüge, daß sie vorgetragen habe, in welchen Zeiträumen sie für den Erblasser geputzt und gekocht und ihn als Kranken gepflegt habe. Ihr durchschnittlicher Arbeitsaufwand für diese Tätigkeiten könne dann gemäß § 287 ZPO geschätzt werden. Der

von ihr angegebene Zeitaufwand von mindestens 20 Stunden pro Woche erscheine nicht als übersetzt, falls sie dem Erblasser tatsächlich den gesamten Haushalt geführt habe. Daß Leistungen solchen Umfangs zu vergüten seien, entspreche der Verkehrssitte. Da die Beklagte die behaupteten Arbeitsleistungen der Klägerin substantiiert bestritten habe, hätte das Landgericht den Sachverhalt aufklären und die von den Parteien benannten Zeugen vernehmen müssen. Die unterlassene Beweiserhebung stelle einen Verfahrensmangel im Sinne von § 539 ZPO dar. Das angefochtene Urteil sei daher insoweit aufzuheben und die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen. Eine Beweiserhebung in der Berufungsinstanz sei nicht sachdienlich, weil die Parteien eine Vielzahl von Zeugen zu dem streitigen Fragenkomplex benannt hätten, also eine besonders umfangreiche Beweisaufnahme zu erwarten sei.

b) Das Berufungsgericht meint ferner, auch bezüglich des Täbris-Teppichs sei noch eine weitere Sachaufklärung geboten. Die Klägerin habe die Voraussetzungen eines Herausgabeanspruchs nach den §§ 985, 604, 667, 1967 BGB schlüssig vorgetragen. Sie habe behauptet, der Erblasser habe ihr am 23. September 1979 in Büsum den Teppich geschenkt und auch übergeben; da der Teppich ihrem Ehemann nicht gefallen habe, habe sie ihn später in die Wohnung des Erblassers gebracht, damit dieser ihn bei Gelegenheit umtausche. Demnach liege nach dem Vortrag der Klägerin eine vollzogene Schenkung im Sinne des § 518 Abs. 2 BGB vor. Die Rückgabe des Teppichs an den Erblasser sei nicht als Rückübereignung zu werten; vielmehr sei von einem Leih- und Auftragsverhältnis auszugehen. Die Klägerin habe ihre Behauptungen durch die Benennung der

Zeugen H [REDACTED] und K [REDACTED] unter Beweis gestellt. Diesen Beweisanträgen müsse nachgegangen werden. Das angefochtene Urteil sei daher auch insoweit aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

2. In beiden Punkten hält die Entscheidung des Berufungsgerichts den Angriffen der Revision der Beklagten nicht stand. Die Beklagte rügt zu Recht Verletzung des § 539 ZPO.

Auf diese Vorschrift ist das Berufungsurteil zwar ausdrücklich nur gestützt, soweit über den Vergütungsanspruch der Klägerin entschieden worden ist. Für seine Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe eines Täbris-Teppichs führt das Berufungsgericht eine Rechtsgrundlage nicht an. Nach der Urteilsbegründung kommt indessen nur eine Anwendung des § 539 ZPO in Betracht; ein Fall des § 538 ZPO, in dem das Berufungsgericht die Sache ebenfalls an das Gericht des ersten Rechtszuges hätte zurückverweisen können, liegt nicht vor.

Obwohl das Berufungsgericht keine Sachentscheidung getroffen hat, ist die Beklagte beschwert. Statt der im Berufungsrechtszug erstrebten Zurückweisung der Berufung der Klägerin, durch die die klageabweisende Entscheidung des Landgerichts bestätigt worden wäre, hat sie nur ein Urteil erreicht, das die Sache wegen eines Verfahrensmangels an das Landgericht zurückverweist (vgl. BGHZ 31, 358, 361; Senatsurt. v. 24. Februar 1983 - IX ZR 35/82, NJW 1984, 495).

Nach § 539 ZPO kann das Berufungsgericht die Sache nur dann unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverweisen, wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet. Diese Voraussetzung ist in beiden von der Revision der Beklagten angegriffenen Entscheidungspunkten nicht erfüllt.

a) Den Verfahrensmangel bei der Entscheidung über den Vergütungsanspruch der Klägerin sieht das Berufungsgericht darin, daß das Landgericht keinen Beweis über die von der Klägerin behaupteten Dienstleistungen für den Erblasser erhoben hat. Eine unterlassene Beweiserhebung stellt jedoch nur dann einen wesentlichen Verfahrensmangel dar, wenn es für die Entscheidung des Rechtsstreits auf das Ergebnis der Beweisaufnahme ankommt. Über unerhebliche Behauptungen braucht Beweis nicht erhoben zu werden. Die Frage, ob das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem wesentlichen Mangel leidet, ist vom sachlich-rechtlichen Standpunkt des ersten Richters, nicht von einer abweichenden Auffassung des Berufungsgerichts aus zu beurteilen (BGHZ 18, 107, 109 ff; 31, 358, 364). Maßgebend dafür, ob hier eine notwendige Beweisaufnahme unterlassen wurde, ist mithin die sachlich-rechtliche Auffassung des Landgerichts. Dieses hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

"Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen die Beklagte auf finanziellen Ausgleich ihrer angeblichen Pflegedienste zugunsten des Erblassers, selbst wenn diese Dienste den von ihr dargelegten Umfang gehabt haben

sollten. Falls die Klägerin vorgehabt hätte, sich die Arbeiten bezahlen zu lassen, hätte sie darüber eine Vereinbarung mit dem Erblasser treffen müssen. Dazu ist nichts vorgetragen. Wie sich aus dem Vortrag der Klägerin ergibt, hat sie Dienste in Erwartung der Erbschaft gemacht. Es mag sein, daß der Erblasser sie in dieser Erwartung enttäuscht hat. Dafür haftet jedoch nicht der Erbe. - Gleiches gilt für die angeblichen Dienste des Ehemanns der Klägerin."

Danach hat das Landgericht die Vergütungsklage schon nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin als nicht begründet, also als unschlüssig, angesehen. Auf die behaupteten Dienstleistungen kam es nach der Beurteilung des Landgerichts nicht an, weil die Klägerin nach seiner Auffassung schon den Abschluß eines die Vergütungspflicht begründenden Dienstvertrages mit dem Erblasser nicht dargelegt hatte. Von diesem sachlich-rechtlichen Standpunkt aus war es nicht verfahrensfehlerhaft, die von den Parteien angetretenen Beweise über die Dienstleistungen der Klägerin nicht zu erheben.

Die abweichende sachlich-rechtliche Beurteilung des Klagevortrags durch das Berufungsgericht rechtfertigt nicht die Anwendung des § 539 ZPO. Das Berufungsgericht hätte selbst in der Sache entscheiden müssen. Es mußte zumindest den Streit über den Grund des Vergütungsanspruchs ganz erledigen und die dazu notwendigen Beweise selbst erheben. Nur wegen der Höhe des nach Grund und Betrag streitigen Vergütungsanspruchs kam eine Zurückverweisung der Sache an das

Landgericht nach § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO in Betracht; diese Zurückverweisung setzt jedoch voraus, daß das Berufungsgericht zugleich ein Grundurteil nach § 304 ZPO erläßt (vgl. BGH, Urt. v. 19. April 1978 - VIII ZR 39/77, NJW 1978, 1430, 1431 ff). Die danach notwendige Entscheidung über den Anspruchsgrund liegt nicht vor.

b) Wie sich aus dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils ergibt, sieht das Berufungsgericht auch bei der Entscheidung des Landgerichts über den Anspruch auf Herausgabe eines Täbris-Teppichs die Nichterhebung von Beweisen als wesentlichen Verfahrensmangel an. Das Landgericht hat diesen Anspruch mit folgender Begründung abgewiesen:

"Was die angebliche Schenkung des Täbris-Teppichs anbelangt, so ist die Beklagte in dessen Besitz. Eine Schenkung scheidet deshalb nach § 518 BGB aus. Die Zeugin Hornung darf deshalb nicht gehört werden (vgl. Bl. 79 der Akten)."

Daraus ist zu entnehmen, daß das Landgericht auch diesen Anspruch als unschlüssig abgewiesen hat, weil es weder einen formgültigen Schenkungsvertrag (§ 518 Abs. 1 BGB) noch einen Vollzug der Schenkung durch Übereignung des Teppichs an die Klägerin (§§ 518 Abs. 2, 929 ff BGB) als dargetan ansah. Das war sachlich-rechtlich und verfahrensrechtlich zutreffend. Die Klägerin hatte nämlich im ersten Rechtszug lediglich vorgetragen, der Erblasser habe ihr den Teppich geschenkt, weil sie ihn mehrere Jahre in Kur begleitet habe;

beim Tod des Erblassers habe sich der Teppich in dessen Haus befunden und sei von der Beklagten in Besitz genommen worden (S. 7 des Schriftsatzes vom 23. Oktober 1984). Ergänzend hat sie dazu noch behauptet und durch Benennung der Zeugin Hornung unter Beweis gestellt, daß der Erblasser den Teppich für sie gekauft habe (S. 2 des Schriftsatzes vom 7. November 1984 = Bl. 79 GA). Daraus ergab sich weder die zur Wirksamkeit eines Schenkungsversprechens nach § 518 Abs. 1 BGB erforderliche notarielle Beurkundung noch eine Heilung des Formmangels durch eine Übereignung des Teppichs, die eine Einigung zwischen dem Erblasser und der Klägerin über den Eigentumsübergang sowie eine Besitzübertragung auf die Klägerin erfordert hätte. Erst im Berufungsrechtszug hat die Klägerin behauptet, der Erblasser habe den Teppich am 23. September 1979 für sie in B[REDACTED] gekauft und ihn ihr übergeben; erst später sei er dem Erblasser zum Umtausch zurückgegeben worden, weil er dem Ehemann der Klägerin nicht gefallen habe. Erst damit war eine den Formmangel des Schenkungsvertrages heilende Übereignung durch Einigung und Übergabe des Teppichs an die Klägerin hinreichend dargetan. Erst daraus konnte sich die Notwendigkeit ergeben, den von der Klägerin angetretenen Beweis über die behauptete Eigentumsübertragung zu erheben. Aufgrund des dem Landgericht unterbreiteten und von ihm sachlich-rechtlich zutreffend gewürdigten Sachverhalts war dagegen eine Beweisaufnahme noch nicht erforderlich. Auch hier hätte daher das Berufungsgericht die von ihm für notwendig gehaltene Beweisaufnahme selbst durchführen und dann in der Sache entscheiden müssen.

3. Das Berufungsurteil muß daher im Umfang der Anfechtung durch die Beklagte aufgehoben werden (§ 564 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung ist dem Revisionsgericht insoweit nicht möglich. Das Berufungsgericht hat nicht in der Sache entschieden, sondern das Urteil des Landgerichts aus verfahrensrechtlichen Gründen aufgehoben. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist deshalb nur die Frage, ob diese verfahrensrechtliche Entscheidung dem Gesetz entspricht. Zwar hat der Bundesgerichtshof anders als das Reichsgericht bei der Revision gegen ein Urteil nach § 539 ZPO eine sachlich-rechtliche Prüfung des Prozeßstoffs in beschränktem Umfang zugelassen; das gilt aber nur, soweit davon die Entscheidung abhängt, ob das Berufungsgericht den § 539 ZPO ohne Rechtsfehler angewendet hat (vgl. BGHZ 31, 358, 364; Senatsurt. v. 24. Februar 1983 - IX ZR 35/82, NJW 1984, 495). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Da schon ein Mangel des Verfahrens erster Instanz nicht vorliegt, kommt es für die Entscheidung, ob § 539 ZPO verletzt ist, nicht mehr auf die Prüfung der Sachfrage an. Der Rechtsstreit wird deshalb im Umfang der Aufhebung des Berufungsurteils zur Sachentscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Die sachlich-rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Vergütungsklage sowie die Angriffe der Revision dagegen geben indessen Anlaß zu folgenden Hinweisen:

a) Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Klägerin die Voraussetzungen eines dienstvertraglichen Vergütungsanspruchs schlüssig dargelegt habe. Das beanstandet die

Revision nicht und entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BGH, Urt. v. 23. Februar 1965 - VI ZR 281/63, NJW 1965, 1224; v. 30. Oktober 1969 - VII ZR 97/67, WM 1970, 90; v. 14. Juli 1987 - IX ZR 13/87, z.V.b.; BAG AP BGB § 612 Nrn. 13, 15, 20, 23, 27, 28, 29). Einigen sich Beteiligte darüber, daß der eine dem anderen Dienste leistet und der andere diese Dienstleistungen später durch Erbeinsetzung des Dienstverpflichteten abgelten soll, so ist ein nachträglicher Vergütungsanspruch nach § 612 Abs. 1 und 2 BGB als vereinbart anzusehen, wenn die zunächst versprochene und rechtlich nicht abgesicherte Abgeltung der Dienste durch Erbeinsetzung aus Gründen scheitert, die der Dienstverpflichtete nicht zu vertreten hat. Diese Voraussetzungen hat die Klägerin substantiiert dargelegt.

b) Das Berufungsgericht stellt darüber hinaus fest, "daß sich die Klägerin und der Erblasser über eine Vergütung der behaupteten Dienstleistungen einig geworden sind". Das genügt nicht, um das Zustandekommen eines schuldrechtlichen Dienstverhältnisses anzunehmen, welches Voraussetzung für die Anwendung des § 612 BGB ist. Ein dienstvertraglicher Vergütungsanspruch setzt auch eine Einigung über die Dienstleistungen sowie die Feststellung voraus, daß die vereinbarten Dienste geleistet worden sind (vgl. BAG AP Nrn. 13 und 20). Dazu hat das Berufungsgericht keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Für eine vertragliche Einigung über die Dienstleistungen reicht es nicht aus, daß die Klägerin dem Erblasser Dienste in der ihm bekannten Erwartung geleistet hat, er werde sie zur Erbin einsetzen. Allerdings

hat das Bundesarbeitsgericht in verschiedenen Entscheidungen eine vertragliche Vergütungspflicht bereits dann angenommen, wenn einer normalerweise vergütenswerten Dienstleistung eine Vergütungserwartung zugrunde liegt (vgl. etwa BAG AP Nr. 23). Demgegenüber hat jedoch der Bundesgerichtshof daran festgehalten, daß Dienstleistungen, denen keine vertragliche Einigung der Beteiligten, sondern lediglich eine einseitige, wenn auch für den anderen Teil erkennbare Vergütungserwartung des Dienstleistenden zugrunde liegt, allenfalls einen Bereicherungsanspruch zu begründen vermögen (vgl. BGH, Urt. v. 27. Oktober 1959 - VI ZR 159/58, LM BGB § 1617 Nr. 1 a Bl. 2; v. 23. Februar 1965 - VI ZR 281/63 - aaO; v. 15. April 1965 - II ZR 73/62, WM 1965, 795).

Die vertragliche Einigung über die Dienstleistungen und deren Entgeltlichkeit braucht nicht schon beim Beginn der Dienstleistungen vorgelegen zu haben. Es ist rechtlich möglich, auch durch eine nachträgliche Einigung über die Entgeltlichkeit der Dienste in Vergangenheit und Zukunft einen vertraglichen Vergütungsanspruch zu begründen (vgl. BAG AP BGB § 612 Nr. 15). Die Rüge der Revision, die von der Klägerin vorgelegten Schreiben des Erblassers enthielten lediglich das Versprechen von Zuwendungen für angeblich bereits geleistete Dienste der Klägerin, schließt deshalb die Annahme eines Dienstvertrages nicht ohne weiteres aus. Im übrigen geht diese Revisionsrüge in tatsächlicher Hinsicht fehl: Das Schreiben vom 20. Mai 1976 ist vor dem Zeitraum verfaßt, für den die Klägerin eine Vergütung fordert. Bereits in diesem Schreiben hat der Erblasser der Klägerin und

ihrem Ehemann das Angebot unterbreitet, ihnen sein Haus zu hinterlassen, falls sie ihm bis zum Tode behilflich seien. Auch der Wortlaut des Schreibens vom 15. Oktober 1983 ergibt nicht eindeutig, daß nur eine Belohnung für bereits geleistete Dienste in Aussicht gestellt wird; die Auslegung, daß mit dem dort gegebenen Versprechen auch erst noch zu erbringende Arbeitsleistungen der Klägerin abgegolten werden sollten, ist jedenfalls mit dem Wortlaut des Schreibens vereinbar.

c) Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß sich die Klägerin und der Erblasser über eine Vergütung für Dienstleistungen einig geworden seien, ist allein auf die von der Klägerin vorgelegten Schreiben des Erblassers gegründet. Dabei wird der substantiierte und unter Beweis gestellte Vortrag der Beklagten außer acht gelassen, der Erblasser habe der Klägerin die Erbeinsetzung nur als Belohnung für ihre geschlechtliche Hingabe zugesagt; er habe sie damit zur Fortsetzung der geschlechtlichen Beziehung bewegen wollen. Demgemäß habe die Klägerin auch keine nennenswerten Versorgungsleistungen für den Erblasser erbracht; gelegentliche Bemühungen seien ihr gesondert vergütet worden. Diese Behauptung läßt sich nicht ohne weiteres mittels der vorgelegten Urkunden entkräften, erfordert vielmehr eine Auseinandersetzung mit dem Vorbringen der Beklagten und den dazu angetretenen Beweisen. Erst unter Berücksichtigung aller Umstände kann entschieden werden, ob die der Klägerin unstreitig versprochene Erbeinsetzung vereinbarungsgemäß Pflegeleistungen vergüten oder ihre geschlechtliche Hingabe belohnen sollte. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß das

etwaige Bestehen einer Liebesbeziehung ein schuldrechtliches Dienstverhältnis nicht ausschließt (vgl. BAG AP BGB § 612 Nr. 15).

II.

Revision der Klägerin:

1. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf Herausgabe eines schwarzen Persianermantels mit der Begründung verneint, die Voraussetzungen eines Herausgabeanspruchs seien nicht dargetan. Die Beklagte habe den Besitz des Mantels bestritten und behauptet, der Erblasser habe ihn noch zu seinen Lebzeiten verkauft. Die Klägerin trage selbst vor, sie habe dem Erblasser den Mantel zwecks Veräußerung zurückgegeben. Daher hätte sie Beweis dafür antreten müssen, daß sich der Mantel im Besitz der Beklagten befinde. Sie habe jedoch lediglich die Zeugin Broll für die behauptete Rückgabe des Mantels an den Erblasser und die in diesem Zusammenhang getroffenen Vereinbarungen benannt.

2. Auch insoweit hält das Berufungsurteil der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die Klägerin beantragt im Revisionsverfahren "Herausgabe des Persianermantels oder des Verkaufserlöses". Der Revisionsbegründung ist zu entnehmen, daß der Antrag auf

Herausgabe des Verkaufserlöses nur hilfsweise für den Fall gestellt werden soll, daß der Erblasser den Mantel, wie die Beklagte behauptet, für 400 DM veräußert hat. Daher ist Gegenstand der revisionsrechtlichen Prüfung zunächst nur der Antrag auf Herausgabe des Mantels.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin müsse beweisen, daß sich der Mantel im Besitz der Beklagten befinde, trifft nicht für alle nach dem Vortrag der Klägerin in Betracht kommende Anspruchsgrundlagen zu. Die Klägerin behauptet, der Erblasser habe ihr den Pelzmantel, der seiner verstorbenen Ehefrau gehört habe, geschenkt und übergeben. Sie habe später erwogen, den Mantel ändern zu lassen oder zu verkaufen, um dann einen anderen zu erwerben. Als sie dies dem Erblasser erzählt habe, habe dieser erklärt, er könne den Mantel möglicherweise leichter bei Bekannten oder Verwandten verkaufen. Deshalb habe sie ihm den Mantel im Juni 1983 zurückgegeben mit der Vereinbarung, daß sie den Erlös erhalten solle, sobald er den Mantel verkauft habe. Für diesen Vortrag hat die Klägerin Beweis durch Benennung der Zeugin Broll angetreten.

Danach kommt nicht nur ein Herausgabeanspruch der Klägerin aus § 985 BGB in Betracht, bei dem allerdings die Klägerin beweisen müßte, daß die Beklagte im Besitz des Mantels ist. Nach ihrer unter Beweis gestellten Darstellung hat die Klägerin dem Erblasser den Mantel aufgrund eines Verkaufsauftrags übergeben. Der Beauftragte ist gemäß § 667 BGB verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, herauszugeben. Diese Vorschrift kommt nach dem

Vortrag der Klägerin ebenfalls als Anspruchsgrundlage in Betracht. Werden der Verkaufsauftrag und die damit verbundene Übergabe des Mantels an den Erblasser bewiesen, so muß die Beklagte als Rechtsnachfolgerin des Beauftragten nachweisen, wo der Mantel geblieben ist (vgl. Palandt/Thomas, BGB 46. Aufl. § 667 Anm. 4 e m.w.N.). Das Berufungsgericht hätte somit den von der Klägerin angetretenen Zeugenbeweis erheben müssen.

c) Die Entscheidung über den Anspruch auf Herausgabe des Mantels kann daher nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung aufrechterhalten werden. Sie ist auch nicht aus einem anderen Grunde im Ergebnis richtig. Allerdings können Bedenken bestehen, ob die Klägerin den herausverlangten Mantel hinreichend individualisiert hat, ihr Herausgabebegehren also genügend bestimmt ist (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Das hängt davon ab, ob eine Verwechslung des von der Klägerin beanspruchten schwarzen Persianermantels mit einem anderen gleichartigen Mantel im Besitz der Beklagten möglich ist. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, die Frage läßt sich auch nach dem bisherigen Parteivortrag nicht abschließend beantworten. Eine Abweisung des Herausgabeanspruchs wegen ungenügender Bestimmtheit ist deshalb im Revisionsverfahren nicht möglich. Da das Berufungsgericht den Antrag als zulässig angesehen hat, muß der Klägerin in jedem Fall Gelegenheit gegeben werden, etwa unzureichende Angaben im Berufungsverfahren zu ergänzen.

Auch die Entscheidung des Berufungsgerichts über den Anspruch auf Herausgabe des Persianermantels wird deshalb aufgehoben und die Sache zur weiteren Klärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Einer Entscheidung über den Hilfsantrag auf Herausgabe des Verkaufserlöses bedarf es bei dieser Sachlage nicht, weil der Hauptanspruch nicht abgewiesen ist.

Da die Revision der Klägerin in dem oben dargestellten Umfang Erfolg hat, erübrigt sich auch ein Eingehen auf die Frage, inwieweit die inhaltsgleiche Anschlußrevision neben der Hauptrevision selbständige rechtliche Bedeutung hat.

3. Bei der dem Berufungsgericht übertragenen Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens wird zu berücksichtigen sein, daß der Senat die Revision und die inhaltsgleiche Anschlußrevision der Klägerin teilweise nicht zur Entscheidung angenommen hat.

Merz

Henkel

Gärtner

Winter

Schmitz