

Verkündet am 10. Dezember 1958
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

2381 010

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hermann E [REDACTED], R [REDACTED], K [REDACTED] G [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

1. den Konditormeister Erich E [REDACTED], R [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED],

2. dessen Ehefrau Emilie E [REDACTED], geb. T [REDACTED],
ebenda,

Kläger, Berufungsbeklagte, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 10. Dezember 1958 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Schu-
ster, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts in Düsseldorf vom 27. März 1957 insoweit
aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung verur-
teilt ist, außerdem im Kostenpunkt.

Der Beklagte hat der Klägerin zu 2 die ihr
entstandenen Kosten zu ersetzen. Wegen der übr-
igen Kosten und hinsichtlich des Zahlungsanspruchs
wird die Sache an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
der Revision vorbehalten bleibt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger zu 1 und der Beklagte sind die einzigen Kinder des Hermann E. sen. und seiner Frau Emma geb. H. Die Eheleute Hermann E. sen. haben sich in dem am 1. September 1939 vor dem Notar Dr. N. in R. geschlossenen Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Die Söhne sollten zu gleichen Teilen Erben des letztversterbenden Ehegatten werden. Der überlebende Ehegatte sollte unbeschadet der ihm etwa sonst noch gesetzlich zustehenden Verfügungsbefugnisse zu letztwilligen Verfügungen über den gemeinschaftlichen Nachlaß berechtigt sein, welche dessen Erhaltung und Sicherstellung für die Abkömmlinge oder einzelne derselben, z.B. durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder durch Enterbung in guter Absicht bezwecken oder die Zugehörigkeit der Erbteile zu einer bestimmten Gütermasse der Abkömmlinge regeln würden.

Die Mutter ist am 21. Januar 1944, der Vater am 10. Dezember 1950 verstorben.

Vater E. hat über sein beträchtliches Vermögen im wesentlichen noch zu seinen Lebzeiten verfügt und es unter seine beiden Söhne verteilt.

Dem Kläger zu 1 übertrug er durch schriftlichen Vertrag vom 1. Juli 1945 die im Hause R., Bu. Straße betriebene Bäckerei und Konditorei sowie das Café nebst Einrichtungsgegenständen und Warenlager. Weiter übereignete er ihm durch schriftlichen Vertrag vom 1. April 1949 Möbel und Einrichtungsgegenstände und schließlich durch einen als Kaufvertrag bezeichneten notariellen Vertrag vom 25. Mai 1950 das Grundstück R., Bu. Straße. Der Kaufpreis von

- 3 -

20 000 DM wurde im notariellen Vertrag dem Kläger zu 1
"im Wege der Schenkung zugewiesen".

Am 23. Mai 1949 hatten der Erblasser und die Kläger
vor dem Notar L. [REDACTED] in Wu [REDACTED]-Ba [REDACTED] mit der
Rheinisch-Westfälischen Lebensversicherungs-AG zu deren
Gunsten einen Schuld- und Hypothekenverschreibungsver-
trag abgeschlossen, auf Grund dessen die Versicherungsge-
sellschaft den Vertragspartnern ein Darlehen von 9 000 DM
gewährte, das durch Eintragung einer Hypothek auf dem dem
Erblasser gehörenden Grundstück R. [REDACTED], K. [REDACTED] G. [REDACTED]straße
und 5 gesichert wurde. Die Darlehensvaluta erhielten die Klä-
ger zur Anschaffung einer Eismaschine für den Konditoreibe-
trieb.

Mit dem Beklagten, der lange Jahre hindurch in Holland
gelebt hatte, im Februar 1950 aber endgültig in die Bundesre-
publik zurückgekehrt war, schloß der Erblasser am 25. August
1950 einen notariellen Vertrag vor dem Notar W. [REDACTED] zu R. [REDACTED]
[REDACTED], in dem er dem Beklagten unter anderem das Grundstück
R. [REDACTED], K. [REDACTED] G. [REDACTED]straße und 5 verkaufte und zu Eigen-
tum übertrug. In diesem Vertrag betont der Erblasser, daß er
nunmehr seiner Überzeugung nach seine beiden Söhne nach bestem
Wissen und Gewissen bei der Verteilung seines Vermögens gleich-
gestellt und keinen von ihnen bevorzugt habe. Nach einer im
Vertrag enthaltenen Aufstellung des Erblassers soll der Klä-
ger zu 1 erhalten haben:

1. Anfang Juni 1950 ein bares Darlehen von 400 DM
2. durch Bezahlung eines auf ihn entfallenden Ko-
stenanteiles für die Tätigkeit des Notars
Kr. [REDACTED] und des Ka. [REDACTED] 200 "
3. eine Zuwendung von monatlich 100 RM während
9 1/2 Jahren vor der Währungsreform = 11 400 RM,
umgestellt im Verhältnis 1 : 1 = 11 400 "



und von 100 DM monatlich für die Zeit nach der Währungsreform bis Ende 1950 = 2 1/2 Jahre =	3 000 DM
dadurch, daß die vom Kläger zu 1 für die von ihm genutzten gewerblichen und privaten Räume an den Vater gezahlten Miete und die genannten Beträge unter dem normalen Satz gelegen haben,	
4. eine Zuwendung von 17 000 RM, umgestellt im Verhältnis 1 : 1 =	17 000 "
dadurch, daß Vater und Mutter E. während des Krieges 2 Jahre hindurch das Geschäft des Klägers allein und unentgeltlich geführt hätten,	
5. schenkweiser Verzicht Vater E. auf den ihm zustehenden 1/3 Gewinnanteil aus dem Geschäft des Klägers zu 1 nach der Steuerbilanz vom 31. 12.1939 = 2 900 RM, umgestellt im Verhältnis 1 : 1 =	2 900 "
6. Möbel mit Porzellan und sonstigem Inhalt (Kaufvertrag vom 1.4.1949) im Gesamtwert von	9 000 "
7. das Grundstück R., Bu. Straße, mit einem Einheitswert von (Kaufvertrag vom 25.5.1950 - UR Nr. 467/1950 des Notars Kr. in R.)	21 000 "
8. die Bäckerei, Konditorei und das Kaffee im Hause R., Bu. Straße (Vertrag vom 1.7.1945) mit einem Wert von mindestens	8 500 "
9. Zuwendungen im Betrage von	2 000 "
dadurch, daß Vater E. Vermögenswerte des Beklagten für die Verbesserung des Hauses Bu. Straße verwendet habe, so den Erlös aus dem Verkauf eines Stahlschranks und eines Schreibtisches mit Sessel des Beklagten, den Erlös aus dem Verkauf von Werkzeugen aus den Lagerbeständen des Beklagten sowie das Erbe des Beklagten nach den Eheleuten Emil und Anna Gl. (Bargeld),	
10. Kleidungsstücke im Werte von	750 "
	insgesamt also: 76 150 DM
	=====

Als Zuwendungen an den Beklagten sind in dem Verträge vom Erblasser aufgeführt:

1. ein Darlehen von 17 100 RM, nach Meinung des Erblassers 1 : 1 auf DM umgestellt, auf dessen Rückzahlung der Erblasser verzichtet hat.
2. Eine Forderung von 9 000 DM, die aus der Überlassung der Valuta des oben aufgeführten Hypothekendarlehens der Versicherungsgesellschaft als Darlehensforderung zugunsten des Erblassers entstanden sein soll und die im Vertrage an den Beklagten abgetreten wird.
3. Von dem Kaufpreis zu 29 000 DM für das Anwesen K [REDACTED] G [REDACTED]straße [REDACTED] und 5 der nicht anderweit ausgewiesene Teil von 20 000 DM, der im Vertrage schenkweise dem Beklagten erlassen wird.
4. Wohnungsinventar und weitere bewegliche Sachen.

Im Vertrage ist angeordnet, daß sich die Söhne die aufgeführten Zuwendungen auf ihre Erbteile anrechnen lassen müßten und daß diese Zuwendungen (soweit RM-Beträge in Frage kommen) 1 : 1 auf DM umzustellen seien (d.h. als im Verhältnis 1 : 1 umgestellt zu behandeln seien).

In einer notariellen eidesstattlichen Versicherung vom 9. Dezember 1950 erklärte der Erblasser, daß er entgegen der Behauptung des Klägers zu 1 die Darlehensvaluta zu 9 000 DM nicht dem Kläger zu 1 unter Anrechnung auf seinen künftigen Erbteil geschenkt, sondern sie ihm nur als Darlehen überlassen habe. Der Kläger habe auch ein weiteres Darlehen zu 425 DM von dem Erblasser erhalten.

In einem notariellen Testament vom 30. August 1950 ist der Bauunternehmer Albert B [REDACTED] in S [REDACTED] zum Testamentsvollstrecker ernannt. Weiter enthält das Testament unter Wiederholung der Beteuerung des Erblassers, er habe sein Vermögen gleichmäßig zwischen den Söhnen verteilt, u.a. folgende Bestimmungen:

"Ich untersage deshalb eine gegenseitige Verrechnung der meinen Kindern in verschiedensten Formen gemachten Zuwendungen und erwarte von meinen Kindern, daß sie diese Anordnungen respektieren und anerkennen.

Auf Grund der im Erbvertrage erteilten Ermächtigung, die Zugehörigkeit der Erbteile zu einer bestimmten Erbmasse der Abkömmlinge zu regeln, bestimme ich auf jeden Fall, daß die Art der Verteilung meines Vermögens unter meine Kinder auch nach meinem Tode wirksam sein und als eine solche Regelung gelten soll

Die Parteien streiten zunächst darüber, ob der Erblasser die Valuta des Hypothekendarlehens zu 9 000 DM, wie die Kläger behaupten, dem Kläger zu 1 unter Anrechnung auf seinen Erbteil gegeben hat oder ob der Erblasser - wie der Beklagte behauptet - lediglich für das den Klägern dienliche Darlehen die persönliche Mithaftung übernommen und es durch Hypothek am Grundstück K[REDACTED] G[REDACTED]straße gesichert hat."

Die Kläger tragen weiter vor, der Erblasser sei mit dem Beklagten nach dessen Rückkehr aus Holland im Jahr 1950 zusammengezogen. Diesem sei es durch das Zusammenleben gelungen, die bisherige berechnete Abneigung des Erblassers gegen ihn zu überwinden und den Erblasser darüber hinaus zu einer feindseligen Einstellung gegenüber den Klägern zu veranlassen. Aus dieser feindseligen Einstellung erkläre sich zunächst die nach der Behauptung der Kläger unrichtige eidesstattliche Versicherung des Erblassers. Außerdem habe der Erblasser den Vertrag vom 25. August ¹⁹⁵⁰ (Übereignung des Anwesens K[REDACTED] G[REDACTED]straße 4 und 5) in der Absicht geschlossen, den Kläger zu benachteiligen. Das Anwesen K[REDACTED] G[REDACTED]straße 4 und 5 sei nicht 29 000 DM, sondern 78 200 DM wert gewesen, das Inventar 7 000 bis 8 000 DM. Die Aufstellung des Erblassers im Verträge vom 25. August 1950 sei ein Versuch, die ungleichmäßige Verteilung des Vermögens, die den Kläger zu 1 bewußt benachteiligt habe, zu verdecken.

Die Aufstellung sei in einer Reihe von - im einzelnen näher dargelegten Punkten - zum Nachteil des Klägers zu 1 unrichtig, insbesondere habe auch der Beklagte weitere in dem Verträge nicht aufgezählte Zuwendungen erhalten.

Allein der Wertunterschied zwischen den beiden den Söhnen zugewendeten Grundstücken mache zum Nachteil des Klägers zu 1 23 936,65 DM aus. Nach § 2287 BGB sei der Beklagte zum Ausgleich verpflichtet. Der danach von ihm zu zahlende Betrag belaufe sich, wenn man nur vom Wertunterschied der Grundstücke ausgehe, auf die Hälfte von 23 936,65 DM, nämlich 11 968,50 DM.

Die Kläger haben im ersten Rechtszug beantragt,

1. festzustellen, daß dem Beklagten gegen sie (die Kläger) eine Darlehensforderung in Höhe von 9 000 DM aus dem Darlehensvertrag, den der am 10. Dezember 1950 verstorbene Hermann E. und sie (die Kläger) einerseits und die Rheinisch-Westfälische Lebensversicherungs-AG in Wuppertal-Barmen andererseits am 23. Juni 1949 abgeschlossen haben, nicht zusteht,
2. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger zu 1 11 968,50 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 5. Mai 1951 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat erwidert, das Verhältnis zwischen dem Erblasser und den Klägern sei schon schlecht gewesen, als er im Februar 1950 nach R. zurückgekehrt sei, weil der Erblasser erkannt gehabt habe, daß die Kläger Jahre hindurch darauf hinge-

arbeitet hätten, allein das Vermögen des Erblassers zugewendet zu erhalten.

Was den Betrag von 9 000 DM für die Eismaschine anlange, so sei die eidesstattliche Versicherung des Erblassers zutreffend. Der Beklagte begehre aber lediglich die Freistellung seines Grundstückes K. G. Straße und 5 von der hypothekarischen Haftung. Wenn der Erblasser früher Zahlung der 9 000 DM an sich verlangt habe, so sei dies auf einen Informationsirrtum seines Rechtsbeistands zurückzuführen.

Eine bössliche Absicht des Erblassers, den Kläger zu 1 zu benachteiligen, habe nicht bestanden, vielmehr habe der Erblasser sein Vermögen nach bestem Wissen gleichmäßig unter seine beiden Söhne verteilt. Sollte er bei einzelnen Zuwendungen zum Nachteil des Klägers zu 1 eine unrichtige Bewertung vorgenommen haben, so habe es sich um ein unbeabsichtigtes Verschätzen gehandelt.

Der Beklagte ist den Behauptungen der Kläger zu der Aufstellung des Erblassers insbesondere auch hinsichtlich des Wertes der Hausgrundstücke entgegengetreten. Zu dem Darlehen von 17 100 RM hat er ausgeführt, nicht er (der Beklagte), sondern die Firma F.W. M. Söhne in R., Ob. habe es erhalten. Er sei nur Angestellter dieser Firma gewesen und habe daher nichts mit dem Gelde zu tun gehabt. Weitere Zuwendungen, die er nach den Behauptungen der Kläger erhalten haben solle, seien ihm teils nicht zugeflossen, teils habe er sie dem Erblasser zurückerstattet.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Der Beklagte hat Berufung, die Kläger haben Anschlußberufung eingelegt.

Am 28. Dezember 1956 ist gegen den Beklagten ein Versäumnisurteil auf Zurückweisung seiner Berufung ergangen. Der Feststellungsausspruch des landgerichtlichen Urteils wurde in dem Versäumnisurteil entsprechend der Anschlußberufung dahin gefaßt, es werde festgestellt, daß der Beklagte im Innenverhältnis der Parteien als alleiniger Darlehensschuldner der Rheinisch-Westfälischen Lebensversicherungs-AG aus der Schuld- und Hypothekenüberschreibung vom 23. Mai 1949 anzusehen sei und daß er demgemäß für alle an diese Darlehensgläubigerin zu leistenden Zahlungen aufzukommen habe.

Nach Einspruch des Beklagten hat das Oberlandesgericht mit dem nunmehr angefochtenen Urteil sein Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die Kläger haben im zweiten Rechtszug ihre Ansprüche auch auf § 826 BGB gestützt.

Der Beklagte hat Revision eingelegt und ursprünglich entsprechend seinem zuletzt gestellten Berufungsantrag beantragt, das Versäumnisurteil aufzuheben, auf die Berufung in Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen und die Anschlußberufung der Kläger zurückzuweisen. Mit dem in der Revisionsverhandlung gestellten beschränkten Antrag erstrebt der Beklagte aber nur mehr die Abweisung der Zahlungsklage unter entsprechender Aufhebung und Änderung der Urteile der Vorinstanzen. Die Kläger bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hält die Zahlungsklage auf Grund des § 2287 BGB für begründet. Es würdigt die Übereignung des Grund-

besitzes K [REDACTED] G [REDACTED]straße [REDACTED] und 5 an den Beklagten als Schenkung. Der Beklagte habe den Grundbesitz ohne irgendwelche Gegenleistung erhalten. Der bar zu zahlende Kaufpreisteil von 20 000 DM sei bereits im Verträge erlassen. Die Übernahme der Hypothekenschuld mindere als Belastung lediglich den Wert der Schenkung, was auch für das Nießbrauchsrecht gelte sowie für die Verpflichtung, den Erblasser standesgemäß zu versorgen. Diese Belastungen seien wegen der nicht mehr großen Lebenserwartung des Erblassers und der vertraglichen Bestimmung, daß er die zu seiner Versorgung erforderlichen baren Auslagen dem Beklagten erstatten müsse, nicht hoch zu veranschlagen.

Ob der Kläger durch diese Schenkung benachteiligt worden sei, wie das für den Anspruch aus § 2287 BGB erforderlich sei, lasse sich hier nur so feststellen, daß man prüfe, welche Zuwendungen beide Parteien vom Erblasser erhalten hätten, und sie nach ihrem wahren Wert einander gegenüberstelle.

Das Berufungsgericht untersucht demgemäß im einzelnen die in der Aufstellung des Erblassers enthaltenen und sonstigen von den Parteien behaupteten Zuwendungen unter Würdigung der Einwendungen der Parteien und kommt zu dem Ergebnis, daß der Kläger vom Erblasser Zuwendungen in Höhe von 55 150 DM, der Beklagte aber solche in Höhe von 86 540 DM erhalten habe.

Entgegen den Bestimmungen des Erbvertrages, nach dem beide Söhne hätten gleichmäßig bedacht werden sollen, seien somit, meint das Berufungsgericht, dem Beklagten 31 390 DM mehr zugeflossen als dem Kläger.

Ein Ausgleichsanspruch stehe dem Kläger aber nur zu, wenn der Erblasser dem Beklagten das Grundstück K [REDACTED] G [REDACTED]straße

● und 5 in der Absicht geschenkt habe, den Kläger in seiner Eigenschaft als Vertragserbe zu beeinträchtigen, wenn das Ziel, den Vertragserben zu benachteiligen, der leitende und bestimmende Beweggrund gewesen sei. Dem Schenker müsse es darauf angekommen sein, den Vertragserben zu treffen, indem er ihn durch die Schenkung benachteilige. Im vorliegenden Fall ergebe sich die Böswilligkeit der Schenkung aus der feindseligen und ablehnenden Gesinnung, die der Erblasser zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vom 25. August 1950 unstreitig gegenüber dem Kläger gehegt habe. Für die böswillige Absicht spreche aber weiter das Gesamtverhalten des Erblassers in den letzten Monaten seines Lebens, insbesondere die an den Haaren herbeigezogene Begründung angeblicher Vorzuwendungen an den Kläger damit, daß dieser zu niedrige Mietzahlungen geleistet habe und daß die Eltern entschädigungslos im Geschäft des Klägers mitgearbeitet hätten (Nr. 3 und 4 in der Aufstellung des Erblassers im Vertrag vom 25. August 1950). Weiter spreche für die Beeinträchtigungsabsicht das Verhalten des Erblassers in Bezug auf den Betrag von 9 000 DM (Darlehen der Versicherungs-AG), von dem er, wie die Beweisaufnahme ergeben habe der Wahrheit zuwider, seit Sommer 1950 behauptet habe, er sei den Klägern nur darlehensweise gegeben worden, wobei er diese falsche Darstellung noch kurz vor seinem Tode durch eine eidesstattliche Versicherung bekräftigt habe. Endlich sei zu berücksichtigen, daß der Erblasser den Kläger immerhin habe um mehr als 15 000 DM benachteiligen wollen, nämlich die Hälfte dessen, was der Erblasser dem Beklagten mehr zugewendet habe als dem Kläger, nämlich $\frac{31\ 390}{2}$ DM. Dieser Betrag, mindestens aber der mit der Klage geforderte von 11 968,50 DM, stehe dem Kläger zu.

B.

1. Was den Anspruch aus § 2287 BGB betrifft, so fällt dieser nicht, wie die Revision meint, in die Sachbefugnis des

Testamentsvollstreckers; denn er steht dem beeinträchtigten Vertragserben persönlich zu (RGZ 77, 5; RGRK/BGB 10. Aufl. § 2287 Anm. 3).

2. Ein Bedenken gegen die Zahlungsklage könnte daraus abgeleitet werden, daß der Anspruch aus § 2287 BGB auf Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung geht, demnach hier, wenn er begründet ist, auf Herausgabe des geschenkten Grundstücks K. G. Straße und 5 (RGRK BGB § 2287 Anm. 6). Auch wenn mit Rücksicht auf die übernommenen Lasten eine gemischte Schenkung bejaht würde, würde der unentgeltliche Charakter des Geschäftes überwiegen, und der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 27. November 1952 - IV ZR 146/52 - LM BGB § 2287 Nr. 2 ausgesprochen, daß in solchem Fall die Naturalherausgabe, unter Umständen unter Vergütung für den entgeltlichen Teil durch den anspruchsberechtigten Vertragserben die Regel ist. Ausnahmen sind hiernach jedoch zulässig, und eine Ausnahme erscheint hier gerechtfertigt. Der Beklagte hat sich gegen die Geldzahlung nur unter dem Gesichtspunkt und erst in der Revision gewendet, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, daß eine Nachlaßauseinsetzung zwischen den Parteien erfolgt sei oder sich mangels Vorhandenseins eines Nachlasses erübrige. Dieser Gesichtspunkt greift aber nicht durch. Ob der Anspruch aus § 2287 BGB bei Vorhandensein eines Nachlasses im Rahmen des Auseinandersetzungsverfahrens (§ 2042 BGB) geltend zu machen wäre, wenn der Beschenkte Miterbe ist, kann hier offen bleiben; denn die Darstellung des unbestrittenen Sachverhalts im Berufungsurteil, Vater K. habe über sein Vermögen im wesentlichen noch zu seinen Lebzeiten verfügt und es unter seine Söhne verteilt, ergibt, daß nennenswerter Nachlaß beim Tode des Vaters des Klägers und des Beklagten nicht mehr vorhanden war (siehe auch

die Eingangsworte des Testaments: "Meinen Besitz habe ich durch Verträge mit meinen Kindern unter diese aufgeteilt.") Es erscheint sachgemäß, daß von den beiden Hausgrundstücken des Erblassers jeder Sohn eines behält und es ist auch nicht anzunehmen, daß der Beklagte, der im Hause K G - straße wohnt, gegebenenfalls die Herausgabe des Anwesens oder doch die Übereignung des Hälfteanteils an den Kläger einer Geldzahlung vorziehen würde.

3. Unabhängig von den Angriffen der Revision bestehen Zweifel darüber, ob das Berufungsgericht bei der Feststellung der "Benachteiligung" (Beeinträchtigung) von zutreffenden sachlich-rechtlichen Vorstellungen ausgegangen ist, wenn es die Benachteiligung in der Weise feststellt, daß es den Überschuß der gesamten Zuwendungen an den Beklagten gegenüber denen an den Kläger feststellt und die Hälfte als Benachteiligung errechnet. Die Beeinträchtigung liegt, objektiv betrachtet, in dem Vermögensgegenstand oder Wert, der dem anspruchsberechtigten Vertragserben dadurch entgeht, daß infolge der Schenkung beim Eintritt des Erbfalles der geschenkte Gegenstand nicht mehr zum Nachlaß gehört. Die Betrachtungsweise des Berufungsgerichts ist jedoch für den Revisionskläger unschädlich, da das Berufungsgericht einen Wert des geschenkten Gegenstands von 49 900 DM feststellt, der auch dann noch höher liegt als der Unterschiedsbetrag der Zuwendungen (31 390 DM), wenn wegen der vom Berufungsgericht bei der Wertfestsetzung nicht berücksichtigten Verpflichtung zur Versorgung des Erblassers und wegen des Nießbrauchs noch ein Abschlag am Wert der Zuwendung des Grundstücks zu machen ist.

4. Unbegründet ist der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob der Erblasser nicht um-

gekehrt bösliche Schenkungen zu Gunsten des Klägers gemacht habe; denn das hat der Beklagte in der Tatsacheninstanz nicht behauptet. Er hat im Gegenteil die Auffassung verfochten, daß der Erblasser seine Söhne nach bestem Wissen und Gewissen gleichmäßig bedacht habe. Die Revision glaubt zwar, schon die Tatsache, daß ein Miterbe zu Lebzeiten des Erblassers von diesem erheblich mehr erhalten habe als der andere Miterbe, nehme jenem besser bedachten nach § 242 BGB sein Recht aus § 2287 BGB wegen Verwirkung. Sie verkennt dabei aber, daß nicht unter § 2287 BGB fallende Zuwendungen, von dem hier nicht gegebenen Fall der völligen Aushöhlung des Erbvertrages abgesehen, den Vertragserben nicht berühren und daß es nicht der Zweck des § 2287^{BGB}/1 ist, ganz allgemein für den Fall von Schenkungen an Miterben einen Ausgleich herbeizuführen.

5. Die Revision bemängelt, das Berufungsgericht habe außer Betracht gelassen, daß in Bewertungsfragen stets erhebliche Zweifel bestehen könnten und daß für die Frage der Böswilligkeit der Zuwendungen es entscheidend auf die persönliche Auffassung des Erblassers über den Wert dessen, was dem Kläger zugewendet war; angekommen sei. Die Rüge, daß das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt bei der Anwendung des § 2287 BGB nicht ausreichend berücksichtigt hat, ist begründet. Es führt zwar (Berufungsurteil S. 26 unten) aus, die Beeinträchtigungsabsicht sei nicht schon daraus zu folgern, daß der Kläger überhaupt durch die Schenkung benachteiligt worden sei, sondern nur gegeben, wenn eine entsprechende Absicht beim Schenker vorhanden gewesen sei. Gleichwohl ist unter^{den} Umständen, denen das Berufungsgericht die Beeinträchtigungsabsicht entnimmt, auch die Höhe des Betrages aufgeführt, um den der Erblasser den Kläger zu benachteiligen gesucht habe. Das Berufungsgericht verweist dann auf den Unterschiedsbetrag von 31 390 DM hinsichtlich der Zuwendungen. Dabei wird auch

in denkgesetzlich unzulässiger Weise bei der Beweisführung dasjenige, das bewiesen werden soll, nämlich die Benachteiligungsabsicht, bereits als gegeben verwendet. Unbegründet ist allerdings der Vorwurf, das Berufungsgericht habe entgegen § 286 ZPO nicht berücksichtigt, daß der Erblasser sein Geschäft, mit dem er sein Vermögen ausschließlich erworben habe, dem Kläger zugewendet habe. Das Berufungsgericht brauchte darauf nicht einzugehen, da der Erblasser in seiner Aufstellung den Façonwert des Geschäftes mit 8 500 DM angesetzt hat und damit eine Berücksichtigung bei anderen Wertansätzen ausgeschlossen erscheint.

6. Die Revision wendet sich im einzelnen gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, welche Zuwendungen jeder Sohn bekommen habe und wie hoch der Wert der einzelnen Zuwendungen zu bemessen sei. Ziel der Revision ist hier offenbar, die "Beeinträchtigung" des Klägers im Sinne des Berufungsurteils, welche der Berufungsrichter dem Unterschied zwischen den Zuwendungen an die Söhne entnimmt, durch Verringerung dieses Unterschieds oder gar Errechnung einer Differenz zu Gunsten des Beklagten herabzumindern oder zu beseitigen. Wie oben unter Nr. 3 bereits ausgeführt worden ist, kommt es auf diesen Unterschied in objektiver Hinsicht nicht an. Gleichwohl sind die einzelnen Rügen zu prüfen. Einmal zieht der Berufungsrichter aus jenem Unterschied wie dargetan, wenn auch zu Unrecht, Schlüsse auf die Beeinträchtigungsabsicht. Außerdem kann ein Zuwendungsüberschuß zugunsten des Klägers, wenn vom Erblasser erkannt, diesen veranlaßt haben, zum Ausgleich die Schenkung im Vertrag vom 25. August 1950 vorzunehmen, ein Zweck, der mit der Absicht in erster Linie den Kläger zu beeinträchtigen, kaum zu vereinbaren wäre.

Im einzelnen ist zu sagen:

Zuwendungen an den Kläger:

a) Der Vertrag vom 25. Mai 1950 (Erwerb des Anwesens Bu- Straße durch den Kläger) bestimmt, daß alle Kosten die beteiligten Vertragsparteien zur Hälfte trügen, also der Kläger und der Erblasser. Der Beklagte hatte geltend gemacht, der Kläger habe seinen Kostenanteil nicht bezahlt. Die Tatsacheninstanzen haben auf Grund der Beweismwürdigung aber festgestellt, daß dies nicht zutrifft, vielmehr die freiwillige Zahlung auf die Kosten der Kläger gemacht hat, während der Restbetrag vom Erblasser beigetrieben werden mußte. Das Oberlandesgericht hat wegen dieser Feststellung - entgegen der Aufstellung des Erblassers - eine Zuwendung der Kostenhälfte an den Kläger verneint. Das rügt die Revision mit Recht. Der Vertrag war im Interesse des Klägers geschlossen und der vom Erblasser gezahlte Kostenteil daher trotz der vertraglichen Bestimmung über die Kostenhalbierung eine Zuwendung an den Kläger.

b) Unbegründet ist die Rüge der Revision hinsichtlich des Postens zu 11 400 DM, den der Erblasser als den Unterschiedsbetrag zwischen der normalen und der tatsächlich vom Kläger gezahlten Miete für die Wohn- und Gewerberäume als Zuwendung an den Kläger angesetzt hatte. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht nicht darauf abgestellt habe, welche Vorstellung der Erblasser hinsichtlich des Wertes bei billiger Abwägung der Interessen seiner Söhne gehabt habe, und daß das Geschäft als Grundlage des Wohlstandes der Familie dabei vom Berufungsgericht unberücksichtigt geblieben sei. Ganz offenbar handelt es sich nach der Aufstellung zum Vertrage vom 25. August 1950 um den Raumwert ohne Rücksicht auf das Geschäft. Der Erblasser hat dies in der Aufstellung klar zum Ausdruck gebracht. Der Berufungsrichter konnte daher ohne Verstoß gegen § 286 ZPO die Überzeugung gewinnen, daß

der Erblasser die Räume zwar als wertentsprechend vermietet erkannt habe, trotzdem aber das Gegenteil in der Aufstellung zum Ausdruck gebracht habe.

c) Der Erblasser hatte sein Geschäft zwar erst am 1. Juli 1945 an den Kläger verkauft, es jedoch schon 1939 ihm übergeben und sich ein Drittel des Gewinnes ausbedungen. Das Landgericht hatte die Bekundung des Zeugen Sch., daß das Konto aus nichterhobenem Gewinn bis 1944 sich auf 11 292,01 RM erhöht habe, für glaubhaft erachtet. Landgericht und Oberlandesgericht hatten jedoch nur 12 000 DM (unter Umstellung 1:1) dem Kläger aus dem Erwerb des Geschäftes angerechnet, mit der Begründung, der Gewinnanteil entspreche mit Zinsen etwa dem Kaufpreis aus dem Vertrag vom 1. Juli 1945 und liege noch unter der Summe der in der Aufstellung des Erblassers zum Konditoreigeschäft genannten Posten von 8 500 DM Façonwert der Konditorei und 2 000 RM Gewinnanteil für 1939. Mit Recht rügt die Revision, daß die Vorinstanzen, wenn sie schon davon ausgingen, daß auch die Gewinnanteile nach 1939 dem Kläger mit dem Geschäftsverkauf erlassen sein sollten, sie dem Geschäftswert hätten hinzurechnen müssen. Er konnte als Belastung in dem Geschäftswert nicht enthalten sein.

d) Ebenso begründet ist der Hinweis der Revision darauf, daß der Erblasser in seiner Aufstellung dem Kläger das Anwesen Bu. Straße nur mit dem Einheitswert von 21 000 DM angerechnet hat, obwohl der Wert unstreitig höher lag und auch das Berufungsgericht das Haus mit 31 500 DM bewertet (BU S. 24). Dieser auffällige Umstand, der jedenfalls zunächst gegen eine Beeinträchtigungsabsicht zum Schaden des Klägers sprach, mußte bei der Feststellung dieser Absicht erörtert werden, sollte § 286 ZPO nicht verletzt werden.

e) Aufwendungen in Höhe von 2 000 DM, die der Erblasser auf das später dem Kläger übereignete Haus gemacht hat, wertet das Berufungsgericht nicht als Zuwendung an diesen, weil sie durch den Kaufpreis abgegolten seien. Diese Würdigung ist insofern zutreffend, als die Aufwendungen dann bereits in dem Wert des Hauses stecken, der dem Kläger angerechnet wird. Anders wäre es allerdings, wenn, wie die Revision behauptet, der Kläger nach dem Mietvertrag mit dem Erblasser verpflichtet gewesen wäre, diese Aufwendungen zu machen, der Erblasser sie aber an seiner Statt gemacht hätte. Ein entsprechender Tatsachenvortrag in den Vorinstanzen ist aber nicht ersichtlich.

Zuwendungen an den Beklagten:

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte in der Zeit, in der er in Holland tätig war, ein Darlehen von 17 000 RM erhalten hat, das der Erblasser in seiner Aufzählung der Zuwendungen als erlassen bezeichnet, und diese Zuwendung mit 17 700 DM bewertet. Die Revision wendet sich vergeblich gegen diese Umstellung 1:1. Es steht in Übereinstimmung mit dem Grundgedanken des § 18 Abs. 1 Nr. 3 UmstG, wenn im Rahmen einer Bewertung, die feststellen soll, welche Werte hier den Söhnen zugeflossen sind, die zugeflossene und dem Beklagten verbliebene Summe 1:1 angerechnet wird, unabhängig von der Frage, zu welchem Betrage gegebenenfalls das Darlehen hätte zurückgezahlt werden müssen. Das gilt insbesondere deswegen, weil die Summe in den 30er Jahren bezahlt worden ist, wo der Geldwert noch hoch war.

b) Mit Recht beanstandet die Revision zu dieser Zuwendung jedoch, daß das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten, mit dem er unter Bezugnahme auf eingereichte Urkun-

den darzulegen versucht, daß der Erblasser jenen Betrag von 17 100 RM der Firma F.W. K. Söhne in R. Ob. gegeben habe, übergangen und sich auf den Hinweis beschränkt hat, der Beklagte habe, was zutrifft, die Feststellung, er habe jenes Darlehen empfangen, mit dem ganzen Verträge vom 25. August 1950 sich vorlesen lassen und genehmigt und unterschrieben.

c) Im Rahmen tatsächlicher Beweismwürdigung, die die Revision in diesem Rechtszug nicht angreifen kann, hält sich das Berufungsgericht; wenn es, gestützt auf die Aussage des Zeugen Ka., feststellte, der Erblasser habe dem Beklagten mindestens 13 000 hfl zugewendet. Der Zeuge hatte bekundet, daß von einer Sendung von 25 000 hfl an den Beklagten, die 10 000 bis 12 000 hfl eigenes Geld des Beklagten enthalten habe, der Erblasser ihm eine Aufstellung über die Zuwendungen an den Beklagten gezeigt habe. Das Vorbringen des Beklagten ist entgegen der Ansicht der Revision vom Berufungsgericht nicht übergangen, sondern als nicht beweiskräftig bezeichnet. Welche Beweise der Berufungsrichter hätte erheben müssen, ist von der Revision nicht näher dargelegt. Ein Verstoß gegen § 286 ZPO liegt nicht vor.

7. Keiner besonderen Würdigung durch den Berufungsrichter bedurfte für die Frage der bösslichen Absicht des Erblassers die Bekundung des Zeugen Ka., der Kläger habe ihm einmal gesagt, der Erblasser könne dem Beklagten alles geben, wenn er (Kläger) nur das Haus Bu. Straße. behalte und dazu die 9 000 RM. Abgesehen davon, daß der Zeuge nicht bekundet hat, daß der Erblasser diese Äußerung auch erfahren hat, sagt das Berufungsgericht zutreffend in anderem Zusammenhang, der Kläger möge in seiner Zwangslage, in die er durch die gegen ihn erhobene Forderung von 9 000 RM gekommen sei,

zu nicht gerechtfertigten Zugeständnissen bereit gewesen sein. Ebenso unbegründet ist die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe nicht gewürdigt, daß sich der Kläger nach der Behauptung des Beklagten einer vom Vater gewünschten Aussprache entzogen habe. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dieser Umstand für die Feststellung der Benachteiligungsabsicht des Erblassers von Bedeutung gewesen sein soll.

C.

Da nicht festzustellen ist, daß das Berufungsgericht auch bei Vermeidung der voraufgeführten Rechtsverstöße die Überzeugung gewonnen hätte, der Erblasser habe dem Beklagten in der Absicht, den Kläger zu beeinträchtigen, das Anwesen K. G. Straße und 5 geschenkt, mußte das Berufungsurteil hinsichtlich des Zahlungsanspruchs aufgehoben und die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden.

Die Klägerin hat, soweit sie am Prozeß beteiligt war, endgültig obgesiegt. Der Beklagte hat die ihr entstandenen Kosten zu tragen. Im übrigen war die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Tasche

Schuster

... Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern