

/ 2

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 2041

Ein Rechtsgeschäft, das objektiv eine Maßnahme der Verwaltung eines Nachlasses darstellt (Verpachtung eines zum Nachlaß gehörigen Gewerbebetriebes), bezieht sich auch dann auf den Nachlaß, wenn ein Miterbe es im eigenen Namen und in der Absicht abschließt, den Pachtzins für sich einzuziehen.

BGH, Urt. v. 6. Mai 1968 - III ZR 63/66 - OLG Frankfurt (Main)
(Kassel)
LG Marburg (Lahn)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 63/66

URTEIL

Verkündet am
6. Mai 1968
Schorm,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Apothekers Ernst C [REDACTED]
in Burghaun Kreis H [REDACTED], M [REDACTED],
2. des Apothekenbesitzers Dr. Heinz C [REDACTED]
in O [REDACTED] (Thür), vertreten durch die
Röntgenassistentin Edith C [REDACTED] in Itzehoe,
Krankenhaus,

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Säuglingsschwester Annemarie C [REDACTED]
in Na [REDACTED] (Lahn), Heinrich-He [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 30. Dezember 1965 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision trägt der Beklagte zu 1) 10/11 und der Beklagte zu 2) 1/11.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Nacherben zu je einem Drittel am Nachlaß ihres im Jahre 1933 verstorbenen Vaters, des Oberstabsapothekers Dr. Ernst C., zu dessen Nachlaß die A-Apotheke in M (Lahn) gehörte. Die Nacherbschaft trat im Jahre 1953 mit dem Tode der Vororbin, Frau Anna C., der Mutter der Klägerin und Stiefmutter der Beklagten, ein. Zu diesem Zeitpunkt war die A-Apotheke an den Apotheker F verpachtet. Der aus der Verpachtung der Apotheke erzielte Reingewinn wurde bis zum 30. Juni 1960 gleichmäßig auf die Nacherben verteilt. Die Räume im Hause Bstraße, in denen



die Apotheke betrieben wurde, hatte die Klägerin für die Erbengemeinschaft von dem Hauseigentümer Dr. G. gemietet.

Im Jahre 1957 erwarb der Beklagte zu 1) mit Zustimmung der Klägerin und des Beklagten zu 2) die Erlaubnis zum Betrieb der A. -Apotheke. Der Apotheker Frohneberg kündigte den Pachtvertrag mit der Erbengemeinschaft zum 30. Juni 1960. Der Beklagte zu 1), der aus persönlichen Gründen die A. -Apotheke nicht selbst betreiben konnte, verpachtete sie daraufhin mit Wirkung vom 1. Juli 1960 in eigenem Namen an den Apotheker Dr. K. Nach dem der Hausbesitzer Dr. G. den Mietvertrag mit der Erbengemeinschaft zum 31. Dezember 1961 gekündigt hatte, schloß der Beklagte zu 1) - ebenfalls in eigenem Namen - mit ihm ab 1. Januar 1962 einen neuen Mietvertrag über die Apothekenräume ab. Dieser Mietvertrag wurde seitens der Sparkasse der Stadt M., die inzwischen das Eigentum an dem Hause Bahnhofstraße 1 erworben hatte, zum 31. Oktober 1964 gekündigt. Dem Apotheker Dr. K. wurde jedoch über diesen Zeitpunkt hinaus eine Räumungsfrist bewilligt. Da es dem Beklagten zu 1) nicht gelang, die Apotheke in anderen Räumen weiter zu betreiben, wurde inzwischen die unter der Firma "A. -Apotheke Dr. Ernst C." betriebene Apotheke im Handelsregister gelöscht. Zwischen den Parteien hat eine Auseinandersetzung über den Nachlaß noch nicht stattgefunden.

Nach der Abrechnung des Beklagten zu 1) hat dieser in der Zeit vom 1. Juli 1960 bis 1. Dezember 1964 aus dem Pachtvertrag mit dem Apotheker Dr. Koch 84.449,23 DM eingenommen und im gleichen

Zeitraum 50.375,14 DM für die Apotheke aufgewendet. Den verbleibenden Betrag hat der Beklagte zu 1) nicht unter den Miterben geteilt.

In einem früheren Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) sind zwei rechtskräftige Entscheidungen ergangen: Durch Teilurteil des Amtsgerichts in Marburg (Lahn) vom 3. Oktober 1961 - 9 C 391/60 - wurde der Beklagte zu 1) verurteilt, den Miterben über die Einnahmen und Ausgaben bei der Verwaltung der A[REDACTED]-Apotheke in M[REDACTED] Rechnung zu legen; durch Urteil des Landgerichts in Marburg (Lahn) vom 24. Oktober 1964 - 1 O 82/63 - wurde zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) festgestellt, daß die Erbengemeinschaft der Geschwister Ernst, Heinz und Annemarie C[REDACTED] in Bezug auf die A[REDACTED]-Apotheke in M[REDACTED] (Lahn) nicht durch die Übertragung der Betriebserlaubnis an den Beklagten zu 1) aufgehoben ist, sondern weiterhin besteht.

Die Klägerin meint, ihr stehe auch für die Zeit vom 1. Juli 1960 bis 1. Dezember 1964 ein Drittel des Reinertrags der Pachteinahmen zu. Der Beklagte zu 1) verweigert die Zahlung.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu 1) zu verurteilen, 11.024,69 DM nebst Zinsen an sie zu zahlen, den Beklagten zu 2), der Zahlung zuzustimmen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie haben die Auffassung vertreten, die Klage sei unzulässig, da eine Teilung von Nachlaßfrüchten nach § 2038 Abs. 2 BGB erst nach der Auseinanderset-

zung verlangt werden könne. Außerdem sei die Klage auch unbegründet, da auf Grund der Vorschriften des Gesetzes über das Apothekenwesen vom 20. August 1960 (BGBI I 697) allein der Beklagte zu 1) zur Verpachtung der Apotheke rechtlich in der Lage gewesen sei und daher die Pachteinnahmen ausschließlich ihm gebührten.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist bis auf eine Ermäßigung der zugesprochenen Zinsen erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die Klage deshalb für begründet, weil die von Apotheker Dr. K. gezahlten Pachtzinsen auf Grund eines Rechtsgeschäfts erworben worden seien, das sich auf den Nachlaß beziehe, und deshalb zu diesem gehörten (§ 2041 BGB). Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

Gegenstand des zwischen dem Beklagten zu 1) und Dr. K. zum 1. Juli 1960 geschlossenen Pachtvertrages konnte nur der eingerichtete Apothekenbetrieb sein, nicht etwa ein dem Beklagten zu 1) zustehendes Apothekenbetriebsrecht. Denn die ihm im Jahre 1957 verlichene Betriebserlaubnis eröffnete ihm zwar nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 ApoG die Möglichkeit, die Apo-

theke mit Wirksamkeit auch für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Apothekengesetzes (1. Oktober 1960 - § 35) zu verpachten, während ein von der Erbengemeinschaft nach dem 1. Mai 1960 abgeschlossener Vertrag mit dem Inkrafttreten des Gesetzes seine Wirksamkeit verloren hätte (§ 28 Abs. 2; Hoffmann, Apothekengesetz § 28 Anm. 13, 15; Schiedermair-Blanke, Apothekengesetz § 28 Anm. 3). Nachdem aber das Bundesverfassungsgericht die Niederlassungsfreiheit der Apotheker als durch das Grundgesetz geboten anerkennt (BVerfGE 7, 377 ff) und das Apothekengesetz erwartungsgemäß (Schiedermair-Blanke aaO) eine entsprechende Regelung in seinem § 2 getroffen hat - mit der auch der Beklagte nach seinem Vortrag zur Zeit des Vertragsabschlusses mit K. rechnet - und damit die Konkurrenzfreiheit beseitigt war (vgl. BGHZ 15, 17, 20), begründete die Betriebserlaubnis nicht mehr wie vorher eine besondere, bei der Verpachtung von Apotheken wesentlich ins Gewicht fallende Rechtsstellung (Hoffmann aaO Einleitung Anm. 41). Die nach § 1 Abs. 2 zum Betrieb einer Apotheke erforderliche behördliche Erlaubnis unterscheidet sich wesentlich von der Personalkonzession früherer Tage (Hoffmann aaO § 1 Anm. 123, 124). Sie muß ohne Prüfung der Bedürfnisfrage jedem erteilt werden, der die persönlichen und sachlichen Voraussetzungen erfüllt, die das Gesetz für den Betrieb einer Apotheke fordert. Auch der Pächter einer Apotheke bedarf ihrer (§ 9 Abs. 2 ApoG). Durch den Pachtvertrag hat Dr. K. daher nicht mehr als den eingerichteten Apothekenbetrieb erhalten.

Inhaberin des Betriebs im bürgerlich-rechtlichen Sinne war am 1. Juli 1960 die Erbengemeinschaft. Daran hat sich auch mit dem Inkrafttreten des Apotheken-

gesetzes am 1. Oktober 1960 nichts geändert. Denn dieses Gesetz bewirkte keine Änderung der Eigentumsverhältnisse an den Apothekenbetrieben. Eine solche - unmittelbare - Wirkung hat es sich nicht beigelegt, sondern sich darauf beschränkt, mittelbar durch bestimmte Vorschriften, vor allem durch die Einschränkung der Verpachtungsmöglichkeit (§ 9), auf die vom Gesetzgeber gewünschte rechtsgeschäftliche Gestaltung der Eigentumsverhältnisse an Apotheken hinzuwirken. Daß die Erteilung der Betriebserlaubnis für den Beklagten zu 1) im Jahre 1957 die Erbengemeinschaft bezüglich der Apotheke nicht aufgelöst hatte, ist zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 1) rechtskräftig festgestellt.

Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß die Pachtzinsen, um die es hier geht, der Erbengemeinschaft deshalb zustehen, weil sie durch ein Rechtsgeschäft erworben worden sind, das sich auf den Nachlaß bezieht (§ 2041 Satz 1 BGB). Daran ändert es nichts, daß der Beklagte zu 1) den Pachtvertrag mit Dr. K. nicht im Namen der Erbengemeinschaft, sondern im eigenen Namen abgeschlossen hat.

Es ist umstritten, unter welchen Voraussetzungen sich ein Rechtsgeschäft "auf den Nachlaß bezieht", und insbesondere, ob eine objektive Beziehung des Geschäfts zum Nachlaß genügt oder ob die Beziehung ausgeschlossen ist oder sein kann, wenn der Handelnde das Geschäft nicht für die Erben, sondern für sich selbst abschließen will. Dabei wird mit Recht davon ausgegangen, daß der Fassung "was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht", die der Gesetzgeber auch für andere Gütermas-

sen in §§ 718, 1418, 1473 und 1638 BGB, § 1370 BGB a.F. entsprechend verwendet hat, ein anderer Sinn zukommt, als der in §§ 2019, 2111 gewählten "was der Erbschaftsbesitzer (oder Vorerbe) durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt" (sogenannte Mittelsurrogation). Der Streit geht im wesentlichen darum, ob die Fassung des § 2041 der dinglichen Ersetzung einen breiteren Raum zuweisen will als die des § 2019, oder aber einen engeren in dem Sinne, daß zu der objektiven Beziehung, die bei Erwerb mit Mitteln des Nachlasses ja ohne weiteres gegeben ist, noch eine subjektive hinzukommen müsse. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, geht die jetzt überwiegende Meinung dahin, daß die objektive Beziehung des Geschäftes zum Nachlasse genügt (so Kipp-Coing, Erbrecht 11. Bearbeitung § 114 III 2 S. 474, wo in der Fassung des § 2041 eine Erweiterung gegenüber der des § 2019 gesehen wird, Staudinger-Lehmann, 11. Aufl. Anm. II 2 b, BGB RGRK 11. Aufl. Anm. 3 - beide Kommentare entgegen früheren Auflagen -; Palandt, 27. Aufl. Anm. 1; Planck-Ebbbecke, BGB 4. Aufl.; Erman, 4. Aufl. Anm. 1 b, alle zu § 2041 BGB; OLG München NJW 1956, 1880; Bartholomeyczik, Lehrbuch des Erbrechts § 36 I 6). Eine abweichende Ansicht wird von OGH 2, 226; Soergel-Eder, BGB 9. Aufl. Anm. 3 zu § 2041 und Lange, Erbrecht § 43 IV (S. 534, 535) vertreten, wo ausgeführt wird, der Wille eines Miterben, für sich zu erwerben, könne - wenn einmal feststehend - nicht unterdrückt werden. Zu bedenken ist weiter: In der Rechtsprechung zu güterrechtlichen Bestimmungen, die dingliche Surrogation vorsehen, insbesondere § 1370 a.F. BGB, hat das Reichsgericht auch auf den Willen des handelnden Ehegatten abgestellt (RGStR 40, 176). In RGZ 92, 139, 142 wird ausdrücklich auch die subjektive Beziehung gefordert. In BGB RGRK 11. Aufl. § 1418 Anm. 31,

§ 1473 Anm. 4; Palandt, BGB 26. Aufl. § 1418 Anm. 3 c, § 1473 Anm. 2 wird ebenfalls Beziehung sowohl in objektiver wie in subjektiver Hinsicht verlangt.

Es spricht viel für die nunmehr überwiegende Ansicht, insbesondere der Schutzzweck, den § 2041 Satz 1 BGB verfolgt. Es bedarf indessen keiner Entscheidung, ob der Wille eines Miterben, ein Geschäft, durch das über Nachlaßgegenstände verfügt wird, nicht für die Erbengemeinschaft, sondern für sich persönlich abzuschließen, in jedem Falle unbeachtlich ist, z.B. auch dann, wenn der Miterbe Gelder des Nachlasses verwendet, um Gegenstände seines persönlichen Bedarfs zu erwerben, wenn er also ein Geschäft abschließt, das er ebensogut mit eigenen Mitteln durchführen könnte und bei dem sich die Beziehung zum Nachlaß darin erschöpft, daß Mittel des Nachlasses verwendet werden. Hier hat der Beklagte zu 1) mit der Verpachtung der Apotheke ein Geschäft vorgenommen, das sich objektiv als eine typische Maßnahme der Verwaltung des Nachlasses darstellt (§ 2038 Abs. 1 BGB). Damit handelt es sich um ein Geschäft, das sich - anders als ein von einem Miterben zum Erwerbe persönlichen Eigentums geschlossener Kaufvertrag - seiner Natur nach notwendig auf den Nachlaß bezieht. Mindestens bei einem solchen Geschäft kann diese Beziehung nicht dadurch beseitigt werden, daß es der Miterbe nicht namens der Erbengemeinschaft, sondern eigenen Namens abschließt. Dieser Auffassung stehen die angeführten Reichsgerichtsentscheidungen nicht entgegen, bei denen es sich um den Erwerb mit Mitteln aus Gütermassen gehandelt hat, zu deren Gunsten das Gesetz die dingliche Ersetzung vorsah. Entsprechendes gilt für die angeführten Erläuterungsverke, soweit sie eine subjektive Beziehung fordern.

Das Berufungsgericht geht daher mit Recht davon aus, daß die Pachtzinsforderungen auch für die hier in Rede stehende Zeit der Erbengemeinschaft zugestanden haben; es bedarf keiner Prüfung, ob dies nicht auch deshalb der Fall war, weil sie auf Grund eines zum Nachlaß gehörenden Rechtes erworben waren (BGB § 2041 Satz 1 erste Alternative).

Etwas anderes ergibt sich entgegen der Ansicht der Revision nicht daraus, daß die Erbengemeinschaft die Apotheke für die Zeit nach dem 1. Oktober 1960 nicht rechtswirksam hätte verpachten können. Das Apothekengesetz hat, wie bereits ausgeführt, keine Änderung der bestehenden Eigentumsverhältnisse an den Apotheken herbeigeführt und keine Maßnahmen getroffen, die einer Enteignung von Miteigentümern gleichkamen, die zur Ausübung des Apothekenberufs nicht in der Lage sind. Hätte die Erbengemeinschaft die Apotheke nach dem 1. Mai 1960 zum 1. Juli 1960 verpachtet, so wäre der Pachtvertrag zwar mit dem Inkrafttreten des Apothekengesetzes unwirksam geworden (§ 28 Abs. 2, § 35), bis zu diesem Zeitpunkt, dem 1. Oktober 1960, hätten der Erbengemeinschaft aber die Pachtzinsen kraft Vertrages zugestanden und nach diesem Zeitpunkt hätte zwar ein vertragloser Zustand bestanden, der Erbengemeinschaft hätte aber bis zur Herausgabe der Apotheke durch den Pächter ebenso ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung zugestanden, wie dies nach der rechtskräftigen Aufhebung eines Mietverhältnisses für die Zeit der Fall ist, in der der Mieter noch in der Mietwohnung verbleibt. Die zuständige Behörde hätte möglicherweise dem Pächter wegen Fehlens des Nachweises, daß er über die nach der Apothekenbetriebsordnung vorgeschriebenen Räume verfüge, die Betriebser-

laubnis versagen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 ApoG) oder eine bereits erteilte Erlaubnis nach § 4 Nr. 2 ApoG zurücknehmen können. Der Anspruch der Eigentümer auf Nutzungsentschädigung würde dadurch aber nicht beseitigt werden. Die Miteigentümer können nicht deshalb schlechter gestellt sein, weil im vorliegenden Fall die Verpachtung der Apotheke zulässig war.

Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhange auch, ob der Beklagte zu 1) auf Grund der Tatsache, daß nur er als Apotheker im Stande war, die Apotheke rechtswirksam zu verpachten, und wegen seiner Bemühungen eine Vergütung von der Erbengemeinschaft hätte fordern können. Ein solcher Anspruch könnte nichts daran ändern, daß der Pächtertrag der Erbengemeinschaft zustand; er ist im übrigen in den Rechtsstreit nicht in zulässiger Weise eingeführt worden, wie noch darzulegen sein wird.

Auf die von der Revision in den Vordergrund gestellte Frage, ob die Miterben, die nicht selbst Apotheker sind, als stille Gesellschafter am Ertrag einer der Erbengemeinschaft gehörigen Apotheke beteiligt sein können, kommt es nach alledem nicht an.

II.

Ebenso ohne Erfolg berufen sich die Beklagten auf die Bestimmung des § 2038 Abs. 2 Satz 2 BGB, nach der die Teilung der Früchte erst bei der Auseinandersetzung des Nachlasses geordert werden kann. Da unstreitig bis zum 1. Juli 1960 der Reinerlös aus der Verpachtung der Apotheke im Einvernehmen der Miterben unter diesen verteilt wurde,

spricht viel dafür, daß die Miterben - sei es ausdrücklich oder stillschweigend - eine zulässige und ohne wichtigen Grund nicht einseitig auflösbare Vereinbarung dahin getroffen haben, während der Verpachtung der Apotheke den Reinertrag jährlich aufzuteilen (vgl. RGZ 81, 241; BGHZ 34, 367). Indessen hat das Berufungsgericht in dieser Richtung keine Feststellungen getroffen; das Revisionsgericht kann daher nicht von dem Bestehen einer bindenden Vereinbarung ausgehen. Gleichwohl ist dem Berufungsgericht darin zu folgen, daß die Beklagten gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie die Teilung des Reinerlöses aus der Verpachtung der Apotheke verweigern. Sie haben keinen stichhaltigen Grund aufzuzeigen vermocht, der ihnen Anlaß geben könnte, von der bisherigen Übung abzugehen. Die Aufwendungen und die Entschädigung für seine Verwaltungsführung, die der Beklagte zu 1) geltend machen will, hat das Berufungsgericht mit Recht unberücksichtigt gelassen, wie noch auszuführen sein wird. Den zutreffenden Gründen, aus denen das Berufungsgericht den Beklagten die Berufung auf § 2038 Abs. 2 Satz 2 BGB versagt hat, ist hinzuzufügen: In der Weigerung, der Klägerin ihren Anteil am Reinerlös auszuzahlen, liegt schon deshalb ein Rechtsmißbrauch, weil der Beklagte zu 1), dem unstreitig die Pachtzinsen zugoflossen sind, nicht zu erkennen gegeben hat, daß er gewillt sei, den Überschuß für die Erbengemeinschaft in irgendeiner Form zur Verfügung zu stellen, geschweige denn dies angeboten oder getan hat. Seine Berufung auf die genannte Bestimmung kann daher nur dahin verstanden werden, daß er mit ihrer Hilfe nicht die Interessen der Erbengemeinschaft wahren will, die eine Festlegung so hoher Beträge offensichtlich nicht erfordern, sondern zu seinem persönlichen Vorteil den Anteil der Klägerin zu behalten trachtet. Das ist Rechtsmißbrauch.

III.

Die Ansprüche, die der Beklagte zu 1) in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 16. Dezember 1965 wegen seiner Aufwendungen und seiner Verwaltungstätigkeit geltend gemacht hat, sind vom Berufungsgericht mit Recht nach § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet vorgebracht behandelt worden. Der Beklagte zu 1) hat nicht dargetan, warum er diesen Vortrag, der nicht lediglich ein Bestreiten, sondern das Erheben von Einwendungen bedeutet, nicht im ersten Rechtszug und auch nicht in der Berufungsbegründung habe bringen können. Damit, daß der Beklagte sich im Schriftsatz vom 21. März 1965, also etwa dreiviertel Jahre vor der letzten mündlichen Verhandlung, vorbehalten hat, vorzutragen, ob und in welchem Umfang bisher unberücksichtigte Verbindlichkeiten vor der Auseinandersetzung noch zu befriedigen seien, konnte er weder die Anwendbarkeit der zwingenden Vorschriften des § 529 Abs. 2 und 3 ZPO verhindern, noch eine Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO begründen, die das Gericht nach Ansicht der Revision außer acht gelassen hat. Die Klägerin beanspruchte nur ihren Anteil an dem Reinerlös aus der Verpachtung, den der Beklagte zu 1) selbst angegeben hatte. Das Gericht mußte im Anwaltsprozeß die Beklagten nicht darauf hinweisen, daß es zweckdienlich sei, alle Tatsachen vorzutragen, aus denen sich eine Minderung des Reinerlöses ergeben konnte.

Das Berufungsurteil beruht daher nicht auf Verfahrensfehlern.

11

Danach ist die Revision der Beklagten unbegründet. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 96, 100 ZPO.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler