

13

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB §§ 285, 410

Der gemahnte und dadurch in Verzug geratene Schuldner einer abgetretenen Forderung kann den Verzug für die Zukunft auch dann noch beseitigen, wenn er erst später erklärt, er verweigere die Leistung, solange ihm der neue Gläubiger keine vom bisherigen Gläubiger ausgestellte Abtretungsurkunde vorlege.

BGB § 410

Zur Frage, wie der neue Gläubiger das Leistungsverweigerungsrecht des Schuldners abwenden kann, wenn der bisherige Gläubiger verstorben ist, ohne eine Urkunde über die Abtretung ausgestellt zu haben.

BGH, Urt. v. 17. Februar 1969 - II ZR 102/67 - OLG Frankfurt
LG Kassel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 102/67

URTEIL

Verkündet am

17. Februar 1969

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Steuerbevollmächtigten Botho S [REDACTED],
K [REDACTED], W [REDACTED] Allee [REDACTED], als Testamentsvollstrecker
des am 18. Dezember 1958 verstorbenen Kaufmanns Xaver
W [REDACTED] aus K [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. die Witwe Josepha R [REDACTED] geb. St [REDACTED],
G [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED],

2. die Ehefrau Maria T [REDACTED] geb. St [REDACTED],
K [REDACTED], W [REDACTED] Allee [REDACTED],

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. November 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Nörr, Dr. Schulze, Fleck, Stimpel und Dr. Schubath

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 15. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 13. April 1967 wird auf Kosten des Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Beklagte 6 % Zinsen nur für die Zeit vom 2. Mai 1963 bis zum 17. Oktober 1966 schuldet und daß er zur Zahlung und zur Rechnungslegung nur Zug um Zug gegen die Aushändigung von Urkunden verpflichtet ist, in denen Karla St., Fritz W. und Karola H. erklären, aus der Beteiligung von Frau Katharina St. an dem Hausgrundstück K., Wo. / O.straße, keine Ansprüche gegen den Beklagten herzuleiten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen verlangen von dem Beklagten als dem Testamentsvollstrecker des am 18. Dezember 1958 verstorbenen Kaufmanns Xaver W., an den Erträgen eines Grundstücks und an dem bei seinem Verkauf erzielten Erlös beteiligt zu werden. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:



Im März 1920 hatte eine offene Handelsgesellschaft das Grundstück erworben. Ihr hatte damals außer dem Kaufmann Kn[REDACTED] nur Xaver W[REDACTED] angehört, der mit der Schwester Wilhelmine der Klägerinnen verheiratet war. Am 1. April 1920 trat auch der Bruder der Klägerinnen Alfons St[REDACTED] der Gesellschaft bei.

Zu dem Erwerb des Grundstücks war eine Baranzahlung von 150.000 Mark erforderlich. Dazu hatte Frau Katharina St[REDACTED] (künftig als Frau St[REDACTED] bezeichnet), die Mutter der Klägerinnen und ihrer Geschwister Wilhelmine W[REDACTED] und Alfons St[REDACTED], der Gesellschaft ein Darlehn von 70.000 oder 80.000 Mark zur Verfügung gestellt. Mit Rücksicht darauf wurde in § 9 des beim Eintritt von Alfons St[REDACTED] neu festgestellten Gesellschaftsvertrages für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters unter anderem bestimmt: In die Abfindungsbilanz sei das Grundstück zum Erwerbswert einschließlich Steuern und Unkosten - das ware insgesamt 691.295,60 Mark - abzüglich der jährlichen Abschreibungen einzusetzen. Sei der ausscheidende Gesellschafter hiermit nicht einverstanden, so stehe es ihm frei das Grundstück durch ein höheres Gebot zu erwerben, wenn nicht die Gesellschaft es zu diesem Preis behalten wolle. Der etwaige Gewinn, d. h. der Unterschied zwischen dem bilanzierten Betrag und dem Gebot des ausscheidenden Gesellschafters, entfalle auf Xaver W[REDACTED] zu 23 %, auf Alfons St[REDACTED] zu 14 %, auf Kn[REDACTED] zu 18 % und auf Frau St[REDACTED] zu 45 %.

Ab 1922 überließ die offene Handelsgesellschaft ihr Handelsgeschäft einschließlich der Geschäftsräume einer GmbH und beschränkte sich auf die Verwaltung des Hausgrundstücks. Ab 1934 führte sie das Handelsgeschäft wieder

selbst. In § 11 des unter dem 1. März 1934 neu gefaßten Gesellschaftsvertrages hieß es von dem Grundstück, die Gewinnverteilung erfolge nach einem am 20. November 1932 abgeschlossenen Vertrag. In diesem Vertrag waren die offene Handelsgesellschaft, ihre Gesellschafter sowie die GmbH und Frau St[REDACTED] gleichfalls von Frau St[REDACTED]' 45 %iger Beteiligung ausgegangen, hatten aber zahlreiche Einzelheiten ergänzend geregelt, insbesondere auch für den Fall, daß das Grundstück verkauft werden sollte.

In den Jahren 1936/37 sprach Frau St[REDACTED] verschiedentlich mit ihren vier Kindern über die ihr an dem Grundstück zustehenden Rechte. Die Klägerinnen behaupten, ihre Mutter habe ihnen beiden damals im Einverständnis ihrer Geschwister diese Rechte je zur Hälfte abgetreten.

Am 23. Dezember 1939 erklärte Wilhelmine W[REDACTED] schriftlich, wenn ihr Bruder "auf den ihm nach den bisherigen Verträgen über das Hausgrundstück zustehenden Erbanteil" nach Frau St[REDACTED] verzichte, sei auch sie bereit, auf ihren Erbanteil zu verzichten. Am 26. Dezember 1939 fügte Alfons St[REDACTED] dem die Erklärung hinzu, er verzichte ebenfalls auf den ihm später zufallenden gesetzlichen Anspruch von 25 % des seiner Mutter gehörenden Anteils von 45 % an dem Hausgrundstück zugunsten der Klägerinnen je zur Hälfte.

Frau St[REDACTED] starb am 10. November 1941 und wurde von ihren vier Kindern beerbt. Die offene Handelsgesellschaft wurde am 31. Dezember 1948 aufgelöst, nachdem Alfons St[REDACTED] schon zum 31. Dezember 1939 ausgeschieden war. Xaver W[REDACTED] übernahm das Grundstück mit dem Handelsgeschäft, das er bis zu seinem Tode im Jahre 1958

weiterführte. Er beerbte zusammen mit seinen Kindern Fritz W. [REDACTED] und Karola H. [REDACTED] geb. W. [REDACTED] seine Frau Wilhelmine, die Schwester der Klägerinnen, die im Jahre 1955 verstarb, und wurde selbst von Karola H. [REDACTED] sowie seinen Enkelkindern Hans-Joachim und Wolfram W. [REDACTED] beerbt.

Das Grundstück, das 1959 aus dem Betriebsvermögen herausgelöst und in das Privatvermögen der nach Xaver W. [REDACTED] bestehenden Erbengemeinschaft übergeführt worden war, wurde von dem beklagten Testamentsvollstrecker durch notariellen Vertrag vom 30. März 1961/15. März 1962 für 650.000 DM verkauft.

Zwischen den Parteien ist unbestritten, daß das Darlehen der Frau Stöters nicht zurückbezahlt worden ist.

Die Klägerinnen sind der Ansicht, auf Grund des Vertrages von 1932 hätten Frau St. [REDACTED] 45 % des Verkaufsgewinns sowie der seit Juli 1932 erzielten Überschüsse gebührt. Sie seien kraft Abtretung befugt, Leistung an sich selbst zu verlangen. Der Verkaufsgewinn ergebe sich entsprechend § 9 des Vertrages von 1920 aus dem Unterschied zwischen dem Erlös und dem für den Zeitpunkt des Verkaufs zu ermittelnden Handelsbilanzwert abzüglich der Verkaufsunkosten. Dieser Unterschied betrage mindestens 100.000 DM. Ihren Anspruch auf 45 % der seit 1932 erzielten Überschüsse könnten sie erst beziffern, wenn der Beklagte Rechnung gelegt habe, was er bisher nicht getan hat.

Die Klägerinnen haben im ersten Rechtszug zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie auf den bei dem Verkauf erzielten Gewinn einen Teilbetrag von 30.000 DM

nebst 6 % Zinsen seit Klagezustellung zu zahlen und über die Erträgnisse des Grundstücks für die Zeit vom 1. Juli 1932 bis zum 28. Februar 1962 Rechnung zu legen.

Der Beklagte bestreitet die Abtretung und macht geltend, bei Zugrundelegung der richtigen Werte ergebe sich kein Verkaufsgewinn.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, den Klägerinnen aber nur 4 % Zinsen zuerkannt.

Das Oberlandesgericht hat auf Berufung und Anschlußberufung dieses Urteil unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Beklagten dahin geändert, daß er an jede Klägerin 15.000 DM nebst 6 % Zinsen seit 2. Mai 1963 zu zahlen und den Klägerinnen über die Erträgnisse des Grundstücks für die Zeit vom 1. Juli 1932 bis zum 28. Februar 1962 Rechnung zu legen hat.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerinnen bitten, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. In der Revisionsinstanz hat der Beklagte der Witwe Karla St. [REDACTED] als Erbin ihres verstorbenen Ehemannes Alfons St. [REDACTED] den Streit verkündet. Sie ist dem Rechtsstreit nicht beigetreten.

Entscheidungsgründe:

I. Sachbefugnis der Klägerinnen zur Leistung an sie allein.

Der Einwand des Beklagten, die Klägerinnen könnten nur Leistung an die nach Frau St. [REDACTED] bestehende Erbengemeinschaft verlangen, geht fehl.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, Frau St[REDACTED] habe ihre Ansprüche auf Beteiligung am Verkaufsgewinn und an den Überschüssen in den Jahren 1936/1937 mit Zustimmung ihrer anderen beiden Kinder je zur Hälfte an die Klägerinnen abgetreten. Es hat diese Feststellung auf die Aussage der Klägerin zu 2 und ihres Bruders Alfons gestützt und geprüft, ob die Erklärungen der Geschwister der Klägerinnen vom 23. und 26. Dezember 1939 "etwas Gegenteiliges" ergäben. Es hat das verneint und ausgeführt, die Geschwister der Klägerinnen seien in Rechtsdingen Laien gewesen; sie könnten geglaubt haben, ihr einige Jahre zuvor der Mutter gegenüber erklärtes Einverständnis mit der Abtretung durch die von ihnen gewählte Fassung am besten zu bekräftigen; zu einer solchen Bekräftigung könnte nach Ausbruch des Krieges besonderer Anlaß bestanden haben. Auch Xaver W[REDACTED] sei bei der Abfassung eines Vertragsentwurfs im Januar 1940 davon ausgegangen, daß Frau St[REDACTED] ihre Ansprüche bereits vor der Abgabe der Erklärungen vom 23. und 26. Dezember 1939 an die Klägerinnen abgetreten gehabt habe.

Gegen diese tatsächliche Würdigung läßt sich aus Rechtsgründen nichts einwenden. Kam dem Wortlaut der Erklärungen keine entscheidende Bedeutung zu, dann war es ohne Belang, daß die Schwester der Klägerinnen darin auf den ihr "später zufallenden gesetzlichen Anspruch" nur hatte verzichten wollen, wenn auch ihr Bruder "auf den ihm nach den bisherigen Verträgen über das Hausgrundstück zustehenden Erbanteil" verzichtete. Das Berufungsgericht war deshalb nicht genötigt, sich ausdrücklich mit dieser Einschränkung zu befassen. Auch brauchte es nicht den in das Wissen der Zeugin H[REDACTED] gestellten Behauptungen des Beklagten über den Zweck der beiden Erklärungen nachzugehen. Die

unter Beweis gestellten Behauptungen des Beklagten gingen dahin, die Seite W[REDACTED], die mit Alfons St[REDACTED] im Streit gelegen habe, habe mit diesem auch als Erben seiner damals noch lebenden Mutter nichts zu tun haben wollen; deshalb habe Wilhelmine W[REDACTED] am 23. Dezember 1939 erklärt, auf ihre Erbansprüche verzichten zu wollen, wenn auch Alfons St[REDACTED] verzichte. Es ist nicht ersichtlich, wie durch eine solche Aussage die Feststellung des Berufungsgerichts, die Ansprüche seien bereits 1936/1937 abgetreten worden, hätte beeinflußt werden können.

II. Ansprüche auf Beteiligung am Verkaufsgewinn und auf Rechnungslegung.

1. Gegen die Wirksamkeit des Vertrages vom 20. November 1932, von dem das Berufungsgericht ausgeht, bestehen keine Bedenken. Insbesondere verstößt keine seiner Bestimmungen gegen § 5 der Vergleichsordnung in der Fassung vom 5. Juli 1927 (RGBl I S. 139); denn nach den rechtlich einwandfreien Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht erwiesen, daß zwischen der GmbH, über deren Vermögen am 5. März 1932 ein gerichtliches Vergleichsverfahren eröffnet worden war, und Frau Stöters eine Abrede über ihre Bevorzugung gegenüber den anderen Gläubigern der GmbH getroffen wurde.

2. Das Berufungsgericht entnimmt dem Vertrag, Frau St[REDACTED] habe bei einem Verkauf des Grundstücks 45 % des Verkaufsgewinns abzüglich der in § 4 erwähnten 24.400 RM und - gleichfalls erst nach dem Verkauf - 45 % der seit dem 1. Juli 1932 erzielten Überschüsse erhalten sollen, soweit diese den Verkaufsgewinn überstiegen.

Diese Vertragsauslegung ist in den für die Entscheidung erheblichen Punkten frei von Rechtsirrtum.

Bedenken bestehen lediglich gegen die Annahme, Frau St. [REDACTED] habe eine Beteiligung an den seit dem 1. Juli 1932 erzielten Überschüssen nur insoweit erhalten sollen, als diese den Verkaufsgewinn überstiegen (BU S. 31 ff). Weder gibt der Wortlaut des Vertrages dafür etwas her noch ist ein Beweggrund für eine solch ungewöhnliche Regelung ersichtlich. Das Berufungsgericht hat hier möglicherweise den Begriff des Gewinns (am Hausgrundstück) verkannt, der nach § 4 Abs. 2 auch die "Überschüsse bzw. Erträge" umfaßt. Daß die Vertragsparteien auch die Überschüsse bzw. Erträge zum "Gewinn" rechneten, dürfte sich auch aus § 3 ergeben, der den Anteil der Frau St. [REDACTED] an dem bis zum 30. Juni 1932 erzielten Überschuß als "Gewinnanteil" bezeichnet. Aus § 9 dürfte nichts anderes geschlossen werden können, da bei der "Gewinnverteilung" nach Satz 2 dieser Bestimmung das Beispiel in § 4 maßgebend ist. Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage durch den Senat bedarf es jedoch nicht. Hinsichtlich der Überschüsse geht es gegenwärtig nur um die Rechnungslegung. Insoweit ist es ohne Belang, ob der Beklagte von den auf die Rechtsnachfolger von Frau St. [REDACTED] entfallenden Überschüssen einen ihrem Verkaufsgewinn entsprechenden Betrag einbehalten könnte.

3. Danach ist der Beklagte als Testamentsvollstrecke von Xaver W. [REDACTED] verpflichtet, den Rechtsnachfolgern von Frau St. [REDACTED] über die Verwaltung des Grundstücks für die Zeit vom 1. Juli 1932 bis zum 28. Februar 1962 nach Maßgabe des § 259 Abs. 1 BGB Rechenschaft abzulegen.

4. Bei der Ermittlung des Verkaufsgewinns ist das Berufungsgericht von dem Verkehrswert des Jahres 1932 ausgegangen. Der Vertrag von 1932 bestimme das zwar nicht; eine Ermittlung entsprechend § 9 des Vertrages von 1920 müsse aber aus den verschiedensten Gründen ausscheiden.

Damit hat das Berufungsgericht bei der Gewinnermittlung hinsichtlich des Anfangswerts eine ergänzende Vertragsauslegung vorgenommen, indem es rechtsirrtümlich angenommen hat, bei Abschluß des Vertrages von 1932 sei der für die Gewinnermittlung maßgebende Anfangswert von den Parteien nicht geregelt gewesen. Die Regelung ergibt sich jedoch aus § 9 des Vertrages von 1920 ("Gesellschaftsvertrag"), den der Vertrag von 1932 teilweise klargestellt und teilweise ergänzt hat.

§ 9 des Gesellschaftsvertrages galt seinem Wortlaut nach zwar nur für den Fall, daß ein Gesellschafter aus-
schied, und enthält für diesen Fall auch eine Regelung
beim etwaigen Verkauf an den ausgeschiedenen Gesell-
schafter. Auf den erst im Jahre 1932 ausdrücklich gere-
gelten Fall des sonstigen Verkaufs war die Bestimmung
aber nach ihrem Zweck, Frau St. [REDACTED] an einer etwaigen
Steigerung des Grundstückswerts ("Erhöhung des Sachwertes")
zu beteiligen (vgl. Schriftsatz des Beklagten vom 13. Okto-
ber 1966 S. 11; Schriftsatz der Klägerinnen vom 12. Februar
1963 S. 8), sinngemäß gleichfalls anzuwenden. Es besteht
nämlich kein Anhalt dafür, daß die Vertragspartner im Jahre
1920 die Beteiligung von Frau St. [REDACTED] auf den Ausscheidens-
fall hatten beschränken wollen und Frau St. [REDACTED] anderen-
falls am Gewinn nicht hätte beteiligt werden sollen. Viel-
mehr muß aus der im Jahre 1932 nachgeholten ausdrückli-
chen Vereinbarung unter den obwaltenden Umständen geschlos-

sen werden, daß die Vertragspartner bei der Regelung ihrer Vertragsbeziehungen im Jahre 1920 den sonstigen Verkaufsfall übersehen hatten und daß sie ihn, hätten sie ihn bedacht, ebenso wie den Fall des Verkaufs an den ausscheidenden Gesellschafter geregelt haben würden. Demgegenüber ist es ohne Belang, daß der Vertrag von 1920 im Gegensatz zu demjenigen von 1932 ein Gesellschaftsvertrag war; denn sein § 9 beruht ebenso auf Vereinbarung mit Frau St. [REDACTED] als Nichtgesellschafterin, wie der Vertrag von 1932. Dagegen trifft es zu, wenn das Berufungsgericht ausführt, durch den Vertrag von 1932 seien "die Rechte und Pflichten der Beteiligten an dem Hausgrundstück klargestellt" worden.

Zu dieser Zeit kannten die Beteiligten zwar die Auswirkungen der Inflation. Das bedeutet aber nicht, daß sie sich, wie das Berufungsgericht meint, gesagt haben mußten der Erwerbspreis von 1920 sei für die Ermittlung des Verkaufsgewinns jetzt kein geeigneter Anknüpfungspunkt mehr. Zu einer solchen Annahme bestand kein ausreichender Anlaß. Der von dem Sachverständigen nach dem Ertragswertverfahren für 1932 auf nur 450.000 RM errechnete Verkehrswert lag zwar um 200.000 Mark niedriger als der im Jahre 1920 in Papiermark gezahlte Preis. Das beruhte aber im wesentlichen auf der schlechten Lage des Grundstücksmarktes, von der die Parteien in § 9 des Vertrages von 1932 selbst ausgegangen sind, und außerdem darauf, daß die Gebäude im Jahre 1932 12 Jahre älter waren als beim Erwerb. Der Vertragsentwurf von 1940 bietet keine ausreichende Grundlage für die Auffassung des Berufungsgerichts, da ungeklärt ist, wie der Verfasser des Entwurfs zu einem Einkaufswert von 260.000 RM gekommen ist. Im übrigen haben die Parteien selbst nicht geltend gemacht, die Kaufkraft der Papier-

mark im Inland sei auf dem Grundstücksmarkt schon im März 1920 im Verhältnis zum späteren Wert der Reichsmark so gering gewesen, daß es sich nicht hätte vertreten lassen, bei der kontinuierlichen Abschreibung des Erwerbswerts, wie sie nach § 9 des Gesellschaftsvertrages vorgesehen war, nach der Inflation für eine Papiermark vom März 1920 eine Reichsmark anzusetzen.

Es ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch unerheblich, ob das Grundstück seit 1922 in einer Handelsbilanz der offenen Handelsgesellschaft ausgewiesen und abgeschrieben worden ist; denn die fortlaufende Abschreibung des Erwerbspreises läßt sich auch heute noch nachholen; der Abschreibungssatz ist von steuerlichen Gesichtspunkten unabhängig.

Der Anknüpfung an den Verkehrswert von 1932 steht insbesondere entgegen, daß die Vertragsschließenden ihn nicht ermittelt und sich über seine Höhe auch nicht geeinigt haben. Schließlich kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß beide Parteien (nach dem Tatbestand des Berufungsurteils jedenfalls zunächst auch die Klägerinnen) davon ausgegangen sind, daß die Regelung in § 9 des Gesellschaftsvertrages maßgebend ist.

Die Annahme des Berufungsgerichts, es bleibe nichts anderes übrig, als von dem Verkehrswert des Jahres 1932 auszugehen, ist danach ungerechtfertigt. Wenn schon das Berufungsgericht Bedenken hatte, den Papiermarkbetrag von 1920 einem gleichhohen Reichsmarkbetrag von 1932 gleichzusetzen, so hätte es bei der gebotenen Berücksichtigung des erklärten Willens der Vertragsparteien den Erwerbswert schätzen müssen.

5. Der Rechtsirrtum des Berufungsgerichts kann aber nicht zur Aufhebung des Berufungsurteils führen; denn die Ermittlung des Verkaufsgewinns nach § 9 des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit dem Vertrag von 1932 ergibt, daß die Rechtsnachfolger von Frau St. [REDACTED] mindestens die Urteilssumme beanspruchen können, das Berufungsurteil also im Ergebnis richtig ist.

a) Zur Ermittlung des Bilanzwerts, den das Grundstück bei seinem Verkauf im Jahre 1962 hatte, kann jedenfalls zugunsten des Beklagten von dem Erwerbspreis einschließlich Steuern und Unkosten, also von 691.295,60 M = RM = DM ausgegangen werden.

b) Zugunsten des Beklagten mag unterstellt werden, daß die in § 9 des Gesellschaftsvertrages vereinbarte Abschreibung nur 1 % jährlich betragen sollte, daß diese Abschreibung nur vom Gebäude-, also nicht auch vom Bodenwert vorzunehmen war und daß der Gebäudewert nur 65 % des Erwerbswerts von 691.295,60 DM ausmacht. Damit kommt der Senat insoweit in vollem Umfang den im Schriftsatz vom 19. Januar 1966 S. 3 enthaltenen Angaben des Beklagten nach

65 % von 691.295,60 DM sind 449.342,14 DM. Es sind also jährlich 1 % von 449.342,14 = 4.493,42 DM abzuschreiben.

Dieser Abschreibungsbetrag ist für die Jahre 1920 bis 1961, also für 42 Jahre, mit insgesamt 188.723,64 DM von 691.295,60 DM abzuziehen, so daß der abgeschriebene Erwerbspreis bei dem Verkauf im Jahre 1962 502.571,96 DM ausmachte.

Keiner Stellungnahme bedarf es im vorliegenden Rechtsstreit zu der Frage, ob die Abschreibung für einzelne Jahre wegen zeitweiser Verminderung oder Erhöhung des Gebäudewertes niedriger oder höher anzusetzen ist. Für die Entscheidung über den geltend gemachten Teilbetrag ist das ohne Bedeutung.

c) Zugunsten des Beklagten mag weiter unterstellt werden, daß er von dem Erlös vor der Ermittlung des Verkaufsgewinns einige Beträge als Aufwendungsersatz einbehalten könnte, nämlich:

65.000,-- DM Einkommensteuer (vgl. die Schriftsätze des Beklagten vom 27. Mai 1963 S. 19, vom 21. März 1966 S. 6, vom 14. April 1966 S. 2 und vom 13. Oktober 1966 S. 19);

127.843,82 DM Investitionen zur Erhöhung des Gebäudewerts (vgl. die Schriftsätze des Beklagten vom 21. März 1966 S. 6 und vom 14. April 1966 S. 3);

21.800,-- DM Vermögensabgabe (vgl. die Schriftsätze des Beklagten vom 21. März 1966 S. 7 und vom 13. Oktober 1966 S. 19)

zus. 214.643,82 DM .

Der Senat rechnet diese Summe, die sonst von dem erzielten Erlös hätte abgezogen werden müssen, dem Bilanzwert hinzu, Dabei läßt er ausdrücklich offen, ob und inwieweit der Beklagte das dem Grunde und der Höhe nach wirklich verlangen könnte.

Danach ergibt sich ein um die etwaigen Aufwendungen des Beklagten und seiner Rechtsvorgänger berichteter Bilanzwert von 502.571,96 DM

+ 214.643,82 DM
717.215,78 DM.

d) Zugunsten der Rechtsnachfolger von Frau St[REDACTED] muß aber berücksichtigt werden, daß die Grundstücksbelastungen, die laut Kaufvertrag 500.000 Mark betragen hatten, beim Verkauf nicht mehr bestanden haben.

Soweit sie aus den Grundstückserträgen getilgt worden sein sollten, wäre das in Höhe von 45 % auch zu Lasten der Rechtsnachfolger von Frau St[REDACTED] geschehen; denn anderenfalls wäre ihr Anteil an den laufenden Überschüssen entsprechend höher gewesen. Das müßte zu einer Erhöhung ihres anteiligen Verkaufsgewinns führen.

Der durch die Inflation und der durch die Währungsreform erzielte Währungsgewinn muß den Rechtsnachfolgern v. Frau St[REDACTED] anteilig gutgebracht werden. Das haben die Partner des Gesellschaftsvertrages, die einen zur Minderung von Grundstücksbelastungen führenden Währungsverfall nicht vorausgesehen haben, mit Frau St[REDACTED] zwar nicht ausdrücklich vereinbart. Es ergibt sich aber aus der Auslegung des § 9 des Gesellschaftsvertrages. Diese Bestimmung verfolgte wie oben ausgeführt, den Zweck, Frau St[REDACTED] an einer Steigerung des Grundstückswerts ("Erhöhung des Sachwertes") zu beteiligen. Eine solche Wertsteigerung lag auch in dem teilweisen Wegfall hypothekarischer Belastungen infolge von Geldentwertungen. Im Hinblick auf den von den Beteiligten bei der Gewinnbeteiligung der Frau Stöters verfolgten Zweck würde es gegen Treu und Glauben (§ 157 BGB) verstoßen, die Vereinbarung dahin auszulegen, daß die Währungs

gewinne aus den Belastungen allein der offenen Handelsgesellschaft und ihren Rechtsnachfolgern zugute kommen sollten. Unerheblich ist, daß die auf dem Grundstück lastenden Schulden in der Bilanz gesondert von dem Erwerbspreis auf der Passivseite verzeichnet sind. Die von den Parteien nicht vorhergesehene "Erhöhung des Sachwertes", an der die Klägerinnen nach den vorstehenden Ausführungen teilzunehmen haben, ist neben der vereinbarten jährlichen Abschreibung zu berücksichtigen. Bestimmungen des Vertrages von 1932 stehen einer Berücksichtigung der Währungsgewinne zugunsten der Rechtsnachfolger von Frau St. nicht entgegen.

Im einzelnen gilt folgendes:

Die Forderungen der Hypothekengläubiger P. und We., die zunächst insgesamt 200.000 Mark betragen hatten, konnten im Jahre 1939 mit 26.447,50 RM abgelöst werden (vgl. den Schriftsatz des Beklagten vom 27. Mai 1963 S. 18 und vom 13. Oktober 1966 S. 19).

Zur Ablösung der Hypothekenforderung der B. Lebensversicherung von ursprünglich 300.000 Mark brauchten im Jahre 1954 nur noch 140.000 DM gezahlt zu werden. Das hatten die Klägerinnen im Schriftsatz vom 24. Februar 1967 S. 6 unter Bezugnahme auf die Grundakten behauptet; der Beklagte, der bereits in der Anlage zum Schriftsatz vom 13. Oktober 1966 vorgetragen hatte, zum 31. Dezember 1954 sei diese Hypothek im Vergleichsweg abgelöst worden, hat die Höhe des Ablösungsbetrages nicht bestritten, sondern insoweit nur zur Berechnungsmethode der Klägerinnen Stellung genommen (vgl. seinen Schriftsatz vom 28. März 1967 S. 6).

Unterstellt man zugunsten des Beklagten, daß
Xaver W [REDACTED] oder die offene Handelsgesellschaft als
seine Rechtsvorgängerin die Ablösungsbeträge von insgesamt
166.447,50 RM/DM aus eigenen Mitteln gezahlt haben, die
Erben von Xaver W [REDACTED] insoweit also aus dem Erlös vor-
weg befriedigt werden müssen, dann bleiben von den Be-
lastungen 500.000,-- DM

- 166.447,50 DM
333.552,50 DM

übrig, die entweder aus den Grundstückserträgen ge-
tilgt oder durch die Geldentwertungen gewonnen worden sind

Der Beklagte kann demgegenüber nicht mit Erfolg ein-
wenden, daß die in den zwanziger Jahren etwa erzielten
Währungsgewinne durch die nachfolgende Hauszinssteuerbe-
lastung abgeschöpft worden seien. Er hat nicht dargetan,
daß die offene Handelsgesellschaft aus eigenen Mitteln die
laufenden Hauszinssteuern oder den später etwa geleisteten
Ablösungsbetrag gezahlt hat. Es muß deshalb davon ausge-
gangen werden, daß für solche Zwecke nur Grundstückser-
träge verwandt worden sind (vgl. die Schriftsätze des
Beklagten vom 9. April 1963 S. 7 ff, vom 27. Mai 1963 S. 1
und den Schriftsatz der Klägerinnen vom 11. Juli 1963 S. 5

Danach muß der oben c) errechnete Wert zugunsten
der Rechtsnachfolger von Frau St [REDACTED] um 333.552,50 DM
ermäßigt werden. Mithin beträgt der berichtigte Bilanz-
wert für das Jahr 1962 717.215,78 DM

- 333.552,50 DM
383.663,28 DM.

e) Diesem Betrag ist der Erlös von 650.000 DM
- 6.500 DM Maklergebühr = 643.500 DM gegenüberzustellen.

Der Verkaufsgewinn ist gemäß den Verträgen von 1920 und 1932 gleich dem Unterschied zwischen diesen beiden Rechnungsposten, also 643.500,-- DM

- 383.663,28 DM
259.836,72 DM.

f) 45 % dieses Verkaufsgewinns machen 116.926,52 DM aus. Davon sind gemäß § 4 des Vertrages von 1932 24.400 RM = DM abzuziehen, so daß für die Rechtsnachfolger von Frau St. ein anteiliger Verkaufsgewinn von 92.526,52 DM verbleibt. Die Klageansprüche in Höhe von zweimal je 15.000 DM sind daher begründet.

III. Verzugszinsen.

Mit der Zustellung des auf Zahlung gerichteten Hilfsantrages, die einer Mahnung gleichsteht, ist der Beklagte in Verzug geraten.

Das hat sich geändert, als der Beklagte in der den Klägerinnen am 17. Oktober 1966 zugestellten Berufungsbegründung erklärte, nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde ("Abtretungsurkunde") leisten zu wollen. Mit dieser Erklärung hat der Beklagte, wie unten IV noch darzulegen sein wird, in zulässiger Weise von seinem Leistungsverweigerungsrecht aus § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB Gebrauch gemacht. Damit hat er seinen Verzug zwar nicht rückwirkend beseitigt. Insofern ist entscheidend, daß eine Mahnung des neuen Gläubigers nach § 410 Abs. 1 Satz 2 BGB nur unwirksam ist, wenn sie ohne Vorlegung der Abtretungsurkunde erfolgt "und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist", was der Beklagte nicht getan hat. Für die Zukunft sind dagegen mit der Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts die

Verzugsfolgen entfallen. Nunmehr wußten die Klägerinnen daß der Beklagte nur gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde leisten wollte. Von jetzt an unterblieb die Leistung, solange die Klägerinnen ihm keine solche Urkunde anboten, unter anderem infolge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hatte. Durch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nach § 273 BGB soll zwar der einmal eingetretene Verzug nicht wieder beseitigt werden können (so Staudinger/Werner, BGB, 11. Aufl., § 273 Anm. 1). Von einem Zurückbehaltungsrecht unterscheidet sich das Leistungsverweigerungsrecht nach § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB jedoch dadurch, daß der Schuldner, dem ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, in der Lage ist, die Erfüllung seines Gegenanspruchs zu erzwingen, während der Schuldner der abgetretenen Forderung keinen Anspruch auf Aushändigung der Abtretungsurkunde hat und es nicht zu seinen Lasten gehen kann, wann der Gläubiger ihm die Urkunde anbietet. Mindestens aus diesem Grunde kann der Schuldner der abgetretenen Forderung sein Leistungsverweigerungsrecht noch nachträglich geltend machen mit der Wirkung, daß sein Verzug für die Zukunft entfällt.

Danach muß der Beklagte gemäß §§ 286 Abs. 1, 288 BGB für die Zeit vom 2. Mai 1963 bis zum 17. Oktober 1966 Verzinsen zahlen, und zwar nach den insoweit rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts 6 %, während die Klägerinnen für die Folgezeit bis zum Angebot der in der Urteilsformel genannten Erklärungen keine Zinsen fordern können.

IV. Leistungsverweigerungsrecht.

Die Revision meint, der Beklagte müsse damit rechnen, auch von drei Erbeserben der Frau St[REDACTED], nämlich von Fritz W[REDACTED] und Karola H[REDACTED] als Erben der Wilhelmine W[REDACTED] und von Karla St[REDACTED] als Erbin des inzwischen gleichfalls verstorbenen Alfons St[REDACTED] in Anspruch genommen zu werden. In einem solchen Rechtsstreit könnte das Gericht den bisherigen Prozeßstoff anders würdigen, als die Vorinstanzen es getan hätten; außerdem könnten insoweit neue, gegen die Abtretung sprechende Umstände festgestellt werden, die dem Beklagten ohne sein Verschulden unbekannt geblieben seien. Der Beklagte könne sich deshalb auf § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB berufen und brauche demgemäß nur gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde Rechenschaft abzulegen und zu zahlen.

Das ist im Ergebnis richtig.

1. Die Klägerinnen können dem Beklagten zwar keine "von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellte Urkunde" aushändigen; denn die ursprüngliche Gläubigerin, ihre Mutter, hat keine solche Urkunde errichtet und lebt nicht mehr. Ebenso wenig können sich die Klägerinnen eine Bestätigung der bezeichneten Erbeserben über die erfolgte Abtretung beschaffen; denn die Erbeserben sind nicht verpflichtet, eine vor mehr als 30 Jahren erfolgte Abtretung, bei der sie selbst nicht mitgewirkt haben, als tatsächlich geschehen zu bestätigen.

Das kann aber nicht zu Lasten des Beklagten gehen. Er soll durch § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB davor geschützt werden, an einen Nichtgläubiger zu leisten und Schuldner des wahren Gläubigers zu bleiben (BGHZ 26, 241, 246).

Diesem Zweck entsprechend braucht er erst zu leisten, wenn die Klägerinnen ihm Urkunden aushändigen, in denen die bezeichneten Erbeserben erklären, aus der Beteiligung von Frau Katharina St. [REDACTED] an dem Grundstück keine Ansprüche gegen ihn herzuleiten.

2. Nach den Aussagen der Klägerin zu 2 und ihres Bruders in Verbindung mit dem Umstand, daß selbst Xaver W. [REDACTED] im Januar 1940 nicht mehr Frau St. [REDACTED], sondern die Klägerinnen als Berechtigte angesehen hat, ist es zwar unwahrscheinlich, daß ein anderes Gericht zu einer von dem Berufungsurteil abweichenden Beweismwürdigung gelangen könnte.

Gegen ein echtes Sicherungsbedürfnis und damit gegen ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten aus § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB spricht außerdem, daß er gegenüber Ka St. [REDACTED] und Karola H. [REDACTED] persönliche Einwendungen aus § 242 BGB haben könnte. Karla St. [REDACTED] mußte sich - abgesehen von den Wirkungen der Streitverkündung - wohl gegenhalten lassen, daß ihr Erblasser, der Bruder der Klägerinnen, die Abtretung nicht in Zweifel gezogen und durch seine Aussage sogar wesentlich zur Verurteilung Beklagten beigetragen hat. Karola H. [REDACTED], die in diesem Streit auf der Seite des Beklagten gestanden hat, darf mit seiner Inanspruchnahme mindestens deshalb gegen Treue und Glauben verstoßen, weil der Beklagte unter Berufung auf ihr Zeugnis und unter Vorlage der von ihr erstellten Abrechnungen alles vorgetragen hat, was sie selbst, im Jahre 1939 erst 16jährig, allenfalls zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen konnte, und weil er unter diesen Umständen keine Veranlassung zu sehen brauchte und auch nicht gesehen hat, ihr, wie in der Revisionsinstanz die Witwe Karla St. [REDACTED], den Streit zu verkünden.

Dafür, daß neue Tatsachen bekannt werden könnten, die die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts in Frage zu stellen vermöchten, besteht kein Anhalt. Die unmittelbar beteiligt gewesenen Personen sind, von den Klägerinnen abgesehen, verstorben, und seit der vom Berufungsgericht festgestellten Abtretung sind schon über 30 Jahre vergangen.

3. Dennoch handelt der Beklagte als Testamentsvollstrecker mit der Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht arglistig. Es ist schon zweifelhaft, ob Fritz W. sich an seiner nur öffentlich beglaubigten Erklärung vom 25. August 1961, er verzichte als Nacherbe seiner Mutter zugunsten der Klägerinnen auf den gegebenenfalls auf ihn entfallenden Erbanteil, festhalten lassen müste (§§ 1947, 2033, 2040 BGB). Außerdem muß dem Beklagten zugestanden werden, jede mögliche Vorsorge dagegen zu treffen, wegen der hier strittigen Ansprüche in einen neuen Prozeß verwickelt zu werden, mögen auch die Aussichten für ihn, in einem solchen Prozeß zu obsiegen, noch so groß sein.

Auf diese Belange des Beklagten müssen auch die Klägerinnen Rücksicht nehmen. Es ist für sie nicht unzumutbar, die bezeichneten Erbeserben zu einer Erklärung des oben 1 gekennzeichneten Inhalts aufzufordern und, wenn sie dieser Aufforderung trotz der rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts über die Abtretung nicht nachkommen sollten, im Klagewege gegen sie vorzugehen. Sollten die Klägerinnen damit noch weiter um ihr Recht streiten müssen, so hätten sie dies dem Umstand zuzuschreiben, daß sie sich von ihrer Mutter keine Abtretungsurkunde haben ausstellen lassen und daß die Erklärungen ihrer Ge-

schwister vom 23. und 26. Dezember 1939, für sich allein betrachtet, zu Mißdeutungen Anlaß geben. Für alles das sind Xaver W[REDACTED] und der Beklagte als sein Testamentsvollstrecker nicht verantwortlich. Daß selbst Xaver W[REDACTED] im Januar 1940 nicht mehr Frau St[REDACTED], sondern die Klägerinnen als Berechtigte angesehen hat, ist in diesem Zusammenhang nur von untergeordneter Bedeutung; denn das ist lediglich bei der Abfassung eines Vertragsentwurfs geschehen, den die Beteiligten nicht unterzeichnet haben.

Die Klägerinnen können dem Beklagten nicht mit Erfolg entgegenhalten, daß er sein Leistungsverweigerungsrecht erst mit der Berufungsbegründung geltend gemacht hat (§ 52 Abs. 1 ZPO).

Es ist auch ohne Belang, daß der Beklagte in der Berufungsbegründung nicht von Erklärungen der Erbesorben, sondern nur von einer "von der Witwe St[REDACTED] ausgestellten Abtretungsurkunde" gesprochen hat. Er konnte sich, um sein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen, an den Wortlaut von § 410 Abs. 1 Satz 1 BGB anlehnen. Demgegenüber wäre es allein die Sache der Klägerinnen gewesen, Erwägungen darüber anzustellen, welche Folgerungen sich daraus ergaben, daß sie sich von ihrer Mutter keine Urkunde über die Abtretung hatten ausstellen lassen.

4. Danach kann der Beklagte in entsprechender Anwendung von § 274 BGB (vgl. BGB-RGRK, 11. Aufl., § 410 Anm. 2) nur zur Leistung Zug um Zug gegen Aushändigung der genannten Erklärungen verurteilt werden.

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO.

Dr. Nörr

Dr. Schulze

Fleck

Stimpel

Dr. Schubath