

28

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 116/70

URTEIL

Verkündet am
22. März 1972
W e r n e r ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Elisabeth B [REDACTED], H [REDACTED]-A [REDACTED],
D [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hinrich H [REDACTED], A [REDACTED] Nr. [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. März 1972 unter Mitwirkung der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 27. November 1969 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister. Zusammen mit zwei weiteren Geschwistern und ihrer Mutter haben sie ihren am 24. Dezember 1961 verstorbenen Vater beerbt. Die nicht an diesem Rechtsstreit beteiligten beiden Geschwister haben ihre Erbanteile auf den Beklagten übertragen. Die Klägerin ist Miterbin zu 1/8.

Hinsichtlich eines zum Nachlaß gehörenden Grundstücks haben sich die Erben auseinandergesetzt. Zum Nachlaß gehört weiter ein Gemischtwarengeschäft, das der Beklagte schon zu Lebzeiten seines Vaters für diesen geführt, nach dem Erbfall weiter betrieben und nach der Behauptung der Klägerin seit längerem seinem Sohn überlassen hat. Die Parteien sind sich über die Veräußerung des Geschäfts einig. Die Klägerin verlangt jedoch vorherige Rechnungslegung und Zahlung des sich für sie daraus ergebenden Betrages.

Mit einer im März 1965 eingereichten Klage hat die Klägerin 1. Auskunftserteilung über den Bestand des Gemischtwarengeschäfts und Rechnungslegung über die seit dem Erbfall geführten Geschäfte, 2. Beeidigung der Auskunft und Rechnungslegung, 3. Zahlung des sich für sie ergebenden Guthabenbetrages abzüglich einer bereits geleisteten Zahlung von 3.081 DM und 4. Einwilligung des Beklagten in die Veräußerung des Geschäfts für Rechnung des Nachlasses begehrt. Im Termin vom 14. November 1966 haben die Parteien vor streitiger Verhandlung einen Teilvergleich geschlossen, nach welchem sich der Beklagte verpflichtet hat, Auskunft über den Bestand des Geschäfts per 31. Dezember 1961 zu erteilen, Rechenschaft über die Geschäftsführung seit diesem Zeitpunkt abzulegen und einem von der Klägerin beauftragten Buchsachverständigen Einsicht in die Unterlagen im Geschäft zu gestatten.

Mit der Behauptung, daß der Beklagte seine Verpflichtungen aus dem Vergleich nicht erfüllt habe, leitete die Klägerin gegen ihn Vollstreckungsmaßnahmen ein. Dem Beklagten wurde im Beschwerdeverfahren durch Beschluß des



28

8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 7. Mai 1968 unter Strafandrohung aufgegeben, binnen einem Monat Rechnung zu legen. Am 16. August 1968 erging gegen ihn ein weiterer Geldstrafenbeschluß.

Mit Schriftsatz vom 21. November 1968 hat der Beklagte Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Einwilligung in die Veräußerung des Geschäfts zu verurteilen. Die Klägerin hat eingewendet, der Beklagte müsse zuvor seiner Verpflichtung zur Errichtung eines Verzeichnisses über den Bestand des Geschäfts per 31. Dezember 1961 nachkommen. Außerdem müßten vor der Veräußerung die vorhandenen Waren und das vorhandene Inventar aufgezeichnet und der ihr zustehende Anteil am Reinertrag ausgezahlt werden.

Das Landgericht hat der Widerklage durch Teilurteil vom 27. Februar 1969 stattgegeben. Die Berufung der Klägerin ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin weiterhin die Abweisung der Widerklage.

Entscheidungsgründe:

Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß die den Gegenstand der Widerklage bildende Erbauseinsetzungsklage auch dann zulässig ist, wenn es sich bei dem Gemischtwarengeschäft, dessen Veräußerung der Beklagte begehrt, nicht um den gesamten Nachlaß, sondern nur um einen einzelnen Nachlaßgegenstand handeln sollte. Die Klägerin hatte mit ihrer Klage ihrerseits den Antrag angekündigt, den Beklagten zu verurteilen, der Geschäftsveräußerung zuzustimmen. Sie hatte zwar vorweg die Verurteilung zur

Auskunftserteilung und Rechnungslegung verlangt. Doch hat sie mit dem an letzter Stelle aufgeführten Antrag ihre Zustimmung zur Geschäftsveräußerung nach Auskunftserteilung erkennen lassen. Wenn sie nun davon abgehen und sich auf die Unzulässigkeit einer Teilauseinandersetzung berufen will, muß sie, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, darlegen, welche sonstigen Nachlaßgegenstände vorhanden sind. Das hat sie nicht getan. Im übrigen ist die Geschäftsveräußerung erst eine Maßnahme zur Vorbereitung der Auseinandersetzung; sie schließt nicht aus, daß in der Auseinandersetzung der gesamte Restnachlaß erfaßt wird.

Das Berufungsgericht hat auch zu Recht die Ansicht vertreten, daß die Veräußerung des Geschäfts eine Maßnahme ist, die von dem Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung über die Geschäftsführung unabhängig ist. Es handelt sich demgemäß bei dem von der Klägerin angekündigten Klageantrag, mit dem sie ihrerseits die Zustimmung des Beklagten zur Geschäftsveräußerung begehrte, auch nicht um das letzte Glied einer Stufenklage. Die Klage enthielt zwar insofern eine Stufenfolge, als Auskunftserteilung und Rechnungslegung, alsdann Beeidigung der Auskunft und schließlich Zahlung des sich aus der Rechnungslegung für die Klägerin ergebenden Guthabens verlangt wurde. Das weitere Begehren auf Zustimmung des Beklagten zur Geschäftsveräußerung war jedoch von der Erfüllung dieser Ansprüche unabhängig. Das Berufungsgericht brauchte deshalb auch der in der Berufungsbegründung angeregten Aussetzung des Verfahrens bis zur Beendigung des Verfahrens der Vollstreckungsabwehrklage nicht nachzugehen.

Schließlich ist dem Berufungsgericht auch darin beizupflichten, daß sich die Klägerin nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB berufen kann.

Der Beklagte hat nach den §§ 2042, 753 BGB das Recht, jederzeit die Auseinandersetzung zu verlangen. Der Miterbe soll, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, nicht genötigt sein, gegen seinen Willen Mitglied der Erbengemeinschaft zu bleiben. Andererseits ist der Beklagte auf Grund der von ihm übernommenen Geschäftsführung nach § 666 BGB sowie gemäß dem von ihm mit der Klägerin am 14. November 1966 abgeschlossenen Teilvergleich zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung verpflichtet. Die Klägerin hat gegen ihn zwecks Erfüllung dieser Verpflichtung mehrfach mit Erfolg Vollstreckungsmaßnahmen ergriffen. Es könnte daher fraglich sein, ob der Beklagte nicht jedenfalls insoweit, als er sich gegenüber der Klägerin vergleichsweise verpflichtet hat, Auskunft zu erteilen und Rechenschaft über seine Geschäftsführung zu legen, vorleistungspflichtig ist oder treuwidrig handelt, wenn er vor Erfüllung der von ihm vorbehalten eingegangenen Verpflichtung die Zustimmung zur Veräußerung des Geschäfts begehrt. Das könnte umsomehr gelten, als sich der Beklagte in dem Teilvergleich verpflichtet hat, einem von der Klägerin beauftragten Buchsachverständigen Einsicht in die Unterlagen im Geschäft zu gewähren, die Erfüllung dieser Verpflichtung aber durch eine Veräußerung des Geschäfts erschwert werden könnte, zumal dann, wenn mit der Veräußerung die Geschäftsbücher auf den Erwerber übergehen, was nicht ausgeschlossen ist (vgl. Würdinger in Staubs HGB-Ktr. 3. Aufl. 1967 Anm. 10 zu § 22).

Doch kann dies dahinstehen, da die Klägerin inzwischen anerkannt hat, daß der Beklagte die im Vergleich vom 14. November 1966 übernommenen Verpflichtungen erfüllt hat. Das ergibt sich aus dem von dem Beklagten im Revisionsrechtszug überreichten Beschluß der 3. Zivilkammer des Landgerichts Stade vom 19. April 1971 - 3 O 102/69 - . Die von der Klägerin nicht in Abrede genommene und keines weiteren Beweises bedürftige Tatsache des Anerkenntnisses der Vergleichserfüllung kann aus Gründen der Prozeßwirtschaftlichkeit im Revisionsrechtszug nicht unberücksichtigt bleiben (vgl. dazu die Entscheidung des erkennenden Senats in BGHZ 53, 128, 130 ff). Hat der Beklagte aber seine Verpflichtung aus dem Teilvergleich erfüllt und für die Zeit bis zum Jahre 1967 Rechnung gelegt, dann kann sein Begehren, die Klägerin solle der Geschäftsveräußerung zustimmen, nicht als treuwidrig bezeichnet werden. Die Klägerin kann ihre Zustimmung nicht davon abhängig machen, daß der Beklagte seine Verpflichtung zur weiteren Rechnungslegung erfüllt, da diese bis zur Veräußerung des Geschäfts weiterbesteht, somit vor der Veräußerung keinen endgültigen Abschluß finden kann. Die Klägerin würde andernfalls dem Beklagten sein Recht auf jederzeitige Auflösung der Erbengemeinschaft in einer unangemessenen Weise schmälern. Daß die Klägerin ihre Zustimmung auch nicht von der vorherigen Auszahlung des auf ihre Erbquote entfallenden Anteils am Ertrag des Geschäfts abhängig machen kann, hat das Berufungsgericht zutreffend dargelegt. Demgemäß ist ein Zurückbehaltungsrecht der Klägerin nicht mehr gegeben.

Anders liegt es, worauf das Berufungsgericht zutreffend hingewiesen hat, soweit die Verteilung des Überschusses in Rede steht. Insoweit hat die Feststellung des Bestandes und der Nutzung des Nachlasses der Auseinander-

28

setzung voranzugehen (vgl. KG NJW 1961, 733 unter I; Erman/Bartholomeyczik, BGB 4. Aufl. Anm. 7 zu § 2042 a.E.). Die Klägerin braucht daher der Verteilung des Überschusses nicht zuzustimmen, solange mangels gehöriger Auskunftserteilung und Rechnungslegung durch den Beklagten nicht feststeht, ob der Bestand des Nachlasses vollständig erfaßt ist und wie hoch der der Erbengemeinschaft zustehende Reinertrag ist.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz