

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

- - - - -

Gesetz: ZPO §§ 33, 253, 260, 529

Rechtssatz: In Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ist eine eventuelle Widerklage dann als zulässig zu erachten, wenn der Hauptantrag des Beklagten auf Abweisung der Klage und sein Hilfsantrag auf Verurteilung des Klägers nach der Widerklage in einem wirklichen Eventualverhältnis stehen.

Aktenzeichen: IV ZR 30/56

Urteil des BGH vom 30. Mai 1956

OLG Köln

Verkündet
am 30. Mai 1956
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Jakob E [REDACTED] in K [REDACTED]-M [REDACTED], D [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED] -

g e g e n

den Landwirt Wilhelm E [REDACTED] in K [REDACTED]-M [REDACTED], D [REDACTED]
Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 23. Mai 1956 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske, Johannsen,
Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
6. Dezember 1955 aufgehoben, soweit die Widerklage
abgewiesen und über die Kosten der Berufung ent-
schieden ist. In diesem Umfang sowie zur Entschei-
dung über die Kosten der Revision wird der Rechts-
streit an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision des Beklagten gegen
das genannte Urteil mit der Maßgabe zurückgewiesen,
daß unter entsprechender Änderung des an Verkündungs

- 2 -

Statt am 16. November 1954 zugestellten Urteils der 7. Zivilkammer des Landgerichts in Köln die Unwirksamkeit der Verträge – UR Nr 331/49 und Nr 332/49 –, die die Parteien am 24. März 1949 vor dem Notar Dr.Jovy in Köln geschlossen haben, festgestellt wird.

Von Rechts wegen

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Parteien sind Brüder und mit zwei weiteren Geschwistern die Kinder des im Jahre 1934 verstorbenen Brennereibesitzers Josef E. und seiner im Jahre 1941 verstorbenen Ehefrau Elise geb. K., die vor 1900 die Ehe eingegangen waren, ohne einen Ehevertrag zu schließen, und in M. bei K., später K.-M., lebten. Am 31. Mai 1932 schlossen die Eltern einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre vier Kinder, darunter die Parteien, zu Nacherben des Erstversterbenden und Erben des Letztversterbenden einsetzten und den Beklagten zum Testamentsvollstrecker des Erstversterbenden bestellten.

Den Eltern der Parteien oder auch nur dem Vater allein - das ist im einzelnen streitig - gehörte eine Brennerei sowie sonstiges Grundeigentum. Darunter befand sich das Anwesen D. Straße in K.-M., für dessen einen Teil (Flur Nr. 14/143) seinerzeit der Vater der Parteien als Eigentümer im Grundbuch eingetragen war (Grundakten Bd. 6 Bl. 57, Bestandsverzeichnis Nr. 1, später fortgeschrieben unter Nr. 37 bis 40 und nunmehr bezeichnet als Flur Nr. 43/1,2,3,4). Für einen anderen Teil dieses Anwesens (Flur Nr. 46) waren die Eltern der Parteien - in gesetzlicher Gütergemeinschaft - im Grundbuch als Eigentümer eingetragen (Grundakten Bd. 122 Bl. 62, Bestandsverzeichnis Nr. 2). Ferner war u.a. ein in R. bei K. gelegener Acker (Flur Nr. 36) vorhanden, der zusammen mit einem anderen Grundstück im Jahre 1939 im Umlegungsverfahren an die Stelle von Grundstücken getreten war, als deren Eigentümer früher die Eltern - in gesetzlicher Gütergemeinschaft des Rheinischen Rechts - eingetragen waren (Grundakten Bd.).

Bl 5825, Bestandsverzeichnis Nr 36).

Nach dem Tode der Mutter der Parteien stellte das Nachlaßgericht dem Beklagten zunächst ein Testamentsvollstreckerzeugnis für den Nachlaß beider Eltern aus, doch wurde dieses im Jahre 1947 wieder eingezogen und ihm stattdessen ein solches Zeugnis nur für den Nachlaß des Vaters ausgestellt.

Am 24. März 1949 schloß der Beklagte mit dem Kläger vor dem Notar Dr. J. in K. zwei von diesem beurkundete Verträge. In dem ersten (Nr 31/49 des Urkundenregisters) heißt es (Bl 33 GA):

"In Anrechnung auf seinen Erbanteil überträgt hiermit Herr Jakob E. in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker dem Miterben Herrn Wilhelm E. zum Eigentum das im Grundbuch von R.-Land Band 160 Blatt 5825 eingetragene Grundstück: Flur 15, Nummer 36 ... sowie ein Teilgrundstück von etwa 125 Quadratmetern aus dem im Grundbuch von M. Band 122 Blatt 4862 (richtig: Band 96 Blatt 4057, vgl Urteil des Landgerichts S 5, Bl 54 GA) eingetragenen Grundstück: Flur 4, Nummer 2714/143 ... mit den darauf befindlichen Wohngebäuden D. Straße in K.-M. ...

Herr Wilhelm E. nimmt hiermit Vorstehendes an. Die Werte der vorstehend aufgeführten Grundstücke werden für das Grundstück in R.-Land auf 8000,- Deutsche Mark und für das Teilgrundstück D. Straße auf 6000,- Deutsche Mark festgelegt. Herr Jakob E., handelnd wie angegeben, räumt den jeweiligen Eigentümern und Bewohnern des Teilgrundstücks D. Straße das Recht ein, die auf dem Grundstück Flur 2714/143 und 146 befindlichen Klosettanlagen und Waschküche zu benutzen.

Ferner räumt Herr Jakob E. dem Miterben Herrn Wilhelm E. das Recht ein, einen Teil des Gartens aus dem Grundstück Flur 4, Nummer 2714/143 und 146, ... und zwar den Teil des Grundstücks,

den er zur Zeit als Garten benutzt, unentgeltlich bis an sein Lebensende zu bewirtschaften.

Im übrigen werden diesem Vertrage folgende Bedingungen zugrunde gelegt:

1. Die Übertragung erfolgt in dem Zustande, wie sich der Grundbesitz bei der Auflassung befindet, hypotheken- und grundschuldenfrei,
2. Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr gehen mit dem 1. April 1949 auf den Erwerber über,
3. Die mit dieser Urkunde jetzt und in der Folge verbundenen Kosten trägt der Nachlaß.

Die Auflassung des hier übertragenen Grundbesitzes und die Eintragung der bestellten Dienstbarkeiten hat nach erfolgter Vermessung zu erfolgen ..."

Der zweite Vertrag (Nr 332/49 des Urkundenregisters) enthält die folgenden Bestimmungen (Bl 33 GA):

"Der Erschienene zu 1, Herr Wilhelm E. überträgt seinen Anteil am Nachlaß seiner verstorbenen Eltern ... dem dies annehmenden Erschienenen zu 2, Herrn Jakob E.

Der Bestand der Nachlaßmasse ist dem Erwerber genau bekannt.

Der Veräußerer braucht für dasjenige, was er aus dem Nachlaß bisher erhalten hat, keinen Ersatz zu leisten, kann aber auch für die von ihm etwa auf den Nachlaß gemachten Aufwendungen keinen Ersatz beanspruchen.

Der Gegenwert für die Übertragung des Erbanteils beträgt 45.000,- ... Deutsche Mark. Derselbe ist mit vier vom Hundert fürs Jahr zu verzinsen. Die Zinsen sind zahlbar nachträglich am ersten eines jeden Kalendervierteljahres, zuerst am 1. Juli 1949 für die bis dahin abgelaufene Zeit.

Der Kaufpreis ist seitens des Verkäufers bis 1. Januar 1951 unkündbar, von da ab steht dem Verkäufer das Recht zu, alle zwei Jahre auf den Kaufpreis die Zahlung von Teilbeträgen bis zu 5.000,- ... Deutsche Mark, nach einer vorhergegangenen Kündigung von drei Monaten, zu fordern.

Dem Käufer steht das Recht zu, den Kaufpreis jederzeit ganz oder in Teilbeträgen von mindestens 500, ... Deutsche Mark zu zahlen.

Alle Zahlungen sind zu leisten in der jeweiligen Wohnung des Verkäufers.

Aufrechnung ist ausgeschlossen, soweit nicht zwingende Gesetzesvorschriften dieser Ausschließung entgegenstehen.

Der Käufer unterwirft sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde.

Zur Sicherheit des Kaufpreises von 45.000,- Deutsche Mark samt Zinsen verpfändet Herr Jakob E. dem Herrn Wilhelm E. seine gesamten Erbteile, die er am Nachlaß seiner Eltern ... hat.

Herr Wilhelm Esser nimmt vorstehende Verpfändung an.

Es wird darauf hingewiesen, daß der Grundbesitz, der in der heute vor dem beurkundeten Notar unter Urk.-R.-Nr. 331 für 1949 getätigten Urkunde an Herrn Wilhelm E. übertragen worden ist, aus der Nachlaßmasse ausgeschieden ist.

Die mit dieser Urkunde entstehenden Kosten tragen die Parteien zu je 1/2.

Die Beteiligten nehmen Vorstehendes gegenseitig an. ..."

Am 24. Februar 1951 fand die Auflassung der in dem Vertrag Nr 331/49 genannten Grundstücke - darunter des von dem Grundstück K-M Flur 4 Nr 2714/143 abgetrennten Grundstücks Flur 4 Nr 143/3 - an den Kläger statt. Er wurde jedoch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen (Bd 100, 115 Grundakten Bl 5825). Die Miterben versagten dem Vertrag ausdrücklich ihre Zustimmung. Die Schwester der Parteien, Frau Elisabeth M., und ihr Ehemann taten das bereits am 6. Mai 1949; beide Miterben erklärten ihre Weigerung später noch mehrmals.

Infolge von Streitigkeiten über die Verwaltung des

Nachlasses, die zu zahlreichen Prozessen führte, wurde der Beklagte im Jahre 1952 auch als Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Vaters abberufen. Bis zum März 1953 nahm der Kläger von dem Beklagten Zahlungen auf die nach dem Vertrag Nr 332/49 geschuldeten Beträge (Hauptsumme und Zinsen) entgegen, und zwar insgesamt 10 775,- DM. Die zu den Nachlässen der Eltern der Parteien gehörigen Grundstücke wurden alsdann zum Zwecke der Auseinandersetzung der Erbgemeinschaften versteigert. Auf Grund des Zuschlagsbeschlusses vom 18. November 1954 wurden die A [REDACTED] Getreidebrennerei vereinigter Landwirte GmbH in A [REDACTED] als Eigentümerin der Grundstücke D [REDACTED] Straße [REDACTED] und Frau Elisabeth M [REDACTED] als Eigentümerin des Ackergrundstücks in R [REDACTED] im Grundbuch eingetragen (Grundakten Bd 122 Bl 4862, Bestandsverzeichnis Nr 2 bis 6, und Bd 160 Bl 5825, Bestandsverzeichnis Nr 36).

Der Kläger ist in dem vorliegenden Rechtsstreit der von dem Beklagten auch im Zwangsversteigerungsverfahren vertretenen Auffassung entgegengetreten, daß dem Beklagten die Erbteile des Klägers zuständen, und hat beantragt, festzustellen, daß die zwischen den Parteien am 24. März 1949 geschlossenen Verträge Nr 331/49 und 332/49 nichtig seien.

Er hat vorgetragen, der Beklagte habe in der ersten Vereinbarung (Nr 331/49) über Grundstücke verfügt, die beiden Eltern gehört hätten, obwohl er nur Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des Vaters gewesen sei. Da die übrigen Miterben die Vereinbarung nicht genehmigt hätten, sei diese nichtig. Sie bilde aber mit der zweiten Vereinbarung (Nr 332/49) ein unteilbares

Ganzes, denn die in ihr vorgesehene Übertragung der Grundstücke habe einen wesentlichen Teil der Gegenleistung für die in der anderen Vereinbarung vorgenommene Erbteilsübertragung darstellen sollen. Da dieser Zweck nicht erreicht worden sei, sei auch die andere Vereinbarung nichtig. Er, der Kläger, habe ferner die Verträge durch ein an den Beklagten gerichtetes Schreiben vom 27. November 1952 wegen arglistiger Täuschung angefochten. Die Täuschung liege vor allem darin, daß der Beklagte sich als verfügungsberechtigt über den Nachlaß beider Elternteile ausgegeben habe.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat ausgeführt, außer dem Hausgrundstück in K-M, das dem Vater der Parteien schon vor dessen Eheschließung gehört habe, habe auch der Acker in Rondorf, der aus dem Nachlaß der väterlichen Großeltern der Parteien stamme, seinerzeit im Alleineigentum des Vaters gestanden. Die anderslautende Eintragung im Grundbuch sei unrichtig. Er, der Beklagte, habe mithin als Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Vaters über die Grundstücke verfügen können. Die in verschiedenen Urkunden niedergelegten Verträge bildeten auch kein einheitliches Rechtsgeschäft. Bei dem Abschluß der Verträge sei der Kläger, der die Änderung des Testamentsvollstreckerzeugnisses gekannt habe, nicht von ihm, dem Beklagten, getäuscht worden. Außerdem sei die von dem Kläger wegen einer solchen Täuschung erklärte Anfechtung verspätet.

Das Landgericht hat entsprechend dem Klagantrag die Nichtigkeit der beiden Verträge festgestellt.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt und mit dieser sein Ziel, die Abweisung der Klage zu erreichen, weiter verfolgt. Außerdem hat er im zweiten Rechtszug für den Fall des Unterliegens Widerklage erhoben mit dem Antrag, den Kläger zur Rückzahlung der an ihn auf Grund der Vereinbarung Nr 332/49 geleisteten Zahlungen in Höhe von 10 775,- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 31. März 1955 zu verurteilen.

Er hat vorgetragen, auf die Mängel der Vereinbarung Nr 331/49 sei der Kläger schon Ende April 1949 von dem Notar und dessen Bürovorsteher hingewiesen worden.

Gleichwohl habe der Kläger in der Folgezeit die Zahlung von Zinsen sowie Leistungen auf die Hauptsumme auf Grund der Vereinbarung Nr 332/49 widerspruchslos entgegengenommen. Er habe also jedenfalls diese bestätigt. Die Vereinbarungen verstießen nicht gegen die guten Sitten und seien auch nicht wucherisch. Der Gegenwert, der dem Kläger für die Übertragung der Erbteile habe zufließen sollen, sei angemessen gewesen, zumal da er, der Beklagte, weitere Gegenleistungen dadurch erbracht habe, daß er dem Kläger gegenüber auf den ihn belastenden Anteil an dem Testamentsvollstreckerhonorar, der mit mindestens 10 000,- DM zu bemessen sei, verzichtet habe, über die Verträge hinaus an den Kläger 1000 DM gezahlt und den Zinssatz freiwillig von 4 auf 5 % erhöht habe.

Der Kläger hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen und die Widerklage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, die Nichtigkeit der Vereinbarung über die Grundstücksveräußerung (Nr 331/49) sei

ihm nicht bekannt gewesen, als er von dem Beklagten Zahlungen entgegengenommen habe. Zwar sei ihm mitgeteilt worden, daß der Vertrag, solange nicht die Genehmigung der übrigen Miterben vorliege, schwebend unwirksam sei. Der Bürovorsteher des Notars habe ihm jedoch erklärt, daß die Vereinbarungen trotzdem durchgeführt werden würden; Darauf habe er sich verlassen. Die Zahlungen habe er mit Rücksicht auf seine völlige Mittellosigkeit angenommen, ohne dadurch die Vereinbarungen zu bestätigen. Diese seien schon deshalb sittenwidrig, weil die Veräußerung der Grundstücke an ihn auf Kosten der Nachlässe, also der übrigen Miterben, habe erfolgen sollen, während die Erbanteile des Klägers mit vollem Stimmrecht an den Beklagten hätten gelangen sollen, mittels deren dieser dann innerhalb der Erbgemeinschaft erst recht seine eigenen Interessen habe durchsetzen wollen. Außerdem hätten die Leistungen, die er, der Kläger, habe erhalten sollen, in keinem Verhältnis zu dem Wert seiner auf den Beklagten übertragenen Erbteile gestanden. Ihm, dem Kläger, der damals ohne Einkommen und krank gewesen sei, habe es an der nötigen Erfahrung gefehlt, den wirklichen Wert der Nachlässe einzuschätzen. Ein Testamentsvollstreckerhonorar stehe dem Beklagten im Ergebnis überhaupt nicht zu, weil er sich durch die Führung seines Amtes als Testamentsvollstrecker gegenüber den Miterben schadenersatzpflichtig gemacht habe. Mindestens sei aber der vom Beklagten als Honorar beanspruchte Betrag stark übersetzt. Der mit der Hilfswiderklage geltend gemachte Anspruch des Beklagten sei durch eine von ihm, dem Kläger, in dem Zwangsversteigerungsverfahren erklärte Aufrechnung erloschen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision will der Beklagte die Abweisung der Klage, hilfsweise die Verurteilung des Klägers nach seinem mit der Widerklage gestellten Antrag, erreichen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Beklagte in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des Vaters zu einer Verfügung über die den Eltern gemeinsam gehörenden Grundstücke nicht befugt gewesen sei. Über sie hätten nach § 2040 Abs 1 BGB nur alle Miterben gemeinsam verfügen können. Die von dem Beklagten getroffene Verfügung sei infolgedessen in entsprechender Anwendung des § 177 BGB bis zur Genehmigung der übrigen Miterben schwebend unwirksam gewesen. Da die Genehmigung verweigert worden sei, sei der gesamte erste Vertrag, den die Parteien geschlossen hätten (Nr 331/49), mit rückwirkender Kraft nichtig geworden.

Demgegenüber macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten übergangen, daß die beiden Grundstücke, die nach diesem Vertrag an den Kläger übertragen werden sollten, im Alleineigentum des Vaters der Parteien gestanden hätten, so daß der Beklagte als Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Vaters in vollem Umfang über sie habe verfügen können. Da das Berufungsgericht dieses

Vorbringen nicht beschieden habe, liege der Revisionsgrund des § 551 Nr 7 ZPO vor.

Die Rüge ist unbegründet. Es ist zwar richtig, daß das Berufungsgericht sich mit den hier in Rede stehenden Fragen nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat; ersichtlich wollte es jedoch den Ausführungen des Landgerichts darüber, daß an einigen der in Betracht kommenden Grundstücke auch die Mutter der Parteien als Eigentümerin beteiligt gewesen sei, beitreten, zumal da der Beklagte diese Darlegungen nicht angegriffen hatte. Die Voraussetzungen des § 551 Nr 7 ZPO liegen deshalb nicht vor. Auch sachlich ist die Annahme, daß nicht alle in Betracht kommenden Grundstücke im Alleineigentum des Vaters der Parteien gestanden hätten, nicht zu beanstanden.

Die Eltern der Parteien, die unstreitig keinen Ehevertrag geschlossen hatten, lebten nach dem seinerzeit an ihrem Wohnsitz geltenden gesetzlichen Güterrecht der Art 1400 ff des Code civil. Nach Art 200 EGBGB blieb an sich für sie der Güterstand der gesetzlichen Gütergemeinschaft des Code civil auch über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuches hinaus maßgebend, doch wurde diese Gütergemeinschaft nach Art 218 EGBGB in Verbindung mit Art 56 § 1 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 20. September 1899 (GS 177) in die Fahrnisgemeinschaft der §§ 1549 ff des Bürgerlichen Gesetzbuchs übergeleitet. Sowohl nach Art 1404 Abs 1 Code civil wie nach § 1550 Abs 1, § 1551 BGB fällt in die Gütergemeinschaft oder das Gesamtgut nicht das unbewegliche Vermögen, das ein

Ehegatte bei der Eheschließung oder dem Eintritt der Fahrnisgemeinschaft bereits hat oder das ihm während der Ehe oder der Gemeinschaft durch Erbfolge zufällt.

Die Revision führt nun aus, das Berufungsgericht sei über die Behauptung des Beklagten hinweggegangen, die hier in Betracht kommenden Grundstücke hätten dem Vater der Parteien schon vor dessen Eheschließung gehört, und zwar habe er sie aus dem Nachlaß seiner Eltern im Wege der Erbauseinandersetzung erworben. Damit werden die im ersten Rechtszug aufgestellten Behauptungen des Beklagten jedoch nicht ganz richtig wiedergegeben. Daß der Vater schon vor seiner Eheschließung Grundstückseigentümer gewesen sei, war nur für das Anwesen D [REDACTED] Straße [REDACTED] vorgetragen worden (Bl 22, 29 GA); dem entspricht es, daß auch der Vater allein als Eigentümer des in der Urkunde Nr 331/49 an den Kläger veräußerten Teiles dieses Anwesens im Grundbuch eingetragen war, während allerdings für einen anderen Teil, auf den sich die in der Urkunde vorgesehenen Dienstbarkeiten mit bezogen, beide Eltern in Gütergemeinschaft als Eigentümer eingetragen waren. Was den Acker in R [REDACTED] betrifft, so hatte der Beklagte vorgetragen, daß dieser aus dem Nachlaß der Eltern des Vaters stamme; damit hatte er jedoch nicht gesagt, daß auch der Acker dem Vater schon vor der Heirat zugefallen sei. Nach dem eigenen Vortrag des Beklagten muß vielmehr angenommen werden, daß die Eheschließung des Vaters bereits früher erfolgt war. Nach einer in dem Urteil des Landgerichts erwähnten Erklärung des Vaters der Parteien vom 2. August 1894 gelegentlich der Anlegung des Grundbuchs (Bl 4 R Grundakten Bd 160 Bl 5825), die

auch zum Gegenstand des Verfahrens in der Berufungsinstanz geworden ist, da in dem angefochtenen Urteil auf den gesamten vorgetragenen Akteninhalt Bezug genommen worden ist, hatte der Vater gewisse Grundstücke in R. durch notariellen Akt vom 12. Juli 1890 von seinem Schwager Wilhelm F. käuflich erworben, nachdem dieser sie seinerseits aus einem notariellen Teilungsakt von demselben Tage von den Eltern des Vaters erworben hatte. War dies richtig, so fielen die nach der Heirat der Eltern der Parteien durch Kauf erworbenen Grundstücke in die Gütergemeinschaft. An ihre Stelle sowie an diejenige einiger weiterer Grundstücke ist im Jahre 1939 im Umlegungsverfahren nach § 68 der Reichsumlegungsordnung vom 16. Juni 1937 (RGBl. I, 629) das hier maßgebliche Grundstück Flur 15 Nr 36 sowie ein anderes Grundstück getreten (Bl 93 Grundakten Bd 160 Bl 5825). Demgemäß waren als Eigentümer der im Jahre 1890 erworbenen Grundstücke und der nach der Umlegung an deren Stelle getretenen beide Eltern der Parteien in Gütergemeinschaft als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, von denen allerdings der Vater im Zeitpunkt der Umlegung bereits verstorben war.

Bei dieser Sachlage kann der Beklagte nicht geltend machen, in Wirklichkeit sei allein der Vater der Eigentümer des Ackergrundstücks in R. gewesen. Sein Vorbringen geht dahin, daß die Übertragung der im Jahre 1890 erworbenen Grundstücke damals durch eine von F. veranlaßte Änderung des notariellen Teilungsplanes unmittelbar im Wege der Auseinandersetzung über den Nachlaß der Eltern des Vaters erfolgt sei, wodurch die Grundstücke nicht in die Gütergemeinschaft und später das Ge-

samtgut gefallen wären (Bl 30 GA). Zuzugeben ist, daß die Vorgänge vom 12. Juli 1890 sich möglicherweise so hätten auffassen lassen. Da das aber seinerzeit nicht geschehen ist und insbesondere der Vater selbst den Erwerb als einen Kauf angesehen und auch der Grundbuchrichter kein Bedenken getragen hat, dementsprechend und in Übereinstimmung mit den Angaben des Vaters die Eintragung der Eheleute in Gütergemeinschaft als Eigentümer im Grundbuch vorzunehmen, kann heute keine andere rechtliche Beurteilung dieses 65 Jahre zurückliegenden Tatbestandes mehr Platz greifen. Wie das Landgericht in seiner Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, ist das Grundbuch in jedem Falle nach § 900 BGB richtig geworden; und zwar ist dies infolge des vorher erfolgten Ablaufs der dreißigjährigen Verjährungsfrist bereits geschehen, bevor im Jahre 1939 das Umlegungsverfahren stattfand. Daß die Mutter seinerzeit ebenfalls Eigenbesitz hatte, kann angesichts der im Jahre 1894 abgegebenen Erklärung ihres Ehemannes und der damals allseits über die Eigentumsverhältnisse geteilten Auffassungen entgegen der Annahme der Revision nicht zweifelhaft sein, und es ist davon im Revisionsrechtszug ohne weiteres auszugehen, wenn es auch an einer entsprechenden ausdrücklichen Bestätigung der dahingehenden Auffassung des Landgerichts in dem Berufungsurteil fehlt. Der von dem Beklagten beantragten Beiziehung des Auseinandersetzungsvertrages vom 12. Juli 1890 bedarf es nicht, denn selbst wenn sich daraus ergeben sollte, daß der Erwerb des Ackers seinerzeit nicht durch Kauf, sondern von Todes wegen erfolgte, würde das nichts an der Anwendbarkeit des § 900 BGB ändern. Im übrigen hat der Beklagte nicht angegeben, wo sich der Auseinandersetzungsvertrag, der in den Grundakten

Bd 160 Bl 5825 nicht enthalten ist, befindet. und der Beweisantrag entspricht daher nicht den Vorschriften der §§ 420, 421, 428 oder 432 ZPO.

Nach alledem hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung zutreffend die Annahme zugrunde gelegt, daß sich die in der Urkunde Nr 331/49 niedergelegte Vereinbarung auch auf Grundstücke bezieht, die zum Teil in den Nachlaß der Mutter der Parteien fielen, und über die der Beklagte als Testamentsvollstrecker insoweit nicht verfügen konnte. Jedenfalls für den Acker in R. [REDACTED] trifft das zu. Ob es nicht auch für denjenigen Teil des Anwesens D. [REDACTED] Straße [REDACTED] gilt, für den die Eltern ebenfalls als Eigentümer im Grundbuch eingetragen waren, und auf den sich die nach der Urkunde Nr 331/49 einzutragenden Dienstbarkeiten mit beziehen, kann dahinstehen.

2. Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit des ganzen ersten Abkommens Nr 331/49 daraus hergeleitet, daß der Beklagte nicht über die den Eltern gemeinsam gehörenden Grundstücke verfügen konnte und die am Nachlaß der Mutter beteiligten Miterben ihre Genehmigung zu dieser Verfügung verweigerten. Daran ist richtig, daß infolge der Verweigerung der Genehmigung die in der Auflassung liegende Verfügung über den Acker in R. [REDACTED] keine Wirkung erlangen konnte, gleichgültig, ob die Verweigerung der Auflassung nachfolgte (RGZ 139, 118 [127]) oder ihr vorangegangen war. Ob das auch für die Bestellung der Dienstbarkeiten an dem Grundstück gilt, für das die Eltern gemeinsam als Eigentümer eingetragen waren, mag offen bleiben. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts erfaßte die Nichtigkeit der Verfügung über den Acker jedoch

nicht ohne weiteres die weiter vereinbarte Veräußerung des Teiles des Anwesens D[REDACTED] Straße [REDACTED], der im Alleineigentum des Vaters der Parteien gestanden hatte und über den der Beklagte mithin als Testamentsvollstrecker verfügen konnte. Das Berufungsgericht hat weder diesen Umstand erörtert noch beachtet, daß die Vereinbarung Nr 331/49, die in der über sie errichteten notariellen Urkunde als "teilweise Auseinandersetzung" bezeichnet worden ist, schuldrechtliche Bestandteile enthält und ihre völlige Nichtigkeit schon deshalb nicht unmittelbar aus der mangelnden Verfügungsbefugnis des Beklagten über das seinerzeit den Eltern gemeinsam gehörende Grundeigentum hergeleitet werden kann.

Die Vereinbarung sah vor, daß die Auflassung der Grundstücke erst nach der damals noch nicht erfolgten Vermessung des zu übertragenden Teilgrundstücks von dem Anwesen D[REDACTED] Straße [REDACTED] stattfinden sollte, und diese wurde dann auch nach der Vermessung am 24. Februar 1951 vorgenommen (Bl 100 Grundakten Bd 160 Bl 5825). Trotz des Wortlauts der Urkunde Nr 331/49 ist deshalb anzunehmen, daß in ihr von dem Beklagten nicht schon über die Grundstücke verfügt, sondern vielmehr eine Verpflichtung zu solchen Verfügungen übernommen wurde, während mit der nicht besonders ausgesprochenen Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung der dem Kläger eingeräumten Dienstbarkeiten in der notariellen Vereinbarung Nr 331/49 gleich die Bestellung dieser Rechte selbst verbunden wurde. In der Urkunde Nr 331/49 wurden damit, wie das Berufungsgericht angenommen hat, Gegenleistungen für die in der anderen Urkunde Nr 332/49 vereinbarte und

durchgeführte Übertragung der Erbteile des Klägers an den Nachlässen der Eltern festgesetzt und mithin schuldrechtliche Vereinbarungen getroffen und diese zu einem Teil bereits durchgeführt.

Nicht nur die Urkunde Nr 331/49, sondern auch die Urkunde Nr 332/49 enthält schuldrechtliche und dingliche Elemente. Sie hat nicht nur die Übertragung des Erbteils des Klägers "am Nachlaß" der Eltern - also nicht nur des Nacherbenteils an dem Nachlaß des Vaters, sondern auch des Erbanteils an dem Nachlaß der Mutter - zum Gegenstand, sondern ferner die Verpflichtung des Beklagten zur Entrichtung der Gegenleistung, soweit sie in Geld zu zahlen war, und außerdem, ohne daß das besonders zum Ausdruck gebracht worden ist, die der Übertragung des Erbteils zugrunde liegende Verpflichtung zu ihr.

In dem Berufungsurteil wird nun ausgeführt, die innere Abhängigkeit des Erbteilkaufvertrages von der Grundstücksübertragung liege ganz offensichtlich zutage. Der Betrag von 45.000,- DM, zu dessen Zahlung sich der Beklagte in dem Vertrag Nr 332/49 als Gegenleistung für die Übertragung des Erbteils des Klägers an dem Nachlaß der Eltern verpflichtet habe, habe dem Wert des Erbteils nicht entsprochen, wie die Parteien gewußt hätten. Daß der Kläger zusätzlich die Grundstücke habe erhalten sollen, habe seinen Grund darin, daß er mit 45.000,- DM für seinen Erbteil nicht abgefunden gewesen sei. Andererseits seien die Grundstücke über ihren beträchtlichen Wert hinaus für ihn deshalb von besonderem Interesse gewesen, weil er das von ihm bewohnte Haus mit dem dazugehörigen Garten, diesen zum dauernden Nießbrauch, habe

bekommen sollen. Die beiderseitigen Zuwendungen seien deshalb wechselseitig voneinander abhängig gewesen. Hinzu komme, was besonders ins Gewicht falle, daß allein die Grundstücke dem Kläger sofort hätten zufallen sollen, während er auf die Geldzahlungen noch Jahre hätte warten müssen. Deshalb verbiete es sich auch, anzunehmen, daß der Kläger zur Übertragung seines Erbteils auch dann bereit gewesen wäre, wenn er die Grundstücke nicht erhalten hätte. Daß die Parteien ihre Abmachungen in zwei verschiedenen Urkunden niedergelegt hätten, besage gegenüber ihrem Inhalt, der ganz für ihre innere wirtschaftliche Zusammengehörigkeit spreche, nichts; formalrechtlich habe es den Parteien ratsam erscheinen können, die "teilweise Auseinandersetzung" in einem besonderen Vertrage vorzunehmen.

Aus diesen Ausführungen des Berufungsurteils geht hervor, daß alle schuldrechtlichen Teile der in beiden Urkunden enthaltenen Vereinbarungen zusammengehören und in Wirklichkeit einen einheitlichen Vertrag darstellen.

Die Revision weist darauf hin, daß an den jeweiligen Vereinbarungen Nr 331 und 332/49 nicht dieselben Vertragschließenden beteiligt gewesen seien, denn der Beklagte habe die Vereinbarung Nr 332/49 im eigenen Namen, die Vereinbarung Nr 331/49 dagegen als Testamentsvollstrecker getroffen. Ein einheitliches Rechtsgeschäft liege daher nicht vor. Schon die Niederlegung der vertraglichen Abreden in verschiedenen Urkunden begründe die Vermutung, daß die Geschäfte nach dem Vertragswillen der Parteien als

verschiedene selbständige Verträge hätten gelten sollen. Zur Widerlegung dieser Vermutung reiche weder der gleichzeitige Abschluß der Geschäfte noch ein wirtschaftlicher Zusammenhang aus, vielmehr sei ein rechtlicher Zusammenhang erforderlich. Ein solcher könne hier nicht festgestellt werden.

Die Ausführungen der Revision sind nicht geeignet, den Zusammenhang der in den beiden Urkunden niedergelegten Abreden in dem dargelegten Sinne in Frage zu stellen. Daß der Beklagte die eine Vereinbarung hauptsächlich als Testamentsvollstrecker und die andere im eigenen Namen abschloß, steht der Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts nicht entgegen. Wenn die Vereinbarungen in verschiedenen Urkunden niedergelegt wurden, so mochte das nach der Lebenserfahrung zunächst dafür sprechen und die Vermutung begründen, daß sie nach dem Vertragswillen der Parteien als verschiedene selbständige Geschäfte gelten sollten (RGZ 79, 434 [439]). Diese Vermutung ist hier jedoch, was den Zusammenhang der schuldrechtlichen Teile der Vereinbarungen Nr 331 und 332/49 betrifft, nach den von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen widerlegt. Da die Übereignung der Grundstücke einen Teil der Gegenleistungen für die Übertragung der Erbteile bilden sollte, besteht nicht nur ein wirtschaftlicher, sondern ein rechtlicher Zusammenhang zwischen beiden.

3. Der Umstand, daß die Urkunden Nr 331 und 332/49 schuldrechtliche und dingliche Abreden enthalten, die im Verhältnis des Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfts zueinander stehen, führt dazu, daß wegen der Nichtigkeit eines Teiles der dinglichen Vereinbarungen

nicht auch die gesamten sonstigen Abreden ohne weiteres nach § 139 BGB als nichtig angesehen werden können, denn im Verhältnis zwischen dem Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft ist § 139 BGB nur ausnahmsweise anwendbar (LM § 1a KWVO Nr 3). Der festgestellte Sachverhalt ergibt jedoch, daß alle diese Abreden auch dann, wenn § 139 BGB nicht herangezogen wird, mindestens als unwirksam bezeichnet werden können. Das ist für die einheitliche schuldrechtliche und die dinglichen Vereinbarungen gesondert darzulegen.

a) Bedenken dagegen, daß der schuldrechtliche Vertrag in allen Teilen wirksam zustande kam, könnten sich zunächst daraus ergeben, daß der Beklagte beim Abschluß der Vereinbarung Nr 331/49 als Testamentsvollstrecker handelte, wobei er sich freilich andererseits in gewissem Umfang auch wieder persönlich in den Vertrag einbeziehen ließ, da die Übertragung der Grundstücke in Anrechnung auf seinen Erbteil erfolgen sollte. Als Testamentsvollstrecker konnte er Verbindlichkeiten für den Nachlaß nur eingehen, soweit sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich waren (§ 2206 Abs 1 Satz 1 BGB), andernfalls lediglich er persönlich nach § 179 BGB haftete. Nach der in der Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen zutreffenden Auffassung ist dieses Erfordernis jedoch nicht im objektiven Sinne zu verstehen; vielmehr wird der Nachlaß schon dann verpflichtet, wenn der Gläubiger ohne Fahrlässigkeit annehmen durfte, daß der Testamentsvollstrecker im Rahmen der ihm obliegenden ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses handle (RGZ 83, 348 353; RG HRR 1929 Nr 2004; RGRK BGB 10. Aufl § 2206 Anm 2 406; Staudinger BGB 10./11. Aufl § 2206 Anm 10, 11 1074).

Daß die von dem Beklagten als Testamentsvollstrecker eingegangene Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, das nicht voll zu dem verwalteten Nachlaß gehörte, dessen ordnungsmäßiger Verwaltung widersprach, ist offensichtlich. Ob jedoch dem Kläger deshalb, weil er dies nicht erkannte, der Vorwurf der Fahrlässigkeit gemacht werden kann, ist zweifelhaft und muß im Revisionsrechtszug offen bleiben, da es an ausreichenden tatsächlichen Feststellungen darüber fehlt. Wenn der Kläger auch nach der Behauptung des Beklagten gewußt haben soll, daß dieser nur Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des Vaters war (Bl 23 GA), und wenn auch aus dem Grundbuch hervorgeht, daß ihm hier Grundstücke veräußert wurden, die nicht sämtlich im Alleineigentum des Erblassers gestanden hatten, so könnte es doch bedenklich sein, dem Kläger einen Schuldvorwurf zu machen, da sogar der die Verträge beurkundende Notar damals den Beklagten als Verfügungsberechtigten ansah. Es ist hier deshalb davon auszugehen, daß das angeführte Bedenken gegen die Gültigkeit der von dem Beklagten als Testamentsvollstrecker getroffenen Vereinbarungen nicht durchgreift.

Nach § 313 Satz 1 BGB bedurfte der gesamte schuldrechtliche Vertrag, da in ihm eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an Grundstücken übernommen worden war, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung; ob diese Form auch nach § 2371 BGB erforderlich war, mag dahinstehen. Daß die einheitliche Vereinbarung in zwei voneinander unabhängigen Urkunden notariell beurkundet wurde, wobei zwar diejenige über die Erbteilsübertragung (Nr 332/49) einen ausdrücklichen Hinweis auf die andere (Nr 331/49) enthält, nicht aber umgekehrt, läßt weiter die Frage auftau-

chen, ob hier überhaupt das Formerfordernis eingehalten worden und die gesamte schuldrechtliche Vereinbarung nicht schon wegen Verletzung zwingender Formvorschriften nichtig ist (RGZ 97, 219 /220/; RG Warn 1912 Nr 247; 1922 Nr 123; RGRK BGB 10. Aufl § 313 Anm 2 /590/). Es würde, wie in der letzten der angeführten Entscheidungen hervorgehoben wird, darauf ankommen, ob der rechtliche Zusammenhang der Verträge aus dem Inhalte der notariellen Vertragsurkunden, sei es auch nur in Verbindung mit sonstigen Umständen, im Wege der Auslegung zu entnehmen ist. Das kann jedoch ebenfalls auf sich beruhen, wie auch die Frage der Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB mangels ausreichender tatsächlicher Feststellungen offen bleiben muß. Aus dem von den Parteien vorgetragenen und dem festgestellten Sachverhalt geht nämlich hervor, daß die gesamten Vereinbarungen, soweit sie nicht von vornherein nichtig waren, jedenfalls aus anderen Gründen nicht die von den Parteien seinerzeit gewollten Rechtswirkungen äußern.

Als die an dem Nachlaß der Mutter der Parteien beteiligten Miterben ihre Zustimmung zu der Veräußerung des Ackergrundstückes in R. an den Kläger verweigert hatten, war dem Beklagten die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung, das Eigentum an diesem Grundstück auf den Kläger zu übertragen, unmöglich geworden. Diese Unmöglichkeit hat der Beklagte gegenüber dem Kläger zu vertreten, denn vornehmlich er, der hier in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des Vaters auftrat und nach den getroffenen Feststellungen viel geschäftsgewandter als der Kläger war, mußte sich, bevor er Grundstücke veräußerte, über seine Verfügungs-

befugnis unterrichten. Der Kläger hatte aber, wie dem Berufungsurteil weiter zu entnehmen ist, an der Durchführung der Vereinbarung nur ein Interesse, falls er die beiden Grundstücke erhielt, die ihm zufallen sollten. Wenn sich dagegen gerade dieser Teil des Abkommens als nicht voll durchführbar erwies - mochte die Unmöglichkeit, ihm das Eigentum zu verschaffen, sich auch nicht gerade auf das von ihm bewohnte Haus, sondern den Acker beziehen -, so war für ihn eine wesentliche Grundlage der Vereinbarung entfallen. Er hatte deshalb nach § 325 Abs 1 Satz 2 BGB das Recht, von dem ganzen Vertrage zurückzutreten, und er hat, wie der gesamte Sachverhalt ergibt, von diesem Recht Gebrauch gemacht, und zwar spätestens durch die Erhebung der Klage, mit der er von den Vereinbarungen loszukommen trachtete. Dadurch ist die gesamte schuldrechtliche Vereinbarung, die in den beiden notariellen Urkunden niedergelegt ist, zum Erlöschen gebracht worden, sofern sie überhaupt zunächst zur Entstehung gelangt war, so daß sie mindestens als jetzt nicht mehr wirksam zu bezeichnen ist.

b) Von den dinglichen Verfügungen, die in den Vereinbarungen getroffen worden sind, entbehren die in der Urkunde Nr 331/49 niedergelegten, die die Bestellung von Dienstbarkeiten an Grundstücken vorsehen, schon deshalb der Wirksamkeit, weil die Grundstücke, die belastet werden sollten, vor der Eintragung der Belastungen im Grundbuch im Wege der Zwangsversteigerung auf die A [REDACTED] Getreide-Brennerei GmbH übergegangen sind und eine Eintragung der Rechte im Grundbuch deshalb nicht mehr in Betracht kommt. Auch diese Verfügungen können infolgedessen als unwirksam bezeichnet werden.

Was schließlich die Übertragung der Erbteile des Klägers auf den Beklagten betrifft, so würde zwar an sich dieses nach § 2033 Abs 1 BGB wirksam zustande gekommene dingliche Geschäft von der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des ihm zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäfts nicht berührt werden, vielmehr würde sich daraus grundsätzlich nur ein schuldrechtlicher Bereicherungs- oder Rückgewähranspruch ergeben. Einen derartigen Anspruch braucht der Kläger jedoch unter den vorliegenden besonderen Umständen nicht mehr geltend zu machen, um seine frühere Rechtsstellung wiederzuerlangen. Unstreitig sind nämlich inzwischen die Grundstücke, aus denen die Nachlässe der Eltern der Parteien im wesentlichen bestanden, zum Zweck der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaften zur Zwangsversteigerung gekommen. Der Anspruch des Klägers geht jetzt dahin, daß der Beklagte der Verteilung des Versteigerungserlöses derart zustimme, wie es der Rechtslage vor der am 24. März 1949 vorgenommenen Erbteilsübertragung entsprach, wobei im einzelnen die in dem Verteilungstermin vom 17. Januar 1955 für den Fall eines Obsiegens des Klägers in dem vorliegenden Prozeß getroffenen Vereinbarungen zu beachten sind (Bl 133 ff BA 88 K 77/53). Eine besondere Rückübertragung der Erbteile ist praktisch ohne Bedeutung und kommt nicht mehr in Betracht, und unbedenklich läßt sich deshalb nunmehr auch die - im Ergebnis eingetretene - Unwirksamkeit des die Erbteilsübertragung betreffenden Teiles der Vereinbarungen vom 24. März 1949 feststellen.

4. Dafür, daß die getroffenen Vereinbarungen später von den Parteien formgerecht bestätigt worden seien,

liegt nichts vor; auf die in dem Berufungsurteil enthaltenen Ausführungen, in denen eine solche Bestätigung verneint wird, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

In dem angefochtenen Urteil wird ferner ausgeführt, es verstoße nicht gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger die Vereinbarungen vom 24. März 1949 als nichtig bezeichne, obwohl er von dem Beklagten Zahlungen entgegengenommen habe, die dieser an ihn gemäß der in der Urkunde Nr 332/49 übernommenen Verpflichtung geleistet habe. Der Kläger habe in der mündlichen Verhandlung glaubhaft und von dem Beklagten unwidersprochen versichert, daß er einem an ihn herangetragenen Zweifel an der Durchführbarkeit der Verträge keinen Raum gegeben habe, sondern sich auf die Zusicherung des Bürovorstehers des Notars, die Grundstücksübertragung sei durchführbar, verlassen habe. Ohne klare Kenntnis von der Nichtigkeit der Verträge habe er Zahlungen auf das Entgelt für den Verkauf des Erbteils, auf die er wirtschaftlich angewiesen gewesen sei, entgegennehmen dürfen.

Die Revision meint, daß das Berufungsgericht sich mit der erwähnten Erklärung des Klägers in der mündlichen Verhandlung nicht habe begnügen dürfen. Daß der Beklagte ihr in der Verhandlung nicht widersprochen habe, sei belanglos. Das Berufungsgericht habe zu Unrecht nicht dem Beweisantrag des Beklagten stattgegeben, den Notar und den Bürovorsteher darüber zu vernehmen, daß dem Kläger die Mängel des Vertrages Nr 331/49 bekannt gewesen seien (Bl 82 GA).

Ob diese verfahrensrechtliche Rüge begründet wäre, wenn es, wie das Berufungsgericht meint, erheblich wäre, daß der Kläger bei der Entgegennahme der Zahlungen noch keine volle Klarheit über die Undurchführbarkeit der Vereinbarungen vom 24. März 1949 erlangt hatte, kann dahinstehen. Denn auch wenn man davon ausgeht, daß der Kläger bei dem Empfang der Zahlungen bereits wußte, die Vereinbarung würde sich nicht verwirklichen lassen, läßt sich sein Verhalten nicht so auffassen, daß er sich damit der sich für ihn aus der Rechtslage ergebenden Befugnisse begab; insbesondere wurde damit das ihm nach § 325 Abs 1 Satz 2 BGB zustehende Rücktrittsrecht nicht hinfällig. Denn auch wenn die in der Urkunde Nr 332/49 enthaltene persönliche Zahlungsverpflichtung des Beklagten entfiel, so hatte dieser jedenfalls in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des Vaters dem Kläger als Miterben noch Zahlungen zu leisten, mit denen sich dann die hier entrichteten auf die eine oder andere Weise verrechnen ließen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Kläger wirtschaftlich auf die Zahlungen angewiesen war. Da er darauf vertrauen durfte, daß der Beklagte ihm seinen Anteil am Nachlaß des Vaters in irgendeiner Form zugute kommen lassen würde, dieser aber auf der Durchführung der Vereinbarung bestand, konnte er zunächst die unter Berufung auf die Vereinbarung ihm zugewendeten Beträge ohne Preisgabe seiner Rechte annehmen.

II.

1. Das Berufungsgericht hat die nur für den Fall des Erfolges der Klage erhobene Widerklage als unstatt-

haft angesehen und deshalb den unter dieser Voraussetzung gestellten Antrag des Beklagten, den Kläger zur Rückzahlung der ihm von dem Beklagten auf Grund der Vereinbarung Nr 332/49 geleisteten Beträge mit Zinsen zu verurteilen, zugleich mit der Zurückweisung der Berufung abgewiesen. Es befindet sich damit im Ergebnis, wenn auch nicht in der Begründung, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, das die Zulässigkeit einer eventuellen Widerklage außer in Ehesachen (RGZ 165, 317 /3197) ebenfalls verneint hat (RGZ 40, 331; 126, 18 /207; RG Warn 1920 Nr 122; ebenso Seuffert-Walsmann ZPO 12. Aufl § 33 Anm 4 b /657). Dessen Auffassung hat im Schrifttum Widerspruch gefunden (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl § 33 Anm III 5 b; Baumbach-Lauterbach ZPO 23. Aufl § 253 Anh Anm 2 B /4267; Rosenberg Zivilprozeßrecht 6. Aufl § 61 IV 3 c /2717; Jonas JW 1930, 142 /1437). Darauf beruft sich die Revision, die ebenfalls die hilfsweise erhobene Widerklage für zulässig hält.

In der Tat läßt sich die von dem Reichsgericht vertretene Auffassung nicht uneingeschränkt aufrecht erhalten.

Mit Recht wird allgemein anerkannt, daß die klagende Partei Eventualanträge stellen darf; wobei die Grenzen der Zulässigkeit solcher Anträge hier unerörtert bleiben können. In gewissem Rahmen besteht aber nicht nur ein praktisches Bedürfnis für Eventualanträge des Klägers, sondern auch für solche des Beklagten. Ihm darf die Möglichkeit, sie zu stellen, schon um des Grundsatzes der gleichen Behandlung der Parteien willen nicht allgemein genommen werden. Es darf dies dann nicht geschehen, wenn der Hauptantrag des Beklagten auf Abweisung der Klage und sein Hilfsan-

trag auf Verurteilung des Klägers in einem wirklichen Eventualverhältnis stehen, wenn also der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch nur begründet sein kann, sofern auch das Klagebegehren begründet ist. Dabei darf nicht übersehen werden, daß die durch die Geltendmachung einer solchen eventuellen Widerklage auftretenden Schwierigkeiten zum Teil andere und größere sind, als sie sich bei eventuellen Klaganträgen ergeben können; doch sind sie nicht derart, daß deswegen die in einem echten Eventualverhältnis zur Klage stehende Widerklage als unzulässig bezeichnet werden müßte.

Auszugehen ist zunächst davon, daß es sich bei der eventuellen Widerklage nicht um eine eigentliche Klage handelt, mit der ein besonderes Verfahren eingeleitet wird, sondern um ein in einem bereits anhängigen Verfahren gestelltes Verlangen, das ebensowenig wie der eventuelle Klagantrag die Anhängigkeit des Verfahrens selbst in der Schwebe läßt. Auch unter dem von dem Reichsgericht (RGZ 40, 331) für seine Auffassung angeführten Gesichtspunkt, daß die Rechtshängigkeit der der eventuellen Widerklage zugrunde liegenden Forderung nicht bis zur Entscheidung über die Klage offen bleiben dürfe, besteht kein Unterschied gegenüber dem eventuellen Klagantrag. Der mit ihm geltend gemachte Hilfsanspruch wird sogleich rechtshängig, doch entfällt die Rechtshängigkeit rückwirkend wieder, wenn die Entscheidung über den Hauptanspruch es zu keiner Entscheidung über den Hilfsanspruch mehr kommen läßt (RGZ 117, 112 114; Stein-Jonas-Schönke § 263 Anm I 1; Rosenberg § 61 IV 3a 270). Entsprechendes muß für den mit der eventuellen Widerklage verfolgten Anspruch gelten.

Das Reichsgericht hat jedoch aaO ferner auf die Möglichkeit hingewiesen, daß sich im besonderen bei der eventuellen Widerklage in den höheren Instanzen Unklarheiten ergeben können, die in dieser Art bei dem eventuellen Klagantrag nicht auftreten. Es hat den Fall erörtert, daß der erste Richter den Beklagten nach dem Klagantrage und den Kläger nach dem Antrag der Widerklage verurteilt hat, nur der Beklagte ein Rechtsmittel eingelegt hat und nunmehr im nächsten Rechtszuge die Klage abgewiesen wird; in solchem Falle würde, so meint das Reichsgericht, die Verurteilung des Klägers auf die Widerklage bestehen bleiben, obwohl sie für diesen Fall gar nicht gewollt sei. Ein solches Ergebnis würde der Rechtsstreit jedoch nicht haben können. Das Eventualverhältnis, in dem der Antrag auf Klagabweisung und der Widerklageantrag stehen, muß auch dann zur Geltung kommen, wenn nur der Beklagte das seinen Hauptantrag abweisende und seinem Hilfsantrag stattgebende Urteil angefochten hat; eben wegen der nur eventuellen Geltendmachung des dem Beklagten in der Vorinstanz zuerkannten Eventualanspruchs ist dieser Ausspruch des Urteils von dem Rechtsmittelgericht ohne weiteres aufzuheben, wenn der Beklagte sein im Vordergrund stehendes Ziel, die Abweisung der Klage zu erreichen, vor ihm weiter verfolgt hat und damit durchdringt. Dem Grundsatz des § 536 ZPO widerspricht das nicht, denn der Beklagte selbst hat bei Aufrechterhaltung des Eventualverhältnisses auch in der Rechtsmittelinstanz zum Ausdruck gebracht, daß ihm die Abweisung der Klage mehr bedeutet als die Aufrechterhaltung der Verurteilung des Klägers in Verbindung mit seiner eigenen Ver-

urteilung, und diese ganzen Rechtsbeziehungen sind durch das von ihm eingelegte Rechtsmittel zur Entscheidung des Rechtsmittelgerichts gestellt worden. Auch wenn die Klage, nachdem ihr und der eventuellen Widerklage im ersten Rechtszug stattgegeben war, in der zweiten Instanz wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird, wird die Verurteilung des Klägers auf Grund der Widerklage aufzuheben sein.

Wird die bedingte Widerklage erst im Berufungsrechtszug erhoben, so wird, sofern keine Einwilligung des Gegners vorliegt, die Frage der Sachdienlichkeit besonders sorgfältig geprüft werden müssen; hier besteht also weitgehend die Möglichkeit, Schwierigkeiten zu vermeiden, die mit der Geltendmachung eines Gegenanspruchs des Beklagten durch eine eventuelle Widerklage auftreten könnten. Insbesondere ist es so auch möglich, eine unangemessene Verzögerung der Entscheidung über die Klage zu verhindern, die die nachträgliche, erst im zweiten Rechtszug erfolgende Geltendmachung der eventuellen Widerklage vielleicht zur Folge hätte. Durch Teilurteil dahin zu erkennen, daß der Klage stattgegeben wird, und die Entscheidung über die eventuelle Widerklage vorzubehalten, erscheint jedoch regelmäßig nicht möglich. Das geht schon deshalb nicht, weil es wegen des Abhängigkeitsverhältnisses beider nicht angängig ist, daß die Klage durch Anfechtung der über sie ergangenen Entscheidung in die höhere Instanz gelangt, während die Widerklage noch in der Vorinstanz anhängig bleibt. Nur wenn die Klage im letzten Rechtszug zugesprochen wird, kann eine Entscheidung über sie ohne eine gleichzeitige Entscheidung über die Widerklage angebracht sein.

Alles in allem ergibt sich, daß die bei der Geltendmachung der eventuellen Widerklage zu besorgenden Schwierigkeiten bei richtiger und sachgemäßer Anwendung der Prozeßvorschriften in erträglichen Grenzen gehalten werden können und beim Vorhandensein eines echten Eventualverhältnisses zwischen Klage und Widerklage der Zulassung der eventuellen Widerklage nicht entgegenstehen.

2. Hier liegt ein echtes Eventualverhältnis zwischen Klage und Widerklage vor, da die Forderung, die der Beklagte mit der Widerklage verfolgt, nur bestehen kann, falls die Vereinbarungen vom 24. März 1949 nichtig oder unwirksam sind und der Beklagte sich mit seinem auf Klagabweisung gerichteten Hauptantrag in erster Linie auf den Standpunkt gestellt hat, die Verträge seien gültig. Daß die Klage auf Feststellung, die Widerklage auf Leistung gerichtet ist, beeinträchtigt die Zulässigkeit der eventuellen Widerklage nicht.

Da der Klage im wesentlichen stattzugeben war, kann die in der Zurückweisung der Berufung enthaltene Abweisung der Widerklage nicht aufrecht erhalten werden. Die Begründung, die das angefochtene Urteil für die Unzulässigkeit der eventuellen Widerklage gibt, betrifft in Wahrheit deren Sachdienlichkeit, die von dem Berufungsgericht verneint wird. Darauf aber würde es nur ankommen, wenn nicht nach § 529 Abs 4 in Verbindung mit § 269 ZPO angenommen werden müßte, daß der Kläger in die Erhebung der Widerklage eingewilligt hat; denn er hat sich in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ausweislich der Sitzungs-

niederschrift auf die Widerklage eingelassen und ist ihr sachlich entgegengetreten, ohne der Geltendmachung der Widerklage zu widersprechen (Bl 108, 109 R GA), während er im ersten Rechtszug noch die Erhebung einer Widerklage als unzulässig bezeichnet hatte (Bl 24 GA).

III.

1. Da es zur Entscheidung über die Widerklage weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, mußte der Rechtsstreit in diesem Umfang sowie zur Entscheidung über die Kosten der Revision an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

2. Über die Klage konnte hier jedoch trotz des Eventualverhältnisses zu der noch nicht entscheidungsreifen Widerklage abschließend erkannt werden. Die Revision war mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß nicht die Nichtigkeit, sondern die Unwirksamkeit der Verträge vom 24. März 1949 festgestellt wird. Ein Erfolg des Rechtsmittels liegt darin nicht.

Schmidt Raske Johannsen Scheffler Wüstenberg