

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

Den Parteien an Verkündungs Statt  
zugestellt:

- a) an Klägerin am 24. Januar 1975
- b) an Beklagten am 27. Januar 1975

IV ZR 33/73

Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Berthold L. , O. ,

Beklagten, Revisionsklägers  
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr.   
und Dr. -

gegen

die Ehefrau Frieda L. geb. L. , O. ,

Klägerin, Revisionsbeklagte  
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat  
ohne mündliche Verhandlung am 15. Januar 1975 durch  
die Richter Professor Johannsen, Dr. Bukow, Dr. Buchholz,  
Rottmüller und Dr. Hoegen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die  
Anschlußrevision der Klägerin wird das  
Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandes-  
gerichts Oldenburg vom 20. Dezember 1972  
aufgehoben.

Die Sache wird zur weiteren Verhandlung  
und Entscheidung, auch über die Kosten  
der von beiden Parteien eingelegten Re-  
visionen, an das Berufungsgericht zurück-  
verwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind von ihrem am 5. März 1966 ver-  
storbenen Vater, dem Bauunternehmer Berthold L., testa-  
mentarisch als Erben eingesetzt worden, die Klägerin als  
Nacherbin der vorverstorbenen Mutter zu 3/4 und der Be-  
klagte zu 1/4. Zu dem Nachlaß gehörten mehrere Grund-  
stücke und ein Bauunternehmen, in dem der Beklagte und  
als Buchhalter der Ehemann der Klägerin tätig gewesen  
waren. Über die Grundstücke haben sich die Parteien gemäß

- 3 -

den testamentarischen Anordnungen ihres Vaters auseinandergesetzt. Der Beklagte übernahm außerdem gemäß testamentarischer Anordnung alle Baugeräte und das zur Weiterführung des Baugeschäfts erforderliche Inventar mit Ausnahme der Bürоеinrichtung.

Über die weitere Auseinandersetzung wurde zwischen den Parteien seit dem Jahre 1966 verhandelt. Der Beklagte war bereit, das Baugeschäft weiterzuführen und seiner Schwester, der Klägerin, 3/4 des für den Zeitpunkt des Erbfalls von einem Sachverständigen zu errechnenden Wertes zu zahlen. Eine Einigung kam jedoch nicht zustande. Mit Schreiben seines Rechtsanwalts vom 13. September 1966 ließ der Beklagte der Klägerin mitteilen, daß die restlichen Bauten, die noch für die Firma L. sen. liefen, in etwa vier Wochen abgewickelt sein würden. Da die gesamte Geschäftsführung praktisch in der Hand der Klägerin gelegen habe und auf die Aufforderung im Schreiben seines Anwalts vom 22. August 1966, ihm die Buchhaltung binnen drei Tagen herauszugeben, nichts geschehen sei, habe er kein Interesse mehr, die Buchhaltung zu übernehmen. Über die Firma, die praktisch von der Erbengemeinschaft weitergeführt worden sei, möge nun eine Auseinandersetzung stattfinden. Er habe keine Übersicht darüber, welche Forderungen noch ausstünden. Es sei Sache der Klägerin dafür zu sorgen, daß die noch ausstehenden Gelder möglichst schnell eingingen. Die Treuhand AG in O. möge ersucht werden, eine Auseinandersetzungsbilanz aufzustellen. Dann werde sich zeigen, welche Werte vorhanden seien. Die Parteien verfahren dann so, wie auch schon vorher, daß der Beklagte für die Fortführung der beim Tode des Erblassers noch nicht fertiggestellten Bauvorhaben sorgte, während die Klägerin durch ihren Ehemann die Buchhaltung und die hiermit zu-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



sammenhängenden Büroarbeiten erledigte. Die eingehenden Zahlungen wurden, soweit sie nicht zur Erfüllung von Verbindlichkeiten verwandt wurden, auf Gemeinschaftskonten gutgebracht. Der Beklagte gründete dann im Jahre 1966 unter der Firma L. ein eigenes Bauunternehmen.

Streit besteht zwischen den Parteien vorwiegend über den Stand des nach Abwicklung der Baufirma Berthold L. sen. verbliebenen Vermögens, insbesondere darüber, in welchem Umfang Forderungen gegen die Kunden von der Klägerin und dem Beklagten eingezogen worden sind, in welchem Umfang der Beklagte Material und Geräte der Firma für die Fortführung der zur Zeit des Erbfalls noch nicht fertiggestellten Bauten oder für sein eigenes Bauunternehmen verwendet hat, und auch darüber, ob und in welchem Umfang der Beklagte noch etwas aus einem von seinem Vater angelegten Gehalts- und Darlehenskonto schuldet. Der Beklagte hat die Klägerin wiederholt aufgefordert, ihm die Buchführungsunterlagen zur Einsicht und Prüfung auszuhändigen. Dem ist die Klägerin nicht nachgekommen; sie steht auf dem Standpunkt, der Beklagte könne die Unterlagen in den in ihrem Hause befindlichen Geschäftsräumen der früheren Firma L. sen. einsehen.

Die Klägerin verlangt, nachdem Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft gegenüber Dritten nicht mehr bestehen, mit der Klage die Auseinandersetzung über die verbliebenen Vermögenswerte. Sie geht von einer Teilungsmasse von 347.313,77 DM aus. Diese setzt sich nach ihrer Aufstellung wie folgt zusammen:

|                                                               |                       |
|---------------------------------------------------------------|-----------------------|
| Guthaben bei der Zwischenahner Bank                           | 93.278,76 DM          |
| Guthaben bei der Oldenburgischen Landesbank                   | 28.290,05 DM          |
| Guthaben bei der Landessparkasse Oldenburg                    | 34.202,86 DM          |
| Kassenbestand                                                 | 101,-- DM             |
| Bausparguthaben bei der Gemeinschaft der<br>Freunde Wüstenrot | 15.761,-- DM          |
| <b>Anlagevermögen</b>                                         |                       |
| a) im Besitz des Beklagten                                    | 51.884,-- DM          |
| b) im Besitz der Klägerin                                     | 1.580,-- DM           |
| <b>Forderungen gegen den Beklagten</b>                        |                       |
| a) aus kassierten Außenständen                                | 59.191,97 DM          |
| b) aus Darlehnskonto                                          | 8.542,05 DM           |
| c) aus Entnahmen                                              | 31.179,26 DM          |
| d) aus Leistungen der Erbengemeinschaft                       | 22.032,17 DM          |
| e) aus Zwangsvollstreckung                                    | 36,80 DM              |
| <b>Forderung gegen die Klägerin</b>                           | <u>1.304,85 DM</u>    |
| <b>Aus dem Gesamtbetrag von</b>                               | <b>347.313,77 DM</b>  |
| <b>beansprucht sie als ihren 3/4-Anteil</b>                   | <b>260.485,32 DM.</b> |

Ihre Aufstellung hat sie im einzelnen in einem zu den Gerichtsakten überreichten Hefter "Vermögensaufstellung" niedergelegt.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, der Auszahlung der genannten Bankguthaben und Bausparguthaben an sie zuzustimmen sowie an sie 89.023,65 DM zu zahlen, ferner die in seinem Besitz befindlichen Bauakten, die sie im einzelnen angeführt hat, an sie herauszugeben, hilfsweise die Bauakten an einen Sequester herauszugeben.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Er macht geltend, die Klägerin verlange eine unzulässige Teilauseinandersetzung, da, wie sie selbst vorgetragen habe, zwei noch nicht erledigte Kundenforderungen offenstünden, deren anteilsmäßige Geltendmachung sie sich vorbehalten habe. Außerdem könne hinsichtlich der Forderungen, die erst als Folge seiner nach dem Erbfall geleisteten Tätigkeit fällig geworden seien, nicht der Erbteilschlüssel von  $3/4 : 1/4$  gelten; vielmehr sei festzustellen, in welchem Verhältnis die Buchhaltertätigkeit des Ehemannes der Klägerin und seine eigene Tätigkeit angemessen zu entlohnen seien. Im übrigen könne er zu den von der Klägerin angesetzten Vermögenswerten nicht substantiiert Stellung nehmen, da ihm die Buchführung nicht wunschgemäß zur Einsicht überlassen worden sei. Das gelte insbesondere für die gegen ihn angeblich bestehenden Forderungen der Erbengemeinschaft, die jedenfalls in der angegebenen Höhe nicht zuträfen. Er müsse die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung und die Richtigkeit der aufgestellten Bilanzen mit Nichtwissen bestreiten. Er habe kein Anlagevermögen im Werte von 51.884,-- DM übernommen. Die Forderung der Erbengemeinschaft gegen die Klägerin müsse mindestens um das Zehnfache höher sein als von der Klägerin angegeben. Beim Tode des Erblassers seien Platz und Lager voller Material gewesen, über das die Klägerin und ihr Ehemann allein verfügt, aber nicht abgerechnet hätten. Bauakten habe er nicht im Besitz. Vielmehr verfüge er nur über einige Bauzeichnungen und Berechnungen, die ihm von den Kunden zurückgegeben worden seien und keinen Wert für die Vermögensaufstellung hätten. Er sei bereit, diese Unterlagen an einen Sequester herauszugeben.

Das Landgericht hat den Anträgen der Klägerin entsprochen bis auf den Zahlungsantrag, dem es nur in Höhe von 47.492,21 DM stattgegeben hat.

Im Berufungsrechtszug hat der Beklagte weiter Klageabweisung beantragt sowie Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Klägerin zur Herausgabe der Buchführungsunterlagen des Baugeschäfts Berthold L. sen. zu verurteilen, hilfsweise die Buchführungsunterlagen an einen vom Gericht zu bestellenden Sequester herauszugeben, weiter hilfsweise ihm den Mitbesitz an den Unterlagen an einem neutralen Ort einzuräumen.

Er hat geltend gemacht, die Klägerin verhindere die Gesamtauseinandersetzung, indem sie sich weigere, ihm den Besitz an den Buchführungsunterlagen einzuräumen. Ihm sei nicht zuzumuten, die Bücher im Hause der Klägerin, mit der er im Streit lebe, einzusehen. Forderungen, die dadurch entstanden seien, daß er mit seiner eigenen Firma Bauten fortgeführt habe, hätten aus der Auseinandersetzung herauszubleiben. Das müsse im einzelnen von einem Sachverständigen geprüft werden. Zu Unrecht habe die Klägerin ihrem Ehemann, der nicht gelernter Buchhalter sei, für die Buchhaltung insgesamt 44.163,10 DM gezahlt.

Die Klägerin hat die Abweisung der Widerklage beantragt. Sie hat vorgebracht, der Beklagte handele rechtsmißbräuchlich, wenn er entgegen seinen Ausführungen im Schreiben vom 13. September 1966 die Buchführung herausverlange und es ablehne, in die Unterlagen durch einen Dritten Einsicht nehmen zu lassen. Bücher und Geschäftsunterlagen befänden sich nach wie vor in den Geschäftsräumen des Erblassers. Allenfalls sei eine Herausgabe an einen Sequester gerechtfertigt.

Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts insoweit geändert, als es den Betrag, zu dessen Zahlung der Beklagte verurteilt worden ist, auf 30.399,83 DM herabgesetzt hat. Die Widerklage hat es abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte weiterhin den Antrag, die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Die Klägerin hat Anschlußrevision eingelegt, mit der sie sich insoweit gegen das Urteil des Oberlandesgericht wendet, als dieses von der Summe, zu dessen Zahlung das Landgericht den Beklagten verurteilt hat, mehr als 2.449,40 DM abgesetzt hat.

Entscheidungsgründe:

Mit Recht hat das Berufungsgericht die Erbteilungsklage mit den von der Klägerin gestellten Anträgen für zulässig gehalten. Wenn der Nachlaß ein Aktivvermögen aufweist, wie hier, und nur noch sich gegen Dritte richtende Forderungen ungeklärt sind, dann ist es sachdienlich, die Auseinandersetzung unter Vorbehalt dieser Forderungen vorzunehmen, die, wenn sie geklärt sind, im Verhältnis der Erbteile verteilt werden können. Praktisch läßt sich eine volle Auseinandersetzung sogleich verwirklichen, wenn eine Aufteilung dieser möglicherweise bestehenden Forderungen mit in den Auseinandersetzungsplan aufgenommen wird. Ohne dies läge, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, eine Vollauseinandersetzung vor, wenn Forderungen gegen Dritte, wie der Beklagte behauptet, gar nicht mehr bestünden. Das Berufungsgericht war entgegen der Ansicht der Revision des Beklagten nicht gehalten, das Vorbringen des Beklagten in dem erst nach der letzten mündlichen Verhandlung eingereichten, dem Beklagten nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 14. November 1972 zu berücksichtigen, in dem der Beklagte geltend gemacht hat, es seien Steuernach-

forderungen zu erwarten; somit seien möglicherweise noch Nachlaßverbindlichkeiten vorhanden, die vorweg berichtet werden müßten. Ein Anspruch auf Wiedereröffnung der Verhandlung bestand nicht (vgl. BGHZ 30, 60, 65 f).

Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, daß das Berufungsgericht das Baugeschäft Berthold Lux sen. mit den Werten zum Nachlaßvermögen gerechnet hat, die nach Abwicklung des Geschäfts als Aktivbestand verblieben sind. Diese Berechnungsart vereinfacht die Bewertung eines Geschäftsunternehmens im Falle, daß, wie hier, eine Liquidation stattgefunden hat. Beide Parteien haben gegen die Berechnungsweise keine Einwendungen erhoben.

Jedoch haben die Parteien mit der Revision und der Anschlußrevision Beanstandungen zum Ansatz von Einzelposten erhoben. Die Revision des Beklagten meint, das Berufungsgericht habe die Teilungsmasse zu hoch angesetzt, indem es entgegen dem landgerichtlichen Urteil die Anlagewerte von 53.464,-- DM (51.884,- + 1.580,- DM) mit in die Bewertung einbezogen habe. Diese Ansicht beruht auf einem Irrtum. Das Berufungsgericht hat das Nachlaßvermögen zwar zum Teil anders errechnet als das Landgericht, es hat aber das sogenannte Anlagevermögen nicht mit einbezogen. Vielmehr hat es zunächst in Übereinstimmung mit dem Landgericht den Betrag der Bank- und Bausparguthaben nebst Kassenbestand von zusammen 171.562,67 DM zur Teilungsmasse gerechnet und Forderungen gegen den Beklagten in Höhe von 118.496,05 DM (das Landgericht hatte insoweit einen Betrag von 120.945,45 DM angenommen), ferner - insoweit über die Berechnungen des Landgerichts hinausgehend - einen Betrag von 44.163,10 DM (an den Ehemann der Klägerin gezahltes Entgelt) und Forderungen gegen

die Klägerin in Höhe von 11.743,65 DM (vgl. BU S. 25 unten). Es ist damit auf einen Gesamtbetrag von 345.965,47 DM gekommen. Das Anlagevermögen ist hierbei unberücksichtigt geblieben.

Die Anschlußrevision der Klägerin wendet sich gegen den Ansatz des Betrages von 44.163,10 DM. Es handelt sich hierbei um Gehälter und soziale Aufwendungen, die an den Ehemann der Klägerin für dessen Buchhaltertätigkeit in den Jahren 1967 und 1968 entrichtet worden sind. Offenbar sind die Zahlungen aus dem Nachlaßvermögen geleistet worden, so daß die Beträge von dem Berufungsgericht zu Recht der Teilungsmasse zugerechnet worden sind. Das Berufungsgericht hat jedoch gemeint, die Zahlungen könnten nicht als Nachlaßverbindlichkeiten angesehen und in Abzug gebracht werden, weil das nicht den Abmachungen der Parteien entsprochen hätte. Unstreitig seien die Parteien übereingekommen, die zur Zeit des Erbfalls noch nicht fertiggestellten Arbeiten an Bauvorhaben als Erbengemeinschaft fortzuführen. Wenn für diese Tätigkeit dem Beklagten, wie dem Vorbringen der Klägerin zu entnehmen sei, kein Entgelt zugestanden habe, so habe das sinngemäß auch für die Tätigkeit der Klägerin zu gelten, woran sich nichts dadurch ändere, daß anstelle der Klägerin deren Ehemann die Buchhaltertätigkeit geleistet habe. Die Revision der Klägerin meint demgegenüber, die für die Buchhaltertätigkeit des Ehemannes der Klägerin geleisteten Zahlungen seien Kosten der Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses, die nach den §§ 2038, 748 BGB von den Miterben anteilig zu tragen seien.

Dieser Standpunkt der Anschlußrevision ist nicht haltbar. Allerdings ist die Fortführung eines zum Nachlaß gehörenden Handelsgeschäfts durch die Erben Gegenstand der Verwaltung des Nachlasses im Sinne des § 2038 BGB. Zu der Verwaltung des Nachlasses gehörte aber nicht nur die Buchhaltertätigkeit, sondern auch die bauleitende Tätigkeit, die von dem Beklagten erbracht worden ist. Es läßt sich daher nicht mit der Klägerin die Meinung vertreten, daß zwar die Buchhaltung, die ihr oblag und von ihrem Ehemann wahrgenommen wurde, zu vergüten sei, nicht aber die vermutlich beträchtlich höher zu veranschlagende geschäfts- und bauleitende Tätigkeit des Beklagten. Die Klägerin müßte, wenn sie die an ihren Ehemann gezahlte Vergütung als eine rechtmäßig begründete Nachlaßverbindlichkeit ansieht, von diesem Standpunkt aus auch dem Beklagten eine im angemessenen Verhältnis zu dieser Vergütung stehende Betriebsleitervergütung oder Gewinnquote als Nachlaßverbindlichkeit zubilligen. Das wäre um so mehr gerechtfertigt, als der Beklagte nach den testamentarischen Anordnungen des Erblassers anscheinend berechtigt war, das Baugeschäft auf eigene Rechnung fortzuführen. Dann hätte er zwar von dem zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Geschäftsvermögen einen 3/4-Anteil an die Klägerin auszahlen müssen, wozu er sich in dem Schreiben seines Anwalts an die Anwälte der Klägerin vom 22. August 1966 auch bereiterklärt hatte mit dem Angebot, den Wert des Geschäfts von einem Sachverständigen feststellen zu lassen. Ihm hätte dann aber das Entgelt, das die Bauherren für die weiterhin geleisteten Arbeiten zu zahlen hatten, allein zugestanden. Wenn der Beklagte statt dessen, weil es zu einer Einigung auf dieser Grundlage nicht gekommen war, sich bereiterklärte, das Geschäft für die Erbengemeinschaft fortzusetzen und ab-

zuwickeln, dann dürfte das nicht dazu führen, daß er sich hinsichtlich des Entgelts für die von ihm geleisteten Tätigkeiten wesentlich schlechter steht. Die Ansicht des Berufungsgerichts, nach der für beide Tätigkeiten, die bauleitende des Beklagten und die Buchhaltertätigkeit des Ehemanns der Klägerin, kein Entgelt zu leisten sei, womit praktisch beide Tätigkeiten gleich bewertet worden sind, erscheint hiernach für die Klägerin schon sehr vorteilhaft. Sie wird jedoch von der Revision des Beklagten nicht angegriffen.

Der Streit der Parteien geht im übrigen im wesentlichen um die Richtigkeit der von der Klägerin vorgenommenen und in dem Beiheft "Vermögensaufstellung" niedergelegten Aufstellungen über das Nachlaßvermögen, insbesondere um die Forderungen der Erbengemeinschaft gegen die Miterben. Der Beklagte hat die Richtigkeit und Vollständigkeit der Aufstellungen bestritten und zwecks Überprüfung die Überlassung der Buchführungsunterlagen gefordert. Sein Bestreiten richtet sich insbesondere gegen die Höhe der ihm in Rechnung gestellten Verbindlichkeiten aus einkassierten Außenständen, aus Entnahmen und Verwendung von Material und Geräten und aus dem bereits von seinem Vater eingerichteten Gehalts- und Darlehnskonto.

Das Berufungsgericht hat dem Beklagten einen Anspruch auf Herausgabe der Buchführungsunterlagen an sich selbst oder an einen Sequester oder auf Einräumung des Mitbesitzes an diesen Unterlagen versagt, weil die Klägerin ihm die Einsicht in die in den früheren Geschäftsräumen des Erblassers befindlichen Bücher nicht verwehre, das Bestreiten des Beklagten für unsubstantiiert gehalten und demgemäß die Verurteilung des Beklagten auf die in den Aufstellungen aufgeschlüsselten Behauptungen der Klägerin gestützt.

Hiergegen wendet sich die Revision des Beklagten mit Recht. Daß der Beklagte einen Anspruch auf Einsicht in die Geschäftsunterlagen hat, wird von dem Berufungsgericht nicht in Zweifel gezogen. Dieser Anspruch ergibt sich hinreichend daraus, daß die Klägerin die Buchführung im Auftrag der Erbengemeinschaft geführt hat (§§ 666, 259 BGB), und zudem auch daraus, daß dem Beklagten als den das Baugeschäft mit abwickelnden Bauleiter nicht die Einsicht in die zum Geschäftsbetrieb gehörenden Bücher verwehrt werden kann (analog § 118 HGB; vgl. BGHZ 17, 299 m. Anm. LM BGB § 2038 Nr. 5). Die Begründetheit dieses Anspruchs steht der Fälligkeit des Leistungsbegehrens der Klägerin nicht entgegen, da der Beklagte diesen Anspruch nicht im Wege einer Einrede unter Berufung auf eine Vorleistungspflicht der Klägerin geltend gemacht, sondern nach dem Tatbestand des Berufungsurteils die mangelnde Bucheinsicht nur zur Begründung dafür angeführt hat, daß er das Bestreiten der Klageposten nicht substantiieren könne.

Dem Beklagten ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zuzumuten, die Bücher im Hause der Klägerin einzusehen. Die Parteien leben im Streit miteinander. Die Klägerin hat anscheinend über die Räume, in denen sich die Bücher befinden, das Hausrecht, mag es sich auch um die Räume handeln, die ehemals Geschäftsräume der Firma Lux sen. waren. Der Beklagte könnte daher nicht uneingeschränkt über Zeit und Stunde der Einsicht bestimmen, vor allem aber nicht sicher sein, daß die Klägerin nicht in irgendeiner Form die Einsichtnahme durch ihn kontrollieren oder behindern würde. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte müsse sich nicht zuletzt deshalb mit der Einsicht in die Bücher im Hause der Klägerin begnügen, weil er ausweislich seines Schreibens vom 13. September

1966 die Übernahme der Buchhaltung seinerzeit abgelehnt habe, verkennt das Anliegen dieses Schreibens. Der Anwalt des Beklagten beanstandet in diesem Schreiben, daß die Klägerin praktisch die Führung des Geschäfts der Firma L. sen. behalten habe, daß die gesamte Buchführung in dem Hause der Klägerin geführt worden sei und die Klägerin oder deren Ehemann den Beklagten des Hauses verwiesen habe. Auf seinen Vorschlag, das Geschäft auf den Beklagten übergehen zu lassen und die Buchführung herauszugeben, sei nichts geschehen. Darum sei er, da die Firma L. sen. in Kürze abgewickelt sei, nun nicht mehr gewillt, die Buchhaltung zu übernehmen, vielmehr sei es zweckmäßig, daß die Klägerin, nachdem sie die Buchhaltung bis auf einen Monat vor Abwicklung der Geschäfte geführt habe, diese auch weiterhin behalte. Damit hat der Beklagte eindeutig die Buchhaltertätigkeit gemeint, die er nicht kurz vor Beendigung der Abwicklung der Firmengeschäfte noch übernehmen wollte, nicht aber die ganz andere Frage einer Überprüfung der Buchführung der Klägerin und einer Vorlage der Bücher zu gegebener Zeit zwecks Vornahme dieser Prüfung. Da der Beklagte mangels Einsicht und Prüfung der Buchführung zumindest zum Teil gehindert worden war, seine Einwendungen gegen die Aufstellungen der Klägerin näher zu begründen, und dieser Umstand der Klägerin zuzurechnen ist, durfte das Bestreiten des Beklagten nicht unbeachtet bleiben und seine Verurteilung nicht auf die sachlich unüberprüften Aufstellungen der Klägerin gestützt werden.

Andererseits konnte auch die Klägerin, wie die Anschlußrevision insoweit mit Recht rügt, nicht ohne weitere Sachprüfung mit Materialverkäufen in Höhe von 13.048,85 DM belastet werden. Für die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe mindestens das Zehnfache des von ihr in Höhe von 1.304,85 DM angegebenen Materials verkauft, fehlten jegliche Anhaltspunkte. Es handelte sich offenbar um

eine bloße Schätzung des Beklagten. Auf diese konnte die Verurteilung der Klägerin nicht gestützt werden. Im übrigen hätten vom Standpunkt des Berufungsgericht aus auch wohl die gesamten 13.048,50 DM dem Nachlaßvermögen (Teilungsmasse) zugerechnet werden müssen und nicht, wie geschehen (BU S. 25 unten), nur 11.743,65 DM.

Aus diesen Gründen mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Behauptungen der Parteien und die Aufstellungen der Klägerin werden auf ihre sachliche Begründetheit zu prüfen sein, gegebenenfalls unter Erhebung der von den Parteien angetretenen Beweise. Hierbei wird es insbesondere darauf ankommen, ob die teils von der Klägerin, teils von dem Beklagten einkassierten Außenstände aus Forderungen herrühren, die sich auf bei Erbfall bereits begonnene und von dem Beklagten fortgeführte Bauten beziehen, die nach den Abreden der Parteien der Erbengemeinschaft zustehen dürften (vgl. die Feststellung im Berufungsurteil S. 25 oben), oder auf solche Bauvorhaben, die dem Beklagten nach dem Erbfall als selbständigem Bauunternehmer in Auftrag gegeben worden sind. Umgekehrt wird bei den Entnahmen zu prüfen sein, ob sie für die Fortführung der beim Erbfall bereits vorhandenen Bauvorhaben verwendet worden sind und dann dem Beklagten nicht in Rechnung gestellt werden können, oder um solche, die der Beklagte für die Ausführung der ihm selbst neu erteilten Aufträge verwendet hat. Hinsichtlich des Materials könnte darauf abzustellen sein, ob es zu den beim Erbfall vorhandenen Baugeräten und dem zur Weiterführung des Geschäfts erforderlichen Inventar gehörte, das nach der testamentarischen Anordnung des Erblassers dem Beklagten zufallen sollte. Wenn das Testament dahin auszulegen ist, daß der Beklagte das Baugeschäft für eigene Rechnung weiterzuführen berechtigt sein sollte, dann könnte die Annahme berechtigt sein, daß dieses Material

dem Beklagten insoweit nicht in Rechnung zu stellen ist, als er es für sein eigenes Bauunternehmen verwendet hat.

Daß entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die Widerklage auf Herausgabe der Buchführungsunterlagen begründet ist, ergibt sich bereits aus dem zum Anspruch des Beklagten auf Einsicht und Vorlage dieser Unterlagen Ausgeführten. Das Berufungsgericht wird darüber zu entscheiden haben, ob dem Hauptantrag oder einem der Hilfsanträge der Widerklage stattzugeben ist. Der Hilfsantrag auf Herausgabe der Unterlagen an einen Sequester könnte in Betracht kommen, um den Bedenken der Klägerin gegen eine Herausgabe der Bücher an den Beklagten Rechnung zu tragen. Entsprechend würde der Antrag der Klägerin auf Herausgabe der Bauunterlagen durch den Beklagten auf deren Herausgabe an einen Sequester abzuändern sein (womit sich der Beklagte einverstanden erklärt hatte). Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, daß der von beiden Parteien beantragte Sachverständigenbeweis zu erheben ist, dann könnte durch die alsdann erforderliche Aushändigung der Buchführungs- und Bauunterlagen an einen Sachverständigen die Herausgabe an einen Sequester entbehrlich werden.

Johannsen

Dr. Bukow

Dr. Buchholz

Rottmüller

Dr. Hoegen