

36

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 184/67

URTEIL

Verkündet am

11. Juni 1969
Klett,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Apothekerin Katherina K [REDACTED] geborene C [REDACTED]
in B [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Apotheker Lothar B [REDACTED] in B [REDACTED], E [REDACTED]
Straße [REDACTED], [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juni 1969 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. Juli 1967 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist eine Tochter des am 23. Februar 1963 verstorbenen Apothekers Johannes C. aus dessen erster Ehe. Dieser hatte in von ihm und seiner zweiten Ehefrau gemieteten Räumen im Hause B., H.straße die H.-Apotheke betrieben. Mit Genehmigung des Landesgesundheitsamts hatte er die Apotheke durch Vertrag vom 9. September 1961 an den Beklagten verpachtet. Gegenstand dieses Vertrages war die H.-Apotheke in ihrer Gesamtheit. Der Pachtzins war auf 7 1/2 Prozent des Umsatzes vereinbart. Der Pächter hatte außerdem die Miete für die Apothekenräume unmittelbar an den Vermieter zu zahlen. In dem Verträge war ausdrücklich festgelegt, daß der Mietvertrag bei dem Verpächter und seiner zweiten Ehefrau

- 3 -

verbleiben sollte. § 3 Nr. 2 Buchst. c des Pachtvertrages lautet wörtlich:

"Bei vorzeitigem Tode des Verpächters sind Pacht- und Mietszahlungen an die Witwe des Verpächters weiter zu zahlen, die dann an Stelle des Verpächters in den Vertrag eintritt, soweit dies gesetzlich zulässig ist."

Der Vertrag war für die Zeit vom 1. Oktober 1961 bis 30. September 1966 abgeschlossen und sollte sich verlängern, wenn er nicht gekündigt wurde. § 10 des Vertrages, überschrieben Verzicht- und Konkurrenzklausel, bestimmt:

"Der Pächter verzichtet hiermit ausdrücklich auf das Recht oder die Möglichkeit, für sich ein Betriebsrecht für die Pachtapotheke oder für Räumlichkeiten im Hause H[REDACTED]straße [REDACTED] zu beantragen. Er verpflichtet sich weiter, während der Dauer des Pachtverhältnisses und 5 Jahre nach Beendigung desselben in einem Umkreis von zweitausend Meter um die Pachtapotheke keine eigene Apotheke zu eröffnen, eine Apotheke nicht zu pachten, sich nicht an einer Apotheke zu beteiligen oder im Dienst einer solchen tätig zu sein."

Für den Fall, daß der Pächter dieser Vereinbarung zuwider handelt, verpflichtet er sich, an den Verpächter eine Vertragsstrafe von DM 20 000 (zwanzigtausend DM) für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlen. Der Verpächter behält sich die Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche vor."

C[REDACTED] hatte mit seiner ersten Ehefrau im Jahre 1942 ein eigenhändiges gemeinschaftliches sogenanntes Berliner Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Erben und die Klägerin sowie die andere aus der Ehe



hervorgegangene Tochter, Frau Dr. L. [REDACTED], als Erbinnen des Letztversterbenden eingesetzt hatten. Am 13. Juni 1961 errichtete C. [REDACTED], der im Jahre 1956 wieder geheiratet hatte, ein notarielles Testament, in dem er seine zweite Ehefrau und die beiden Töchter aus erster Ehe zu gleichen Rechten und Anteilen als Erbinnen einsetzte. Am 30. Juni 1961 schloß C. [REDACTED] mit seinen beiden Töchtern einen Erbverzichtsvertrag, in dem diese auf alle Rechte aus dem gemeinschaftlichen Testament ihrer Eltern verzichteten und ihre Zustimmung zu dem notariellen Testament erklärten.

In dem Erbscheinsverfahren 60 VI 1172/63 = 2391/66 AG Schöneberg vertrat das Kammergericht in seinem Beschuß vom 27. April 1964 (1 W 122/64) die Auffassung, daß weder Frau C. [REDACTED] noch die Klägerin und deren Schwester, sondern die minderjährigen Kinder der Klägerin und der Frau I. [REDACTED] Erben nach ihrem Großvater C. [REDACTED] geworden seien. Darauf erhoben die Klägerin und ihre Schwester Klage gegen ihre Kinder mit dem Antrage auf Feststellung, daß die Klägerin und ihre Schwester Alleinerben nach ihrem Vater geworden seien (Akten 4 O 20/65¹ LG Berlin). Das Landgericht gab dieser Klage statt, das Kammergericht wies die Berufung der Kinder zurück (Urt. vom 20. Januar 1966 - 12 U 1472/65). Nunmehr wurde der am 27. Juli 1964 den Kindern der Klägerin und der Frau I. [REDACTED] erteilte Erbschein eingezogen und der Klägerin sowie ihrer Schwester am 22. Juni 1966 ein gemeinschaftlicher Erbschein dahin erteilt, daß sie je zur Hälfte Erben ihres Vaters seien.

Der Beklagte zahlte die Pacht zunächst an die Witwe des C. weiter. Für die Zeit vom 27. November 1963 bis 2. November 1964 hinterlegte er als Pacht insgesamt 19 861,46 DM unter Verzicht auf das Recht der Rücknahme. Am 7. Oktober 1964 schloß der Beklagte mit dem Grundstückseigentümer einen Mietvertrag über die Apothekenräume. Er hält sich seitdem zur Zahlung von Pacht nicht mehr für verpflichtet. Der von ihm beauftragte Rechtsanwalt machte durch Schreiben vom 13. Oktober 1964 dem Rechtsanwalt der Klägerin von dem Abschluß des Mietvertrages mit dem Hauseigentümer Mitteilung. In diesem Schreiben bezeichnete er den Pachtvertrag zwischen dem Beklagten und C. als nichtig und erklärte namens des Beklagten, daß dieser bereit sei, Apothekeneinrichtung und Inventar zum Preise von 18 000 DM zu übernehmen. Auf dieses Schreiben antwortete der Anwalt der Klägerin am 26. Oktober 1964, daß die Eltern der beteiligten Erben mit dem Vorschlage einverstanden seien. In einem weiteren Schreiben des Rechtsanwalts der Klägerin vom 5. November 1964, in dem er zu der von dem Rechtsanwalt des Beklagten aufgeworfenen Frage der Firmenlöschung Stellung nahm, heißt es wörtlich:

".....
Meine Rechtsansicht geht dahin, daß das Recht zum Betrieb der Apotheke nicht mehr besteht und niemals zum Nachlaß gehört hat Sie selbst haben den gleichen Standpunkt vertreten, weil sie sich anderenfalls für ihren Herrn Mandanten die Bestimmung des § 10 des Pachtvertrages entgegenhalten lassen müßten Selbstverständlich haben meine Mandanten nicht die Absicht, dem Apotheker Herrn B. (Beklagten), bei Durchführung seiner Absicht auch nur die geringsten Schwierigkeiten zu machen. Sollten Probleme

entstehen, bitte ich um Nachricht. Alsdann werde ich veranlassen, daß die Erben, soweit möglich, die dann nach Prüfung notwendigen Erklärungen abgeben

Der Beklagte überwies sodann die 18 000 DM auf das ihm angegebene Konto.

Seit Mai 1965 befand sich der Beklagte in Untersuchungshaft. Er wurde verdächtigt, als Führer einer Einsatzgruppe im Range eines SS-Brigadeführers im September und Oktober 1939 die Ermordung von Hunderten von Polen und Juden in Bromberg und Warschau veranlaßt zu haben. Mit Rücksicht auf seine Inhaftierung verpachtete der Beklagte die Apotheke seit September 1965 an die Apothekerin Johanna P. [REDACTED].

Mit Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 26. April 1966 ließ die Klägerin dem Beklagten den Pachtvertrag vom 8. September 1961 fristlos kündigen. Sie hat, nachdem ihr ihre Schwester alle Rechte des Nachlasses übertragen hatte, die sich auf die H. [REDACTED]-Apotheke beziehen, mit der Klage, die sie im zweiten Rechtszuge teils erweitert teil eingeschränkt hat, Herausgabe der Apotheke mit Nebenräumen, Auskunfterteilung, Duldung der Einsichtnahme in die Geschäftsbücher, Rechnungslegung und Herauszahlung des Reingewinns für die Zeit vom 1. November 1964 bis zum Zeitpunkt der Übergabe der Apothekenräume begehrt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin die im zweiten Rechtszuge gestellten Anträge weiter, während der Beklagte die Zurückweisung der Revision erstrebt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Herausgabeanspruch

1. Er wird von dem Berufungsgericht deshalb verneint, weil die durch ihre Eltern vertretenen Enkel des Erblassers dem Beklagten wirksam das Eigentum an dem Apothekeninventar übertragen hätten und in ihren weiteren Erklärungen, sie wollten dem Beklagten bei der Übernahme der Apotheke keine Schwierigkeiten machen, ein Verzicht auf den Anspruch auf Wiedereinräumung des Mietbesitzes liege, an den auch die Klägerin gebunden sei. Der Mietvertrag zwischen der zweiten Ehefrau des Erblassers und den Erben einerseits und dem Vermieter andererseits sei zwar rechtswirksam geblieben, und der Beklagte habe sich durch den Abschluß eines eigenen Mietvertrages mit dem Hauseigentümer nicht seiner Rückgabepflicht entziehen können. Diesem Anspruch stehe aber das Verhalten der Klägerin anlässlich der Veräußerung der Apothekeneinrichtung und des Inventars entgegen. Auch sei der namens der Enkel des Erblassers erklärte Verzicht, den der Beklagte gutgläubig angenommen habe,

den wahren Erben und damit auch der Klägerin gegenüber verbindlich.

2. Diese Ausführungen halten jedenfalls im Ergebnis den Angriffen der Revision stand.

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Mietvertrag zwischen der zweiten Ehefrau des Erblassers und dessen Erben auf der einen Seite und dem Hauseigentümer auf der anderen Seite habe rechtswirksam fortbestanden und der Beklagte habe seiner Rückgabepflicht aus dem Pachtvertrag nicht dadurch entgehen können, daß er seinerseits mit dem Hauseigentümer einen Mietvertrag über die für den Apothekenbetrieb genutzten Räume abschloß, wird von der Revision als der Klägerin günstig nicht bekämpft. Ob sie rechtlich einwandfrei ist, bedarf nicht der Nachprüfung, weil auch von dieser Grundlage aus das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht gelangt ist, rechtlich nicht beanstandet werden kann; denn es ergibt sich zwingend aus den Darlegungen des Berufungsgerichts, mit denen es ohne Rechtsirrtum darauf abgestellt hat, daß die damals durch den Erbschein als Erben ausgewiesenen Enkel des Erblassers auf den Anspruch auf Rückgabe der Apotheke verzichtet hätten und der Verzicht auch der Klägerin gegenüber wirksam sei.

Dabei hat das Berufungsgericht entgegen dem Vortrag der Revision nicht verkannt, daß es sich um einen schuldrechtlichen Herausgabeanspruch aus einem Pachtvertrag

handelte und daher ein wirksamer Verzicht nur durch Abschluß eines Erlaßvertrages (§ 397 BGB) möglich war. Das Berufungsgericht erblickt das Angebot zum Abschluß eines solchen Erlaßvertrages in dem von Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] namens der durch ihre Eltern vertretenen Enkel des Erblassers an den von dem Beklagten beauftragten Rechtsanwalt gerichteten Schreiben vom 5. November 1964 und die Annahme dieses Angebots in dem Verhalten des Beklagten, der das Inventar bezahlte, die Apotheke behielt und keine Pachtzahlungen mehr leistete oder hinterlegte.

b) Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhange (BU 16) auf das Verhalten der Klägerin abstellt, so ist der Revision zwar zuzugeben, daß es hierauf nicht ankommt, weil die Klägerin ihren Sohn als angeblichen Miterben nicht allein vertreten konnte. Offenbar handelt es sich aber hierbei nur um ein Vergreifen im Ausdruck, denn die weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts ergeben mit aller Deutlichkeit, daß das Berufungsgericht bei seiner Würdigung von zutreffenden Grundlagen ausgegangen ist. Es hat nicht verkannt, daß die Enkel des Erblassers durch ihre Eltern gesetzlich vertreten wurden, und hat hervorgehoben, daß Verkäufer des Inventars die Enkel des Erblassers, vertreten durch ihre Eltern, waren und dass Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] die Erklärungen in seinem Schreiben vom 5. November 1964 ebenfalls namens der Enkel abgegeben hatte. Daß Dr. W. [REDACTED] von den Eltern der Enkel Vertretungsmacht erhalten hatte, wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

c) Weiter wendet sich die Revision mit zahlreichen Rügen dagegen, daß das Berufungsgericht in dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. W. [REDACTED] einen "Verzicht" (richtig: Angebot zum Abschluß eines Erlaßvertrages) auf den Anspruch auf Wiedereinräumung des Mietbesitzes an der Apotheke erblickt habe.

Der Erörterung dieser Rügen ist vor auszuschicken, daß es sich bei dem Inhalt dieses Schreibens um eine rechtsgeschäftliche Erklärung handelt und die Auslegung des Berufungsgerichts daher im Revisionsrechtszuge nur daraufhin nachgeprüft werden kann, ab das Berufungsgericht für die Auslegung wesentlichen Tatsachenvortrag oder anerkannte Auslegungsgrundsätze unberücksichtigt gelassen, eine mit dem Wortlaut unvereinbare Auslegung gefunden, Erfahrungssätze verletzt oder gegen die Denkgesetze verstoßen hat. Die Revision versucht zwar, derartige Rechtsfehler aufzuzeigen. Sie kann damit aber keinen Erfolg haben.

d) Daß Apothekeneinrichtung und Inventar ausschließlich auf die Räume, in denen eine Apotheke betrieben wird, zugeschnitten zu sein pflegen, ist allgemein bekannt. Es besteht kein Anhalt für die Annahme, daß das Berufungsgericht von einem anderen Sachverhalt ausgegangen sein könnte, auch wenn es diesen von der Revision hervorgehobenen Umstand in seinem Urteil nicht ausdrücklich erwähnt hat. In dem Schriftwechsel, der wegen der Veräußerung von Apothekeneinrichtung und Inventar sowie über die Firmenlöschung geführt wurde,

hat der die Enkel des Erblassers vertretende Rechtsanwalt Dr. Windscheid weder auf die von der Revision erwähnten Umstände hingewiesen, noch einen Vorbehalt gemacht, obgleich er auch damals schon die Klägerin vertrat, sondern er hat in seinem Schreiben vom 5. November 1964 zu einer Zeit, als der Beklagte bereits den Mietvertrag mit dem Hauseigentümer abgeschlossen und die Klägerin sowie Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] hiervon Kenntnis erhalten hatten, zum Ausdruck gebracht, daß "seine Mandanten" (das waren die durch ihre Eltern vertretenen Enkel des Erblassers) nicht die Absicht hätten, dem Beklagten auch nur die geringsten Schwierigkeiten zu machen.

Der von der Revision wiedergegebene genaue Wortlaut der Erklärung in dem Schreiben vom 5. November 1964 hinderte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision nicht, hierin ein Angebot zu einem Erlaßvertrag zu erblicken. Damals war der Kaufpreis für Einrichtung und Inventar von dem Beklagten noch nicht gezahlt, und die zu jener Zeit auf Grund des Erbscheins als Erben geltenden Enkel des Erblassers hatten ersichtlich ein erhebliches Interesse daran, wenigstens den vereinbarten Betrag zu erhalten, zumal sie nach dem eigenen Vortrag der Revision befürchten mußten, die ~~Einrichtungsgegenstände~~ nur sehr ungünstig verwerten zu können, wenn der Beklagte sie nicht übernahm.

Ebensowenig lassen sich Bedenken gegen die Würdigung der Umstände erheben, aus denen das Berufungsgericht den Annahmewillen des Beklagten herleitet. Daß der Beklagte

den Mietvertrag mit dem Hauseigentümer bereits vor dem Zustandekommen des Kaufvertrags über das Inventar abgeschlossen hatte, steht der Würdigung des Berufungsgerichts entgegen der Annahme der Revision nicht entgegen. Auch nachdem dieser Vertrag zustandekommen war, hatten der Beklagte und der von ihm beauftragte Rechtsanwalt ersichtlich noch Zweifel daran, wie die Rechtslage im Streitfalle beurteilt werden würde. Der Beklagte hatte zwar sicherlich den Willen, die Apotheke zu behalten, er war sich aber gerade darüber im unklaren, ob sie ihm nicht wieder entzogen werden konnte. Erst nachdem die damals als Erben geltenden Enkel des Erblassers durch Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] ihm die von dem Berufungsgericht als Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages gewertete Mitteilung vom 5. November 1964 gemacht hatten, die der Beklagte durch sein schlüssiges Verhalten annahm, war die bis dahin nicht bestehende rechtliche Klarheit eingetreten. Das von dem Berufungsgericht in dem Schreiben des Rechtsanwalts Dr. W. [REDACTED] vom 5. November 1964 erblickte Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages stand unter der aus der gegebenen Sachlage ersichtlichen Voraussetzung, daß ein Anspruch auf Wiedereinräumung des Mietbesitzes aus dem Pachtvertrag bestand, und entsprechend war auch die Annahme dieses Angebots durch das von dem Berufungsgericht gewürdigte schlüssige Verhalten des Beklagten aufzufassen. Daß der Beklagte hierbei erkannt haben soll, die Enkel des Erblassers hätten auf hohe Werte verzichtet, wie die Revision meint, ist den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht

zu entnehmen. Der Beklagte und der von ihm beauftragte Rechtsanwalt haben die Rechtslage vielmehr ersichtlich dahin beurteilt, daß die Aufgabe nennenswerter Vermögenswerte nicht in Frage stand.

e) Nach Ansicht der Revision kann das Schreiben vom 5. November 1964 auch deshalb nicht als Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages beurteilt werden, weil in dem Schreiben davon ausgegangen sei, daß das Recht zum Betriebe der Apotheke nicht zum Nachlaß gehört habe und die Enkel des Erblassers somit nicht gewußt hätten, daß ihnen ein Anspruch aus dem Pachtvertrage auf Herausgabe der Apotheke zustand. Der Revision ist zuzugeben, daß der Abschluß eines Erlaßvertrages auf seiten des Gläubigers den Willen voraussetzt, eine ihm zustehende Forderung zu erlassen. Ein solcher Wille kann nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum nur dann bejaht werden, wenn der Gläubiger die Forderung gekannt oder doch wenigstens mit der Möglichkeit ihres Bestehens gerechnet hat. Hier läßt sich zwar nicht ausschließen, daß die gesetzlichen Vertreter der Enkel des Erblassers und der sie vertretende Rechtsanwalt Dr. Windscheid die Rechtslage ungünstiger beurteilt haben, als sie sich nach Meinung des Berufungsgerichts für sie darstellte. Es spricht jedoch nichts dafür, daß sie nicht wenigstens mit der Möglichkeit gerechnet hätten, aus dem Pachtvertrag könnte sich für sie noch der Anspruch auf Herausgabe der Apotheke ergeben. Anderenfalls wäre die Wendung in dem Schreiben vom 5. November 1964, sie wollten dem Beklagten nicht die geringsten Schwierigkeiten machen,

schwer zu erklären. Das Berufungsgericht konnte daher seiner Würdigung ohne Rechtsverstoß zugrunde legen, daß die Enkel des Erblassers und Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] das Bestehen eines Herausgabeanspruchs für möglich hielten, mag auch Rechtsanwalt Dr. W. [REDACTED] erhebliche Bedenken hinsichtlich der Durchsetzbarkeit eines solchen Anspruchs gehabt haben. Zweifel an dem Bestehen eines Verzichtswillens auf seiten der Enkel des Erblassers hat das Berufungsgericht ersichtlich nicht gehabt. Deshalb geht der Hinweis der Revision, ein Verzichtswille dürfe nicht vermutet werden, ins Leere.

Infolge des Abschlusses des Erlaßvertrages zwischen den Enkeln des Erblassers, die damals auf Grund des ausgestellten Erbscheins als Erben galten, und dem Beklagten steht daher auch der Klägerin ein Herausgabeanspruch in Bezug auf die Apotheke gegenüber dem Beklagten nicht zu.

3) Auf die von der Revision erörterte Frage, ob die Klägerin in der Lage wäre, im eigenen Namen den Apothekenbetrieb fortzuführen, kommt es nach dem Ausgeführten nicht an.

II. Auskunfterteilung und Duldung der Einsichtnahme in die Geschäftsbücher

1) Soweit diese Anträge sich auf die Zeit ab November 1964 beziehen, hat sie das Berufungsgericht mit derselben Begründung abgewiesen wie den Antrag auf Herausgabe der

Apotheke. Das läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Revision erhebt insoweit auch keine ausdrücklichen Rügen.

2) Für die Zeit bis einschließlich Oktober 1964 kann die Klägerin nach Ansicht des Berufungsgerichts Auskunftserteilung und Einsicht in die Geschäftsbücher deshalb nicht verlangen, weil der Beklagte für diese Zeit Pacht gezahlt habe. Die Klägerin habe nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die gezahlten oder hinterlegten Beträge hinter der vereinbarten Pacht zurückgeblieben seien.

Ob die Abweisung der Anträge sich mit dieser Begründung, die von der Revision bekämpft wird, halten läßt, bedarf nicht der Erörterung, weil das Ergebnis jedenfalls aus anderen Erwägungen gerechtfertigt ist. Nach § 3 Abs. 2 Buchst. c des Pachtvertrages waren bei vorzeitigem Tode des Verpächters Pacht- und Mietzahlungen an die Witwe des Verpächters zu leisten. Der Beklagte konnte daher mit befreiender Wirkung an die Witwe des Verpächters jedenfalls so lange zahlen, bis ihm die Bestellung des Pflegers bekannt geworden war. Die nach diesem Zeitpunkt hinterlegten Raten will die Klägerin sich ohnehin anrechnen lassen. Wie der Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, sind von ihm die Zahlungen an die Witwe unter Beifügung von Abschriften der monatlichen Umsatzsteuererklärungen entsprechend § 3 Abs. 1 Buchst. b des Pachtvertrages geleistet und später die geschuldeten Beträge im Einvernehmen mit dem Nachlaßpfleger hinterlegt worden. Bei dieser Sachlage

hätte die Klägerin von dem sich aus § 3 Abs. 1 Buchst. b des Pachtvertrages für den Verpächter ergebenden Rechten binnen angemessener Frist Gebrauch machen müssen, wozu sie als gesetzliche Vertreterin ihres Sohnes, der damals als Miterbe galt, berechtigt gewesen wäre. Sie hat aber nicht behauptet, daß sie sich schon vor Klageerhebung auf dieses Recht berufen habe. Sie handelt daher nicht in Einklang mit Treu und Glauben, wenn sie dieses Recht erst nach so langer Zeit geltend macht, so daß schon aus diesem Grunde ihrem Begehren nicht entsprochen werden kann, zumal da, wie offenbar das Berufungsgericht sagen will, keinerlei Anhaltspunkte dafür hervorgetreten sind, daß der Beklagte den von ihm erzielten Umsatz unrichtig angegeben haben könnte.

III. Rechnungslegung und Auszahlung des Reinerlöses

Diese Ansprüche entfallen ebenfalls dann, wenn der von dem Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei angenommene Erlaßvertrag zwischen den Parteien zustandegekommen ist.

IV. Vertragsstrafe

Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist der Anspruch auf Vertragsstrafe verwirkt. Die Klägerin habe rechtzeitig davon erfahren, daß der Beklagte in den Räumen der H[REDACTED]-Apotheke eine eigene Apotheke eröffnen wollte. Dem habe die Klägerin widersprechen müssen. Das habe sie nicht getan. Ihr Verhalten habe der Beklagte als

Einverständnis mit seinem Plan auffassen müssen. Daher verstoße das Verlangen auf Zahlung der Vertragsstrafe gegen das damalige Einverständnis der Klägerin und damit gegen Treu und Glauben.

Was die Revision gegen diese Ausführungen vorbringt, kann ihr nicht zum Erfolge verhelfen. Richtig ist zwar, daß in dem Zeitraum, auf den das Berufungsgericht abstellt, die Enkel des Erblassers auf Grund des erteilten Erbscheins als Erben ihres Großvaters galten. Ein Miterbe wurde aber von der Klägerin gesetzlich vertreten, die denselben Rechtsanwalt beauftragt hatte, der auch für die Enkel des Erblassers auf Grund der ihm von allen gesetzlichen Vertretern erteilten Vollmacht seine Erklärungen abgab. Diese sind aber von dem Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß als Antrag auf Abschluß eines Erlaßvertrages gewertet worden. Unter diesen Umständen setzt sich daher die Klägerin in Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten, wenn sie sich jetzt auf den Standpunkt stellt, der Beklagte habe in den Räumen der früheren H[REDACTED] Apotheke keine eigene Apotheke führen dürfen, obwohl sie damals in Kenntnis der Pläne des Beklagten diesen nicht widersprochen hatte und der Beklagte aus ihrem Verhalten auf ihr Einverständnis schließen durfte.

Das Berufungsurteil hält somit einer rechtlichen Nachprüfung stand, so daß die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden muß.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier