

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

BGB § 2212; ZPO §§ 56, 561

Hat das Berufungsgericht die Klage wegen mangelnder Prozeßführungsbefugnis des klagenden Erben im Hinblick auf eine bestehende Testamentsvollstreckung abgewiesen, so ist das Revisionsgericht bei Prüfung der Prozeßführungsbefugnis des Klägers an die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gebunden.

BGH, Urt. v. 14. Dezember 1959 - V ZR 197/58 - OLG Frankfurt
am Main

V ZR 197/58

Verkündet
am 14. Dezember 1959

Hirth, 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 Dramaturgen Dr. B H in M , K -
straße ,

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

den Kaufmann E H in W , Am W turm ,

Beklagten, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1959
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der
Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Ofter-
dinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main
vom 20. Juni 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, hinsichtlich
des Rechnungslegungsantrags an den 4. Zivilsenat des Beru-
fungsgerichts, hinsichtlich des Herausgabeanspruchs an das
Landgericht Wiesbaden zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist der zweiteheliche Sohn, der Beklagte einer der drei erstehelichen Söhne des Dichters Dr. Gerhart H . Der Dichter (Erblasser) starb am 6. Juni 1946 und wurde von seiner am 17. Januar 1957 verstorbenen zweiten Ehefrau Margarete allein beerbt, diese vom Kläger allein. Beide Parteien sind vom Dichter zu seinen Testamentsvollstreckern ernannt und haben das Amt angenommen.

Die Parteien streiten um die Zugehörigkeit von Auslandsvermögen zum Nachlaß des Erblassers. Es handelt sich im wesentlichen um Guthaben von rund 50 000 % beim Bankhaus M & Co. in A sowie um Guthaben von rund 1 800 sfr. und Wertpapiere im Nennbetrag von 200 000 sfr. bei der S Nationalbank in Z -

. Diese Werte hat der Erblasser im Juli 1931 bei oder kurz vor dem Erlaß der deutschen Kapital- und Steuerfluchtverordnung vom 13. Juli 1931 an den damals in Holland wohnhaften Beklagten "überwiesen und übereignet". Der Kläger sieht hierin nur eine treuhänderische Übertragung und hält die zwischenzeitlichen Verfügungen des Beklagten über die Werte für unredlich. Der Beklagte nimmt eine endgültige Übertragung des Vollrechts auf sich, fürsorglich nachträglichen Rechtsverzicht des Erblassers im Jahre 1939 und ganz fürsorglich einen Verstoß gegen Devisen- und Steuerrecht mit der Wirkung des § 817 Satz 2 BGB an.

Die von der Witwe erhobene und nach ihrem Tode von ihrem Sohne weiter verfolgte Klage begehrt hinsichtlich des dem Beklagten 1931 anvertrauten Auslandsvermögens



Rechnungslegung und Herausgabe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage auf Rechnungslegung stattgegeben. Es bejahte den bloß treuhänderischen Charakter der Übertragung, ließ ihre Rechtswirksamkeit offen, gründete die Rechnungslegungspflicht alternativ auf Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag und verneinte einen Verzicht des Erblassers auf Rechnungslegung.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Revision des Klägers verfolgt die Klage mit den bisherigen Leistungsanträgen sowie mit einem fürsorglichen Feststellungsantrag weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Revision ist zulässig. Der Streit um die Prozeßführungsbefugnis der Klagseite spielt für diese Frage keine Rolle, da die Prozeßführungsbefugnis zwar Prozeßvoraussetzung (unten 3), aber nicht Prozeßhandlungsvoraussetzung ist (Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 7. Aufl. § 45 I 1).

2. Das Berufungsgericht hat nicht nur über den durch Berufung gegen das Landgerichtliche Teilurteil angefallenen Rechnungslegungsantrag erkannt, sondern auch über den vom Landgericht noch nicht verbeschiedenen und daher zunächst beim Landgericht anhängig

gebliebenen Herausgabeanspruch. Dafür spricht der Wortlaut der Formel des Berufungsurteils, das "die Klage" ohne Beschränkung auf einen Teil abweist und dem Kläger "die Kosten des Rechtsstreits" ohne jede Einschränkung auferlegt. Dafür spricht weiter der Satz der Entscheidungsründe (BU 32 unter D vor I), der - wenn auch unmittelbar nur im Rahmen einer hypothetischen Hilfserwägung - die Klage ausdrücklich "nicht nur hinsichtlich des Rechnungslegungsanspruchs, sondern in vollem Umfang" als abweisungsreif bezeichnet. Dafür spricht schließlich die Höhe des vom Berufungsgericht (gleichzeitig mit der Urteilsverkündung) festgesetzten Streitwerts (1.000.000 DM, und zwar einheitlich für die erste und zweite Instanz, GA IV 541), wo ersichtlich auf den Wert des Herausgabeanspruchs und damit der gesamten Stufenklage abgestellt ist, nicht auf den nur mit einem Bruchteil hiervon zu bemessenden Wert des Rechnungslegungsanspruchs.

Diesem gegenständlichen Umfang des Berufungsurteils entspricht der in der mündlichen Verhandlung klagestellte Umfang der Revision: sie begehrt Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache nicht nur hinsichtlich des Rechnungslegungsanspruchs, sondern auch hinsichtlich des Herausgabeanspruchs. Demgemäß hat auch der Senat über die Stufenklage insgesamt zu entscheiden, ohne daß es darauf ankommt, ob die Einbeziehung des Herausgabeanspruchs in das Berufungsurteil verfahrensrechtlich zulässig war (vergl. dazu Wieczorek, ZPO, § 536 B II b 1).

3. Das Berufungsgericht hat die Klage wegen mangelnder Prozeßführungsbefugnis der Klagseite (erst

der Erbin und jetzt des Erbeserben, vgl. § 2212 BGB) abgewiesen (BU 16-30). Das bedeutet eine Abweisung der Klage als unzulässig (Prozeßurteil).

Die Prozeßführungsbefugnis ist nach zutreffender und heute wohl so gut wie allgemein anerkannter Auffassung eine Prozeßvoraussetzung (Rosenberg aaO § 45 I 2, III 1; Stein/Jonas-Schönke, ZPO 18. Aufl. Vorbem. IV 2 a vor § 50; Baumbach/Lauterbach, ZPO 25. Aufl. Grundz. 4 A vor § 50; Nikisch, Zivilprozeßrecht 2. Auf. S. 122; Schönke, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl. S. 93, 178; Bernhardt, Grundriß des Zivilprozeßrechts S. 69/70; Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Teil S. 160 ff; insbesondere 163; Foth, ZZP 68, 358, 360; einschränkend - nur für die Prozeßführung eines materiell Rechtsfremden - Lent, Zivilprozeßrecht Studienbuch 7. Aufl. 1953 S. 74; a.A. - Begründetheitsvoraussetzung -: Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts 1929 S. 97, 312, 511, und Oertmann, Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts 4./5. Aufl. 1930 S. 33, vgl. S. 22/23; im übrigen vergl. auch Neuner, Judicium Bd. 5 1933 S. 113 ff). Für diese Zuordnung macht es keinen Unterschied, ob Prozeßpartei nach dem Klagvortrag der Träger des materiellen Rechts (wie im vorliegenden Fall) oder ein materiell Rechtsfremder ist (vgl. die genannten Fundstellen; hier a.A. Lent aaO). Am Charakter der Prozeßführungsbefugnis als Prozeßvoraussetzung ändert nichts, daß sie inhaltlich weitgehend vom materiellen Recht her bestimmt wird, indem sie nämlich meist (nicht immer, vgl. z.B. § 265 ZPO) davon abhängt, ob die Partei (gleich, ob materiell Rechtsträger oder Rechtsfremder) hinsichtlich des umstrittenen Rechtsverhältnisses

sachlich-rechtlich zur Verfügung befugt ist; die Verfügungsbefugnis ist insoweit nur materiell-rechtliche Vorfrage für die Prozeßführungsbefugnis, ebenso wie die Rechtsfähigkeit für die Parteifähigkeit und die Geschäftsfähigkeit für die Prozeßfähigkeit. Der Mangel der Prozeßführungsbefugnis führt, wie der einer anderen Prozeßvoraussetzung, ohne Prüfung der sachlichen Begründetheit zur Abweisung der Klage als unzulässig (vgl. das genannte Schrifttum). Infolgedessen ist das Berufungsurteil, obwohl es sich nicht ausdrücklich darüber ausspricht, mit der Revision als ein solches Prozeßurteil aufzufassen.

Das Berufungsgericht hat allerdings (BU 32-49) auch zur sachlichen Schlüssigkeit des Klagbegehrens eingehend Stellung genommen (sie wird im Hinblick auf § 817 Satz 2 BGB verneint). Das geschah jedoch nur im Rahmen der Prüfung des Antrags, das Verfahren bis zur Entscheidung des Nachlaßgerichts über die die Person der Testamentsvollstrecker betreffenden Fragen auszusetzen. Das Revisionsgericht hat diese Darlegungen des Berufungsgerichts in der gegenwärtigen Lage des Verfahrens nicht nachzuprüfen, da die Ablehnung der Aussetzung durch das Oberlandesgericht nicht anfechtbar ist (vgl. §§ 252, 567 Abs. 3 ZPO) und für die Entscheidung in der Hauptsache die Erörterungen über die Begründetheit der Klage deshalb unbeachtlich sind, weil das Oberlandesgericht keine Sachabweisung, sondern eine Prozeßabweisung ausgesprochen hat (BGHZ 11, 222).

4. Da es sich bei der Prozeßführungsbefugnis um eine Prozeßvoraussetzung handelt, hat das Revisionsgericht die zur Beurteilung ihres Vorliegens notwendigen tatsächlichen Feststellungen ohne Bindung an den

Tatrichter selbst zu treffen.

Zwar bestimmt § 561 ZPO, daß der Revisionsrichter hinsichtlich der Tatfrage in zweifacher Weise durch die Vorinstanz eingeengt ist: er ist auf den dort vorgebrachten Tatsachenstoff beschränkt (Abs. 1) und an die diesem Stoff vom Berufungsgericht gegebene tatsächliche Würdigung gebunden (Abs. 2). Aber dieser Grundsatz erleidet in seinen beiden Erscheinungsformen eine wesentliche Durchbrechung, soweit es sich um die Prüfung der Prozeßvoraussetzungen handelt: insoweit ist neuer Tatsachenvortrag in der Revisionsinstanz beachtlich und ist der Revisionsrichter in der Würdigung (sowohl dieses als auch) des bereits vom Berufungsgericht gewürdigten Tatsachenstoffs frei und zur eigenen Beweisaufnahme berufen. Soweit diese Frage in neuerer Zeit überhaupt behandelt wurde (meist hinsichtlich der Zulässigkeit neuen Tatsachenstoffs, und zwar in der Lehre allgemein, in der Rechtsprechung bezogen auf die jeweils zur Entscheidung gelangten einzelnen Prozeßvoraussetzungen), ist sie durchweg in diesem Sinne gelöst worden (Rosenberg aaO § 142 II 3 a mit § 145 II 2; Lent aaO S. 187; Nikisch aaO S. 499; Schönke aaO S. 368, 369; Stein/Jonas/Schönke aaO § 561 II 2 c; Baumbach/Lauterbach aaO § 561 Anm. 3 B; Zöllner, Zivilprozeßordnung 9. Aufl. § 559 Anm., § 561 Anm. 1; RGZ 86, 15, 16; 159, 83, 84; 160, 338, 348; HRR 1930, 1154; OGH NJW 50, 468; BGH MDR 1951, 732, 733 - II. ZS. -; BGHZ 7, 280, 284 - III. ZS. -; IM Nr. 1 zu § 234 ZPO, BGHZ 4, 389, 395/96 und BGHZ 6, 369, 370 - IV. ZS. -; BGHZ 30, 112, 114 - V. ZS. -; VI ZR 100/54 vom 30. November 1955, insoweit in IM Nr. 29 zu § 549 ZPO und NJW 1956, 711 nicht abgedruckt). Eine ausdrückliche Anwendung dieses

Grundgedankens gerade auf den Fall der Prozeßführungsbefugnis ist zwar nirgends feststellbar; aber es ist weder ein dogmatisches noch vor allem ein praktisches Bedürfnis dafür einzusehen, daß diese Prozeßvoraussetzung hier anders behandelt werden sollte als die übrigen. Für den Umfang der Prüfungspflicht des Revisionsrichters macht es auch keinen Unterschied, ob die Vorinstanz das Vorliegen der Prozeßvoraussetzung bejaht und daher sachlich erkannt hat (so allerdings in den meisten der bisher entschiedenen Fälle), oder ob es sie, wie im vorliegenden Fall, verneint hat (so bereits RG HRR 1930, 1154; OGH NJW 50, 468); auch im letzteren Falle fehlt es an einem hinreichenden Grund, den Prüfungsumfang des Revisionsrichters wieder wie in dem gesetzlich allein geregelten Falle der Begründetheitsprüfung einzuschränken.

Hiernach hat der erkennende Senat, entgegen der Auffassung beider Prozeßparteien, zur Beantwortung der Frage nach der Prozeßführungsbefugnis der Klagseite den Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ohne Bindung an die Feststellungen des Berufungsgerichts zu prüfen und zu würdigen. Er hat insbesondere das Testament des Erblassers als die für jene Frage entscheidende tatsächliche Grundlage frei auszulegen.

5. Der Zeitpunkt, auf den es für das Vorliegen oder Fehlen der Prozeßvoraussetzung ankommt, ist die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz (RG Warn. 1930 Nr. 79; Rosenberg aaO § 45 III 2, § 89 IV 4), das ist im vorliegenden Fall der 16. Mai 1958 (Tatsachenstoff aus der Zeit vorher konnte noch im Revisionsverfahren nachgebracht werden; Tatsachenstoff aus der Zeit nachher ist für die Entscheidung unerheblich).

II.

Die Prozeßführungsbefugnis der Klagseite ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu bejahen.

1. Mit Recht geht das Oberlandesgericht allerdings davon aus, daß die Klagseite ihre Legitimation nicht aus eigenem Recht der ursprünglichen Klägerin, sondern ausschließlich aus der auf sie als Erbin übergegangenen Rechtsstellung des Erblassers herleitet.

Das ergibt sich zwar entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schon daraus, daß der Sachvortrag der Klage vertragliche Beziehungen nur des Dichters selbst, nicht auch seiner Ehefrau zum Beklagten behauptet; denn die Klagansprüche könnten auch nichtvertraglicher Natur sein (Geschäftsführung ohne Auftrag, unerlaubte Handlung). Entscheidend ist auch nicht, daß der Antrag der Klage vom anvertrauten Vermögen spricht, da hierdurch nur eine gegenständliche Abgrenzung und keine Beschränkung auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Vertrags vorgenommen werden sollte. Die Auffassung des Berufungsgerichts trifft jedoch aus einem anderen Grunde im Ergebnis zu.

Daß das umstrittene Auslandsvermögen vom Dichter und nicht von seiner Ehefrau herrührt, ist unstreitig (vgl. Klagschrift GA I 2). Daß er es auch nur teilweise auf seine Ehefrau übertragen hätte, ist, soweit ersichtlich, nirgends substantiiert behauptet. Die von der Revision angeführte Stelle der Klagschrift (GA I 3) enthält zwar die (übrigens an Konkretisierung hinter diesem

Zitat weit zurückbleibende) beiläufige Bemerkung, das Auslandsvermögen sei "im übrigen auch" auf den Namen der damaligen Klägerin angelegt gewesen; das Vermögen wird auch am Ende desselben Satzes "Auslandsvermögen des Erblassers und der Klägerin" genannt; schließlich wurden im Lauf des Verfahrens verschiedene Fotokopien vorgelegt, welche die Ehefrau als Kontoinhaberin oder als Bevollmächtigte des Dichters bezeichnen (so z.B. Anlagen des Schriftsatzes vom 9. Oktober 1956 in der gelben Mappe; ferner GA II 446/48). Aber abgesehen von der mangelnden Substantiierung dieses Vortrags ergibt sich weder aus der Kontobezeichnung noch erst recht aus der Bevollmächtigung schlüssig ein eigenes Recht der Ehefrau an den umschrittenen Vermögenswerten. Und vor allem ist jener Sachvortrag, soweit ersichtlich, nirgends zur Grundlage der Klage gemacht worden. Diese stützte sich vielmehr von vornherein ausschließlich auf die Rechtsstellung der ursprünglichen Klägerin als Erbin des Dichters (vgl. den Beginn der Klagbegründung GA I 2). Selbst nachdem das Berufungsgericht im Verhandlungstermin vom 14. Februar 1958 Zweifel an der Prozeßführungsbefugnis der Klagseite im Hinblick auf die Testamentvollstreckung aufgeworfen hatte, hat der Kläger zwar diese Zweifel durch umfangreiche schriftsätzliche Ausführungen über die Rechtsstellung des Erben im Verhältnis zu den Testamentvollstreckern auszuräumen versucht (Schriftsatz vom 7. Mai 1958 Bl. 2-10), aber mit keinem Wort auf eine schon zu Lebzeiten des Dichters begründete eigene Rechtsinhaberschaft der Ehefrau hinsichtlich irgendwelcher Auslandswerte als weitere Klaggrundlage abgehoben. (Diese Beschränkung des Klaggrundes hatte auch ihren guten Sinn im Hinblick auf die Beweisschwierigkeiten,

die schon für den behaupteten Treuhandcharakter der Übertragungen groß genug waren und durch jene andere Klagbegründung noch vermehrt worden wären.)

2. Mit Recht betrachtet das Berufungsgericht die Testamentsvollstreckung als noch nicht erloschen.

Daß der Tod der Erbin im Jahre 1957 diese Wirkung nicht gehabt hat, ergibt sich aus der ausdrücklichen Bestimmung in § 4 Abschnitt II Nr. 9 des Testaments. Im übrigen ist den Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt (BU 16/18) voll beizutreten; sie werden auch von der Revision nicht angegriffen.

3. Mit Recht untersucht das Berufungsgericht bei der Prüfung der Prozeßführungsbefugnis der Klagseite zunächst den Umfang der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Erben (BU 18/21). In der Beantwortung dieser Frage kann ihm indessen sachlich nicht beigetreten werden.

Der Testamentswortlaut ist in der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Erben einerseits und den Testamentsvollstreckern andererseits nicht eindeutig. Den Testamentsvollstreckern werden zugewiesen: die Unterstützung des Erben ("Zur-Seite-Stehen mit Rat und Tat", § 4 Abschn. II Nr. 1), die Sorge für die unbedingte Durchführung der Gedankengänge des Erblassers, der vor allem die geschlossene Erhaltung von Archiv und Sammlungen wünschte (§ 4 Abschn. II Nr. 2 und Vorbemerkungen des Testaments), sowie die Abfindungen der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge, d.h. der vier Söhne des Dichters (aaO Nr. 3). Den Erben

weist das Testament zu: die Verwaltung des Nachlasses (aaO Nr. 4), die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern in allen Punkten (Nr. 5 Satz 2) sowie die Auswahl von Ersatz-Testamentsvollstreckern, und zwar teils im Sinne bloßer Vorschläge zur Ernennung durch das Nachlaßgericht (§ 4 Abschn. I Abs. 2 Satz 1) und teils im Sinne der eigenen Ernennung durch den Erben (anstelle eines als Abfindungsgegner an der Amtsausübung verhin- derten Testamentsvollstreckers sowie bei Nichttätig- werden des Nachlaßgerichts, § 4 Abschn. I Satz 2 und Abschn. II Nr. 6). Der gemeinsamen Erledigung durch Erben und Testamentsvollstrecker zusammen sind zuge- wiesen: der Abschluß von Abfindungsvereinbarungen mit den Pflichtteilsberechtigten (durch den Erben mit Zu- stimmung der Testamentsvollstrecker oder durch die Testamentsvollstrecker mit Zustimmung des Erben, § 4 Abschn. II Nr. 3) sowie die Eingehung von Verbind- lichkeiten zu einer Verfügung über einen Nachlaßgegen- stand, und die "Verfügung über Nachlaßgegenstände selbst" ("nur" durch den Erben "gemeinsam mit den Te- stamentsvollstreckern", § 4 Abschn. II Nr. 5 Satz 1).

Das Berufungsgericht entnimmt diesen Bestimmun- gen, "daß Erbe und Testamentsvollstrecker sich in die Verwaltung des Nachlasses auf bestimmte Weise zu teil- len haben" (BU 19-21), und unterscheidet zwischen Ab- findungsvereinbarungen, die der Erbe allein mit bloßer Zustimmung der Testamentsvollstrecker (und umgekehrt) abschließen könne, und Verfügungen über Nachlaßgegen- stände, wo nur der Erbe und die Testamentsvollstrecker zusammen zu gemeinsamem Handeln rechtlich in der Lage

seien (BU 21/23). Hiernach wäre der Erbe zu jeder Art von Verfügungen über einen Nachlaßgegenstand niemals allein, sondern immer nur zusammen mit den Testamentsvollstreckern befugt.

Die Revision dagegen will unter Verfügungen im Sinn von Nr. 5 aaO zwar Veräußerungen und Belastungen verstehen, nicht aber die bloße Einziehung von Nachlaßforderungen, obwohl sie ebenfalls Verfügung im technischen Sinne sei.

Der Senat tritt im wesentlichen der Auffassung der Revision bei.

Maßgebend für die Auslegung des Testaments ist der Wille des Erblassers (§ 2084 BGB). Mangels näherer Anhaltspunkte muß bei den wortlautmäßigen Unklarheiten des Testaments angenommen werden, daß der Erblasser seinen letztwilligen Bestimmungen diejenige Bedeutung hat geben wollen, bei der ein möglichst verständiges und praktisch brauchbares Ergebnis erzielt wird und das Testament in sich möglichst widerspruchsfrei ist.

Geht man hiervon aus, so berücksichtigt das Berufungsgericht nicht genügend die Bestimmung von Nr. 4 aaO, wonach die Verwaltung des Nachlasses grundsätzlich dem Erben obliegen und die Testamentsvollstrecker ihm dabei nur zur Seite stehen sollen. Diese Bestimmung und nicht die von Nr. 5 Satz 1 enthält die zentrale Regelung für die Zuständigkeitsgrenze zwischen Erben und Testamentsvollstreckern; Nr. 5 Satz 1 gibt demgegenüber nur eine Sonderregelung für einen Teil von Handlungen. Der Vorrang von Nr. 4 gegenüber Nr. 5 ergibt sich einmal

daraus, daß Nr. 4 in der Rechtszuweisung an den Erben keinerlei Einschränkung enthält, während die Rechtsbeschränkung des Erben nach Nr. 5 Satz 1 ihrerseits durch die Ausnahme in Nr. 5 Satz 2 wesentlich entkräftet wird; danach erlangt nämlich der Erbe bei allen Maßnahmen dann, wenn die Testamentsvollstrecker unter sich uneins sind und er sie angehört hat, den "Stichentscheid" und damit die alleinige Handlungsbefugnis, und zwar auch zu Verfügungen. Für den Vorrang von Nr. 4 gegenüber Nr. 5 Satz 1 spricht weiter die Erwägung, daß die Verwaltung des Nachlasses sowohl im allgemeinen als auch besonders im vorliegenden Fall zu einem ganz erheblichen Teil in der Einziehung von Nachlaßforderungen besteht (Einnahmen aus dem dichterischen Lebenswerk des Erblassers) und daß infolgedessen dann, wenn man auch diese Tätigkeit nach Nr. 5 der Zustimmung der Testamentsvollstrecker unterstellen würde, die Bestimmung über die Alleinverwaltung des Erben (Nr. 4) praktisch bedeutungslos wäre. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß es dem Erblasser offenbar darauf ankam, den Nachlaß vor beeinträchtigenden Verfügungen des Erben zu schützen, aber nicht darauf, den Erben zu beschränken bei der Einziehung von Forderungen zum Nachlaß, die gerade der Steigerung des Nachlaßwerts dient. Für eine einschränkende Auslegung des Wortes "Verfügung" in Nr. 5 spricht schließlich, daß diese Bestimmung bei Aufzählungen der dem Alleinhandeln des Erben (zunächst) entzogenen Akte an erster Stelle die Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nennt und erst dann, und zwar als Beispiele hierfür (nämlich durch Kommata eingeschlossen und mit dem Wort "insbesondere" eingeleitet) sowohl die Eingehung von Verbindlichkeiten zu Verfügungen über Nachlaßgegenstände als auch die Verfügung über Nachlaßgegenstände

selbst anführt. Diese sprachliche Fassung könnte sogar die Frage auftauchen lassen, ob hier unter "Verfügungen" nicht nur solche gemeint sind, die der Erfüllung von Verbindlichkeiten dienen; doch ist das wohl mangels eines erkennbaren inneren Grundes für eine so weitgehende Einschränkung abzulehnen, zumal der Testamentswortlaut hier in doppelter Hinsicht ungenau ist, nämlich sowohl rechtlich (Verpflichtung ist etwas anderes als Verfügung) als auch sprachlich (die Parenthese - "insbesondere" - gehört in ihrer ersten Hälfte zur Präposition "von Verbindlichkeiten" und in ihrer zweiten Hälfte zur übergeordneten Präposition "zur Eingehung"). Die Reihenfolge der Aufzählung und der ihr entsprechende Grad der Betonung sprechen aber jedenfalls dagegen, der in dieser Bestimmung enthaltenen Beschränkung des Erben in der Verfügungsbefugnis eine ebenso große oder gar noch größere Bedeutung zuzuweisen als dem in Nr. 4 uneingeschränkt ausgesprochenen Grundsatz der Verwaltung durch den Erben mit bloßer Unterstützung (nicht Mitentscheidung) der Testamentsvollstrecker.

Diesen Ausführungen läßt sich auch nicht mit Erfolg entgegenhalten, daß die Verfügungsbeschränkung des Erben nach Nr. 5 bei Uneinigkeit der Testamentsvollstrecker praktisch wieder entfalle und deshalb keine allzu einschneidende Schmälerung der Erbenstellung auf längere Sicht darstelle. Denn einmal besteht die Beschränkung des Erben dann fort, wenn die Testamentsvollstrecker gegen den Erben einig sind (sie mag dann allenfalls für notwendige Erhaltungsmaßnahmen in entsprechender Anwendung von § 2038 BGB entfallen). Und auch ohne Einigkeit der Testamentsvollstrecker untereinander ist

im Umfang von Nr. 5 Voraussetzung für das Alleinverfügungsrecht des Erben ihre Anhörung, die im Fall der tatsächlichen oder rechtlichen Verhinderung des einen oder anderen Testamentsvollstreckers an der Amtsausübung im Hinblick auf die komplizierte Regelung der Vertreter-Ernennung im Testament (§ 4 Abschn. I Abs. 2, § 4 Abschn. II Nr. 6 und Nr. 9) erhebliche Schwierigkeiten machen kann, wie gerade der vorliegende Fall zeigt. Hieraus ergibt sich übrigens eine Bestätigung dafür, daß entgegen der früher von der Klagseite vertretenen Auffassung das Amt der Testamentsvollstrecker keineswegs ein bloßes "Schattenamt" ohne jede Bedeutung darstellt: sein Wert liegt nicht nur in der laufenden Beratung des Erben ("Zur-Seite-Stehen", § 4 Abschn. II Nr. 1 und Nr. 4), sondern auch in ihrem Recht auf Mitentscheidung (bei Einigkeit) oder wenigstens auf Gehör im Falle von Veräußerung, Belastung oder Verzicht.

Das hiernach zu bejahende Recht des Erben zur alleinigen Einziehung von Nachlaßverbindlichkeiten erleidet auch keine Ausnahme für den Fall, daß Schuldner dieser Verbindlichkeit ein naher Angehöriger ist, insbesondere einer der Söhne des Erblassers und etwa unter ihnen gerade der eine oder andere Testamentsvollstrecker. Bei einer solchen Sachlage fällt zwar die Testamentsvollstreckerschaft selbst nach dem ersichtlichen Willen des Erblassers entgegen der Auffassung der Revision nicht weg (nur die Person des Testamentsvollstreckers ist für den Umfang des Interessenwiderstreits auszuwechseln, wie das Berufungsgericht im Rahmen einer Hilferwägung unter entsprechender Anwendung von § 4 Abschn. II Nr. 6 zutreffend ausführt,

BU 24 unten); die Testamentsvollstrecker (gegebenenfalls anstelle des Nachlassschuldners ein Ergänzungstestamentsvollstrecker) sind auch in diesen Fällen dazu berufen, dem Erben "zur Seite zu stehen" und, soweit Veräußerungen, Belastungen oder Verzichte in Betracht kommen, im Umfange von Nr. 5 aaO mitzuentcheiden (vgl. § 4 Abschn. I Schlußsatz, daß "jedemfalls . . . immer zwei Testamentsvollstrecker im Amte sein" sollen). Dafür jedoch, daß für solche Fälle der Erbe einer weitergehenden Verfügungsbeschränkung durch die Testamentsvollstrecker unterworfen werden sollte als sonst, fehlt es an jedem Anhaltspunkt im Testament und an einem erkennbaren sachlichen Bedürfnis.

4. Aus der grundsätzlichen materiellen Alleinverwaltungsbefugnis des Erben (oben Nr. 3) folgt seine Befugnis zur Prozeßführung im vorliegenden Rechtsstreit.

Das verfahrensrechtliche Prozeßführungsrecht ist allerdings begrifflich streng vom Verfügungsrecht als materiell-rechtlicher Rechtsfigur zu unterscheiden. Auch dort, wo die Zuweisung der Handlungsbefugnis an eine andere Person als den materiellen Rechtsträger in Frage steht, werden Verfügungsrechte und Prozeßführungsbe-
fugnis von der Rechtsordnung keineswegs überall gleich behandelt (vgl. hinsichtlich des ehelichen Güterrechts BGB §§ 1375, 1380 a.F.; §§ 1443, 1454 a.F., entsprechend §§ 1422, 1433 n.F.; hinsichtlich des Vormunds Palandt, BGB 18. Aufl. § 1812 Anm. 3 a.E.; hinsichtlich des Vor-
erben Palandt aaO Einführung 5 vor § 2100). Was die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Erben und Testamentsvollstrecker anlangt, hat das Gesetz allerdings

materielles Verfügungsrecht und Prozeßführungsbefugnis für den Aktivprozeß grundsätzlich gleich behandelt: verfügungs- und prozeßführungsbefugt ist in einem Teil der Fälle der Testamentsvollstrecker ohne den Erben - so die gesetzliche Regel, §§ 2205, 2211, 2212 BGB -, in einem anderen Teil der Fälle der Erbe ohne den Testamentsvollstrecker - so bei Verfügungsentzug durch den Erblasser, § 2208 -; sowohl im Regelfall wie im Ausnahmefall stellt das Gesetz für das Prozeßführungsrecht auf das materielle Verfügungsrecht ab. Ob der Erblasser durch letztwillige Verfügung für das Prozeßführungsrecht eine andere Zuweisung vornehmen könnte als für das materielle Verfügungsrecht, kann dahingestellt bleiben; denn im vorliegenden Fall liegt eine derartige Anordnung des Erblassers nicht vor; das Testament regelt, wie unzweifelhaft und unstreitig ist, unmittelbar nur das materielle Verfügungsrecht und bestimmt über die Prozeßführungsbefugnis nichts. Der vorliegende Fall hat jedoch die Besonderheit, daß das materielle Verfügungsrecht hinsichtlich eines und desselben Nachlaßgegenstands weder allein den Testamentsvollstreckern noch allein dem Erben zugewiesen, sondern zwischen Erben und Testamentsvollstreckern aufgeteilt ist derart, daß es in der einen Art von Fällen (nämlich hinsichtlich der bloßen ~~Entziehung~~ Entziehung von Nachlaßforderungen sowie bei Uneinigkeit der Testamentsvollstrecker untereinander nach ihrer Anhörung) dem Erben allein und in den übrigen Fällen dem Erben und den Testamentsvollstreckern zusammen zusteht. Es kann dahingestellt bleiben, ob in den letzteren Fällen der nur gemeinsamen Verfügungsbefugnis für den Aktivprozeß eine notwendige Streitgenossenschaft im eigentlichen Sinne (§ 62 Fall 2 ZPO) zwischen Erben und Testamentsvollstreckern ähnlich wie zwischen

Miterben besteht (dies nimmt das Berufungsgericht an) oder Prozeßführungsbefugnis sowohl für den Erben allein als auch ohne ihn für die beiden Testamentsvollstrecker zusammen als notwendige Streitgenossen (wenigstens dann, wenn der Erbe mit Zustimmung der Testamentsvollstrecker klagt oder umgekehrt, vgl. Rosenberg aaO § 45 II 2 c Anfang), oder schließlich nur Prozeßführungsbefugnis des Erben allein und überhaupt keine Prozeßführungsbefugnis der Testamentsvollstrecker (weil hinsichtlich eines jeden Nachlaßgegenstands das Verfügungsrecht des Erben nicht ausgeschlossen, sondern nur eingeschränkt ist; vgl. in dieser Richtung mit Einschränkung die 1. Auflage von Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, § 44 II 1 a ♂ und weitergehend Hellwig, System aaO S. 164, 165). Im vorliegenden Rechtsstreit handelt es sich um einen Fall, für den das materielle Verfügungsrecht dem Erben allein zusteht (oben 3). Deshalb ist er auch allein zur Prozeßführung befugt. Soweit im Lauf des Rechtsstreits allerdings über ihre bloße Einziehung hinaus materielle Verfügungen über die Klagforderungen in Betracht kommen sollten - insbesondere etwa bei einem vergleichswisen Verzicht -, wäre hierzu die Zustimmung der beiden Testamentsvollstrecker (§ 4 Abschn. II Nr. 5 Satz 1) oder wenigstens ihre Anhörung (aaO Satz 2) erforderlich (vergleichbar etwa der Prozeßführung des Vormunds im Falle des § 1822 Nr. 12 BGB); das berührt jedoch die Prozeßführungsbefugnis des Erben als solche nicht.

5. Die dargelegte Rechtsstellung des Erben im Verhältnis zu den Testamentsvollstreckern gilt nicht nur für die Witwe als ursprüngliche Erbin, sondern unverändert auch für den jetzigen Kläger als Erbeserben des Dichters.

Daß seine Befugnisse vom Erblasser nicht größer gewollt sind als diejenigen des ursprünglichen Erben, liegt auf der Hand und wird von keiner Seite in Zweifel gezogen. Das Berufungsgericht neigt umgekehrt zur Annahme einer abgeschwächten Stellung des Erbeserben (BU 28). Der Umstand jedoch, daß der Erblasser den Fall der Beerbung seiner Erbin (Witwe) durch den Sohn ausdrücklich erwogen und in anderer Hinsicht geregelt hat (§ 4 Abschn. II Nr. 9), eine Änderung des Machtumfangs der Testamentsvollstrecker für diesen Fall jedoch nicht verfügt hat (vgl. im Gegenteil § 2 letzten Absatz), spricht ausschlaggebend dafür, daß der Erbeserbe gegenüber den Testamentsvollstreckern eine gleichstarke Stellung haben soll wie der Erbe selbst, zumal in keiner Weise ersichtlich ist, welchen Inhalt eine Änderung haben sollte. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die zwischen den Parteien bestehenden starken Spannungen das Zusammenwirken zwischen Erben und Testamentsvollstreckern beträchtlich erschweren, das vom Erblasser gewollt und im Interesse der geistigen Hinterlassenschaft des Dichters dringend wünschenswert ist. Aber diese Spannungen haben ihren Grund, soweit erkennbar, vor allem in den Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich des im vorliegenden Rechtsstreit umkämpften Auslandsvermögens des Dichters; sie sind schon zu Lebzeiten der ursprünglichen Erbin und unter Beteiligung auch ihrer Person entstanden und durch das Hinüberwechseln des einen Sohnes (jetzigen Klägers) aus der Rolle des Testamentsvollstreckers in die des Rechtsträgers zwar verschärft, aber nicht erst hervorgerufen worden. Die Spannungen mögen vielleicht Anlaß geben, eine nicht nur vorübergehende Änderung in der Person auch des anderen Testamentsvollstreckers (des

Beklagten) zu erwägen - darüber hat nötigenfalls das Nachlaßgericht zu entscheiden -; die vom Erblasser festgelegte Stellung des Erben und des Erbeserben im Verhältnis zur Testamentsvollstreckung als solche kann durch sie nicht berührt werden.

6. Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Prozeßführungsbefugnis sowohl der ursprünglichen Klägerin als auch des nach ihrem Tode an ihre Stelle getretenen jetzigen Klägers entgegen dem Berufungsgericht zu bejahen ist. Auf den Sachvortrag in dem vom Kläger in der Revisionsverhandlung überreichten Schriftsatz kam es nicht mehr an; es erübrigte sich deshalb die vom Beklagten dazu nach § 272 a ZPO erbetene Erklärungsfrist.

Das angefochtene Urteil war hiernach aufzuheben und, da rechtlich beachtliche Feststellungen zur Sache fehlen (oben I 3 Ende), die Sache zurückzuverweisen, und zwar jeder Klagteil an diejenige Instanz, in welcher er bisher anhängig gewesen war. Es erschien angezeigt, von

der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO im erkannten Umfang Gebrauch zu machen.

Dr. Tasche Rothe Dr. Freitag Mattern Offterdinger