
Datum: 05.08.2009
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 190/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2009:0805.2U190.08.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 11 O 56/07

Tenor:

.

Das Urteil des Landgerichts Aachen vom 3.12.2008 - 11 O 56/07 - wird von Amts wegen gemäß § 319 ZPO wie folgt berichtigt:

Statt der Bezeichnung "Urteil" trägt die Entscheidung die Bezeichnung "Teilurteil".

Ziff. 8 des Tenors (Kostenentscheidung) lautet: "Die außergerichtlichen Kosten des Drittwiderbeklagten trägt der Beklagte."

II.

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung das entsprechend Ziff. I berichtigte Teilurteil des Landgerichts Aachen vom 3.12.2008 - 11 O 56/07 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

„1.

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen über den Bestand des Nachlasses der am 15.9.1930 in K. geborenen und am 18.2.1993 dort verstorbenen Frau N.H.B.T., bezogen auf

den 21. Mai 1993 und auf den 10. Oktober 2005, jeweils durch Vorlage eines Verzeichnisses.

2.

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen über sämtliche Geschäfte und deren Stand, die er vom 21. Mai 1993 bis einschließlich 10. Oktober 2005 in Ausübung seines Amtes als Testamentsvollstrecker über den Nachlass der am 15.9.1930 in K. geborenen und am 18.2.1993 dort verstorbenen Frau N.H.B.T. getätigt hat, durch Vorlage eines systematischen, historisch geordneten Verzeichnisses.

3.

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen, was er vom 21. Mai 1993 bis einschließlich 10. Oktober 2005 in Ausübung seines unter 1. näher bezeichneten Testamentsvollstreckeramtes erhalten hat, durch Vorlage eines systematisch geordneten Verzeichnisses.

4.

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Auskunft zu erteilen zu allem, was er vom 21. Mai 1993 bis einschließlich 10. Oktober 2005 aus der Besorgung des unter 1. näher bezeichneten Testamentsvollstreckeramtes erlangt hat, durch Vorlage eines systematischen Verzeichnisses.

5.

Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger Rechnung zu legen über seine Einnahmen und Ausgaben bei der Ausübung des unter 1. näher bezeichneten Testamentsvollstreckeramtes vom 21. Mai 1993 bis einschließlich 10. Oktober 2005 durch Vorlage eines geordneten Verzeichnisses, das nach den einzelnen Kalenderjahren unterteilt ist.

6.

Im Übrigen wird die Klage hinsichtlich der 1. Stufe abgewiesen.

7.

Die Widerklage und die Drittwiderklage werden abgewiesen.

8.

Der Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Drittwiderbeklagten. Im Übrigen bleibt die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz dem Schlussurteil vorbehalten.

III.

Die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich des Teilurteils des Senats vom 20.5.2009 hat der Beklagte zu tragen.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e	1
(gemäß § 540 Abs. 1 ZPO anstelle von	2
Tatbestand und Entscheidungsgründen)	3
I.	4
Der Kläger ist zum Testamentsvollstrecker über den Nachlass der am 18.2.1993 in K. verstorbenen Frau N.H.B.T. bestellt. Er nimmt den Beklagten als ehemaligen Testamentsvollstrecker in gleicher Nachlasssache im Wege der Stufenklage auf Auskunft, Rechnungslegung, Versicherung an Eides Statt und Herausgabe der noch in seinem Besitz befindlichen Nachlassgegenstände in Anspruch.	5
Mit der Widerklage begehrt der Beklagte die Feststellung, dass er für die Grabpflegekosten der Erblasserin nicht persönlich hafte, sowie die Feststellung, dass ihm erforderliche Aufwendungen, die im Zusammenhang mit der Abwicklung des Nachlasses, insbesondere mit einer Reise in die U., zu erstatten seien.	6
Die Drittwiderklage richtet sich gegen einen der Erben der Erblasserin, den diese in ihrem Testament als Testamentsvollstrecker bestimmt hatte, der jedoch das Amt nicht angenommen hatte. Der Beklagte nimmt ihn auf Auskunft und Rechnungslegung hinsichtlich der Zeit zwischen dem Erbfall und seiner, des Beklagten, eigenen Bestellung zum Testamentsvollstrecker in Anspruch. Desweiteren begehrt er ihm gegenüber die Feststellung, dass er, der Drittwiderbeklagte, einer Grabpflegeverpflichtung nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei. Schließlich nimmt er ihn auf Widerruf einer im Rahmen einer Strafanzeige getätigten Äußerung in Anspruch.	7
Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen (Teil-)Urteils Bezug genommen. Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der auf der 1. Stufe gestellten Anträge mit der als "Urteil" bezeichneten Entscheidung in vollem Umfang stattgegeben sowie die Widerklage und Drittwiderklage abgewiesen. Wegen der Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird gleichfalls auf das (Teil-)Urteil des Landgerichts vom 3. Dezember 2008 Bezug genommen.	8

Das (Teil-)Urteil ist dem Beklagten am 5.12.2008 zugestellt worden. Mit der am 31.12.2008 eingelegten und am 5.3.2009 begründeten Berufung greift der Beklagte das erstinstanzliche (Teil-)Urteil in vollem Umfang an.

Der Beklagte wiederholt und vertieft seinen erstinstanzlichen Vortrag. Seitens der Erben sei auf die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses verzichtet worden. Während der Testamentsvollstreckung seien vom Beklagten Auskünfte erteilt und diese von den Erben als ausreichend akzeptiert worden. Auf weitere Förmlichkeiten sei seitens der Erben einvernehmlich verzichtet worden. Im Übrigen könne er den vom Kläger geltend gemachten Auskunftsansprüchen schon tatsächlich nicht nachkommen. Er habe den Nachlass "aus zweiter Hand", nämlich von dem Drittwiderbeklagten übernommen, welcher zuvor im Besitz des gesamten Nachlasses gewesen sei. Zur Rechnungslegung sei er darüber hinaus zunächst auf Auskünfte der Kreissparkasse E. angewiesen, die diese ihm nicht erteilen wolle oder könne, sowie auf Auskünfte der Erben darüber, welche Gelder sie bereits aus dem Nachlass ausgezahlt erhalten haben. 9

Mit Schriftsatz vom 20.4.2009 (Bl. 1130 ff. d.A.) behauptet der Beklagte zudem, am 10.3.2009 sei in seiner Kanzlei eingebrochen worden. Dabei sei von den Tätern zwar ein zum Nachlass gehörender Betrag in Höhe von 1.500,- € übersehen worden, im Übrigen aber seien erhebliche zum Nachlass gehörende Geldbeträge sowie Abrechnungsunterlagen über den Nachlass entwendet worden. Auch im Hinblick darauf sei es dem Beklagten nicht möglich, seinen Auskunftsverpflichtungen nachzukommen. 10

Das Feststellungsinteresse der Widerklage rechtfertigt der Beklagte hinsichtlich der Kostenfreistellung von Grabpflegekosten damit, die Grabliegezeit betrage mindestens 25 Jahre. Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger oder die Erben gegen ihn, den Beklagten, zukünftig Ansprüche geltend machen werden. Zum geltend gemachten Anspruch auf Feststellung der Kostenentnahmeberechtigung behauptet der Beklagte, es sei der Wunsch sowohl der Erben wie auch der A-Bank und der Kreissparkasse E. gewesen, dass er, der Beklagte, persönlich nach A. fahren und das Geld überführe. Daher komme es nach seiner Auffassung auf die Notwendigkeit der Reise nicht mehr an. Die Höhe der Forderungen könne erst dann bestimmt werden, wenn sämtliche Rechtsstreitigkeiten erledigt seien. 11

Die Drittwiderklage sei entgegen der Auffassung des Landgerichts sehr wohl sachdienlich. Der Drittwiderbeklagte sei selbst einmal Testamentsvollstrecker gewesen und könne daher zur Sachaufklärung beitragen. Er habe Zugang zu dem gesamten Nachlass gehabt und den gesamten Umfang des Nachlasses gekannt. Der Drittwiderbeklagte sei dem Beklagten gegenüber zur Auskunft verpflichtet, weil letzterer sonst dem Kläger gegenüber für Verluste haften müsse, für die der Drittwiderbeklagte verantwortlich sei. 12

Zur Drittwiderklage auf Widerruf einer Behauptung vertritt der Beklagte die Auffassung, bei der zitierten Äußerung handele es sich nicht um eine Meinungsäußerung, sondern eine versteckte Tatsachenbehauptung. 13

In verfahrensrechtlicher Hinsicht macht der Beklagte geltend, das Landgericht habe das Verfahren im Hinblick auf die vorgreifliche Drittwiderklage und im Hinblick auf das vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängigen Verfahren aussetzen müssen. Dass – ausweislich des Protokolls vom 1.9.2008 (Bl. 422 ff. d.A.) – eine Güteverhandlung nicht durchgeführt worden sei, sei ebenfalls verfahrensfehlerhaft gewesen. Das Landgericht habe den letzten Schriftsatz des Beklagten vom 1.9.2008 nicht zur Kenntnis genommen; hierin liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Gleichfalls habe das 14

Landgericht entgegen dem ausdrücklichen Antrag des Beklagten und somit verfahrensfehlerhaft die Akte 8 VI 32/93 AG Jülich nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht, so dass es von dem zugunsten des Beklagten sprechenden Inhalt dieser Akte keine Kenntnis genommen habe.

Der Beklagte beantragt,

15

1. das Urteil des Landgerichts Aachen vom 3.12.2008 – 11 O 56/07 - abzuändern und 16

a) die Klage abzuweisen,

17

18

b) auf die Widerklage festzustellen,

19

dass der Kläger und Widerbeklagte zur Entlastung des Beklagten und Widerkläger verpflichtet ist, rückständige und zukünftig fortlaufend fällig werdende Kosten für die Durchführung der Grabpflege während der Dauer der Gerechtsame hinsichtlich der verstorbenen Frau N.T., Feld F, Grabnummer 13 + 14, O., XXXXX K. aus den Mitteln des Nachlasses an die Firma Gartenbetrieb V. GmbH, K, zu zahlen;

dass er gegenüber dem Beklagten und Widerkläger – des weiteren - verpflichtet ist, die Entnahme von Geldern aus dem Nachlass zu dulden welche erforderlich sind, um seine Auslagen zu begleichen, die insbesondere im Zusammenhang mit einer nachlassbedingten Fahrt in die U. nach A. stehen;

c) auf die Drittwiderklage:

22

23

aa) den Drittwiderbeklagten zu verurteilen, dem Beklagten, Widerkläger und Drittwiderkläger über den Bestand des Nachlasses der am 18.2.1993 verstorbenen Erblasserin N.H.B. den Zeitpunkten des Erbfalls und der Bestellung des Drittwiderklägers zum Testamentsvollstrecker am 18.4.1993 durch die Vorlage eines Verzeichnisses einschließlicher Belege Auskunft zu erteilen;

24

25

bb) ihn des weiteren zu verurteilen, dem Drittwiderkläger Auskunft zu erteilen über alle er während der Zeit, da er den Nachlass in Besitz hatte durch die Vorlage eines systematischen, historisch geordneten Verzeichnisses einschließlich der korrespondierenden Urkunden, Belege und sonstiger relevanter Unterlagen;

26

cc) ihn auch zu verurteilen, dem Drittwiderkläger Rechnung zu legen durch die Vorlage eines Verzeichnisses, welches mit dem 18.2.1993 beginnt;

27

dd) festzustellen, dass der Drittwiderbeklagten seinen Verpflichtungen aus der Grabpflegeabrede der Erben der verstorbenen N.T. nicht ordnungsgemäß nachgekommen ist;

28

ee) schlussendlich den Drittwiderbeklagten zu verurteilen, dem Beklagten, Widerkläger und Drittwiderkläger gegenüber folgende Behauptung zu widerrufen: "Gelder ... sind entgegen der Testamentsvollstreckerfunktion verwandt worden ...";

29

2. hilfsweise, unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Aachen vom 3.12.2008 – 11 O 56/07 – und des Verfahrens an die 11. Zivilkammer des Landgerichts Aachen zurückzuverweisen.

Der Kläger und der Drittwiderbeklagte beantragen jeweils,	31
die Berufung zurückzuweisen.	32
Sie verteidigen das angegriffene Urteil und wiederholen und vertiefen ihren erst-	33
instanzlichen Vortrag.	34
Der Senat hat mit Beschluss vom 16. März 2009 u.a. folgende Hinweise erteilt und hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben:	35
"...	36
VII. Es wird darauf hingewiesen,	37
1. daß der Senat bei einer Entscheidung in der Sache selbst auch	38
zu prüfen haben wird, ob und inwieweit die Entscheidung des Landgerichts auf einen Teil d im Tenor des Urteils vom 3. Dezember 2008 beschiedenen Anträge hätte beschränkt werden müssen.	39
2. daß der Ausspruch unter Ziff. 1 der Entscheidungsformel des	40
angefochtenen Urteils und der diesem Ausspruch zugrunde liegende Klageantrag insoweit Bedenken begegnen, als der Beklagte verpflichtet werden soll, den Bestand des Nachlass "in der Gegenwart" anzugeben. Vielmehr dürfte insoweit nur eine Verurteilung zur Auskunft über den Nachlaßbestand bei Beendigung des Amtes sowie über diejenigen Gegenstände Betracht kommen, welche der Beklagte aufgrund seines Amtes erlangt und welche er noch Besitz hat.	41
3. daß der Beklagte möglicherweise auch nicht verpflichtet ist, dem	42
Kläger als seinem Nachfolger im Amt als Testamentsvollstrecker ein Verzeichnis über den Bestand des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls zu erteilen. Zwar hat der Bundesgerichtshof entschieden, daß der Anspruch aus den §§ 2218, 666 BGB auch dem Nachfolger im Amt als Testamentsvollstrecker zusteht und daß sich der frühere Testamentsvollstrecker gegenüber diesem Anspruch auch nicht darauf berufen könne, sch dem oder den Erben Rechnung gelegt zu haben (vgl. BGH NJW 1972, 1660). Dies bedeutet aber nicht notwendig, daß ein nicht mehr im Amt befindlicher Testamentsvollstrecker noch nachträglich den Bestand der Erbschaft im Zeitpunkt des Erbfalls ermitteln müßte. Vielmehr könnte sich der Auskunftsanspruch insoweit auf die Angabe und Auflistung derjenigen Gegenstände beschränken, welche in den Besitz und / oder die Verwaltung des früheren Testamentsvollstreckers gelangt sind.	43
4. daß die in mehreren Ziffern der Entscheidungsformel des ange-	44
fochtenen Urteils ausgesprochene Verpflichtung zur Vorlage von	45
Verträgen, Belegen und Unterlagen möglicherweise mangels konkreter Bezeichnung der vorzulegenden Gegenstände nicht hinreichend bestimmt ist (vgl. hierzu Senat, NJW-RR 1988, 1210)."	46
Mit Teilurteil vom 20. Mai 2009 hat der Senat vorab über die vorläufige Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils entschieden.	47

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in beiden Rechtszügen bis zum Verhandlungstermin am 24. Juni 2009 gewechselten Schriftsätze einschließlich der mit diesen Schriftsätzen als Anlagen (in Kopie) vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.	48
Die Akten 8 VI 32/93 AG Jülich lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	49
II.	50
A.	51
Die als Urteil bezeichnete Entscheidung des Landgerichts Aachen vom 3. Dezember 2008 war vorab gemäß § 319 ZPO wie im Tenor unter Ziff. I ausgeführt zu berichtigen, da sowohl in der Bezeichnung der Entscheidung wie auch in der Entscheidung über den Kostenpunkt eine offenbare Unrichtigkeit vorliegt. Der Senat ist für eine Berichtigung während des Berufungsverfahrens zuständig (vgl. nur Zöller- Vollkommer, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 319 Rn. 22 mit zahlreichen weiteren Nachweisen).	52
Dem Landgericht war bewusst, dass es sich um eine Stufenklage handelte, und es wollte offensichtlich nur über die erste Stufe der Klageanträge auf Erteilung von Auskunft und Rechnungslegung entscheiden. Dies ergibt sich daraus, dass die Anträge der zweiten und dritten Stufe nach dem Tatbestand des Urteils noch gar nicht gestellt waren, sowie aus der Einleitung der vom Kläger gestellten Anträge im Tatbestand, der auf § 44 GKG gestützten Streitwertfestsetzung und dem Einleitungssatz der Entscheidungsgründe unter I. 2 (Seite 10 des Urteils). Da das Landgericht dennoch bereits über die gesamten Kosten des Rechtsstreits befunden hat, ist – mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des durch die Abweisung der Drittwiderklage endgültig aus dem Prozess ausscheidenden Drittwiderbeklagten – der Tenor evident in sich unstimmg, ebenso wie die einschränkungslose Bezeichnung der Entscheidung als Urteil. In einem solchen Fall liegt eine offenbare Unrichtigkeit vor (vgl. OLG Bamberg, OLGR 2000, 148 für den vergleichbaren Fall einer Entscheidung über alle drei Stufen einer Stufenklage im Hauptsachetenor, während die Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorbehalten wurde).	53
Die hierzu angehörten Parteien haben gegen eine Korrektur keine Einwendungen erhoben.	54
B.	55
Die Berufung des Beklagten ist zulässig, insbesondere ist – unabhängig von der isolierten Bewertung der Auskunftsverpflichtung – die Mindestbeschwer des § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO jedenfalls im Hinblick darauf überschritten, dass sich die Berufung auch gegen die Abweisung der Widerklage und der Drittwiderklage richtet.	56
Die Berufung ist hinsichtlich der 1. Stufe der Klage teilweise begründet. Soweit sich die Berufung gegen die Abweisung der Widerklage und der Drittwiderklage richtet, ist sie dagegen unbegründet.	57
1.	58
Dem Kläger steht der mit der 1. Stufe verfolgte Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung mit den aus dem Tenor ersichtlichen Einschränkungen zu. Ein weitergehender Auskunftsanspruch besteht nicht.	59

a)

Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses ergibt sich aus §§ 2218 Abs. 1, 666, 667, 260 BGB. Allerdings bezieht sich dieser Auskunftsanspruch, anders als vom Kläger beantragt, nur auf den Anfang und das Ende des vom Beklagten ausgeübten Testamentsvollstreckeramtes, nicht auf den Tag des Erbfalls und die Gegenwart. Hierauf hat der Senat bereits mit Beschluss vom 16. März 2009 hingewiesen. 61

aa) Die Auskunftspflichten des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben bzw. einem nachfolgenden Testamentsvollstrecker richten sich nach § 2218 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Auftragsrecht. Die Auskunftsverpflichtungen des Beauftragten bestehen auch und gerade nach Beendigung des Auftrags fort, so dass es hier nicht an einer Passivlegitimation des Beklagten fehlt. Zugleich ist der Kläger aktivlegitimiert. 62

Soweit sich der Beklagte darauf beruft, er akzeptiere seine Entlassung und die Bestellung des Klägers zum Testamentsvollstrecker nicht, ist diese Argumentation rechtlich unzutreffend. Der Entlassungsbeschluss des Amtsgerichts K. vom 9.1.2004 entfaltet materielle Rechtskraft und hat Gestaltungswirkung, d.h. der Beklagte **ist** derzeit nicht mehr Testamentsvollstrecker. Dies steht mit bindender Wirkung zwischen den Parteien und aufgrund der Gestaltungswirkung des formell rechtskräftigen Beschlusses auch mit bindender Wirkung für die Allgemeinheit fest (vgl. zur Rechtskraft- und Gestaltungswirkung von Beschlüssen zur Bestellung und Entlassung von Testamentsvollstreckern BayObLGZ 1964, 153; Keidel/Kuntze/Winkler-Zimmermann, FGG, 15. Aufl., § 31 Rn. 18, 20). Auch der Beschluss des Amtsgerichts K. vom 17.10.2006, mit welchem der Kläger zum Testamentsvollstrecker bestellt worden ist, hat (nach seiner Annahme des Amtes) rechtsgestaltende Wirkung. Beide Beschlüsse sind formell rechtskräftig. Damit **ist** der Kläger derzeit Testamentsvollstrecker über den Nachlass der N.H.B.T. Zugleich ist er damit aktivlegitimiert: Der neue Testamentsvollstrecker kann gegenüber einem aus dem Amt geschiedenen Testamentsvollstrecker dieselben Ansprüche geltend machen, wie sie den Erben gegenüber einem ausgeschiedenen Vollstrecker zustehen (vgl. BGH NJW 1972, 1660). Insbesondere kann er daher alle Ansprüche auf Auskunft, Rechenschaftslegung sowie auf Herausgabe von Unterlagen und Nachlassgegenständen geltend machen. Dies folgt aus seinem Verwaltungsrecht (§§ 2211, 2212 BGB) und dem Recht bzw. der Pflicht, den Nachlass vollständig in Besitz zu nehmen. 63

Eine Verpflichtung des Beklagten zur Erstellung eines Verzeichnisses des Nachlasses besteht zum einen bezogen auf den Zeitpunkt des Amtsantritts, d.h. mit Erklärung der Annahme des Amtes gegenüber dem Nachlassgericht (§§ 2202 Abs. 1 und 2 BGB). Dies war hier am 21.5.1993 (Bl. 17 der Beiakte 8 VI 32/93 AG Jülich). 64

Die Pflicht zur Erstellung eines Bestandsverzeichnisses zu diesem Zeitpunkt ergibt sich schon als Unterpunkt aus der Rechnungslegungspflicht (§§ 2218, 666 BGB) des Beklagten. Denn nur ausgehend von einem feststehenden Anfangsbestand des verwalteten Vermögens zu Beginn der Amtsübernahme kann die nachfolgende Rechenschaft über die laufende Verwaltung und die Einnahmen und Ausgaben sinnvoll nachvollzogen werden. Die Rechenschaftspflicht erschöpft sich nicht in einer Darstellung des Ist-Zustandes der laufenden Verwaltung, sondern muss auch die Entwicklung zu ihm im Einzelnen aufzeigen (OLG Köln, NJW-RR 1989, 528). Dies setzt die Darstellung des Ausgangspunktes der laufenden Verwaltung voraus. 65

Ein Anspruch auf Erstellung eines Verzeichnisses auf den Tag des Erbfalls besteht dagegen nicht. Die Auskunft ist eine Wissenserklärung. Der Beklagte kann daher nur verpflichtet sein, über einen Nachlassbestand Auskunft zu erteilen, den er überhaupt ermitteln konnte. Hier macht der Beklagte zu Recht geltend, dass er Auskunft über den Nachlassbestand zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht geben kann, da er zum damaligen Zeitpunkt noch nicht Testamentsvollstrecker war und daher vom Umfang des Nachlasses keine Kenntnis erhalten konnte. Es kommt dabei nicht darauf an, ob und ggf. inwieweit der Drittwiderbeklagte seinerseits den Nachlass bereits in Besitz genommen hatte. Entscheidend ist vielmehr nur, dass der Beklagte keinen Besitz und keine Möglichkeit zur Besitzergreifung hatte.

Ein Anspruch auf Erstellung eines Nachlassverzeichnisses bezogen auf den Erbfall ergibt sich auch nicht aus § 2215 BGB. Dieser betrifft zum einen keine (subjektive) Auskunft über den Bestand des Nachlasses, wie sie vom Kläger beantragt wurde, sondern die Erstellung eines (objektiven) Verzeichnisses. Darüber hinaus ist nach Beendigung des Amtes der ehemalige Testamentsvollstrecker dafür nicht mehr passiv legitimiert (OLG Koblenz, NJW-RR 1993, 462). Nur "der Testamentsvollstrecker" ist zur Erstellung des Verzeichnisses verpflichtet. Nach Beendigung des Amtes richten sich die Ansprüche dagegen nach §§ 2218, 666 ff. BGB; hieraus folgt indes – wie oben ausgeführt – nur eine Auskunftspflicht zum Zeitpunkt des Amtsantritts. 67

bb) 68

Eine Verpflichtung des Beklagten zur Erstellung eines Verzeichnisses des Nachlasses besteht zum anderen bezogen auf den Endzeitpunkt seines Amtes, d.h. den 10.10.2005. An diesem Tag ist durch die Zustellung der Beschwerdeentscheidung des Senats an den Beklagten der Entlassungsbeschluss des Amtsgerichts K. formell und materiell rechtskräftig geworden (Bl. 528 d. Beiakte). 69

Für diesen Tag folgt die Pflicht zur Erstellung eines Bestandsverzeichnisses aus § 260 BGB, da der Beklagte hier den Nachlass als einen "Inbegriff von Gegenständen" nach §§ 2218, 667 BGB herauszugeben hat. Der Herausgabeanspruch aus §§ 2218 Abs. 1, 667 BGB wird fällig mit Beendigung des Auftrages. Dementsprechend besteht auch der Anspruch auf Erstellung eines Bestandsverzeichnisses über die herauszugebenden Gegenstände zu diesem Zeitpunkt. 70

Ein Auskunftsanspruch bezogen auf den gegenwärtigen Zeitpunkt steht dem Kläger dagegen nicht zu. 71

Eine Pflicht zur Erstellung eines weiteren Nachlassverzeichnisses bezogen auf den gegenwärtigen Zeitpunkt bzw. den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung besteht nicht. Welche Nachlassgegenstände der Beklagte herauszugeben hat, beurteilt sich nach dem Bestand des Nachlasses am Stichtag der Entlassung aus dem Testamentsvollstreckeramt. Dass der Beklagte danach noch in den Besitz weiterer Nachlassgegenstände gelangt wäre, ist nicht ersichtlich. Würde der Beklagte zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses auf den gegenwärtigen Zeitpunkt verurteilt, so würde dies, wie der Senat im Termin mit den Parteien erörtert hat, bedeuten, dass er auch über solche Nachlassgegenstände Auskunft zu erteilen hätte, die bereits in die Verfügungsgewalt des Klägers übergegangen sind. Eine solche Auskunft wäre dem Beklagten nicht möglich und kann daher nicht verlangt werden. 72

b) 73

Der Anspruch auf Rechnungslegung im ausgeurteilten Umfang mit den Aspekten	
- Auskunft über Geschäfte, die der Beklagte in Ausübung seines Amtes geschlossen hat,	75
- Auskunft darüber, was der Beklagte zur Ausführung seines Amtes erhalten hat,	76
- Auskunft darüber, was der Beklagte aus der Ausführung seines Amtes erhalten hat und	77
- Erstellung eines Verzeichnisses über die Einnahmen und Ausgaben	78
folgt aus §§ 2218, 666, 667, 259 Abs. 1 BGB für den Zeitraum seiner Tätigkeit als Testamentsvollstrecker.	79
aa)	80
Da der Beklagte herauszugeben hat, was er zur Erfüllung des Auftrags und in Erfüllung des Auftrags erhalten hat (vgl. § 667 BGB), ist er hierüber nach § 666 BGB auch zur Auskunft verpflichtet. Der Anspruch auf Darlegung der Einnahmen und Ausgaben einschließlich der vom Beklagten geschlossenen Geschäfte als deren Grundlage folgt aus §§ 2218 Abs. 1, 666, 259 Abs. 1 BGB.	81
bb)	82
Der Zeitraum, für welchen die Rechnungslegung verlangt wird, war allerdings noch genauer zu bezeichnen. Der Titel auf Rechenschaftslegung muss einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben. Er muss daher den Gegenstand der Rechenschaftslegung, und ggf. den Zeitraum, über den Rechnung gelegt werden muss, genau bezeichnen. Die Konkretisierung kann nicht dem Vollstreckungsverfahren überlassen werden (MüKo-Krüger, BGB, 5. Aufl. 2007, § 259 Rn. 47). In Konkretisierung der Klageanträge, die sich nur auf Rechnungslegung für die Zeit der Ausübung des Testamentsvollstreckeramtes beziehen, war daher der Anspruch jeweils für den Zeitraum vom 21.5.1993 (Annahme des Amtes gegenüber dem Nachlassgericht) bis zum 10.10.2005 (Zustellung der Beschwerdeentscheidung des Senats im Entlassungsverfahren an den Beklagten) zuzusprechen.	83
cc)	84
Soweit der Beklagte hiernach zur Erteilung von Auskünften und zur Rechnungslegung verurteilt ist, kann er nicht einwenden, seitens der Erben sei auf Auskünfte und eine Rechnungslegung verzichtet worden. Zum einen bedeutet ein Verzicht auf jährliche Rechnungslegung nach § 2218 Abs. 2 BGB oder auf die Erstellung eines Nachlassverzeichnisses noch nicht, dass auch auf die Schlussrechnung verzichtet wird (vgl. Staudinger-Martinek, BGB, Neubearbeitung 2006, § 666 Rdnr. 18). Dass die Erben auch auf die Schlussabrechnung verzichtet hätten, hat der Beklagte aber schon nicht ausdrücklich vorgetragen. Vielmehr sollen die Erben nur auf zwischennachrichtliche Rechnungslegung bzw. "für die Dauer der Testamentsvollstreckung" auf Rechnungslegung verzichtet haben. An die Feststellung eines (endgültigen) rechtsgeschäftlichen Verzichtswillens wären auch strenge Anforderungen zu stellen. Insoweit besteht der allgemeine Erfahrungssatz, dass ein Erlass bzw. Verzicht nicht zu vermuten ist und im Zweifel eine dahingehende Erklärung eng auszulegen ist (BGH, FamRZ 1981, 763; BGH, NJW 1994, 379 [380]; BGH, NJW-RR 1996, 237; Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 397 Rn 4 m.w.N.).	85
Des Weiteren wird ein Verzicht auf Auskunftsansprüche gegenstandslos, wenn die Vertrauensgrundlage, auf der er beruhte, erschüttert wird (BGH MDR 1964, 570; Staudinger-	86

Martinek, § 666 Rn. 18). Das ist hier jedenfalls zwischenzeitlich der Fall. Der Beklagte selbst hat im Verfahren über seine Entlassung aus dem Amt noch mehrfach betont, selbstverständlich sei er zur Abrechnung nach Abschluss der Testamentsvollstreckung bereit (so etwa im Schriftsatz vom 4.8.2003, Bl. 54 d. Beiakte, im Schriftsatz vom 29.3.2004, Bl. 172 d. Beiakte). Das Ende seiner Amtszeit liegt nun aber bereits 3½ Jahre zurück, ohne dass der Beklagte die Abrechnung erstellt hätte oder wenigstens durch Anerkenntnis der Klageforderung seine Bereitschaft hierzu anzeigt. Desweiteren hat er nach eigenem Vortrag bisher noch nicht alle Nachlassgegenstände an den neuen Testamentsvollstrecker herausgegeben. Dies gibt berechtigten Anlass zu Misstrauen gegenüber einer ordnungsgemäßen Amtsführung des Beklagten. Dass die Vertrauensgrundlage jedenfalls des Drittwiderbeklagten als einer der Miterben entfallen ist, zeigt bereits dessen Antrag auf Entlassung des Beklagten als Testamentsvollstrecker vom 18.6.2003 (Bl. 34 ff. der Beiakte 8 VI 32/93), mit welchem er darlegt, er habe bereits im Februar 2001 den Beklagten zur Auskunft über den Nachlassbestand aufgefordert, ohne dass der Beklagte eine nachvollziehbare Auskunft erteilt habe (Bl. 36, 48 f. der Beiakte).

Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, Auskünfte seien gegenüber den Erben bereits erfolgt. Die Erteilung einzelner Auskünfte während der Amtszeit befreit ihn nicht von einer vollständigen Rechnungslegung nach Beendigung des Amtes. Dies könnte nur dann angenommen werden, wenn diese Auskünfte Teilabrechnungen dargestellt hätten, auf denen nun eine weitere, nur noch den Restzeitraum umfassende Rechnungslegung aufbauen könnte. Eine solche Teilabrechnung ist aber weder für bestimmte Zeiträume konkret behauptet, noch aus der Nachlassakte oder sonst ersichtlich. Die vom Beklagten vereinzelt vorgelegten und unter Beweis gestellten Unterrichtungen über den Stand der Abwicklung ersetzen eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben, wie sie nach § 259 Abs. 1 BGB geschuldet ist, nicht. 87

Gleichfalls kommt es nicht darauf an, ob dem Beklagten einzelne Unterlagen nicht (mehr) zur Verfügung stehen. Die Auskunft und Rechnungslegung sind Wissenserklärungen. Der Beklagte hat Auskunft zu erteilen und Rechenschaft zu legen, soweit er dies auf der Grundlage seiner Erinnerungen und aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden oder beschaffbaren Unterlagen, seien es Auskünfte der Bank oder eigene Aufzeichnungen, vermag. Wenn ihm Angaben nicht möglich sind, muss er insoweit in der Auskunft bzw. Rechnungslegung vermerken, dass und warum ihm dazu keine Angaben möglich sind. Inwieweit unvollständige Angaben noch geeignet sein werden, zugunsten des Beklagten gegenüber der abschließenden Herausgabeforderung des Klägers eine ordnungsgemäße Verwendung von Nachlassgegenständen zu belegen, wird erst auf der dritten Stufe der Klage zu prüfen sein, ist aber für die Verurteilung zur Rechnungslegung auf der ersten Stufe ohne Belang. 88

Aus denselben Gründen kann sich der Beklagte auch nicht darauf berufen, er benötige die Auskunft der Erben dazu, welche Gelder aus dem Nachlass er bereits an diese ausgezahlt habe. Sofern der Beklagte hierüber tatsächlich nicht Buch geführt oder Kontoauszüge verwahrt haben sollte, wird er in der geschuldeten Rechnungslegung hierzu aus dem Gedächtnis so genaue Angaben wie möglich machen müssen. 89

Soweit sich der Beklagte wegen der noch nicht beglichenen Ausgaben für seine Reise nach A. auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB beruft, geht dies ins Leere. Gegenüber Ansprüchen auf Auskunft und Rechnungslegung besteht kein Zurückbehaltungsrecht wegen noch nicht befriedigter Auslagenersatzansprüche (vgl. RGZ 102, 110; BGH NJW 1978, 1157; Staudinger-Martinek, BGB, Neubearbeitung 2006, § 666 Rn. 16). Denn der Anspruch auf 90

Auskunft und Rechnungslegung dient hier gerade der Vorbereitung der Bezifferung des letztlich den Erben noch zustehenden Herausgabe- und Auszahlungsanspruchs. Dies setzt notwendigerweise eine Vorleistungspflicht des Rechenschaftspflichtigen voraus.

c) 91

Dem Kläger steht dagegen kein Anspruch auf Vorlage von "Belegen" und "sonstigen Unterlagen" zu. Die Klageanträge zu 1. bis 5. sind insoweit zu unbestimmt, da die begehrten Belege und sonstigen Unterlagen nicht genauer bezeichnet werden. Zwar hat der Kläger grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass ihm zu den zu erteilenden Auskünften die Belege vorgelegt werden (BGH NJW 1972, 1660); diese müssen aber so genau bestimmt sein, dass die Herausgabe oder Vorlage auch durch einen Gerichtsvollzieher vollstreckt werden könnte (BGH MDR 1983, 650; OLG Köln MDR 1993, 83). Dies ist hier nicht der Fall. Der Senat hat auf die Notwendigkeit einer Präzisierung der Anträge hingewiesen (Ziff VII. 4. des Hinweisbeschlusses vom 16.3.2009, Bl. 1021 ff. d.A.), ohne dass der Kläger dies zum Anlass für eine Antragsänderung oder –ergänzung genommen hätte. 92

d) 93

Eine Aussetzung des Berufungsverfahrens war weder im Hinblick auf das vor dem EGMR anhängige Verfahren noch im Hinblick auf die Drittwiderklage geboten. 94

Die Voraussetzungen des § 148 ZPO liegen nicht vor. Als Streitiges Rechtsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift sieht der Beklagte die Wirksamkeit seiner Entlassung als Testamentsvollstrecker an. Der Entlassungsbeschluss des AG K. entfaltet, wie oben bereits ausgeführt, materielle Rechtskraft (vgl. BayObLGZ 1964, 153; Keidel/Kuntze/Winkler-Zimmermann, FGG, 15. Aufl., § 31 Rn. 18, 20) und hat Gestaltungswirkung, d.h. der Beklagte **ist** derzeit nicht mehr Testamentsvollstrecker. Dies steht mit bindender Wirkung zwischen den Parteien und aufgrund der Gestaltungswirkung des formell rechtskräftigen Beschlusses auch mit bindender Wirkung für die Allgemeinheit fest. Das Verfahren vor dem EGMR allein ist nicht geeignet, diese Wirkungen zu beseitigen. Dass eine Konventionsverletzung feststellende Urteil des EGMR tangiert die Rechtskraft der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung nicht (vgl. Zöller- Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 580 Rn. 31). Erst ein Restitutionsverfahren, das aufgrund einer solchen Entscheidung des EGMR eingeleitet wird, wäre imstande, die Rechtskraft und Gestaltungswirkung des Entlassungsbeschlusses rückwirkend wieder zu beseitigen (vgl. Zöller-Greger, a.a.O., vor § 578 Rn. 26). Hierbei handelt es sich aber um ein neues, derzeit noch nicht anhängiges Verfahren, das erst noch einzuleiten wäre. In diesem müsste dann zusätzlich noch festgestellt werden, dass gerade der vom Beklagten gerügte Verstoß, nämlich die Gehörsverletzungen und die fehlende mündliche und öffentliche Verhandlung im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die Entscheidung ursächlich waren. Im Verfahren vor dem EGMR geht es mithin nicht primär um die Entlassung des Beklagten als Testamentsvollstrecker, sondern um eine Vorfrage für ein eventuell noch einzuleitendes Verfahren, nämlich die Frage, ob ein Restitutionsgrund vorliegt und daher ein Restitutionsantrag überhaupt zulässig wäre. Bildet nur eine solche Vorfrage den Gegenstand des anderweitigen Rechtsstreits, kommt eine Aussetzung schon dem Grunde nach nicht in Betracht. 95

Im Übrigen würde auch eine Ermessensentscheidung dahin lauten müssen, dass eine Aussetzung des Rechtsstreits nicht veranlasst ist. Der dem Beklagte derzeit nur drohende Nachteil, möglicherweise (derzeit) unberechtigt Rechenschaft ablegen zu müssen, wiegt weniger schwer als der Schaden aus der weiteren Verzögerung der Entscheidung für die ordnungsgemäße Abwicklung des Nachlasses (vgl. hierzu auch BVerfGK 1, 28 ff.). Dabei ist 96

insbesondere in Rechnung zu stellen, dass der Beklagte selbst bei einer Wiedereinsetzung in sein Amt ebenfalls Rechenschaft schuldig wäre, spätestens bei Beendigung der Tätigkeit. Er hätte daher selbst bei einer erfolgreichen Restitutionsklage aus der unterbliebenen Aussetzung des Verfahrens keinen anderen Nachteil zu tragen, als dass er eine später ohnehin bestehende Verpflichtung teilweise bereits jetzt erfüllen muss.

In die Ermessensentscheidung einzustellen ist darüber hinaus der aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK folgende Anspruch der Verfahrensbeteiligten des hiesigen Verfahrens auf eine Entscheidung innerhalb angemessener Zeit. Da nach dem Vorbringen des Beklagten eine Entscheidung über seine Beschwerde durch den EGMR in nächster Zeit infolge dessen Arbeitsüberlastung nicht gesichert ist, wäre eine Aussetzung und damit weitere Verzögerung des nun bereits fast 2 ½ Jahre dauernden hiesigen Verfahrens auf unbestimmte Zeit nicht vertretbar. 97

Eine Aussetzung im Hinblick auf die Drittwiderklage ist schon deshalb nicht nach § 148 ZPO möglich, da diese nicht Gegenstand eines *anderen*, sondern des hiesigen Rechtsstreits ist. 98

2. 99

Die Widerklage des Beklagten ist bereits unzulässig. Ein Feststellungsinteresse liegt für beide Widerklageanträge nicht vor. 100

a) 101

Ein rechtliches Interesse des Widerklägers an der begehrten Feststellung zur Kostentragung der Grabpflege fehlt, weil kein streitiges Rechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Der Kläger hat bereits vorgerichtlich mit Schreiben vom 22.6.2007 (Bl. 116 ff d.A.) und nochmals im Prozess mit der Erwidern auf die Widerklage (Schriftsatz vom 23.11.2007, Bl. 111 ff. d.A.) erklärt, dass die Grabpflege auf Kosten des Nachlasses in Auftrag gegeben sei, der mit der Fa. V. GmbH abgeschlossene Vertrag von ihm, dem Kläger, weiter geführt werde und alle rückständigen Zahlungen an die Fa. V. GmbH zwischenzeitlich beglichen seien. Der Beklagte hat keinen hinreichenden Grund dafür dargelegt, dass dennoch eine das Feststellungsinteresse rechtfertigende Unsicherheit der Rechtslage anzunehmen sei. In der Berufungsbegründung stellt er zwar darauf ab, die Grabliegezeit betrage 25 Jahre, daher könne eine zukünftige Inanspruchnahme nicht ausgeschlossen werden. Allein diese abstrakte Gefahr, dass entgegen der ausdrücklichen Erklärung des Klägers im Schreiben vom 22.6.2007 dieser seine Meinung ändern und den Widerkläger in Anspruch nehmen werde, reicht aber für ein Feststellungsinteresse nicht aus. Dieses setzt eine *gegenwärtige* Unsicherheit durch *ernstliches* Bestreiten oder Behaupten von Ansprüchen voraus (vgl. BGH NJW 1986, 2507; Zöller-Greger, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 256 Rn. 7). Davon kann hier keine Rede sein. Soweit der Beklagte zur Begründung des Feststellungsinteresses auf eine mögliche Inanspruchnahme durch die Erben selbst abstellt, kann er dieses jedenfalls nicht gegenüber dem Kläger geltend machen. 102

b) 103

Ein Feststellungsinteresse fehlt auch hinsichtlich der begehrten Feststellung, dass der Beklagte berechtigt sei, notwendige Auslagen dem Nachlass zu entnehmen. 104

Mit Ausnahme der Reise nach A. hat der Beklagte schon nicht konkretisiert, welche Auslagen, deren Erstattung er begehrt, er im Verlaufe der Nachlassverwaltung gehabt habe. Inwiefern hier ein streitiges Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten und dem Kläger 105

besteht, ist daher dem Vortrag des Beklagten nicht zu entnehmen.

Aber auch soweit er durch die Erwähnung der Reise nach A. einen Auslagenposten konkretisiert hat, ist die Feststellungsklage unzulässig. Wie bereits vom Landgericht zutreffend ausgeführt, könnte der Widerkläger auch eine Leistungsklage erheben, soweit er nach § 2218 Abs. 1 i.V.m. § 670 BGB einen Anspruch auf Ersatz seiner erforderlichen Auslagen gegen die Erben zu haben meint. Die Reise nach A. ist längst durchgeführt, so dass die dafür aufgewandten Kosten der Höhe nach feststehen; diese könnte der Beklagte daher beziffern und einklagen. 106

Soweit der Beklagte zur Begründung der Zulässigkeit der Feststellungsklage darauf abstellt, dass er Klarheit haben müsse, ob er bei der Endabrechnung diese Kosten einbehalten dürfe oder nicht, also eine Position der Schlussrechnungslegung feststellen lassen möchte, verhilft auch dies der Widerklage nicht zum Erfolg. Denn der Beklagte kann, wie oben ausgeführt, die gesamte Abrechnung über seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker nunmehr erstellen. Über die Berechtigung einzelner Auslagenpositionen kann sodann im Rahmen der 3. Stufe der vorliegenden Stufenklage mitentschieden werden. Diese Vorgehensweise wäre bei weitem prozessökonomischer als die Erhebung einzelner Feststellungsklagen zur Klärung einzelner Rechnungspositionen. 107

3. 108

Die Drittwiderklage ist zum Teil bereits unzulässig, im Übrigen jedenfalls unbegründet. 109

a) 110

Ob die Drittwiderklage zu aa) bis cc) zulässig ist, kann hier dahinstehen, da sie insoweit jedenfalls unbegründet ist. Ein Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung steht dem Beklagten gegen den Drittwiderbeklagten nicht zu. 111

Der Drittwiderbeklagte war niemals Testamentsvollstrecker, da er zwar im Testament als solcher benannt war, aber das Amt nicht nach § 2202 Abs. 1 BGB angenommen hat. Auskunftsansprüche könnten daher nur daraus folgen, dass der Drittwiderbeklagte – nach Behauptung des Beklagten – den gesamten Nachlass in Besitz genommen hat. Zur Geltendmachung derartiger Ansprüche ist der Beklagte jedoch nicht aktivlegitimiert. Auskunftsansprüche nach § 2027 BGB gegenüber einem Erbschaftsbesitzer stehen nur dem Erben bzw. an seiner Stelle dem Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB zu. Nachdem der Beklagte aus dem Amt des Testamentsvollstreckers ausgeschieden ist, kann er daher diese Ansprüche nicht mehr geltend machen. 112

Ein Auskunftsanspruch aus § 242 BGB besteht schon deshalb nicht, weil der Beklagte nicht auf die Auskünfte des Drittwiderbeklagten angewiesen ist. Denn er ist für den Zeitraum des eventuellen Erbschaftsbesitzes des Drittwiderbeklagten selbst nicht auskunftspflichtig gegenüber dem Kläger. Er bedarf dieser Informationen daher nicht zur Erfüllung seiner eigenen Pflichten. 113

b) 114

Der Drittwiderklageantrag zu dd) ist bereits unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Widerklage des Beklagten in der Regel unzulässig, wenn sie – wie hier – als isolierte Drittwiderklage ausschließlich gegen einen bisher nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten gerichtet ist. Nur unter besonderen Umständen werden von diesem Grundsatz Ausnahmen 115

angenommen, wenn ein tatsächlich und rechtlich enger Zusammenhang besteht und keine schutzwürdigen Interessen des Widerbeklagten entgegenstehen (vgl. zuletzt noch BGH NJW 2007, 1753 unter Verweis auf frühere, gleichlautende Entscheidungen; Musielak-Heinrich, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 33 Rn. 26). Eine solche Ausnahmesituation liegt hier nicht vor. Dem Senat ist nicht ersichtlich, welche Folgerungen aus der Feststellung oder Nichtfeststellung der ordnungsgemäßen Grabpflege seitens des Drittwiderbeklagten für den übrigen Rechtsstreit gezogen werden könnten.

c) 116

Auch der Drittwiderklageantrag zu ee) ist aus den vorstehend unter lit. b) ausgeführten Gründen bereits unzulässig. Die geltend gemachten falschen Behauptungen des Drittwiderbeklagten gegenüber der Staatsanwaltschaft haben auf die Entscheidung der sonstigen zwischen Kläger und Beklagten im hiesigen Rechtsstreit anhängigen Streitfragen keinen Einfluss. 117

Darüber hinaus ist die Drittwiderklage zu ee) jedenfalls auch unbegründet. Ein Anspruch des Beklagten aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB analog auf Widerruf der Behauptung, der Beklagte habe Gelder aus dem Nachlass entgegen der Testamentsvollstreckerfunktion verwandt, besteht nicht. Zunächst wird im Drittwiderklageantrag zu ee) die Äußerung des Drittwiderbeklagten gegenüber der Staatsanwaltschaft Aachen nur auszugsweise und damit sinnentstellend wiedergegeben. Der Drittwiderbeklagte hat nicht behauptet, der Beklagte habe Gelder entgegen der Testamentsvollstreckerfunktion verwendet. Er hat vielmehr erklärt, dass seiner Ansicht nach "**hinreichende Anhaltspunkte** dafür [bestehen], dass Gelder entgegen der Testamentsvollstreckerposition verwandt worden sind ..." (*Hervorhebung durch den Senat*) 118

Somit hat der Drittwiderbeklagte dem Beklagten keine strafbare Handlung unterstellt, sondern lediglich seinen Verdacht auf das Vorliegen einer strafbaren Handlung der Staatsanwaltschaft Aachen als der zuständigen Strafverfolgungsbehörde mitgeteilt. 119

Unabhängig davon, ob die Äußerung des Drittwiderbeklagten als Tataschenbehauptung oder Meinungsäußerung zu qualifizieren ist, ist sie in einem gesetzlich geregelten Verfahren der Rechtspflege jedenfalls nicht als rechtswidrig anzusehen. Wer ein solches Verfahren bei den dafür zuständigen Stellen einleitet und betreibt, handelt gegenüber den anderen Beteiligten nicht rechtswidrig, selbst wenn sich sein Begehren nachträglich als ungerechtfertigt erweisen sollte. Der von dem Verfahren Betroffene ist auf die Abwehr eines ihm ungerechtfertigt erscheinenden Vorwurfs mit den Mitteln beschränkt, die ihm die jeweilige Verfahrensordnung, hier die StPO, zur Verfügung stellt (allgM, vgl. nur BGH NJW 2004, 449; Palandt-Sprau, BGB, 67. Aufl., § 823 Rn. 37 und 104, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen). 120

Ein Widerrufs- oder Unterlassungsanspruch kommt in derartigen Fällen nur ganz ausnahmsweise dann in Betracht, wenn sich das Verhalten als sittenwidrig darstellt und mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz erfolgt (vgl. BGH NJW 2004, 449). Davon kann hier keine Rede sein. Schon allein der Umstand, dass sich der Beklagte seit Jahren weigert, über seine Tätigkeit als Verwalter fremden Vermögens vollständige Auskünfte zu erteilen oder Rechenschaft zu legen, stellt einen Anhaltspunkt dafür dar, dass die Vermögensverwaltung des Beklagten nicht in jeder Hinsicht korrekt war. Eine Strafanzeige gegen den Beklagten stellt sich somit nicht als sittenwidrig, sondern als Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) seitens des drittwiderbeklagten Miterben dar. 121

4. 122

Dem hilfsweise gestellten Antrag des Berufungsklägers auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits wegen Verfahrensmängeln war nicht zu entsprechen, da die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung nicht vorliegen.	123
Die Sache ist hinsichtlich der 1. Stufe nunmehr entscheidungsreif. Insbesondere ist keine umfangreiche Beweisaufnahme notwendig (§ 538 Abs. 2 Nr. 1 ZPO).	124
Der Senat hat die Beiakte 8 IV 32/93 AG Jülich zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht und das dortige Vorbringen des Beklagten zur Kenntnis genommen. Ebenso hat er das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 1.9.2008 zur Kenntnis genommen und bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Es kann daher dahinstehen, inwieweit das erstinstanzliche Verfahren an einem Mangel gelitten hat.	125
5.	126
Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1, 92 Abs. 2 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.	127
Die Voraussetzungen für die Zulassung einer Revision sind nicht gegeben. Der vorliegende Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung, und eine Entscheidung des Senats ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten. Die Beurteilung des Streitfalls beruht auf einer Würdigung der Besonderheiten des konkreten Einzelfalls.	128
6.	129
Der Streitwert für die Berufung wird auf insgesamt 9.050,00 Euro festgesetzt; dieser entfällt auf die einzelnen Anträge wie folgt:	130
a)	131
Für die Klageforderung: 600,- Euro (30 Stunden à 20,00 Euro).	132
Die Berücksichtigung eines Stundensatzes von 200,00 Euro, wie vom Beklagten gefordert, kam nicht in Betracht. Hierbei handelt es sich um einen Stundensatz, der nach Auffassung des Beklagten für eine Anwaltstätigkeit unter Einrechnung von Büro- und Personalkosten angemessen sein soll. Die Auskunfterteilung und Rechnungslegung schuldet der Beklagte jedoch nicht in seiner Funktion als Rechtsanwalt, sondern persönlich.	133
b)	134
Hinzu kommt der Wert der Widerklage mit insgesamt 1.050 Euro :	135
aa) Freistellung von möglichen Forderungen der Fa. Schmidt: 300,00 Euro (dreifacher Jahresbetrag der Pflege x 50%, da nur Feststellungsantrag),	136
bb) Freistellung von Reisekosten: 750,00 Euro (geschätzter Aufwand max. 1.500,- Euro x 50%, da nur Feststellungsantrag).	137
c)	138
Der Wert der Drittwiderklage beträgt insgesamt 7.400,00 Euro :	139
	140

- aa) Auskunft über Bestand des Nachlasses und Rechnungslegung aus der Zeit zwischen Erbfall und Übernahme der Testamentsvollstreckung durch den Beklagten: **5.000,00 Euro** (§ 3 ZPO), 141
- bb) Feststellung der unsachgemäßen Grabpflege: **400,00 Euro** (§ 3 ZPO), 141
- cc) Widerruf der Behauptung: **2.000,00 Euro** (§ 3 ZPO). 142
-