
Datum: 11.01.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 54/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0111.2U54.11.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 30 O 325/08

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 1) wird das am 18. 3. 2011 verkündete Schlussurteil des Landgerichts Köln, 30 O 325/08, teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte zu 2) wird verurteilt, an die Erben der am 25. 3. 2007 verstorbenen Frau F. P. T. mit letztem Wohnsitz L. 18, XXXXX S., nämlich dem Kläger, Frau N. M. und Frau I. T.-Q. in Erbengemeinschaft 9.155,56 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10. 12. 2010 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Berufung des Beklagten zu 2) und die Anschlussberufung des Klägers werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in der ersten Instanz werden wie folgt getragen: Die Gerichtskosten tragen der Kläger zu 85%, der Beklagte zu 2) zu 5% und der Beklagte zu 1) zu 10%. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers tragen der Beklagte zu 2) zu 5% und der Beklagte zu 1) zu 10%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt der Kläger zu 79%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) trägt der Kläger zu 87%.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden wie folgt getragen:
Die Gerichtskosten tragen der Kläger zu 89% und der Beklagte zu 2) zu 11%. Die außergerichtlichen Kosten des Klägers trägt der Beklagte zu 2) zu 11%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2) trägt der Kläger zu 89%. Die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) trägt der Kläger.

Ein weitergehender Kostenausgleich findet nicht statt.

Dieses Urteil und das am 18. 3. 2011 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 30 O 325/08 - in der vorstehenden Fassung sind vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch den jeweiligen Vollstreckungsgläubiger durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

(anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 ZPO)

I.

Am 10. 1. 2007 verstarb O. T., Vater des Klägers und Bruder des Beklagten zu 2). Er wurde von seiner Ehefrau F. P. T. als Alleinerbin beerbt.

Der Beklagte zu 2) verkaufte am 10. 1. 2007 ein zum Nachlass des O. T. gehörendes Kraftfahrzeug der Marke R. Modell 000 D. 4. In der Rechnung war O. T. als Rechnungssteller aufgeführt, unterschrieben wurde der Vertrag durch den Beklagten zu 2). Der Rechnungsbetrag wurde am 12. 1. 2007 dem Geschäftskonto des O. T. bei der W.-Bank mit der Kontonummer 130301XXXX durch eine Bareinzahlung des Beklagten zu 2) gutgeschrieben. Einige Tage später überwies der Beklagte zu 2) von diesem Geschäftskonto einen Betrag von 34.920,60 € auf eines seiner privaten Konten.

Am 5. 3. 2007 verstarb F. P. T. (nachfolgend Erblasserin). Der Beklagte zu 1) wurde Testamentsvollstrecker. Der Bruttonachlasswert betrug 1.933.524 €. Für die Testamentsvollstreckung zahlte der Beklagte zu 1) Vergütungen aus dem Nachlass in Höhe von insgesamt 148.750 €, und zwar 71.400 € gemäß Rechnung vom 7. 6. 2008, 38.675 € gemäß Rechnung vom 7. 11. 2008 und 38.675 € gemäß Rechnung vom 7. 1. 2010. Alle Vergütungen enthielten jeweils die gesetzliche Mehrwertsteuer, eine Endabrechnung erfolgte bisher nicht. Im Jahre 2007 erhielt die Firma I. Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungs GmbH (nachfolgend I. GmbH) für das Jahr 2007 aus dem Nachlass eine Summe von 30.596,39 € brutto und für das Jahr 2008 57.579,64 € brutto.

Der Beklagte zu 1) erstellte einen Teilungsplan, welcher vom Kläger nicht akzeptiert wurde. Zur Erfüllung der seitens des Klägers im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche auf Rechenschaftslegung schaltete der Beklagte zu 1) die I. GmbH ein, die dafür

einen Betrag von 9.155,56 € in Rechnung stellte. Diesen Betrag überwies der Beklagte zu 1) zu Lasten des Nachlasses. Unter Fristsetzung bis zum 18. 1. 2010 wurde der Beklagte zu 2) zur Rückzahlung von 34.920,64 € an die Erbengemeinschaft aufgefordert.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte zu 2) habe ohne Abrede mit O. T. über das Geld auf dem Konto verfügt. Er hat die Ansicht vertreten, eine Vergütung für die Testamentsvollstreckertätigkeit sei nicht angefallen, jedenfalls sei aber die beanspruchte Vergütung unangemessen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass sich der Beklagte zu 1) zur Erfüllung seiner Aufgaben in großem Umfang Hilfspersonen bedient habe, eine angemessene Vergütung betrage daher allenfalls 20.000 €. Die Einschaltung der I. GmbH zur Erfüllung der Pflicht zur Rechenschaftslegung sei nicht erforderlich gewesen. Die Verfügung über den Betrag von 34.920,64 € sei unberechtigt gewesen.

8

Mit der am 12. 9. 2008 bei Gericht eingegangenen und am 15. 10. 2008 zugestellten Klage hat der Kläger den Beklagten zu 1) zunächst als Testamentsvollstrecker auf Rechnungslegung in Anspruch genommen. Mit Teilurteil vom 23. 1. 2009 ist der Beklagte zu 1) antragsgemäß zur Rechnungslegung über diverse im Einzelnen aufgeführte zum Nachlass gehörende Konten verurteilt worden. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte zu 1) Berufung eingelegt, im Laufe des Berufungsverfahrens haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind durch Beschluss des Senats vom 5. 10. 2009 (2 U 24/09) gemäß § 91a ZPO dem Beklagten zu 1) auferlegt worden.

9

Mit weiterem Teilurteil vom 22. 1. 2010 ist der Beklagte zu 1) antragsgemäß zur Aushändigung von Belegen bezüglich diverser im Einzelnen aufgeführter Konten verurteilt worden, bezüglich bestimmter Belege einzelner Konten ist festgestellt worden, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

10

Nach mehrfacher Antragsänderung hat der Kläger anschließend beantragt, den Beklagten zu 2) zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft F. P. T., bestehend aus dem Kläger, Frau I. Q.-T. und Frau N. M. 44.076,20 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit Zustellung der Stufenklage vom 9. 12. 2008 zu zahlen, sowie den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an die vorgenannte Erbengemeinschaft 128.750 € zu zahlen nebst 5 % Zinsen über dem Basiszins aus 53.053,49 € seit Zustellung der Stufenklage vom 9. 12. 2008 und aus weiteren 75.696,51 € seit dem 10. 12. 2010.

11

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

12

Die Beklagten haben behauptet, die Summe von 34.920,64 € sei aufgrund einer auf den 31. 12. 2006 datierten Honorarrechnung überwiesen worden. Der Beklagte zu 2) sei als Angestellter im Betrieb des O. T. tätig gewesen, und die Rechnung beruhe auf einer mit diesem getroffenen Honorarvereinbarung.

13

Die Beklagten haben weiter behauptet, aufgrund des Umfangs der Unterlagen habe der Beklagte zu 1) zur Rechenschaftslegung die Hilfe der I. GmbH in Anspruch nehmen müssen. Diese sei nicht nur im Rahmen der Testamentsvollstreckung, sondern auch bei der Abwicklung des Unternehmens des O. T. eingesetzt worden. Die Beklagten haben die Ansicht vertreten, aufgrund der Schwierigkeit und Umfang der Testamentsvollstreckung bestehe ein Vergütungsanspruch in der geltend gemachten Höhe. Dabei haben sie sich insbesondere auf den Umfang der durchgeführten Abwicklung des Nachlasses berufen, zu der unter anderem die Bewertung diverser Nachlassgegenstände (Kunstgegenstände sowie mehrerer Immobilien) gehört habe.

14

Das Landgericht hat den Beklagten zu 2) dazu verurteilt, an die Erbengemeinschaft einen Betrag von 9.155,56 € nebst Zinsen zu zahlen. Ferner hat es den Beklagten zu 1) verurteilt, an die Erbengemeinschaft einen Betrag von 45.109,79 € nebst Zinsen zu zahlen. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen. 15

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Einschaltung des Steuerberaterbüros der I. GmbH und der darauf basierenden Belastung des Nachlasses im Rahmen der Testamentsvollstreckung seien pflichtwidrig erfolgt. Die hierdurch verursachten Kosten seien unnötig und vermeidbar gewesen, so dass der Beklagte zu 2) zur Erstattung dieser Kosten verpflichtet sei. Soweit der Kläger darüber hinaus den Beklagten zu 2) auf Rückzahlung eines Betrages von 34.920,64 € in Anspruch genommen habe, so sei nicht festzustellen gewesen, dass die Überweisung dieses Betrages unberechtigt erfolgt sei, da es an entsprechenden Beweisantritten des Klägers gefehlt habe. Zur Verurteilung des Beklagten als Testamentsvollstrecker (Beklagter zu 1) auf Zahlung des Betrages von 45.209,79 € hat das Landgericht ausgeführt, insoweit liege eine Überzahlung der Testamentsvollstreckergebühren vor, da anstelle der abgerechneten 148.750 € lediglich eine Vergütung in Höhe von 103.540,21 € für die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker entstanden sei. 16

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen wird auf das am 18. 3. 2011 verkündete Urteil des Landgerichts verwiesen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). 17

Mit der Berufung verfolgen die Beklagten das Ziel der vollständigen Abweisung der Klage unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiter. 18

Der Kläger nimmt die Abweisung der Klage hin, soweit er in erster Instanz die unberechtigte Auszahlung des Betrages von 34.920,64 € geltend gemacht hat. Mit seiner Anschlussberufung verfolgt er eine weitere Kürzung der Testamentsvollstreckervergütung. Über die vom Landgericht angenommene Überzahlung in Höhe von 45.209,79 € hinaus hält der Kläger die Zahlung eines weiteren Betrages in Höhe von 30.719,62 € für nicht berechtigt, so dass er insgesamt nunmehr 75.829,41 € zurückfordert. Hilfsweise stützt der Kläger seinen Antrag, die Berufung zurückzuweisen, darauf, dass bei der Berechnung der Vergütung nur von einem Nachlasswert in Höhe von 1.066.741 € auszugehen sei, und dass auf die Vergütung keine Mehrwertsteuer zu zahlen sei. 19

Der Kläger hat zunächst mit seiner Anschlussberufung beantragt, den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft weitere 30.719,62 € nebst Zinsen zu zahlen. Mit Beschluss vom 31. 10. 2011 hat der Senat den Kläger darauf hingewiesen, dass die Klage auf Rückzahlung eines Teils der von dem Beklagten entnommenen Testamentsvollstreckervergütung gegen den Beklagten zu 2) und nicht gegen den Beklagten zu 1) gerichtet werden müsse. Dieser Beschluss ist den Prozessbevollmächtigten des Klägers am 4. 11. 2011 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 12. 12. 2011 hat der Kläger erklärt, er wiederhole seinen Antrag aus der Begründung der Anschlussberufung, jedoch mit der Maßgabe, dass - sowohl im Rahmen der Zurückweisung der Berufung als auch im Rahmen der Anschlussberufung - „der Beklagte persönlich“ (Beklagter zu 2) verurteilt werden solle, die überzahlte Vergütung zurückzuzahlen. 20

Die Beklagten beantragen, 21

unter Abänderung des am 18. 3. 2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln die Klage insgesamt abzuweisen. 22

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung „des Beklagten“ zurückzuweisen; 24
2. im Wege der Anschlussberufung unter Abänderung des am 18. 3. 2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Köln (30 O 125/08) den Beklagten als Testamentsvollstrecker zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft nach F. P. T., bestehend aus dem Kläger, Frau I. Q.-T. und Frau N. M., weitere 30.719,62 € zu zahlen nebst 5% Zinsen über dem Basiszins aus 7.843,70 € seit Zustellung der Stufenklage vom 9. 12. 2008 sowie aus weiteren 22.875,90 € seit dem 15. 10. 2010.

Hilfsweise stellt er diese Anträge mit der Maßgabe, dass - sowohl im Rahmen der Zurückweisung der Berufung als Rahmen der Anschlussberufung - der Beklagte zu 2) verurteilt werde, die überzahlte Vergütung zurückzuzahlen. 25

Die Beklagten beantragen, 26

die Anschlussberufung zurückzuweisen. 27

II. 28

1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. 29

Bedenken könnten insoweit allerdings bestehen, als die Berufung der Beklagten mit Schriftsatz vom 14. 4. 2011 ausdrücklich nur „namens und in Vollmacht des Beklagten und Berufungsklägers“ eingelegt worden ist, ohne dass sich der Berufungsschrift entnehmen lässt, ob die Berufung für den Beklagten zu 1) oder für den Beklagten zu 2) eingelegt werden sollte, obwohl in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts Köln vom 18. 3. 2011 sowohl der Beklagte zu 1) als auch der Beklagte zu 2) verurteilt worden sind. 30

Grundsätzlich ist es erforderlich, dass sich der Berufungsschrift entnehmen lassen muss, für und gegen welche Partei das Rechtsmittel eingelegt wird. Dabei sind vor allem an die eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers strenge Anforderungen zu stellen; bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmitteleinlegung muss jeder Zweifel an seiner Person ausgeschlossen sein. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die erforderliche Klarheit über die Person des Berufungsklägers ausschließlich durch dessen ausdrückliche Bezeichnung zu erzielen wäre; sie kann auch im Wege der Auslegung der Berufungsschrift und der etwa sonst vorliegenden Unterlagen gewonnen werden (BGH, Ur. v. 19. 2. 2002 - VI ZR 394/00 - NJW 2002, 1430 f. m. w. N.). 31

Die erforderliche Klarheit lässt sich im vorliegenden Fall dadurch gewinnen, dass die Beklagten in der Berufungsschrift den „Beschwerdewert“ mit 54.365,35 € angegeben haben. Dieser Betrag entspricht der Summe der Beträge, zu deren Zahlung der Beklagte zu 2) (9.155,56 €) sowie der Beklagte zu 1) (45.209,79 €) verurteilt worden sind. Die Berufungsschrift kann sich daher nicht anders verstehen lassen als so, dass sich die Berufung gegen die Verurteilung beider Beklagter richtet. 32

Die Anschlussberufung ist mit den ursprünglichen Anträgen gemäß Schriftsatz vom 6. 6. 2011 form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. 33

2. a) Die Berufung des Beklagten zu 1) hat Erfolg. 34

35

Der Beklagte zu 1) wendet sich gegen seine Verurteilung zur Rückzahlung eines Teils der Testamentsvollstreckungsvergütung.

Die Berufung ist bereits deshalb begründet, weil eine Klage auf Zurückzahlung eines Teils der Testamentsvollstreckervergütung gegen den Beklagten zu 2) (persönlich) und nicht gegen den Beklagten zu 1) (in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker) gerichtet werden muss. Denn der Beklagte zu 2) steht hier dem Kläger nicht als „Vertreter des Nachlassvermögens“ gegenüber, sondern als ein Gläubiger des Nachlasses, der seine Forderung übererfüllt erhalten hat. Den Rückforderungsanspruch aus § 812 BGB hat der Beklagte zu 2) aus seinem eigenen Vermögen zu erfüllen und nicht aus dem Nachlassvermögen. So, wie auch der Testamentsvollstrecker eine Klage auf Auszahlung seiner Vergütung nicht in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, sondern persönlich erheben muss (Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 615), so ist auch die Frage der Rückforderung einer zu viel entnommenen Vergütung im Wege eines Prozesses mit dem Testamentsvollstrecker persönlich zu klären. Es geht hier auch nicht um die Erfüllung spezifisch amtsbezogener Pflichten wie etwa den Rechnungslegungsanspruch.

36

Da der Beklagte zu 1) durch das Urteil des Landgerichts zur Rückzahlung des Betrages von 45.209,79 € in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker und nicht persönlich verurteilt worden ist, war auf seine Berufung hin das Urteil allein aus diesem Grund aufzuheben.

37

b) Eine Umstellung der Klage auf den Beklagten zu 2) ist nicht wirksam erfolgt. Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht, wovon der Kläger in seinem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29. 12. 2011 in erster Linie auszugehen scheint, um eine schlichte Berichtigung der Parteibezeichnung. Die Parteiberichtigung scheidet nämlich aus, wenn eine andere Partei in den Prozess eingeführt werden soll. Die irrtümliche Benennung einer falschen Partei ist etwas anderes als die lediglich unrichtige Bezeichnung des als Gegner gewollten Rechtssubjekts (BGH, Urt. vom 16. 12. 1997 - VI ZR 279/96 - NJW 1998, 1496, 1497; Becker-Eberhard, MünchKomm ZPO § 263 Rn. 69). Hier aber handelt es sich nicht um einen schlichten Irrtum bei der Bezeichnung der Partei, sondern um die Frage, ob der Beklagte persönlich oder in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker in Anspruch genommen werden soll. Wenn jemand in einem Rechtsstreit sowohl als Partei kraft Amtes als auch persönlich in Anspruch genommen wird, handelt es sich prozessual um verschiedene Parteien (BGH, Urt. v. 6. 7. 1989 - IX ZR 280/88 - juris Rn. 26 m. w. N.).

38

Im vorliegenden Fall wird dies besonders deutlich daran, dass sowohl der Kläger als auch das Landgericht zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) ausdrücklich differenziert haben. Dies kommt bereits in der Fassung der Anträge des Klägers in der ersten Instanz zum Ausdruck, durch die er teilweise den Beklagten zu 2) (persönlich), teilweise den Beklagten zu 1) (in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker) in Anspruch genommen hat.

39

Einzuräumen ist dem Kläger, dass allerdings auch das Urteil des Landgerichts insoweit Unklarheiten aufweist. Während die in den Gerichtsakten und von dem entscheidenden Einzelrichter unterzeichnete Urschrift des Urteils im Rubrum den Beklagten ausdrücklich nur „als Testamentsvollstrecker in der Nachlasssache F. P. T.“ aufführt, fehlt dieser Zusatz in der von den Beklagten vorgelegten Ausfertigung des Urteils. Die dadurch entstandene Unklarheit lässt sich jedoch durch Auslegung des Urteils ohne weiteres beseitigen. Im Tenor - insoweit stimmen Original und Ausfertigung überein - wird differenziert, da „der Beklagte“ (ohne weiteren Zusatz) zur Zahlung von 9.155,56 € verurteilt worden ist, die Verurteilung zur Zahlung von 45.209,79 € sich jedoch auf „den Beklagten“ in seiner Eigenschaft „als Testamentsvollstrecker in der Nachlasssache F. P. T.“ bezieht.

40

Der Umstand, dass der Beklagte zu 1) im gleichen Verfahren auch persönlich (als Beklagter zu 2, in der Berufungsinstanz noch auf Zahlung des Betrages von 9.155,56 €) in Anspruch genommen wird, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Umstellung des Anspruchs auf Rückzahlung überzahlter Testamentsvollstreckervergütung von dem Beklagten zu 1) (in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker) auf den Beklagten zu 2) (persönlich) stellt keine schlichte Erhöhung der Schadensersatzklage gegen den Beklagten zu 2) dar. Bei der Schadensersatzklage wegen überflüssiger Aufwendungen und dem Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Testamentsvollstreckervergütung handelt es sich um zwei verschiedene Streitgegenstände, die jeweils auf unterschiedlichen Sachverhalten beruhen, nämlich der Beauftragung der I. GmbH einerseits, der Entnahme der Testamentsvollstreckervergütung andererseits.

41

Um der Klage auf Rückzahlung der überzahlten Testamentsvollstreckervergütung zum Erfolg zu verhelfen, wäre es daher erforderlich gewesen, die Klage im Wege des gewillkürten Parteiwechsels auf den Beklagten zu 2) umzustellen. Der Senat legt den Schriftsatz des Klägers vom 12. 12. 2011 - obwohl ihm nicht eindeutig zu entnehmen ist, ob der Kläger die Notwendigkeit eines Parteiwechsels erkannt hatte - dahingehend aus, dass der Kläger beabsichtigte, einen entsprechenden Parteiwechsel durchzuführen.

42

Der Schriftsatz vom 12. 12. 2011 war jedoch nicht geeignet, diese Absicht des Klägers umzusetzen. Die Grundvoraussetzung eines gewillkürten Wechsels auf Beklagtenseite ist, dass dem neuen Beklagten der Schriftsatz, mit dem der Wechsel vollzogen werden soll, entsprechend § 253 ZPO zugestellt wird (Becker-Eberhard, MünchKomm ZPO § 263 Rn. 69; Musielak/Foerste, ZPO § 263 Rn. 16; Zöller/Greger, ZPO § 263 Rn. 23). Dies ist hier nicht erfolgt. Der Schriftsatz vom 12. 12. 2011 ist per Telefax - einfach - am gleichen Tag bei dem Oberlandesgericht Köln eingegangen, mithin gerade zwei Tage vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 14. 12. 2011. Das Original ist erst am 19. 12. 2011 und damit nach dem Termin vor dem Senat bei dem Oberlandesgericht eingegangen. Dementsprechend konnten die Durchschriften dieses Schriftsatzes der Gegenseite nicht förmlich zugestellt werden. Da der Prozessbevollmächtigte des Beklagten zu 2) es im Termin auch abgelehnt hat, den Schriftsatz als zugestellt entgegenzunehmen, ist keine wirksame Zustellung erfolgt, so dass auf ihn der Wechsel auf Beklagtenseite nicht gestützt werden kann. Entgegen der Ansicht des Klägers kann die Verweigerung der Entgegennahme eines nicht ordnungsgemäß zugestellten Schriftsatzes auch nicht - anders als die Verweigerung der Zustimmung zu einem prozessual ordnungsgemäß eingeleiteten Parteiwechsel auf Beklagtenseite - unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs unbeachtet bleiben.

43

Durch die Antragstellung im Termin vom 14. 12. 2011 ist die Klage ebenfalls nicht auf den Beklagten zu 2) umgestellt worden. Dies scheitert schon daran, dass die Prozessbevollmächtigte des Klägers den Antrag aus dem Schriftsatz vom 12. 12. 2011 - durch den die Klage erstmals auf den Beklagten zu 2) umgestellt werden sollte - nur hilfsweise gestellt hat. Eine Auswechslung des Beklagten über einen Hilfsantrag ist jedoch nicht möglich. Bei einem nur bedingten Parteiwechsel handelt es sich nicht wie bei gewöhnlichen Hilfsanträgen darum, ob demselben Kläger der eine oder der andere Anspruch zuzubilligen ist, sondern um die Begründung eines Prozessrechtsverhältnisses mit einer anderen Partei. Ob ein solches besteht, darf, schon um der Rechtsklarheit willen, nicht in der Schwebe bleiben (BGH, Urt. vom 21. 1. 2004 - VIII ZR 209/03 - NJW-RR 2004, 640, 641 m. w. N.).

44

45

Die Frage, ob die Umstellung auf den Beklagten zu 2) im Zusammenhang des hier zu entscheidenden Falles auch in der Berufungsinstanz grundsätzlich noch möglich war, kann daher vom Senat nicht entschieden werden. Aus diesem Grund bedürfen auch die Ausführungen des Klägers im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 29. 12. 2011, mit denen er für die grundsätzliche Zulassung des Parteiwechsels argumentiert, keiner weiteren Erörterung.

3. Ohne Erfolg bleibt hingegen die Berufung des Beklagten zu 2), mit der er sich gegen seine Verurteilung zur Zahlung von 9.155,56 € wendet. Insoweit hat das Landgericht mit zutreffender Begründung ausgeführt, dass er diesen Betrag gemäß § 2219 Abs. 1 BGB als Schadensersatz schuldet, weil er gegen seine Pflichten als Testamentsvollstrecker verstieß, indem er die I. GmbH mit der Rechnungslegung beauftragte und dadurch die entsprechenden Kosten verursachte. 46

Bereits im Beschluss vom 5. Oktober 2009 – 2 U 24/09 – hat der Senat ausgeführt, dass der Beklagte zu 2) selbst die Rechnungslegung hätte erstellen sollen und können: 47

„Gegenstand der Testamentsvollstreckung waren die Verwaltung mehrere Konten und zweier Bausparguthaben, die Verwertung von Antiquitäten und anderen Wertgegenständen, die Auflösung eines Architekturbüros, die Erfüllung von Vermächtnissen sowie die Verwaltung von fünf Wohnungen, von denen aber vier als Vermächtnisse für die Miterben ausgesetzt waren und deshalb nach Erfüllung dieser Vermächtnisse aus der Verwaltung herausfallen konnten. 48

Es handelt sich somit um relativ einfach, nämlich durch Erstellen von Einnahmen- und Ausgabenlisten, zu dokumentierende Verwaltungstätigkeiten. Sie mögen zwar wegen der Höhe des Nachlasses einen gewissen Umfang gehabt haben, dennoch benötigt man zur Aufzeichnung der Verwaltungs- und Verwertungstätigkeiten selbst unter Einbeziehung der Wohnungen keinen betriebswirtschaftlichen Sachverstand. Der Kläger hat hier seine Klageforderung auf eine Rechnungslegung der verwalteten Konten beschränkt, und keine Beifügung von Belegen gefordert. In die Zumutbarkeitserwägungen ist auch einzustellen, dass es sich um einen wertvollen Nachlass handelt, der für die Miterben von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist (vgl. zu diesem Kriterium die vom Beklagten mehrfach zitierte Entscheidung BGH NJW 1982, 573, 574). Die Erben haben ein legitimes Interesse zu erfahren, was mit den vom Beklagten für sie verwalteten Vermögenswerten im Einzelnen geschehen ist. Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Vergütung des Testamentsvollstreckers mit der Höhe des Nachlasses ansteigt, so dass der Beklagte auch eine Kompensation für den erforderlichen höheren Zeitaufwand erhält. 49

Für die Erstellung der nunmehr vorliegenden Abrechnung (Anlage zum Schriftsatz vom 20. 4. 2009) hat die beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft einen Zeitaufwand von 77 Stunden in Rechnung gestellt. Billigt man dem Beklagten, der nicht über die Buchhaltungssoftware und Erfahrung der Kanzlei verfügt, andererseits aber auch nur eine wesentlich knappere Rechnungslegung hätte erstellen müssen, einen Zeitaufwand von insgesamt 100 Stunden zu, so bedeutete dies auf den Zeitraum von 2 Jahre umgerechnet einen Zeitaufwand von einer Stunde wöchentlich, die in die laufende Rechnungslegung zu investieren gewesen wäre. Dass ein Zeitaufwand in diesem Umfang nicht unzumutbar ist, versteht sich von selbst.“ 50

Warum der Beklagte zu 2) nicht selbst zur Erstellung der Rechnungslegung in der Lage war, sondern hierfür zwingend der Hilfestellung durch ein Steuerberaterbüro bedurfte, hat er auch in der Berufungsinstanz nicht dargelegt. Er verweist lediglich auf den Umfang der vom Büro I. erstellten Unterlagen. Dabei ist nicht berücksichtigt, dass eine Rechnungslegung derartigen 51

Umfangs mit Konten und Gegenkonten nicht geschuldet war. Die vorgelegten Abrechnungen enthalten neben der Darstellung des Geldflusses auf einzelnen Konten auch noch die Darstellung von Einnahmen und Ausgaben geordnet nach Sachgebieten, zum Beispiel eine Zusammenstellung der Ausgaben nur für ein bestimmtes Grundstück, für Lohn- und Gehaltsausgaben, für Steuerzahlungen. Zu einer derartigen Aufschlüsselung nach Sachgebieten wäre der Beklagte zu 2) nicht verpflichtet gewesen. Die geschuldete – und mit der Klage auch nur eingeforderte – Einnahmen-/Ausgabenübersicht für die im Nachlass befindlichen Konten hätte der Beklagte zu 2) selbst erstellen können.

Verursacht der Testamentsvollstrecker überflüssige Kosten durch Beauftragung von Hilfspersonen, so ist er den Erben zum Schadensersatz nach § 2219 Abs. 1 BGB verpflichtet (vgl. BGH, Urt. v. 19. 1. 2000 - IV ZR 157/98 - ZEV 2000, 195, 196 für die überflüssige Beauftragung eines Rechtsanwaltes mit der Prüfung von Steuerbescheiden). Von einer schuldhaften Pflichtverletzung ist auszugehen. Der Beklagte zu 2) konnte aufgrund des sehr klar gefassten Klageantrages (Bl. 2 d. A.) erkennen, dass von ihm nicht mehr als eine Einnahmen-/Ausgabenübersicht betreffend die dort bezeichneten Konten verlangt wurde. Schuldner des Anspruchs ist der Testamentsvollstrecker persönlich (MünchKomm/Zimmermann, BGB § 2219 Rn. 5), hier also der Beklagte zu 2).

52

Gegen den vom Landgericht angenommenen Beginn der Rechtshängigkeitszinsen ist nichts einzuwenden. Die Berufung des Beklagten zu 2) ist daher unbegründet.

53

4. Die Anschlussberufung des Klägers, mit der er eine weitere, über den vom Landgericht ausgeurteilten Betrag hinausgehende Rückzahlung der entnommenen Testamentsvollstreckervergütung verlangt, ist aus den oben dargelegten Gründen unbegründet. Die Anschlussberufung richtet sich, nachdem die Umstellung der Klage auf den Beklagten zu 2) gescheitert ist, nach wie vor gegen den Beklagten zu 1), der insoweit jedoch nicht passivlegitimiert ist.

54

5. Für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, wie sie der Kläger mit Schriftsatz vom 29. 12. 2011 beantragt hat, besteht kein Anlass. Der Kläger ist mit Beschluss des Senats vom 31. 10. 2011 auf die Problematik der Passivlegitimation des Beklagten zu 1) hingewiesen worden und hatte bis zu dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 14. 12. 2011 ausreichend Gelegenheit, die erforderlichen prozessualen Maßnahmen zu Ergreifen. Die Problematik ist ferner vom Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 14. 12. 2011 erörtert worden. Der Umstand, dass dem Kläger hinsichtlich der Überzahlung der Testamentsvollstreckervergütung eine wirksame Umstellung der Klage auf den Beklagten zu 2) nicht gelungen ist, ist allein darin begründet, dass der Schriftsatz, mit dem er dies versucht hat, so spät bei Gericht eingegangen ist, dass eine Zustellung an den Beklagten zu 2) nicht mehr möglich war, sowie darin, dass der Hilfsantrag im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21. 12. 2011 prozessual unzulässig war.

55

Die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung ist im Übrigen auch deshalb nicht erforderlich, weil sich dem Schriftsatz des Klägers vom 29. 12. 2011 keine eindeutige Antragstellung entnehmen lässt. Der Kläger nimmt dort lediglich Bezug auf den Schriftsatz vom 12. 12. 2011, ohne einen eigenen Antrag zu stellen, dessen Zustellung an den Beklagten zu 2) als Grundvoraussetzung für einen gewillkürten Parteiwechsel erforderlich wäre. Dies wäre umso mehr erforderlich gewesen, als der Kläger in dem Schriftsatz die Ansicht vertritt, er habe im Termin vom 14. 12. 2011 den Antrag aus dem Schriftsatz vom 12. 12. 2011 verlesen. Damit ist völlig unklar, ob er nunmehr den Antrag, so wie er im Schriftsatz vom 12. 12. 2011 angekündigt worden ist (also unbedingt), stellen möchte, oder so, wie er im Termin am 21. 12. 2011 verlesen worden ist (also hilfsweise).

56

Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind in der obergerichtlichen Rechtsprechung außer Streit. Im Übrigen beruht die Entscheidung auf einer Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalles.	57	
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 Abs. 1 ZPO.	58	
Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.	59	
Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird wie folgt festgesetzt:	60	
Wert der Berufung des Beklagten zu 1)	45.209,79 €	61
Wert der Berufung des Beklagten zu 2):	9.155,56 €	62
Wert der Anschlussberufung:	30.719,62 €	63
Zusammen:	85.084,97 €.	64
		65