

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 119/63

URTEIL

Verkündet am

25. März 1965

Fieser,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Karl L [REDACTED], B [REDACTED],
E [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

Frau Anna R [REDACTED] geb. R [REDACTED], K [REDACTED],
H [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1964 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Jagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Kessler und Dr. Reinhardt für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 9. Mai 1963 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

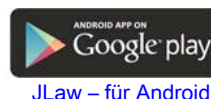
Tatbestand:

Der Beklagte war Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des am 4. Dezember 1944 verstorbenen Polizeioberssekretärs August R. Dieser hatte in seinem Testament vom 6. April 1944 zu seinen Erben die noch zu erwartenden Kinder Klägerin und zu Ersatzerben den Landwirt Gustav R. aus Hohenkirchen oder dessen Kinder bestimmt. Der Klägerin als seiner Tochter sollte nur der Nießbrauch an den Einkünften des Nachlasses zustehen. Ferner hatte der Erblasser in dem Testament seiner Haushälterin Fräulein Lina L., einer Schwester des Beklagten, ein Insitzrecht in der von ihm innegehabten Wohnung seines Hauses K. Straße in Kassel vermacht. Da die Klägerin keine Kinder mehr zu erwarten hatte und die Ersatzerben die Erbschaft ausschlugen, wurden die gesetzlichen Erben, mit Ausnahme der Klägerin, Erben.

Das Haus K [REDACTED] Straße [REDACTED], in dem sich zehn Mietwohnungen befanden und das den Hauptteil des Nachlasses bildete, brannte im März 1945 nach einem Luftangriff vollständig aus und wurde zu 70 % zerstört. Der Beklagte als Testamentsvollstrecker verkaufte dieses Grundstück am 10. August 1949 zum Preise von 17 344 DM an den Bauunternehmer B [REDACTED], wobei 15 960 DM dadurch belegt wurden, daß der Käufer sich verpflichtete, der nach dem Testament des Erblassers insitzberechtigten Schwester des Beklagten eine der früheren Wohnung des Erblassers gleichwertige Wohnung im ersten Stock des wieder zu errichtenden Gebäudes auf Lebenszeit zur Verfügung zu stellen. Der Restbetrag von 1 384 DM floß dem Nachlaß zu.

Die Klägerin erwarb im Jahre 1949 von den gesetzlichen Erben des Erblassers sämtliche Miterbenanteile. Sie nahm den Beklagten wegen Verletzung seiner Testamentsvollstreckerpflichten auf Schadensersatz in Anspruch mit der Begründung, der Beklagte habe das Nachlaßgrundstück ohne Einholung einer amtlichen Schätzung weit unter dem wirklichen, seinerzeit mit 40 000 DM anzunehmenden Wert veräußert. Außerdem habe er den ohnehin schon viel zu niedrigen Kaufpreis von 17 344 DM in Höhe von 15 960 DM dem Nachlaß auch noch dadurch entzogen, daß er diesen Betrag durch eine einseitig zugunsten seiner Schwester vereinbarte Insitzverpflichtung habe abgelten lassen.

In dem Vorprozeß 2 (7) O 61/50 des Landgerichts Kassel machte die Klägerin von dem ihr entstandenen Schaden zunächst einen Teilbetrag von 1 600 DM geltend. In diesem Rechtsstreit wurde der Beklagte durch Urteil des Landgerichts antragsgemäß verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten wurde durch Urteil vom 10. März 1955 (2 U 186/51) zurückgewiesen. In einem zweiten Vorprozeß



2 O 223/59 des Landgerichts Kassel klagte sie einen weiteren Teilbetrag von 5 000 DM ein und obsiegte auch hier. Die Berufung des Beklagten wurde durch Urteil vom 13. April 1961 (2 U 118/60) zurückgewiesen. Außer den zuerkannten Beträgen von 1 600 DM und 5 000 DM hat der Beklagte an die Klägerin außerdem freiwillig weitere 1 500 DM Schadensersatz gezahlt.

Die Klägerin hat nunmehr einen weiteren Schadensersatzbetrag von 12 000 DM beansprucht und hierzu vorgetragen: Der Verkehrswert des vom Beklagten schuldhaft pflichtwidrig veräußerten Grundstücks habe seinerzeit 35 000 bis 45 000 DM betragen. Mit den bisher vom Beklagten infolge Verurteilung und freiwillig erstatteten Beträgen von insgesamt 8 100 DM sei der der Klägerin zugefügte Schaden keinesfalls auch nur annähernd ersetzt. In jedem Falle sei der Schaden so groß, daß der Beklagte mindestens noch weitere 12 000 DM zahlen müsse. Selbst wenn man davon ausgehe, daß seinerzeit nur ein Kaufpreis von 17 344 DM zu erzielen gewesen sei, so habe eine Pflichtwidrigkeit des Beklagten darin gelegen, daß er bei dem im Sommer 1949 beginnenden wirtschaftlichen Aufschwung ein Steigen der Grundstückspreise hätte abwarten müssen, statt unter Überbewertung des Einsitzrechtes seiner Schwester zu einem so frühen Zeitpunkt zu einem Verkauf des Grundstücks zu kommen.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie 12 000 DM nebst Zinsen zu zahlen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und hierzu vorgetragen:

Er habe das Amt des Testamentsvollstreckers nach bestem Wissen und Gewissen geführt, so daß ihm gegenüber der Klägerin überhaupt keinerlei Haftung treffe. Ein höherer Kaufpreis als 17 344 DM habe sich seinerzeit nicht erzielen lassen. Ziehe man hiervon die vom Beklagten bereits erstatteten 8 100 DM und ferner die 1 384 DM ab, die seinerzeit als Barerlös schon dem Nachlaß zugeflossen seien, so verbleibe ein Rechnungsposten von 7 860 DM, der aber durch das Insitzrecht von Lina Lampe vollständig aufgezehrt sei. Der Vorwurf der Klägerin, daß er im August 1949 auf die später eintretende Hochkonjunktur hätte warten sollen, sei vielleicht aus heutiger Sicht verständlich, aber für den damaligen Zeitpunkt gänzlich unbegründet. Im übrigen sei es als Testamentsvollstrecker seine Pflicht gewesen, damals eine Auseinandersetzung unter den mehreren Erben zu bewirken, was praktisch nur im Wege einer Verwertung des Trümmergrundstücks möglich gewesen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 10 516 DM nebst Zinsen zu zahlen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Wiedherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß der Beklagte in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker fahrlässig pflichtwidrig gehandelt habe und deshalb der

Klägerin gemäß § 2219 BGB schadenersatzpflichtig sei. Wie sich aus seinen Ausführungen, insbesondere aus den ausdrücklich in Bezug genommenen Ausführungen in seinem zwischen den Parteien ergangenen Urteil vom 10. März 1955 in dem Vorprozeß 2 (7) O 61/50 (2 U 186/51) ergibt, macht das Berufungsgericht dem Beklagten nicht zum Vorwurf, daß er das Nachlaßgrundstück überhaupt verkauft und daß er geglaubt habe, das Insitzrecht seiner Schwester in Anrechnung bringen zu müssen, sondern seinen Schuldvorwurf leitet es daraus her, daß der Beklagte die Veräußerung des Grundstücks ohne zwingenden Grund zu Bedingungen vorgenommen habe, die einseitig zugunsten seiner Schwester dem Nachlaß praktisch den einzigen Vermögenswert entzogen hätten.

Diese Annahme des Berufungsgerichts läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Sicherlich war dem Beklagten als Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse die Berechtigung zuzubilligen, das Grundstück seinerzeit zu einem angemessenen Preis zu verkaufen. Denn als Trümmergrundstück brachte es keinerlei Einnahmen, und da auch die Mittel für einen Wiederaufbau des Hauses fehlten, lag es im Interesse aller Beteiligten, daß eine nutzbringende Verwertung erfolgte. Dem Beklagten wäre daher kein Vorwurf zu machen gewesen, wenn er das Grundstück zum angemessenen Preis verkauft und es der Klägerin als Nießbraucherin an den Einkünften des Nachlasses, den Erben und seiner Schwester als Vermächtnisnehmerin des Insitzrechtes überlassen hätte, sich hinsichtlich des Verkaufserlöses notfalls im Prozeßwege auseinanderzusetzen. Wie das Berufungsgericht feststellt, hätte der Käufer des Grundstücks, B [REDACTED], wenn das Insitzrecht nicht angerechnet worden wäre, den Kaufpreis auch in bar bezahlt.

Hinsichtlich der erfolgten Anrechnung des Insitzrechtes kann es dahingestellt bleiben, ob der Beklagte bei der, wie auch das Berufungsgericht annimmt, damaligen zweifelhaften Rechtslage ohne Verschulden annehmen durfte, daß das Insitzrecht weiter bestehe und in Anrechnung zu bringen sei. Selbst wenn man ein solches Weiterbestehen des Insitzrechtes bejahen wollte, darf nicht übersehen werden, daß gemäß § 1991 Abs. 4 BGB Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen so zu berichtigen sind, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden. Nach § 226 KO rangieren aber Verbindlichkeiten aus vom Erblasser angeordneten Vermächtnissen erst nach allen übrigen Verbindlichkeiten und auch noch nach Verbindlichkeiten gegenüber Pflichtteilsberechtigten. Ob die vom Erblasser eingesetzten Erben auch pflichtteilsberechtigt waren, ist nicht ersichtlich. Wenn sie aber auch nur nichtpflichtteilsberechtigter Erben waren, konnten sie gemäß § 2318 Abs. 1 BGB die Erfüllung des Insitzvermächtnisses soweit verweigern, daß die Pflichtteilslast von ihnen und von der Vermächtnisnehmerin verhältnismäßig getragen wurde. In jedem Falle war die Klägerin als Tochter des Erblassers pflichtteilsberechtigt und im Hinblick auf den ihr eingeräumten Nießbrauch an den Einkünften des Nachlasses pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmerin. Auch einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer gegenüber ist die Kürzung seines Vermächtnisses im Hinblick auf einen nicht pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer, wie es hier die Schwester des Beklagten war, gemäß § 2318 Abs. 2 BGB soweit zulässig, daß ihm der Pflichtteil verbleibt. Die Klägerin hatte mithin einen Anspruch darauf, daß ihr aus dem Erlös des Grundstücks zumindest ein ihrem Pflichtteil entsprechender Anteil verblieb.

Nun ist dem Beklagten diese zwingende gesetzliche Regelung sicherlich nicht bekannt gewesen. Aber abgesehen

davon, daß er insoweit verpflichtet gewesen wäre, rechtskundigen Rat einzuholen, mußte er sich auch als juristischer Laie sagen, daß es nicht rechtens sein könnte, wenn der Klägerin, der der Nießbrauch aus sämtlichen Einkünften des Nachlasses zustand, die also zumindest den Anspruch auf die Nettomieten von neun Wohnungen des Hauses gehabt hätte, aus dem Verkaufserlös des Grundstücks so gut wie gar nichts zufließ, während der Schwester des Beklagten, die nur das unentgeltliche Wohnrecht an einer Wohnung haben sollte, praktisch der gesamte Kaufserlös zukam.

Wie auch das Berufungsgericht im Ergebnis annimmt, geht der den Beklagten betreffende Vorwurf sonach dahin, daß er - wenn nach seiner eigenen, wenn auch schuldlosen Auffassung ein Verkauf des Grundstücks damals nur unter solchen Bedingungen möglich war, bei denen die Einräumung des vollen Insitzrechtes die wesentliche Gegenleistung des Käufers darstellte, während dem Nachlaß praktisch der einzige Vermögenswert entzogen wurde - das Grundstück überhaupt nicht hätte veräußern dürfen. Denn daß der Verkauf, so führt das Berufungsgericht zutreffend aus, notwendig gewesen wäre, um Bargeld für laufende Verwaltungskosten zu gewinnen, könne schon deshalb nicht als Grund für die Veräußerung angesehen werden, weil infolge der hohen Anrechnung des Insitzrechtes Barmittel tatsächlich nur in ganz geringem Umfange freigemacht worden seien, im übrigen für das völlig unbelastete Anwesen auch keine laufenden Ausgaben erforderlich gewesen seien, die den Verkauf gerechtfertigt hätten.

Dies zeigt, daß es darauf, ob der Beklagte beim Verkauf des Grundstücks von einem Bestehen des Insitzrechtes seiner Schwester ausgehen durfte, gar nicht ankommt. Danach geht es aber ins Leere, wenn die Revision meint, für die Frage, ob der Beklagte schuldhaft pflichtwidrig gehandelt habe, sei es entscheidend, ob er beim Verkauf des Grundstücks habe erkennen müssen, daß das Insitzrecht seiner Schwester nach der Zerstörung des Gebäudes objektiv nicht mehr bestanden habe, da er nur dann seine Pflichten als Testamentsvollstrecker im Sinne des § 2219 BGB schuldhaft habe verletzen können. Die Erörterung der im einzelnen hierzu erhobenen Rügen der Revision erübrigt sich mit- hin.

2.) Der Schadensbemessung legt das Berufungsgericht als hypothetischen Kausalverlauf zugrunde, daß der Beklagte damals das Trümmergrundstück verkauft hätte und zu einem angemessenen Preis auch hätte verkaufen dürfen und können, aber ohne Berücksichtigung des Insitzvermögens, dessen Erfüllung nach dem Erbfall durch die Kriegszerstörung des Wohnhauses unmöglich geworden sei. Der Schaden der Klägerin, so meint das Berufungsgericht, beschränke sich daher auf den Betrag, den sie unter diesen Umständen erlangt hätte. Den bei der Veräußerung des Grundstücks tatsächlich erzielbaren angemessenen Kaufpreis schätzt das Berufungsgericht auf 20 000 DM und kommt so zu dem Ergebnis, daß der Schaden der Klägerin jetzt nicht mehr als diese 20 000 DM abzüglich der vom Beklagten inzwischen erstatteten Beträge von insgesamt 8 100 DM und der ohnehin beim Verkauf des Grundstücks dem Nachlaß als Barerlös zugeflossenen 1 384 DM, also $20\,000\text{ DM} \text{ minus } 9\,484\text{ DM} = 10\,516\text{ DM}$ betrage. Eine weitere Minderung dieses Betrages durch Anrechnung des Insitzrechtes der Schwester des Beklagten schließt das Berufungsgericht aus, da, wie es meint, nach der Zerstörung des Wohnhauses ein solches Insitzrecht nicht mehr bestanden habe.

Auch die gegen diese Erwägungen des Berufungsgerichts gerichteten Angriffe der Revision bleiben erfolglos. Die Revision glaubt, auf grundsätzlich falsche Erwägungen des Berufungsgerichts daraus schließen zu können, daß dieses seiner Schadensbemessung den seinerzeit erzielbaren angemessenen Kaufpreis und nicht den tatsächlich vom Beklagten erzielten Preis von 17 344 DM zugrundelegt habe. Wie sie meint, könnte ein Schadensersatzanspruch wegen dieses Mindererlöses nur dann begründet sein, wenn der Beklagte schuldhaft einen höheren Preis nicht erzielt hätte. Das Berufungsgericht habe jedoch unter Verletzung von § 286 ZPO den unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten nicht berücksichtigt, wonach dieser sich bemüht habe, einen möglichst hohen Kaufpreis zu erzielen, ein höherer als der von ihm erzielte Preis aber nicht zu erlangen gewesen sei, und ihm somit ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden könne.

Durfte der Beklagte seinerzeit das Grundstück verkaufen und wäre ihm kein Vorwurf zu machen gewesen, wenn er das Grundstück seinerzeit bar zu einem angemessenen Preis verkauft hätte, besteht seine schuldhafte Pflichtwidrigkeit hingegen darin, daß er das Grundstück unter der erfolgten Anrechnung des Insitzrechtes seiner Schwester verkauft hat, dann rechtfertigt sich auch die vom Berufungsgericht erfolgte objektive Schadensberechnung. Das Berufungsgericht konnte daher darauf abstellen, zu welchem angemessenen Barpreis der Beklagte seinerzeit das Grundstück hätte verkaufen können, ohne daß es bei dieser objektiven Betrachtungsweise darauf ankommt, daß der Beklagte möglicherweise ohne sein Verschulden den angemessenen Barpreis nicht erzielt hätte. Zutreffend legt das Berufungsgericht auch den von ihm im Rahmen des § 287 ZPO ermittelten objektiven Schätzpreis von 20 000 DM

seiner Schadensberechnung zugrunde. Zur Annahme dieses Schätzpreises kommt es unter Darlegung der Grundlagen seiner Schätzung und ihrer Auswertung. Daß vom Berufungsgericht hierbei wesentliche Tatumstände oder Beweise außer acht gelassen seien, trägt die Revision selbst nicht vor.

3.) Schließlich macht die Revision noch geltend, da der Käufer des Grundstücks bereit gewesen sei, ein neues Insitzrecht zu schaffen, könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß das Vermächtnis auf eine zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet gewesen sei (§ 2171 Satz 2 mit § 308 BGB), auch habe der Vermächtnisnehmerin ein Anspruch auf Wertersatz gemäß § 2169 Abs. 3 BGB zustehen können, wenn § 2170 BGB nicht in Frage käme. Weiterhin sei die Rechtslage bei einem Vermächtnisanspruch nicht ohne weiteres derjenigen gleichzustellen, die für ein dingliches Wohnrecht nach § 1093 BGB bei einem zerstörten Gebäude bestehe (BGHZ 7, 268, 272) oder bei einem schuldrechtlichen Verhältnis, wenn das zerstörte Gebäude zu einem anderen Nutzungszweck aufgebaut worden sei (BGHZ 8, 58, 62, 65).

Soweit die Revision auf § 2171 Satz 2 i.V.m. § 308 BGB hinweist, verkennt sie, daß hier nicht ein sog. Verschaffungsvermächtnis im Sinne des § 2170 BGB vorliegt. Jedenfalls liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß der Erblasser der Schwester des Beklagten ein Insitzrecht auch vermachen wollte, wenn das Nachlaßgrundstück zerstört würde und ein entsprechendes Insitzrecht nur gegen Hingabe fast des ganzen Nachlasses hätte neu erworben werden können. Im übrigen kann das Vorbringen der Revision nur dahin verstanden werden, daß sie mit ihm die Annahme des Berufungsgerichts angreifen will, eine Anrechnung des Insitzrechtes bei der Schadensbemessung scheide aus, da nach der Zerstörung des Grundstücks ein solches Insitzrecht nicht mehr bestanden habe.

Soweit die Revision die Vorschriften der §§ 2070 und 2069 BGB anführt, verkennt sie, daß hier die Zerstörung des Hauses erst nach dem Erbfall erfolgt ist, und diese Vorschriften den Fall eines erst nach dem Erbfall unmöglich werdenden Vermächtnisses nicht betreffen. Im übrigen führt das Berufungsgericht in dem weiter unter Bezug genommenen, zwischen den Parteien ergangenen Urteil vom 13. April 1961 in dem Vorprozeß 2 O 223/59 (2 U 118/60) ohne Rechtsirrtum aus: Gehe man davon aus, daß der Lina L. ein Insitz in der früheren Wohnung des Erblassers zu gewähren sei, so seien, da mit der 65 - 75%igen Teilzerstörung des Hauses diese Wohnung praktisch vernichtet und die Gewährung des Insitzes daher objektiv unmöglich geworden sei (vgl. für das dingliche Wohnrecht BGHZ 8, 63), die Erben und somit also auch die Klägerin von der Vermächtnisverpflichtung gegenüber der Lina L. frei geworden (§ 275 BGB). Die Vermächtnisnehmerin Lampe habe allenfalls gemäß § 281 BGB an einer etwaigen Kriegssachschadenforderung der Erben oder der Klägerin verhältnismäßigen Anteil haben können. Den hierfür etwa zu berechnenden Anteil habe aber schon das Landgericht mit Recht außer Betracht gelassen, da sich der hier in Rede stehende Schadensersatzanspruch nur auf den Wert des Grundstücks selbst und der stehen gebliebenen Trümmer, also auf die nach der Schadenseinwirkung noch verbliebenen Werte beziehe, für die eine Entschädigungsleistung nicht in Betracht komme.

Wenn die Revision demgegenüber meint, die Rechtslage bei einem Vermächtnisanspruch könne nicht ohne weiteres derjenigen gleichgestellt werden, die für ein dingliches Wohnrecht nach § 1093 BGB bei einem zerstörten Gebäude bestehe, so hat sie zwar recht, aber mit der Maßgabe, daß Zweifel dahin bestehen konnten, ob ein dingliches Wohnrecht

mit der Zerstörung des Gebäudes erlischt, dagegen die Rechtslage bei einem schuldrechtlichen Anspruch, wie er bei einem Vermächtnisanspruch gegeben ist, eindeutig in den §§ 275, 281 BGB ihre Regelung findet.

Dem entspricht es auch, daß nach den Vorschriften der Verordnung über die Einwirkung von Kriegsschäden an Gebäuden auf Miet- und Pachtverhältnisse vom 28. September 1943 (RGBl I 546) grundsätzlich ein Mietverhältnis erlosch, wenn das Gebäude infolge des Kriegsschadens zerstört worden war oder wenn die Mieträume infolge des Schadens nicht nur vorübergehend unbenutzbar geworden waren und ihre Instandsetzung nicht innerhalb eines Jahres nach Eintritt des Schadens in Angriff genommen worden war.

4.) Danach erweist sich die Revision als unbegründet. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keine Rechtsfehler zu Ungunsten des Beklagten erkennen läßt, ist seine Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Keßler

Dr. Reinhardt