

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 203/63

URTEIL

Verkündet am

22. Februar 1965
Scheibl, Justiz-
obersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Rudolf H [REDACTED], B [REDACTED]
[REDACTED], R [REDACTED]-B [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägers und Anschlußrevisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. Frau Lisa E [REDACTED] geb. K [REDACTED], M [REDACTED], H [REDACTED] Weg [REDACTED],
2. Frau Erika H [REDACTED] geb. K [REDACTED], M [REDACTED],
H [REDACTED] Weg [REDACTED],

Klägerinnen, Revisionsbeklagte und Anschlußrevisions-
klägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Dr. Hußla und Keßler für Recht erkannt:

Die Revisionen gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 4. Oktober 1963 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens fallen dem Beklagten zu 4/5, den Klägerinnen zu je 1/10 zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 12. April 1959 verstorbene Witwe Antonie H. hat durch ein vom Beklagten in seiner Eigenschaft als Notar beurkundetes Testament vom 8. Januar 1959 die Klägerinnen zu ihren Alleinerben eingesetzt und Testamentsvollstreckung angeordnet. In einem privatschriftlichen Zusatztestament vom 15. Januar 1959 hat sie den Beklagten zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Als Vergütung für seine Tätigkeit sollte er 5 % des Nachlaßwertes erhalten. Die Klägerinnen haben die Erbschaft angenommen. Der Beklagte hat mit notarieller Erklärung vom 16. April 1959 das Amt des Testamentsvollstreckers ebenfalls angenommen. Auf Antrag der Klägerinnen hat das Amtsgericht durch Beschluß vom 5. November 1960 den Beklagten gegen dessen Widerspruch aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker entlassen und bis zur Rechtskraft des Beschlusses den Rechts-

- 3 -

anwalt und Notar Dr. F. [REDACTED] zum einstweiligen Vertreter des entlassenen Testamentsvollstreckers eingesetzt. Die sofortige Beschwerde des Beklagten hat das Landgericht durch Beschluß vom 8. März 1961 zurückgewiesen. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Beklagte sei seiner Pflicht zur jährlichen Rechnungslegung verspätet und zudem unvollständig nachgekommen, da er den Gegenwert eines aus dem Nachlaß von ihm selbst erworbenen Schlafzimmers in dem Jahresbericht nicht ausgewiesen habe, desgleichen auch nicht den Veräußerungserlös eines zum Nachlaß gehörenden Personenkraftwagens. Der Beklagte habe sich ferner dadurch einem Interessenkonflikt ausgesetzt, daß er die Absicht gehabt habe, das zum Nachlaß gehörende Grundstück selbst zu erwerben, und hierzu Gutachten von nichtbeeidigten Sachverständigen eingeholt habe, die das Grundstück mit nur 50.000 DM bewertet hätten, während eine von den Klägerinnen veranlaßte Sachverständigenschätzung einen Verkehrswert von 85.000 DM ergeben habe. Das Mißtrauen der Klägerinnen, daß diese - wenn auch inzwischen aufgegebene - Kaufabsicht des Beklagten die von ihm eingeholten Gutachten beeinflusst habe, um das Grundstück unter dem wirklichen Wert zu erwerben, sei nicht ausgeräumt. Ferner habe der Beklagte eine Kreditschuld der Erblasserin bei der Z. [REDACTED] bank ohne triftigen Grund verspätet getilgt, wodurch den Klägerinnen ein Zinsverlust entstanden sei. Schließlich habe der Beklagte ohne vorherige Unterrichtung der Klägerinnen dem Schweizer Rechtsanwalt B. [REDACTED] gegenüber seine zunächst geäußerten Bedenken gegen das diesem von der Erblasserin zugebilligte Erfolgshonorar fallen lassen. - Die übrigen Vorwürfe gegen den Beklagten hat das Landgericht nicht als stichhaltig angesehen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

Die sofortige weitere Beschwerde des Beklagten ist durch Beschluß des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen vom 4. Mai 1961 zurückgewiesen worden. Nach dem Erlaß dieses Beschlusses hat der Zwischentestamentsvollstrecker Dr. F. [REDACTED] seine Tätigkeit beendet und im Klagewege gegen die Klägerin die Zahlung einer Vergütung von 1 % des Bruttonachlaßwertes durchgesetzt, den das Oberlandesgericht bei der Geschäftswertfestsetzung für das Entlassungsverfahren in den Gründen seines Beschlusses vom 28. Dezember 1961 mit 327.000 DM angenommen hatte.

Mit der vorliegenden Klage nehmen die Klägerinnen den Beklagten auf Vorlegung von Verzeichnissen der von ihm selbst über den Versteigerer Sp. [REDACTED] erworbenen Nachlaßgegenstände und der von ihm hiervon weiterveräußerten Gegenstände in Anspruch, sowie auf die Ableistung des Offenbarungseides über die Richtigkeit dieses Verzeichnisses (Klagantrag I), ferner auf Herausgabe des vom Beklagten aus dem Nachlaß erworbenen Schlafzimmers und sonstigen Hausrats (Klagantrag II), sowie auf Feststellung, daß dem Beklagten für seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker keine Vergütung zustehe (Klagantrag III) und schließlich auf Zahlung von 6.267,90 DM nebst Zinsen (Klagantrag IV) wegen vom Beklagten aus dem Nachlaß entnommenen Auslagen- und Kostenersatzes, dessen Notwendigkeit die Klägerinnen nicht anerkennen.

Auf Anregung des Landgerichts haben die Parteien vorerst die Verhandlung auf den Feststellungsantrag zu Ziff. III der Klageschrift beschränkt.

Die Klägerinnen haben im ersten Rechtszug beantragt festzustellen, daß dem Beklagten für seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker am Nachlaß der am 12. April 1959 verstorbenen Antonie H. [REDACTED] ein Vergütungsanspruch nicht zustehe.

Sie haben zur Begründung, teilweise erst im Berufungsrechtszug, vorgetragen: Der Beklagte habe seinen Anspruch auf eine Vergütung für seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker durch grobe Pflichtverletzungen verwirkt. Die Gründe, die zu der Entlassung des Beklagten aus seinem Amt geführt hätten, seien allein schwerwiegend genug, um die Verwirkung zu rechtfertigen. Dies gelte insbesondere für den eigenen Erwerb des Schlafzimmers aus dem Nachlaß durch den Beklagten, ohne hierüber Rechnung zu legen, und für sein Bestreben, das Nachlaßgrundstück unter Wert für sich zu erwerben. Der Beklagte habe darüber hinaus noch zahlreiche Gegenstände aus dem Nachlaß erworben. Diese habe er, was er verschleiert habe, nicht von dem mit der Verwertung der Mobilien beauftragten Versteigerer Sp. [REDACTED] erworben, sondern unmittelbar durch Selbstkontrahieren übernommen. Er habe auch nach seiner Entlassung weitere Pflichtverletzungen begangen, welche die Klägerinnen gezwungen hätten, vier weitere Prozesse, und zwar zwei gegen den Beklagten und je einen gegen Spoerer und Dr. P. [REDACTED] durchzuführen, um sich ein Bild über den Umfang des Nachlasses machen zu können. Der Beklagte habe nach seiner Entlassung zahlreiche Belege nicht herausgegeben und auch kein Verzeichnis der im Zeitpunkt seiner Entlassung in seinem Besitz befindlichen Nachlaßgegenstände vorgelegt, so daß ein Zwangsvollstreckungsverfahren mit Festsetzung einer Geldstrafe gegen ihn habe durchgeführt werden müssen. Er habe auch ein zum Nachlaß gehörendes Sparkassenbuch nicht herausgegeben und im Zwangsvollstreckungsverfahren wahrheitswidrig erklärt, daß er dieses nicht in Besitz habe. Eine weitere grobe Pflichtverletzung des Beklagten sei darin zu sehen, daß er insgesamt drei Reisen mit einer Gesamtdauer von 42 Tagen in die Schweiz unternommen habe, angeb-

lich um die Ansprüche der Erblasserin gegen die H[REDACTED]-Stiftung in Z[REDACTED] durchzusetzen, und hierfür den Betrag von 4.248,50 DM liquidiert habe, obwohl diese Reisen nicht nur völlig erfolglos gewesen seien, sondern der Beklagte hiermit auch persönliche Belange auf Kosten des Nachlasses verbunden habe. Der Beklagte habe ferner keine Rechnung gelegt über angebliche Gebührenforderungen gegen die Klägerinnen aus Vorgängen, die er für die Erblasserin bearbeitet habe. Er habe schließlich durch unbegründete Rechtsmittel verursacht, daß der Zwischentestamentsvollstrecker über längere Zeit hindurch im Amte geblieben sei, wodurch den Klägerinnen zusätzliche Kosten entstanden seien.

Die Klägerinnen machen weiter geltend, daß dem Beklagten, selbst wenn der Einwand der Verwirkung nicht durchgreife, allenfalls ein Anspruch von nur 1 % des Bruttonachlaßwertes zustünde, da im Regelfall bei einem Bruttonachlaßwert zwischen 100.000 DM und 1.000.000 DM nur eine Vergütung von 2 % angemessen sei und die Hälfte hiervon bereits der Zwischentestamentsvollstrecker erhalten habe.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er macht geltend, er habe in keiner Weise gegen seine Pflichten als Testamentsvollstrecker verstoßen. Es handele sich bei seinem Anspruch auch nicht um die gesetzliche Testamentsvollstreckervergütung, sondern um ein Vermächtnis, da die Erblasserin in ihrem Testament ausdrücklich eine Vergütung in Höhe von 5 % des Nachlaßwertes festgesetzt habe.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Feststellungsantrag abgewiesen. Mit ihrer Berufung haben die Klägerinnen diesen Antrag weiterverfolgt und hilfsweise - und zwar hilfsweise jeweils nacheinander - beantragt festzustellen, daß dem Beklagten ein Vergütungsanspruch nur in Höhe von 1 %, 2 %, 3 %, 4 % des Bruttonachlaßwertes zustehe.

Das Berufungsurteil hat in Abänderung des landgerichtlichen Urteils festgestellt, daß dem Beklagten für seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker ein Vergütungsanspruch in Höhe von mehr als 1 % des Bruttonachlaßwertes nicht zustehe, und damit dem ersten Hilfsantrag der Klägerinnen stattgegeben.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Feststellungsklage weiter; die Klägerinnen bitten mit ihrer (unselbständigen) Anschlußrevision, die Sache unter Aufhebung der Urteile des ersten und zweiten Rechtszugs an das Landgericht zurückzuverweisen soweit zu ihrem Nachteil erkannt ist. Beide Teile beantragen, das Rechtsmittel des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsurteil hält den Revisionsangriffen stand.

I.

Zur Revision des Beklagten:

1) Die Akten VI 96/1959 des Amtsgerichts Bremen-Blumentahl über den Nachlaß der Witwe Antonie H. sind vom Berufungsgericht zu seiner Information beigezogen, aber nicht ausdrücklich zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden. Die Revision des Beklagten rügt, sie seien trotzdem entgegen § 128 ZPO als Grundlage der Entscheidung verwertet worden. Die Rüge ist unbegründet. Beide Parteien, auch der Beklagte - vgl. Schriftsatz vom 7. März 1962 S. 5 - haben sich zum Beweise der Richtigkeit ihres Vorbringens auf die Nachlaßakten bezogen. Zwischen den Parteien bestand

kein Streit darüber, welche Schriftsätze, gerichtlichen Verfügungen usw. in den Akten enthalten sind. Umstritten war lediglich, ob und inwieweit die in den Akten enthaltenen Angaben und Rechtsansichten zutreffen. Das Berufungsgericht hat den Nachlaßakten lediglich Daten und den Wortlaut von darin enthaltenen Schriftstücken entnommen. Es hat damit in Wirklichkeit nur im Einzelnen festgestellt, was dem unbestrittenen allerdings allgemein gehaltenen Vortrag der Parteien entsprach.

2) Der Beklagte meint, ihm stehe ein Anspruch auf die im Testament vorgesehene Testamentsvollstreckervergütung in Höhe von 5 % des Bruttonachlaßwertes deshalb zu, weil die Zuwendung dieser Vergütung ein Vermächtnis darstelle, das mit der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes angefallen sei und nicht gekürzt werden könne. Diese Ansicht ist irrig.

Wie auch der Beklagte einräumt, stellt der Anspruch des Testamentsvollstreckers auf eine angemessene Vergütung seiner Tätigkeit (§ 2221 BGB) regelmäßig eine gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit dar; er kann bei vorzeitiger Beendigung der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers unter Umständen in entsprechender Anwendung des § 628 BGB gekürzt werden. Nur wenn der Erblasser dem Testamentsvollstrecker eine höhere als die angemessene Vergütung zuwendet, kann in dieser Zuwendung ein Vermächtnis liegen (wobei hier nicht geprüft zu werden braucht, ob als Vermächtnis die gesamte Zuwendung oder nur der die angemessene Vergütung übersteigende Betrag anzusehen wäre). Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß der Erblasser grundsätzlich das, was er als die angemessene Vergütung ansieht, nach seinem Ermessen beurteilen kann. Ein Vermächtnis ist

daher nicht schon anzunehmen, wenn der Erblasser die zugewandte Vergütung höher als üblich bestimmt, sondern erst dann, wenn er dem Testamentsvollstrecker mehr als die von ihm für angemessen angesehene Vergütung zuwendet. Deshalb ist eine Ausnahme von der Regel, daß die im Testament für den Testamentsvollstrecker vorgesehene Vergütung nicht als Vermächtnis, sondern als gewöhnliche Nachlaßverbindlichkeit anzusehen ist, nur dann zu machen, wenn auf Grund besonderer Umstände, etwa aus der besonderen Höhe der Zuwendung, auf den Willen des Erblassers zu schließen ist, dem Testamentsvollstrecker mehr als die angemessene Vergütung zuzuwenden. Das Berufungsgericht kommt in eingehender tatrichterlicher Würdigung zu dem Ergebnis, die Erblasserin habe dem Beklagten zwar eine höhere Vergütung als die übliche ausgesetzt, es lägen aber auch die Verhältnisse des Nachlasses besonders schwierig und die ausgesetzte Vergütung könne deshalb nicht als unangemessen hoch bezeichnet werden. Der Beklagte habe auch sonst keine Umstände vorgetragen, aus denen der Schluß gezogen werden könne, daß die Erblasserin ihm als Außenstehenden über die angemessene Vergütung hinaus ein Vermächtnis habe zuwenden wollen. Diese Feststellungen werden von der Revision nicht angegriffen. Sie tragen die rechtliche Folgerung, daß ein Vermächtnis hier nicht vorliegt.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, auch eine testamentarisch festgesetzte Testamentsvollstreckervergütung könne bei vorzeitigem Amtsende gekürzt werden, wobei für die Frage des Umfangs der Kürzung als Anhaltspunkt in entsprechender Anwendung des § 628 BGB die bisherigen Leistungen des Testamentsvollstreckers berücksichtigt werden könnten, in erster Linie aber der mutmaßliche Wille

des Erblassers zu erforschen sei. Das entspricht, wie das Berufungsgericht unter Bezugnahme unter anderem auf BGB RGRK 11. Aufl. Anm. 6; Staudinger 11. Aufl. Anm. 3; Planck 4. Aufl. Anm. 6, BGB 4. Aufl. 6, Palandt 24. Aufl. Anm. 1, alle zu § 2221, zutreffend bemerkt, der herrschenden Ansicht. Von dieser abzugehen besteht kein Anlaß. Die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers ist den Diensten höherer Art im Sinne des § 627 BGB vergleichbar. Er kann anders als die in § 627 BGB genannten Personen nicht ohne wichtigen Grund aus seinem Amte entlassen werden (§ 2227 BGB) und befindet sich schon deshalb in einer geschützteren Rechtsstellung. Es ist kein Grund ersichtlich, ihn darüber hinaus hinsichtlich seiner Vergütung besser zu stellen, als Dienstverpflichtete, die keine Dienste höherer Art leisten und denen nur aus wichtigem Grunde gekündigt werden kann, bei einer Kündigung aus einem solchen Grunde gestellt sind (§§ 626, 628 BGB). Ohne Erfolg macht der Beklagte demgegenüber geltend, ein Verschulden des Beklagten sei nicht festgestellt worden. Die Kürzung des Entgelts nach § 628 BGB setzt ein Verschulden des Dienstverpflichteten gerade nicht voraus; die Rüge, das Berufungsgericht habe Beweise nicht erhoben, die der Beklagte zum Nachweis dafür angeboten habe, daß ihn kein Verschulden treffe, geht daher ins Leere.

Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt, im vorliegenden Falle könne als mutmaßlicher Wille der Erblasserin unterstellt werden, daß für die angesetzte Vergütung von 5 % des Nachlaßwertes alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers erfüllt werden sollten, zumal die Vergütung erheblich über der im Regelfall angemessenen liege. Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht sei unzulässigerweise zu seinen Lasten von einer Unterstellung ausgegangen.

Damit verkennt er, am Wortlaute haftend, den offensichtlichen Sinn der zutreffenden Ausführungen des Berufungsurteils. Es handelt sich in Wirklichkeit um eine tatrichterliche Feststellung, die sowohl auf die Lebenserfahrung wie auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles gestützt ist. Denn in aller Regel rechnet der Erblasser, der einen Testamentsvollstrecker bestimmt und dessen Vergütung festsetzt, mit der ordnungsgemäßen und vollständigen Abwicklung des Amtes durch die Person seines Vertrauens. Im Zweifel soll daher die angesetzte Vergütung die gesamte Tätigkeit abgelten, die aus der Testamentsvollstreckung erwächst. Das muß umsomehr gelten, wenn wie hier eine über der normalen Höhe liegende Vergütung vorgesehen ist. Sache des Beklagten wäre es daher gewesen, Umstände vorzutragen und zu beweisen, die die ernsthafte Möglichkeit eines anderen als des erfahrungsmäßigen Geschehensablaufs ergeben hätten. Das wäre umsomehr zu erwarten gewesen, als der Beklagte selbst das notarielle Testament beurkundet hat, und deshalb anzunehmen ist, daß er am besten über die Absichten und Beweggründe der ihm vertrauenden Erblasserin im Bilde ist.

Das Berufungsgericht ist deshalb ohne Rechtsverstoß zu dem Ergebnis gelangt, die dem Beklagten ausgesetzte Vergütung sei zu kürzen. Daß die Kürzung das zulässige Maß überschritten habe, macht der Beklagte selbst nicht geltend, ist auch nicht ersichtlich.

Damit erweist sich die Revision des Beklagten als unbegründet.

II.

Zur Revision der Klägerinnen:

1) Die Anschlußrevision der Klägerinnen bekämpft die

Abweisung des Feststellungsantrags hinsichtlich der Teilvergütung von 1 % zunächst aus verfahrensrechtlichen Gründen; sie macht geltend: Das Berufungsgericht habe ausgeführt, es werde von den Klägerinnen zwar behauptet, aber nicht genügend substantiiert, daß der Beklagte durch seine Handlungsweise den Nachlaß vorsätzlich geschädigt und sich selbst unrechtmäßige Vorteile verschafft habe. Sie hätten vielmehr die auf Aufklärung in dieser Hinsicht zielenden Klageanträge zu I und II nicht weiterverfolgt. Wie das Berufungsurteil weiter feststelle, beruhe es auf einer Anregung des Landgerichts, daß die Parteien die Verhandlung des Rechtsstreits zunächst auf den Klageantrag zu III beschränkt hätten. Demnach habe das Landgericht die Vorgreiflichkeit der Anträge zu I und II verkannt, während das Oberlandesgericht sie gesehen habe. Das Berufungsgericht hätte nach § 139 ZPO die Klägerinnen auf diese rechtliche Beurteilung aufmerksam machen und darauf hinweisen müssen, daß sie entweder beantragten, die Entscheidung über die Berufung auszusetzen, bis über die nicht in die Berufung erwachsenen Prozeßteile entschieden sei, oder beehrten, daß das Berufungsgericht die ihm in § 539 ZPO verliehene Befugnis der Zurückverweisung ausübe; es hätte den letzteren Weg vielleicht sogar von Amtswegen beschreiten müssen; das Landgericht habe mit der Anregung einer nicht sachdienlichen Prozeßführung § 139 ZPO verletzt. Es gehe nicht an, für die Klägerinnen, wenn sie einem verfehlten Hinweis gefolgt wären, im Urteile Rechtsnachteile daraus zu ziehen, daß sie durch ebendasselbe Prozeßverhalten ihrer Beibringungs- und Beweislast nicht genügt hätten. Diese Verfahrensverstöße beider Instanzen machten die Zurückweisung des Rechtsstreits in den ersten Rechtszug erforderlich.

Damit dringen die Klägerinnen nicht durch. Das Landgericht hatte in der Begründung seines Teilurteils, durch das es den Klagantrag Ziff. III - festzustellen, daß dem Beklagten kein Anspruch auf eine Vergütung zustehe - abwies, ausgeführt, daß es die Pflichtverletzungen des Beklagten nicht als solch grobe Verstöße gegen die Treuepflicht des Testamentsvollstreckers ansehe, wie sie einem vom Oberlandesgericht Kiel entschiedenen Falle zu Grunde gelegen hätten, in dem der Vergütungsanspruch als verwirkt angesehen worden sei. Die Klägerinnen haben in ihrer Berufungsbegründung eine ganze Anzahl von Handlungen und Unterlassungen des Beklagten dargelegt, in denen sie Verstöße gegen die Pflichten des Testamentsvollstreckers erblicken. Auf all diese Punkte ist das Berufungsgericht in einer ausführlichen Würdigung eingegangen. Es hat damit im Ergebnis auch alles das berücksichtigt, was die Klägerinnen zur Begründung ihrer sämtlichen Anträge im ersten Rechtszug vorgetragen hatten und was Gegenstand der Prüfung in dem zur Entlassung des Beklagten aus dem Testamentsvollstreckeramte führenden Verfahren des Nachlaßgerichtes war. Die Klägerinnen haben auch nicht gerügt, daß irgendwelches Vorbringen unberücksichtigt geblieben sei. Unter diesen Umständen bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, durch Ausübung des Fragerechts (§ 139 ZPO) den Klägerinnen nahezu legen, die Aussetzung des Berufungsverfahrens bis zur Entscheidung über die übrigen Klageanträge oder die Zurückverweisung der Sache an das Landgericht zu beantragen (§§ 148, 539 ZPO), oder aber ihren Sachvortrag zu ergänzen. Alles, was die Klägerinnen zu ihren übrigen, vom Landgericht noch nicht beschiedenen Klaganträgen etwa noch hätten vortragen können, hätten sie auch in der Berufungsbegründung geltend machen können. Der in die Berufung gelangte Klageantrag hängt mit den

anderen Anträgen nur insofern zusammen, als alle auf denselben Sachverhalt gestützt werden. Die Klägerinnen waren rechtlich nicht gehindert, aus diesem Sachverhalt in der Berufungsbegründung alles ihnen sachdienlich Erscheinende vorzutragen. Sie hätten das auch tun müssen, um die Berücksichtigung weiteren Vortrags zu bewirken. Denn die Grundlage der Nachprüfung des Berufungsgerichts ist - von den beschränkten Möglichkeiten, auf das Vorbringen im ersten Rechtszug Bezug zu nehmen oder nach dem Ablauf der Begründungsfrist Neues vorzubringen, abgesehen (BGHZ 35, 103, 106; § 529 Abs. 2 und 3 ZPO) - die Berufungsbegründung (RGZ 144, 6, 7/8; BGHZ 7, 170, 173; LM Nr. 24 zu § 519 Abs. 3 ZPO). Sie muß neben den Berufungsanträgen die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe), sowie die neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseinreden enthalten, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat (§ 519 Abs. 3 ZPO).

Allerdings wird es dann, wenn ein fehlerhaftes oder auch nur unzumutbares Verfahren des Erstrichters dazu beigetragen hat, daß eine Partei in einem wesentlichen Punkte nicht alles vorgetragen hat, was sie hätte vortragen können, regelmäßig geboten sein, die nachträglichem Vorbringen in der Berufungsinstanz entgegenstehenden Vorschriften des § 529 Abs. 2 und 3 ZPO, auf die das Berufungsgericht abstellt, weitherzig auszulegen. Das kann indessen nicht zu einer Verpflichtung des Berufungsgerichts führen, nicht nur unter Umständen nachträgliches Vorbringen im Berufungsrechtszug zuzulassen, sondern darüber hinaus durch Ausübung des Fragerechts einen Aussetzungsantrag oder eine Ergänzung des Klagevortrages anzuregen, wenn bei sonst gleichen Umständen eine solche Pflicht für den

Erstrichter nicht bestanden hatte. Entgegen der Ansicht der Anschlußrevision ist hier kein Grund ersichtlich, aus dem das Landgericht verpflichtet gewesen wäre, das Fragerecht in der einen oder anderen Richtung auszuüben. Es hätte auch dann, wenn es alle Klageanträge behandelt hätte, nicht auf eine Ergänzung des Klagevortrages hinwirken müssen. Denn eine Verpflichtung zur Ausübung des Fragerechts besteht insbesondere im Anwaltsprozeß nur dann, wenn das Gericht erkennt oder erkennen muß, daß eine Partei sachdienliche Behauptungen oder Beweismittel ins Feld führen könnte, und das Nichtvorbringen erkennbar auf einem Versehen oder falscher Beurteilung der Rechtslage beruht. Daß diese Voraussetzungen beim Landgericht vorgelegen hätten, ist nicht dargetan und nicht ersichtlich. Durfte aber das Landgericht auf Grund des Klagevortrages entscheiden, ohne die Aussetzung des Verfahrens oder eine Ergänzung des Klagevortrages anzuregen, so muß das für das Berufungsgericht angesichts der Bestimmungen des § 529 ZPO und der umfangreichen Berufungsbegründung erst recht gelten. Es liegt daher kein Verfahrensverstoß darin, daß das Berufungsgericht ohne Aussetzung des Verfahrens entschieden hat, daß es das Verfahren nicht gemäß § 539 an das Landgericht zurückverwiesen hat und daß es bei seiner Prüfung von der Berufungsbegründung ausgegangen ist.

Nun hat zwar das Berufungsgericht auf Seite 20 des Berufungsurteils ausgeführt, die Klägerinnen hätten die "auf Aufklärung" in all jenen Richtungen zielenden Klaganträge zu I und II zunächst nicht weiter verfolgt; deshalb müsse dieser Komplex bei der hier erforderlichen Entscheidung über die Verwirkung ausscheiden. Daß das Berufungsgericht sämtlich zu den Klaganträgen zu I und II

vorgetragenen Tatsachenbehauptungen auch im vorliegenden Verfahren geprüft hat, wurde bereits ausgeführt. Das Berufungsgericht hat also - entsprechend dem Wortlaut seines einleitenden Satzes - nur darauf abgestellt, daß die Klägerinnen durch Zurückstellung der Entscheidung über die Anträge zu I und II sich nur der vielleicht bestehenden Möglichkeit beraubt hätten, auf Grund der Verurteilung, etwa zum Klagantrag zu I durch einen Offenbarungseid neue, ihnen bisher unbekannte Tatsachen kennen zu lernen, die für die Entscheidung, ob eine Verwirkung des Verjährungsanspruches gerechtfertigt sei, von Bedeutung hätten sein können. Daß bei Verurteilung gemäß Antrag zu I und Ableistung des Offenbarungseides eine solche Möglichkeit bestehen^{konnte}, neue Tatsachen zu erfahren, lag für die anwaltlich vertretenen Klägerinnen so offen zu Tage, daß insoweit eine Aufklärung, Befragung oder Belehrung nach § 139 ZPO wenn nicht sogar unzulässig, so mindestens nicht geboten war.

Auch insoweit liegt daher ein Verfahrensfehler beim Berufungsgericht nicht vor.

2) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Testamentsvollstrecker ebenso wie ein in einem besonderen Treueverhältnis stehender Beauftragter seinen Anspruch auf eine Vergütung verwirken könne, wenn er schuldhaft und treuwidrig den von ihm wahrzunehmenden Interessen zuwider handelt (Staudinger BGB 11. Aufl. § 2221 Anm. 19; BGB EGRK 11. Aufl. § 2221 Anm. 7; Soergel-Siebert 9. Aufl. § 2221 Anm. 4 - jeweils ohne eigene Stellungnahme auf die angeführte Entscheidung des OLG Kiel in Schl.HAnz 1938 128 Bezug nehmend). Es gelangt indessen zu dem Ergebnis, die festgestellten Verstöße seien nicht derart, daß sie die Verwirkung des Vergütungsanspruches zu begründen vermöchten; dem Beklagten verbleibe ein Vergütungsanspruch, der die Höhe von 1 % des Nachlaßwertes angemessen sei.

Die Revision rügt ohne Grund, das Berufungsgericht habe hierbei die entsprechend anwendbare Bestimmung des § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht beachtet, wonach dem Dienstverpflichteten bei von ihm zu vertretender vorzeitiger Kündigung des Dienstverhältnisses ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zusteht, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Beklagte immerhin einen, wenn auch kleiner Teil des Nachlasses abgewickelt hat. Unter diesen Umständen wäre es, wie auch die Anschlußrevision der Klägerinnen nicht verkennt, deren Sache gewesen, vorzutragen und notfalls zu beweisen, daß die Tätigkeit des Beklagten vor seiner Abberufung für sie ohne Wert gewesen sei. Das ist nicht geschehen. Es liegt deshalb kein Rechtsverstoß darin, daß das Berufungsgericht die angeführte Vorschrift nicht erörtert hat.

Das Berufungsgericht ist bei der Bemessung der dem Beklagten verbleibenden Teilvergütung auch sonst weder von unzutreffenden Rechtsbegriffen ausgegangen noch hat es gegen Verfahrensregeln verstoßen, etwa wesentliche Umstände außer Betracht gelassen. Die Anschlußrevision der Klägerinnen rügt zwar, das Berufungsgericht habe fehlerhaft vor allem darauf abgestellt, in welchem Umfang der Beklagte tätig geworden sei und in welchem Umfang er die Vollstreckung abgewickelt habe; dieses Nebeneinanderstellen von Leistungsaufwand und Leistungserfolg sei nicht frei von Rechtsirrtum; auf den Erfolg komme es nicht an, sondern auf den Anteil des Aufwandes für die Teilleistung, gemessen an der durch die Annahme des Amtes geschuldeten Gesamtleistung (Ermann-Küchenhoff BGB 3. Aufl. § 628 Anm. 3 b). Das Urteil orientiere sich aber ausschließlich an der Erfolgsseite, indem es abschließend feststelle

daß "wertmäßig nur ein kleiner Teil abgewickelt" sei, die Hauptaufgaben indessen ungelöst geblieben seien. Auch damit dringt die Anschlußrevision nicht durch. Der Erfolg der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers darf sehr wohl bei der Festsetzung der angemessenen Vergütung neben anderen Umständen, insbesondere der geleisteten Arbeit, deren Dauer und Schwierigkeit und der vom Testamentsvollstrecker getragenen Verantwortlichkeit berücksichtigt werden (BGH LM Nr. 2 Bl. 2 zu § 2221 BGB). Entgegen der Ansicht der Anschlußrevision hat das Berufungsgericht nicht nur den Erfolg der Tätigkeit des Beklagten, sondern auch den Umfang der geleisteten und der noch zu leistenden Vollstrecker-tätigkeit berücksichtigt (BU S. 13). Im übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern der geringe wertmäßige Erfolg der Tätigkeit des Beklagten, von dem das Berufungsgericht ausgeht, dazu geführt haben könne, die Leistung des Beklagten zu hoch zu bewerten; gerade die Bewertung nach dem geringen Erfolge muß folgerichtig zu einem niedrigen Ergebnis führen. - Sollte das Vorbringen der Anschlußrevision dahin zu verstehen sein, bei Berücksichtigung des Umfangs und des Erfolges der Tätigkeit des Beklagten hätte das Berufungsgericht zu einer niedrigeren Vergütung als 1 % des Nachlaßwertes kommen können oder müssen, so läge eine im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegende Wertung vor. Eine Nachprüfung wäre im Revisionsrechtszug nur in engem Rahmen zulässig; die Voraussetzungen einer solchen Nachprüfung sind hier aber nicht vorgetragen.

Das Berufungsgericht hat auch berücksichtigt, daß die Testamentsvollstreckung mit dem Ausscheiden des Beklagten und des vom Amtsgericht vorläufig eingesetzten Testamentsvollstreckers Dr. F. [REDACTED] noch nicht beendet ist und für die Tätigkeit des zu bestellenden Ersatzvollstreckers

ebenfalls eine Vergütung anfallen wird. Die Revision der Klägerinnen meint, das Berufungsgericht hätte weiter erwägen müssen, ob etwa aus dem Nachlaß künftig insgesamt mehr als 5 % aufzuwenden seien, wenn der Beklagte 1 % erhielte. Es ist einzuräumen, daß das Berufungsurteil eine derartige Erwägung nicht ausdrücklich anstellt. Indessen geht es davon aus, als Wille der Erblasserin sei anzunehmen, daß die Vergütung auch bei einem Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers den Satz von 5 % des Nachlaßwertes nicht überschreiten solle, die an Dr. F. [REDACTED] gezahlte Vergütung von 1 % sei abzusetzen und der Vergleich der noch zu leistenden und geleisteten Vollstrecker-tätigkeit führe dazu, dem Beklagten nicht mehr als 1 % als Vergütung zuzuerkennen. Hieraus ergibt sich zur Gewißheit, daß das Berufungsgericht den von der Revision der Klägerinnen als übersehen gerügten Gesichtspunkt seinen Erwägungen zu Grunde gelegt hat. Es ist der Revision einzuräumen, daß eine Vergütung von 1 % angesichts der vom Berufungsgericht festgestellten Umstände hoch erscheinen mag. Ihre Festsetzung gemäß § 287 ZPO ist indessen Sache des Tatrichters. Da dem Berufungsgericht bei der Festsetzung, wie aufgezeigt, Rechtsfehler nicht unterlaufen sind, ist das Ergebnis des Berufungsgerichts für das Revisionsgericht bindend.

Damit erweist sich auch die Anschlußrevision der
Klägerinnen als unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97, 100 ZPO.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Dr. Arndt

Dr. Hußla

Keßler