

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

BGB § 839 E

Ein Anspruch, der gegen den ersatzpflichtigen Dritten im Ausland verfolgt werden müßte, scheidet als andere Ersatzmöglichkeit nur dann aus, wenn die Klage und eine etwaige Vollstreckung im Ausland eine Erschwerung und Verzögerung mit sich bringen würden, die dem Geschädigten nicht zumutbar sind. Das ist nicht der Fall, wenn der Kläger nur eine Feststellungsklage erhoben hat und er, um seinen Anspruch der Höhe nach durchsetzen zu können, ohnehin den Dritten auf Auskunft in Anspruch nehmen muß.

BGH, Urt. v. 26.April 1976 - III ZR 26/74 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 26/74

URTEIL

Verkündet am
26. April 1976
Schorm,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Privatiers Emmerich Ritter von B [REDACTED], E [REDACTED]
(Schweiz), Im S [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v [REDACTED] -

g e g e n

1. das Land Hessen, endvertreten durch den Leiter der
Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht F [REDACTED]
[REDACTED],
2. den Richter am Amtsgericht Wolfgang M [REDACTED], K [REDACTED],
F [REDACTED] Straße [REDACTED], Amtsgericht,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter zu 1: Rechtsanwalt Prof.Dr.h.c. [REDACTED]
- Prozeßbevollmächtigter zu 2: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 1976
durch die Richter Dr. Krohn, Dr. Peetz, Lohmann,
Kröner und Boujong

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt (Main) vom 29. November 1973
wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisions-
rechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist österreichischer Staatsangehöriger.
Er lebt in der Schweiz; die Schweizerische Eidgenossen-
schaft hat ihm eine Niederlassungsbewilligung erteilt.

Der Kläger ist testamentarisch eingesetzter Miter-
be nach dem am 8. Juli 1947 in Havanna (Kuba) verstor-
benen gebürtigen Österreicher Heinrich Ritter von B-
[REDACTED] zu 7/100 des in Europa gelegenen Nachlasses. Der
Erblasser hinterließ auch in Deutschland belegenes Ver-
mögen. Er ordnete in seinem (mit Maschine geschriebenen
und von ihm nebst zwei Zeugen unterzeichneten) Testament



Testamentsvollstreckung an und bestimmte als Testamentsvollstrecker Anne-Marie G. geb. von B., Henry George S. und Egon G. (Ziff. 16). Nachdem Henry George S. die Übernahme des Amtes abgelehnt hatte, wählten Anne-Marie G. und ihr Ehemann Egon G. als dritten Testamentsvollstrecker John Douglas M.

Wegen eines Schadens, den der Kläger durch die Testamentsvollstrecker hinsichtlich des in der Bundesrepublik und Westberlin belegenen Nachlaßvermögens erlitten haben will, hat er das Land Hessen (Beklagten zu 1) und den am Amtsgericht Kassel als Nachlaßrichter tätig gewesenen Richter am Amtsgericht Wolfgang M. (Beklagten zu 2) aus Amtspflichtverletzung in Anspruch genommen mit der Begründung, der Nachlaßrichter habe durch sein pflichtwidriges Verhalten den Schadenseintritt ermöglicht oder doch begünstigt.

Im einzelnen geht es um folgendes:

Im Juni 1958 beantragten die Eheleute G. und John Douglas M. die Erteilung eines gegenständlich auf die im Grundbuch von K. Band Blatt 21 und 22 eingetragenen Grundstücke beschränkten Testamentsvollstreckerzeugnisses. Diesen Antrag wies der Nachlaßrichter des Amtsgerichts Kassel, Amtsgerichtsrat Dr. W., durch Beschluß vom 13. Mai 1959 u.a. wegen ungeklärter Staatsangehörigkeit des Erblassers zurück; in dem Antrag war der Erblasser als Staatsbürger von Honduras bezeichnet worden, nach einer Auskunft des honduranischen Generalkonsuls in Bern sollte er die polni-

sche Staatsangehörigkeit besessen haben. Auf die Beschwerde der Antragsteller hob das Landgericht diese Entscheidung am 31. Juli 1959 u.a. auf mit der Begründung, die Staatsangehörigkeit des Erblassers müsse das Nachlaßgericht von Amts wegen ermitteln. Am Schluß seines Erkenntnisses bemerkte das Landgericht: "... Sollte es zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses kommen, so ist in der Urkunde zu vermerken, im Sinne welchen Landesrechts die in dem Zeugnis Bezeichneten Testamentsvollstrecker sind (Raape, Internat. Privatrecht, 4. Aufl., S. 420) ..." Nachdem die Antragsteller weitere Unterlagen beigebracht und ihren Antrag am 18. August 1960 erweitert hatten, erteilte das Nachlaßgericht (Amtsgerichtsrat Dr. Wa[REDACTED]) am 5. September 1960 folgendes Testamentsvollstreckerzeugnis:

"Gemeinschaftliches gegenständlich beschränktes Testamentsvollstreckerzeugnis
Testamentsvollstrecker des am 8. Juli 1947
in Havanna (Kuba), seinem letzten Wohnsitz,
verstorbenen Heinrich von B[REDACTED] sind

1. die Ehefrau Annemarie G[REDACTED], geborene von B[REDACTED], wohnhaft in A[REDACTED] G[REDACTED], A[REDACTED], T[REDACTED], O[REDACTED],
2. Dr. Egon Eduard Hugo G[REDACTED], wohnhaft wie zu 1.,
3. John Douglas M[REDACTED], B[REDACTED], South N[REDACTED], S[REDACTED].

Die Testamentsvollstrecker sind in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt.

Der Erblasser hat ausdrücklich bestimmt, daß stets drei Testamentsvollstrecker sein sollen, und daß die Handlung zweier von ihnen im Fall der Uneinigkeit unter ihnen gesetzlich ebenso gültig und wirksam sein soll, als wären sie von allen drei Testamentsvollstreckern vorgenommen oder gutgeheißen worden."

Dem Nachlaßgericht hatten Gutachten von Prof. Dr. Wengler und Prof. Dr. Ferid vorgelegen, nach denen der Erblasser als österreichischer Staatsangehöriger anzusehen war.

Nachdem die Testamentsvollstrecker im Oktober 1961 beim Grundbuchamt K[REDACTED] einen Eigentumsumschreibungsantrag gestellt hatten, regte der Grundbuchrichter am 1. November 1961 beim Beklagten zu 2) als dem nunmehr zuständigen Nachlaßrichter an, das Testamentsvollstreckerzeugnis entsprechend der Entscheidung des Landgerichts mit einem Vermerk darüber zu versehen, im Sinne welchen Landesrechts die im Zeugnis Bezeichneten Testamentsvollstrecker seien. Falls deswegen zuvor ein Gutachten eingeholt werden müsse, möge es auch auf die Frage erstreckt werden, welche Befugnisse einem Testamentsvollstrecker nach dem betreffenden ausländischen Recht zustünden. Nach Rücksprache mit Dr. Wa[REDACTED] erließ der Beklagte zu 2) am 3. November 1961 folgenden Beschluß: "...In der Testamentsvollstreckersache... wird das am 5. Dezember 1960 erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis dahin ergänzt, daß der Satz angefügt wird: "Es gilt öster-

reichisches Recht" ... Diesen Beschluß ließ er sofort dem Grundbuchamt mitteilen, hob ihn aber schon am 7. November 1961 wieder auf, "da er infolge eines Lesefehlers (Dezember statt September) ein gar nicht bestehendes Testamentsvollstreckerzeugnis betreffe und gegenstandslos sei." Hierzu hielt der Beklagte zu 2) in einem Aktenvermerk fest: "Das Gericht stellt sich nunmehr auf den Standpunkt des Vermerks vom 3. November 1961. Da noch nicht einmal ein Antrag gestellt ist, ist nichts zu veranlassen von Amts wegen." In dem angezogenen Vermerk hatte der Beklagte zu 2), nachdem Dr. Wa[REDACTED] erklärt hatte, es sei österreichisches Recht angewendet worden, niedergelegt: "Der Zusatz über das dem Testamentsvollstreckerzeugnis zugrunde liegende Staatsrecht ist im Gesetz nirgends zwingend vorgeschrieben. Raape, Internat. Privatrecht, stellt dies auch nicht fest, sondern hält ihn nur in praktischem Interesse für nötig. Der Hinweis im Beschluß des Landgerichts ... bindet das Amtsgericht nicht, da der Aufhebungsbeschluß nicht darauf beruht... Da aus den Vermerken ... jedoch hervorgeht, daß nach österreichischem Recht erteilt ist, soll das Zeugnis in diesem Sinne ergänzt werden."

Nunmehr holte das Grundbuchamt ein Gutachten über die Verfügungsbefugnis der Testamentsvollstrecker ein. Prof. Dr. Ferid kam in seinem Gutachten zu dem Ergebnis, für bewegliche Vermögen gelte österreichisches Recht, für das unbewegliche Vermögen jedoch deutsches Recht. Da aber nach deutschem Recht das Testament formungültig sei, sei hinsichtlich des in Deutschland gelegenen unbeweglichen Nachlasses die Anordnung einer Testamentsvollstreckung nichtig. Dieses Gutachten brachte der Grundbuchrichter dem Beklagten zu 2) zur Kenntnis. Dieser forderte zunächst den Bevollmächtigten der Testamentsvollstrecker zur Rückgabe des Zeugnisses auf mit dem Bemerken, nach dem zu den Grundakten erstatteten Gut-

achten werde das Zeugnis wegen fehlender Beschränkung auf den beweglichen Nachlaß als unrichtig eingezogen werden müssen. Als das nicht geschah, ordnete er durch Beschluß vom 29. Juni 1962 die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 5. September 1960 an.

Am 25. Oktober 1962 erteilte der Beklagte zu 2) ein gemeinschaftliches Testamentsvollstreckerzeugnis, das auf das in der Bundesrepublik Deutschland befindliche bewegliche Nachlaßvermögen beschränkt war und im übrigen dem Wortlaut des Zeugnisses vom 5. September 1960 entsprach. Das Zeugnis vom 25. Oktober 1962 ergänzte der Beklagte zu 2) auf Antrag der Testamentsvollstrecker:

durch Beschluß vom 6. November 1962 auf den beweglichen Nachlaß in Westberlin,

durch Beschluß vom 20. Februar 1964 auf das unbewegliche Nachlaßvermögen in der Bundesrepublik ...

und durch Beschluß vom 10. April 1964 auf das unbewegliche Nachlaßvermögen in Westberlin.

Inzwischen hatte Prof. Dr. Schwind in einem Gutachten vom 2. Mai 1963 die Ansicht vertreten, daß für die Testamentsform auch hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Nachlasses das österreichische Recht maßgebend sei und das Testament den Formerfordernissen des § 579 ABGB entspreche; dem hatte sich Prof. Ferid angeschlossen.

Seit September 1962 war der Kläger mehrfach mit dem Nachlaßgericht in Verbindung getreten. Im November 1967 bat er um eine Abschrift des Testamentsvollstreckerzeugnisses, das er zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gegen die Testamentsvollstrecker in Berlin benötigte. Im November 1968 beantragte er, auf dem Testamentsvollstrecker-

zeugnis unverzüglich "den rückwirkenden Zusatz" anzu-
bringen, daß österreichisches Recht anzuwenden sei.

Am 11. Dezember 1968 hat das Nachlaßgericht Kassel
(AG-Rat Löber) das Testamentsvollstreckerzeugnis vom
25. Oktober 1962 dahin ergänzt: "für den in der Bundes-
republik Deutschland und in West-Berlin befindlichen be-
weglichen Nachlaß gilt österreichisches Recht und für den
ebendort befindlichen unbeweglichen Nachlaß gilt deutsches
Recht (durch Rückverweisung)." Die hiergegen vom Kläger
eingelegte Beschwerde wies das Landgericht am 17. Januar 1969
zurück.

Im Oktober 1970 beantragte der Kläger die Einziehung
des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit der Begründung,
nach österreichischem Recht stünden dem Testamentsvollstrek-
ker im Vergleich zum deutschen Recht nur minimale Befugnis-
se zu. Das Amtsgericht wies den Antrag zurück, die Beschwer-
de blieb erfolglos, auf die weitere Beschwerde des Klägers
wies das Oberlandesgericht das Amtsgericht am 5. August 1971
an, das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 25. Oktober 1962
in der Fassung vom 11. Dezember 1968 einzuziehen. Das ist
geschehen.

Der Kläger ist der Ansicht, das Testamentsvollstrecker-
zeugnis vom 5. September 1960 habe schon deswegen nicht er-
teilt werden dürfen, weil der notwendige Hinweis auf das
maßgebliche ausländische Erbstatut gefehlt habe. Diese Un-
richtigkeit habe den Beklagten zu 2) bereits im November
1961, als sich der Grundbuchrichter an ihn gewandt habe,
veranlassen müssen, das Zeugnis einzuziehen. Das Zeugnis
vom 25. Oktober 1962 habe der Beklagte zu 2) nicht erteilen
dürfen, weil nach österreichischem Recht die von den Eheleu-
ten G. [REDACTED] vorgenommene Nachwahl eines Testamentsvollstreckers

nicht zulässig sei; Mr. M. [REDACTED] habe daher keinesfalls als Testamentsvollstrecker genannt werden dürfen. Auf jeden Fall sei aber auf dem Zeugnis der Vermerk, daß österreichisches Recht gelte, notwendig gewesen. Diesen Vermerk anzubringen, habe der Beklagte zu 2) wider besseres Wissen unterlassen.

Durch diese richterlichen Amtspflichtverletzungen sei er, der Kläger, gehindert gewesen, an der Verwaltung des Nachlasses teilzuhaben und ihn in Besitz zu nehmen. Die Folge davon sei gewesen, daß die "Testamentsvollstrecker" unberechtigte Honorare für sich in Anspruch genommen und unberechtigt an andere für nicht mehr überprüfbare Tätigkeiten Honorare gezahlt hätten. Eine Überprüfung aller Tätigkeiten der "Testamentsvollstrecker" sei noch nicht möglich, weil weder ein Nachlaßinventar errichtet noch eine Abrechnung erstellt worden sei.

Der Kläger hat beantragt festzustellen, daß der Beklagte zu 2) als Gesamtschuldner mit dem Beklagten zu 1) ihm allen Schaden zu ersetzen hat, der ihm aus der Erteilung der unrichtigen und unvollständigen Testamentsvollstreckerzeugnisse vom 5. September 1960 und 25. Oktober 1962 nebst Ergänzungen entstanden ist und in Zukunft entstehen wird.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten. Sie haben eine schuldhafte Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 2) sowie einen dadurch verursachten Schaden des Klägers bestritten und zudem die Einrede der Verjährung erhoben. Das beklagte Land hat außerdem geltend gemacht, seine Haftung sei mangels der Voraussetzungen des § 7 Pr.BeamtenHaftG ausgeschlossen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein bisheriges Begehren weiter. Die Beklagten bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Revision gegen den Beklagten zu 2).

1. Das Berufungsgericht hat eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 2) insoweit angenommen, als dieser es unterlassen hat, das Testamentsvollstreckzeugnis vom 25. Oktober 1962 mit dem Vermerk zu versehen, "es finde österreichisches Recht Anwendung". Gleichwohl hat es der Klage den Erfolg versagt, weil der Kläger nicht die Kausalität zwischen schuldhafter Amtspflichtverletzung und angeblichem Schaden dargetan habe und weil zudem die vom Beklagten zu 2) erhobene Einrede der Verjährung durchgreife.

2. Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision müssen im Ergebnis erfolglos bleiben. Die Klage erweist sich schon deshalb als unbegründet, weil dem Beklagten zu 2) nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und nicht feststeht, daß es dem Kläger unmöglich ist, anderweit (d.h. von den Testamentsvollstreckern) Ersatz zu erlangen (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB).

3. Der Beklagte zu 2) hat das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 5. September 1960 nicht erteilt. Er ist mit diesem Zeugnis erstmalig Anfang November 1961 wegen der Anfrage des Grundbuchrichters befaßt worden. Eine Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 2) im Zusammenhang mit dem Zeugnis vom 5. September 1960 kann daher nur angenommen werden, wenn das Zeugnis unrichtig gewesen ist und der Beklagte zu 2) es entgegen §§ 2368 Abs. 3, 2361 Abs. 1 BGB unterlassen hat, seine Einziehung anzuordnen. Das ist hier der Fall.

a) Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist nach § 2368 BGB ein Zeugnis des Nachlaßgerichts darüber, daß der darin Genannte wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt ist und keine weiteren als die in dem Zeugnis angegebenen Beschränkungen oder Erweiterungen seiner Befugnisse bestehen. Das Zeugnis ist ebenso wie der Erbschein dazu bestimmt, für den Rechtsverkehr mit Dritten eine brauchbare und ausreichende Legitimation zu schaffen (KG NJW 1964, 1905). Falls ein Dritter mit einem durch ein Zeugnis ausgewiesenen Testamentsvollstrecker in Bezug auf den Nachlaß ein Rechtsgeschäft vornimmt, finden zu seinen Gunsten die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Erbscheins entsprechende Anwendung (§§ 2366 und 2367 BGB).

Wegen dieser Bedeutung des Zeugnisses ist es erforderlich, falls die Befugnisse des Testamentsvollstreckers auf ausländischem Recht beruhen, dies im Zeugnis zum Ausdruck zu bringen. Würde sich das Zeugnis in einem solchen Fall auf die Angabe beschränken, daß die genannte Person zum Testamentsvollstrecker ernannt sei, dann würde es - weil es von einem deutschen Gericht erteilt worden ist - den Anschein erwecken, als ob die in ihm bezeichnete Person die rechtliche Stellung eines Testamentsvollstreckers im Sinne des deutschen Rechts habe, während sich in Wahrheit deren Rechtsstellung nach den

für das betreffende Erbrecht überhaupt maßgebenden ausländischem Recht bestimmt. Deshalb ist in solchen Fällen in das Zeugnis zumindest ein Hinweis auf das für den Erbfall und damit für die Befugnisse des Testamentsvollstreckers maßgebende ausländische Recht notwendig (KGJ 36 A 109/113; 42 A 141/143; Bay OLGZ 1961, 4, 22 f; OLG Düsseldorf NJW 1963, 2231; Jansen FGG 2. Aufl. § 73 Rdz. 29; Ferid/Firsching Internationales Erbrecht Bd. I Deutschland Grdz C III Nr. 7 Rdz. 67; Palandt/Keidel BGB 35. Aufl. § 2368 Anm. 4).

Entspricht ein Testamentsvollstreckerzeugnis nicht diesen Anforderungen, ist es unvollständig, d.h. unrichtig und muß eingezogen werden.

b) Nach dem aus Art. 24 und 25 EG BGB zu entnehmenden Grundsatz des deutschen internationalen Privatrechts wird jeder nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit des Todes angehört (Erbstatut; vgl. BGHZ 19, 315, 316; 24, 352, 358). Es ist davon auszugehen, daß der Erblasser Heinrich von B. österreichischer Staatsangehöriger gewesen ist. Mithin findet auf den Erbfall österreichisches Recht Anwendung. Vor der Anwendung des österreichischen Rechts ist jedoch nach dem in Art. 27 EG BGB zum Ausdruck gekommenen allgemeinen Rechtsgrundsatz (BGHZ 28, 375, 380) zu prüfen, ob das österreichische Recht auf das deutsche Recht zurückverweist.

Das österreichische Recht unterscheidet zwischen beweglichem und unbeweglichem Nachlaß. Für die Erbfolge in bewegliche Sachen gilt das Personalstatut, während sich die Erbfolge in Liegenschaften nach den Realstatuten richtet. Das führt, wenn unbewegliches Vermögen in der Bundesrepublik oder Westberlin liegt, zu einer Nachlaßspaltung.

Während für den beweglichen Nachlaß in diesen Gebieten österreichisches Recht gilt, kommt hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens deutsches Recht zur Anwendung, weil sich das österreichische internationale Erbrecht für unbewegliche Sachen zum Grundsatz der *lex rei sitae* bekennt (§ 300 ABGB; vgl. Klang/Gschnitzer ABGB 2. Aufl. Bd. I S. 261 ff; BGHZ 50, 63, 64 ff; BayObLGZ 1971, 34, 37).

Die Rückverweisung des österreichischen Rechts auf das deutsche Recht hinsichtlich des unbeweglichen Nachlaßvermögens in der Bundesrepublik und Westberlin erstreckt sich allerdings nicht auf die Bestimmungen über die Errichtung eines Testaments. Ob ein Testament formgültig ist, bestimmt sich nach dem Heimatrecht des Erblassers (vgl. Prof. Dr. Schwind in seinem Gutachten vom 2. Mai 1963 unter Berufung auf Ferid/Firsching Internationales Erbrecht Grdz C III Deutschland Rdz 48, Oesterreich Grdz C III Rdz 22 S. 24 und Fn. 5 und Beitzke, Nachlaßspaltung und Testamentsform im JPR in Festschr. f. Lewald (1953) S. 235 ff).

Nach § 579 ABGB ist das vom Erblasser Heinrich von Boschan errichtete Testament formgültig.

c) Hinsichtlich des dem deutschen Recht unterliegenden unbeweglichen Nachlaßvermögens gilt:

Nach § 2197 BGB kann der Erblasser durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen. Das ist hier geschehen. Der Erblasser kann auch den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker oder seinen Nachfolger zu ernennen (§ 2199 BGB) Es ist also nichts dagegen einzuwenden, daß der Erblasser in Ziffer 16 seines Testaments für den Fall, daß einer der drei ernannten Testamentsvollstrecker das Amt nicht antreten würde, die

verbleibenden Testamentsvollstrecker zur Bestimmung eines dritten Mitvollstreckers ermächtigt hat. Die danach mögliche Wahl John Douglas M. [REDACTED] als Mitvollstrecker durch die Eheleute G. [REDACTED], nachdem der im Testament ernannte Mitvollstrecker Henry George S. [REDACTED] die Übernahme des Amtes abgelehnt hatte, ist auch entsprechend der Formvorschrift der §§ 2199 Abs. 3, 2198 Abs. 1 Satz 2 BGB vorgenommen worden. Dem Erfordernis der Ernennung des Mitvollstreckers gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form genügte die dem Nachlaßgericht mit Schriftsatz vom 3. Juli 1958 überreichte beglaubigte Fotokopie eines Auszuges aus dem Register des High Courts of Justice (Hinterlegungsgericht) vom 4. September 1948. Allerdings hatte nach § 2202 Abs. 2 BGB auch die Ablehnung des Amtes durch H. G. S. [REDACTED] mittels einer Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht zu erfolgen.

Der von dem Testamentsvollstreckerzeugnis vom 5. September 1960 erweckte Eindruck, den im Zeugnis Genannten stünden die Befugnisse eines deutschen Testamentsvollstreckers zu (s. §§ 2203 ff BGB), ist mithin zutreffend gewesen, soweit es sich um das unbewegliche Nachlaßvermögen gehandelt hat. (Hierzu gehören möglicherweise auch die für vorhanden gewesenes Grundvermögen gewährten Wiedergutmachungsansprüche, vgl. BGHZ 24, 352, 362). Soweit der Kläger durch Maßnahmen der Testamentsvollstrecker geschädigt sein will, die diesen Bereich betreffen, kommen Amtshaftungsansprüche gegen den Beklagten zu 2) nicht in Betracht. Das Testamentsvollstreckerzeugnis hat in diesem Umfange nicht einen materiell-rechtlich unrichtigen Inhalt.

d) Anders verhält es sich hinsichtlich des beweglichen Nachlaßvermögens, das dem österreichischen Recht untersteht. Zwar ist die Institution einer Testamentsvollstreckung auch

dem österreichischen Recht bekannt (§ 816 ABGB). Sie unterscheidet sich aber in wesentlichen Punkten vom deutschen Recht. So steht insbesondere - anders als nach § 2205 BGB - dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses nicht zu (vgl. Ferid/Firsching Internationales Erbrecht Bd. I Grdz Österreich F III Rdz 101).

Strittig ist, ob die Verwaltung des Nachlasses dem Testamentsvollstrecker vom Erblasser übertragen werden kann. Nach Ehrenzweig (System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. II, 2. Hälfte S. 477) kann dies nur in Form einer Kuratel geschehen (§§ 149, 197 ABGB), wobei eine gerichtliche Bestellung zum Kurator notwendig ist, § 80 AußStrG (vgl. dazu auch v. Craushaar Die internationale Anwendbarkeit deutscher Prozeßnormen, S. 86/87). Nach Weiß (bei Klang ABGB 2. Aufl. 3. Bd. § 816 S. 1037, 1039) und Gschnitzer (Erbrecht S. 55/56), läßt es die österreichische Rechtspraxis auch zu, daß der Erbe vom Erblasser durch die Anordnung eines Vermächtnisses verpflichtet wird, dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zu übertragen. Ob eine - an sich auch nach österreichischem Recht statthafte, vgl. Ferid/Firsching aaO Grdz Österreich F III Rdz 85, 87 - Auslegung des Testaments hier die Annahme eines solchen Vermächtnisses rechtfertigte und ob die Erben das Vermächtnis erfüllt hatten, ist vom Beklagten zu 2) nicht geprüft worden.

Demnach ist das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 5. September 1960, da es einen Hinweis auf das österreichische Erbstatut hinsichtlich des beweglichen Nachlasses nicht enthielt, unvollständig und unrichtig gewesen: Der Beklagte zu 2) hätte, als er im November 1961 mit dem Testamentsvollstreckerzeugnis befaßt wurde, den Mangel alsbald

erkennen und das Zeugnis gem. § 2361 BGB einziehen müssen. Diese Amtspflicht hat dem Beklagten zu 2) auch gegenüber dem Kläger als Miterben obgelegen. Er hat sie fahrlässig verletzt. Er hätte sich der Notwendigkeit eines die Befugnisse der Testamentsvollstrecker klarstellenden Hinweises nach der Anfrage des Grundbuchrichters nicht verschließen dürfen, zumal in dem Zeugnis auch ein Hinweis auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers nicht enthalten war. Er hätte erkennen müssen, daß es zur Aufgabe des Nachlaßgerichtes gehört, dafür Sorge zu tragen, daß in einem Testamentsvollstreckerzeugnis die Befugnisse der Genannten, wenn und soweit sie vom deutschen Recht abweichen, für den Rechtsverkehr möglichst klar umrissen werden. Daß er sich dem verschlossen hat, gereicht ihm zum Vorwurf. Er hätte nicht, bevor er tätig wurde, das Ergebnis der vom Grundbuchrichter veranlaßten Ermittlungen abwarten dürfen. Wenn es auch im allgemeinen zweckmäßig ist, doppelte Ermittlungen möglichst zu vermeiden, so kam es hier zur Beurteilung der Frage, ob das Testamentsvollstreckerzeugnis unrichtig war, nicht auf eine endgültige Klärung der Rechtslage durch die Einholung von Gutachten an. Davon, daß österreichisches Recht anzuwenden war, ist der Beklagte zu 2) offensichtlich ausgegangen (s. Beschluß v. 3.11.1961 und Aktenvermerk v. 7./3.11.1961). Mithin hätte sich auch für ihn wegen des fehlenden Hinweises auf das österreichische Recht die Unrichtigkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses ohne weitere Ermittlungen ergeben müssen.

Die erst am 29. Juni 1962 - allerdings aus anderen Gründen - vom Beklagten zu 2) verfügte Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 5. September 1960 war deshalb schuldhaft verspätet. Bei dieser Rechtslage bedarf die Frage, ob Mr. M. im Zeugnis nicht hätte aufgeführt wer-

den dürfen, weil das österreichische Recht die Nachwahl eines Testamentsvollstreckers nicht kenne, keiner Erörterung mehr.

Der Vorwurf, der Beklagte zu 2) habe vorsätzlich pflichtwidrig gehandelt, kann ihm - entgegen der Ansicht des Klägers - nicht gemacht werden. Der Vermerk vom 3./7. November 1961 läßt nicht die Schlußfolgerung zu, der Beklagte zu 2) habe die Unvollständigkeit (Unrichtigkeit) des Testamentsvollstreckerzeugnisses erkannt und es gleichwohl bewußt unterlassen, das Zeugnis einzuziehen.

e) Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, daß der Beklagte zu 2) das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 25. Oktober 1962 so, wie er es getan hat, nicht erteilen durfte. Zwar hatte er dieses Zeugnis auf das bewegliche Nachlaßvermögen in der Bundesrepublik beschränkt. Doch fand auf dieses Vermögen österreichisches Recht Anwendung und dies hätte - wie dargelegt - in dem Zeugnis vermerkt werden müssen. Auch insoweit trifft den Beklagten der Vorwurf einer fahrlässigen Amtspflichtverletzung. Nicht anders ist die Ergänzung des Zeugnisses auf den beweglichen Nachlaß in West-Berlin am 6. November 1962 zu beurteilen.

4. Wegen der aufgezeigten schuldhaften Amtspflichtverletzungen kommt allerdings ein Ersatzanspruch nur in Betracht, soweit die in dem Zeugnis als Testamentsvollstrecker genannten Personen hinsichtlich des beweglichen Nachlaßvermögens in die Lage versetzt worden sind, die ihnen in Wirklichkeit nicht zustehenden Rechte eines deutschen Testamentsvollstreckers im Rechtsverkehr auszuüben, Dritte auf ihre Befugnis vertraut haben und dem Kläger dadurch ein Schaden entstanden ist (vgl. Senatsurteil in BGHZ 63, 35, 40 zur Erteilung eines Zeugnisses über die Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft).

a) Eine Schadensersatzpflicht wäre zu verneinen, wenn der Kläger als Miterbe ohnehin gehalten gewesen wäre, aufgrund der Anordnung des Erblassers den Eheleuten G. und Mr. M. die Verwaltung des beweglichen Nachlasses als Vermächtnis zu übertragen. Denn die nach Ziffer 11 des Testaments den Testamentsvollstreckern übertragene Befugnis, "über das gesamte Vermögen in gleichem Umfange wie der Erblasser verfügen zu können", ist nicht geringer als die eines Testamentsvollstreckers nach deutschem Recht. Wäre aber der Kläger rechtlich gehalten gewesen, den Testamentsvollstreckern die im Testament beschriebene Stellung einzuräumen, dann kann er nicht Schadensersatz verlangen, weil die Testamentsvollstrecker diese Position tatsächlich ausgeübt haben, mag ihnen das auch durch die unrichtigen Testamentsvollstreckerzeugnisse erleichtert worden sein. Der Kläger kann nicht besser gestellt werden, als er bei Erfüllung des Vermächtnisses stehen würde. Ob das Testament in diesem Sinne ausgelegt werden kann, läßt sich nicht beurteilen, weil die dazu erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen nicht getroffen worden sind (vgl. dazu oben 3 d). Das stellt jedoch den Bestand des angefochtenen Urteils nicht in Frage.

b) Dem Beklagten zu 2) ist, wie dargelegt, anzulasten, daß er das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 5. September 1960 nicht schon im November 1961, sondern erst am 29. Juni 1962 eingezogen hat und daß er das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 25. Oktober 1962 mit der Ergänzung vom 6. November 1962 erteilt hat, das bis zum 11. Dezember 1968 in einer dem Beklagten zu 2) zurechenbaren Weise Bestand hatte. Zur Begründung der Feststellungsklage war also erforderlich, daß der Kläger behauptete und unter Beweis stellte, durch welche genau zu bezeichnenden, den beweglichen Nachlaß betreffenden Maßnahmen der Testaments-

vollstreckter, die in den erheblichen Zeiträumen vorgenommen wurden, er wirtschaftlich meßbar geschädigt worden war. Diesen Anforderungen hat nach Ansicht des Berufungsgerichts das Vorbringen des Klägers nicht entsprochen. Ob die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision begründet sind, bedarf indessen keiner Stellungnahme.

c.) Da dem Beklagten zu 2) nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, kann er nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nur in Anspruch genommen werden, wenn der Kläger nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Die Unmöglichkeit, anderweit Ersatz zu erlangen, bildet eine zur Klagebegründung gehörende Voraussetzung des Amtshaftungsanspruchs (BGB RGRK 11. Aufl. § 839 Anm. 95 m. Nachw.).

Das Berufungsgericht hat das Vorhandensein einer anderweiten Ersatzmöglichkeit verneint mit der Begründung, ein auf Schadensersatz lautendes Urteil gegen die Testamentsvollstrecker müsse im Ausland (England) vollstreckt werden.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar hat der Geschädigte ein Recht auf alsbaldigen Schadensersatz; er braucht sich deshalb auf Möglichkeiten in der Zukunft, die keine begründete Aussicht auf alsbaldige Verwirklichung haben, sowie auf weitläufige und im Ergebnis unsichere Wege des Vorgehens gegen Dritte nicht verweisen zu lassen (vgl. RGRK aaO Anm. 94 m. Nachw.). Jedoch schließt der Umstand, daß ein Anspruch gegen die Testamentsvollstrecker in England verfolgt werden müßte, ihn nicht ohne weiteres als anderweite Ersatzmöglichkeit aus. Das trifft vielmehr nur dann zu, wenn die Klage und eine etwaige Vollstreckung im Ausland eine Erschwerung und Verzögerung mit sich bringen würden, die nicht zumutbar sind (BGH VersR 1961, 653, 655 unter II 2).

Davon kann hier nicht gesprochen werden. Der Kläger kann mit der von ihm gegen den Beklagten zu 2) erstrebten Feststellung nur eine Entscheidung über den Grund des geltend gemachten Ersatzanspruchs erreichen. Im Falle des Obsiegens muß er, um auch der Höhe nach mit dem Ersatzanspruch durchzudringen, konkrete Angaben über die den beweglichen Nachlaß betreffenden schadenstiftenden Handlungen der Testamentsvollstrecker, den Umfang des Schadens und die Schadensursächlichkeit der Amtspflichtverletzungen des Beklagten zu 2) machen. Die hierzu erforderlichen tatsächlichen Angaben kann er nur von den Testamentsvollstreckern erhalten. Muß jedoch der Kläger, bevor er eine Ersatzleistung gegen den Beklagten zu 2) durchsetzen kann, zunächst die in England wohnhaften Testamentsvollstrecker auf Auskunft und Rechnungslegung über ihre den beweglichen Nachlaß betreffenden Handlungen (notfalls auf dem Rechtswege) in Anspruch nehmen, dann ist es ihm auch zuzumuten, die Testamentsvollstrecker auf Schadensersatz zu verklagen und im Rahmen eines solchen Rechtsstreits ihre Handlungen zur Nachprüfung zu stellen. Da der Kläger bislang die Testamentsvollstrecker nicht in Anspruch genommen hat, kann die Möglichkeit, daß er von ihnen Ersatz zu erlangen vermag, nicht ausgeschlossen werden. Ist aber die Frage der anderen Ersatzmöglichkeit noch offen, dann kann einem Amtshaftungsanspruch nicht stattgegeben werden.

5. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, ein Amtshaftungsanspruch gegen den Beklagten zu 2) sei nach § 852 BGB verjährt. Der Kläger habe spätestens im November/Dezember 1968 durch Akteneinsicht Kenntnis von der Amtspflichtverletzung des Beklagten zu 2) und von dem Verhalten der Testamentsvollstrecker, also vom Schaden, erlangt. Somit sei im Zeitpunkt der Einreichung der Klageschrift gegen den Beklagten zu 2) am 12. Oktober 1972 die dreijährige Verjährungsfrist schon abgelaufen gewesen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Da der Beklagte zu 2) nur haftet, wenn der Kläger auf andere Weise Ersatz nicht zu erlangen vermag (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB), beginnt die Verjährungsfrist mit der Kenntnis des Klägers, daß er auf andere Weise keinen Ersatz erlangen kann (BGH LM Nr. 20 zu § 852 BGB), oder in dem Zeitpunkt, in dem der Kläger im Prozeßwege oder auf andere Weise sich hinreichende Klarheit verschaffen konnte, ob und in welcher Höhe ihm ein anderer Ersatzanspruch zusteht (RGZ 145, 56, 70; Senatsurteile v. 25.3.1954 - III ZR 389/52 - und v. 13.2.1956 - III ZR 147/54; RGRK aaO § 852 Anm. 12). Daß der Kläger aber bereits drei Jahre vor der Einreichung der Klageschrift diese Kenntnis besessen hat oder doch sich verschaffen konnte, läßt sich nicht sagen. Seine Eingaben an das Nachlaßgericht in den Jahren 1968 und 1969 lassen eine solche Schlußfolgerung nicht zu.

6. Nach alledem erweist sich die Revision gegen den Beklagten zu 2) als im Ergebnis unbegründet.

II.

Die Revision gegen den Beklagte zu 1).

1. Das Berufungsgericht hat eine Haftung des beklagten Landes aus dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung gem. § 839 BGB, Art. 34 GG gegenüber dem Kläger als durch § 7 des Preußischen Gesetzes über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung öffentlicher Gewalt vom 1. August 1909 (Pr. GS. S. 691 - Pr. BeamtenHaftG - in der Fassung der Sammlung des bereinigten Hessischen Landesrechts Bd. I 10-3) ausgeschlossen erachtet, weil der Kläger österreichischer Staatsange-

6

höriger sei und im Verhältnis der Bundesrepublik Österreich zum Lande Hessen auf dem Gebiete der Staatshaftung die Gegenseitigkeit nicht verbürgt sei.

2. Demgegenüber hat die Revision geltend gemacht, der Kläger stehe, da ihm die Schweizerische Eidgenossenschaft eine Niederlassungsbewilligung erteilt habe, einem Schweizer Bürger gleich; im Verhältnis der Schweiz zur Bundesrepublik Deutschland sei aber auf dem Gebiete des Staatshaftungsrechts die Gegenseitigkeit verbürgt, was auch für das Land Hessen bindend sei. Weiter hat die Revision die Gültigkeit und die Anwendbarkeit des § 7 PrBeamtenHaftG zur Nachprüfung gestellt.

3. Ob diese Rügen durchgreifen, bedarf jedoch keiner Stellungnahme.

Eine Haftungsübernahme für die Amtspflichtverletzungen des Nachlaßrichters M. durch das Land Hessen kommt - wie dargelegt - schon deswegen nicht in Betracht, weil nach der Regelung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB der Richter selbst bei persönlicher Inanspruchnahme nicht haftet.

4. Deshalb muß letztlich auch die Revision gegen den Beklagten zu 1) erfolglos bleiben.

Dr. Krohn

Dr. Peetz

Lohmann

Kröner

Boujong