

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 29/66

URTEIL

Verkündet am

27. Juni 1968
Schorm, Justiz-
angestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmannes Joachim v. W[REDACTED], M[REDACTED] (Westf.),
F[REDACTED]straße [REDACTED],
2. der med.techn. Assistentin Elisabeth v. W[REDACTED],
M[REDACTED]/Lahn, G[REDACTED] Straße [REDACTED],
3. des Studenten Christoph v. W[REDACTED], We[REDACTED]
bei M[REDACTED]/Lahn,
4. des Kaufmannes Axel Me[REDACTED]-T[REDACTED], M[REDACTED] (Westf.),
Wi[REDACTED]straße [REDACTED],
5. der zahnärztlichen Helferin Ilse Me[REDACTED]-T[REDACTED],
M[REDACTED] (Westf.), Wi[REDACTED]straße [REDACTED],
6. der Hausfrau Erna Me[REDACTED]-T[REDACTED], M[REDACTED] (Westf.),
Wi[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Gertrud H[REDACTED] in M[REDACTED] (Westf.), E[REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Kreft, Dr. Arndt, Gähtgens und Keßler

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 20. Oktober 1965 wird zurückgewiesen, soweit die Beklagten zur Zahlung von 19 789,94 DM nebst Zinsen verurteilt worden sind. Hinsichtlich des weiteren Betrages von 1 000 DM nebst Zinsen und der Kostenentscheidung wird das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten teilweise aufgehoben. Die Sache wird insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die gesamten Kosten des Revisionsrechtszuges - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tenor berichtigt
durch Beschluß
vom 12. Juli 1968

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagten sind Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft der am 16. Januar 1953 verstorbenen Witwe Anna B[REDACTED], geb. T[REDACTED] (Erblasserin), zu deren Nachlaß die Dachpappenfabrik T[REDACTED] in M[REDACTED] gehört. Die Erblasserin hinterließ ein öffentliches Testament vom 23. Juli 1943 nebst Nachtrag vom 14. März 1949, worin

sie u.a. die Auseinandersetzung auf die Dauer von 10 Jahren nach dem Erbfall ausschloß (§ 3 Nachtrag), die Testamentsvollstreckung anordnete (§ 5) und den Steuer- und Wirtschaftsberater Dr. Paul H. [REDACTED] - vor anderen Ersatztestamentsvollstreckern - zum Testamentsvollstrecker ernannte (§ 6). Über die Vergütung für den Testamentsvollstrecker bestimmt § 7 des Testaments:

"Der Testamentsvollstrecker erhält an Vergütungen:

- a) eine einmalige Vergütung von 3 % (3 v.H.) meines Gesamtnachlasses vor Abzug der Schulden. Diese einmalige Vergütung soll nur dem unmittelbar nach meinem Tode amtierenden ersten Testamentsvollstrecker zustehen. Der Testamentsvollstrecker soll berechtigt sein, den Zeitpunkt für die Entnahme dieser Vergütung nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen;
- b) für die Dauer der Testamentsvollstreckung eine jährliche Vergütung von 1/2 % (1/2 v.H.) des der Verwaltung unterliegenden Vermögens vor Abzug der Schulden; er hat außerdem Anspruch auf Erstattung seiner Auslagen.

Die zu a) und b) ausgeworfenen Vergütungen sind ihm unbeschadet anderer Vergütungen zu gewähren, die er für geleistete berufliche oder berufstätliche Dienste zu liquidieren berechtigt ist."

Dr. H. [REDACTED] nahm das Amt als Testamentsvollstrecker an; er verstarb am 17. Dezember 1959 und wurde von der Klägerin, seiner Witwe, als Alleinerbin beerbt. Nachdem zunächst noch



andere Testamentsvollstrecker tätig waren, wurde die Testamentsvollstreckung durch Beschluß des Nachlaßgerichts vom 19. April 1963 aufgehoben.

Die Klägerin fordert von den Beklagten die Vergütung nach § 7 des Testaments, soweit noch nicht gezahlt; dabei geht es um nachstehende Posten:

1. Unstreitig betrug die einmalige Testamentsvollstreckervergütung 22 000 DM. Dr. H. [REDACTED] hatte hierzu unter dem 15. Januar 1954 nachstehende schriftliche Entscheidung getroffen:

"Entscheidung über die Fälligkeit der einmaligen Testamentsvollstreckervergütung gemäß § 7 Ziff. a der letztwilligen Verfügung Frau Anna B. [REDACTED] vom 23.7.43.

Die einmalige Vergütung soll fällig werden in drei Raten und zwar

am 1. Januar 1954,
am 1. Januar 1957,
am 1. Januar 1960

zu je einem Drittel mit der Maßgabe, daß nach meinem Ableben der Gesamtbetrag sofort fällig wird.

Werden die Raten nicht eingehalten, so ist jeweils für die Zeit zwischen Fälligkeit und Auszahlung der Teilbeträge eine Verzinsung von 5 v.H. zu vergüten."

Da die drei Raten nicht gezahlt seien, fordert die Klägerin 22 000 DM nebst 5 % Zinsen mit der Begründung: Ihr verstorbener Ehemann habe mit der Verfügung vom 15. Januar 1954

von seinem Recht Gebrauch gemacht, die Fälligkeit der einmaligen Testamentsvollstreckervergütung selbst zu bestimmen. Da die flüssigen Mittel der Firma T [REDACTED] knapp gewesen und Bankkredite in Anspruch genommen worden seien, habe er die Beträge im Interesse der Firma nach ihrer Fälligkeit stehen lassen. Die Verzinsung beruhe insoweit auf vertraglicher Vereinbarung, die ihr verstorbener Ehemann am 15. Januar 1954 mit sich selbst getroffen habe.

2. Die Parteien sind darüber einig, daß die laufende jährliche Testamentsvollstreckervergütung für die Jahre 1953 bis 1959 - nach den ebenfalls unstreitigen jährlichen Einzelposten - insgesamt 23 335 DM betrug. Hierauf verrechnet die Klägerin Zahlungen von insgesamt 13 970 DM und fordert mit der Klage den Restbetrag von 9 365 DM nebst Zinsen.

3. Als Honorar für berufliche und berufsübliche Leistungen, das Dr. H [REDACTED] nach § 7 des Testaments neben der Testamentsvollstreckervergütung habe liquidieren dürfen, hat die Klägerin für die Jahre 1952 bis 1960 insgesamt 52 616 DM angesetzt und vorgetragen: Neben seinem Amt als Testamentsvollstrecker habe Dr. H [REDACTED] - wie seit langen Jahren - die Firma Dachpappenfabrik T [REDACTED] steuerlich und wirtschaftlich beraten und vertreten; dabei habe es sich um Steuerberatung, Wirtschaftsberatung, Mitwirkung bei Betriebsprüfungen, Verhandlungen mit Steuerbehörden, Banken und Gläubigern gehandelt. Das geltend gemachte Honorar für diese Tätigkeit sei vertraglich vereinbart worden, und zwar im Wege des ausdrücklich im Testament erlaubten Selbstkontrahierens. Dr. H [REDACTED] habe die einzelnen Tätigkeiten in seinen Tagebüchern eingetragen

und danach in Wochenübersichten seine Honoraransprüche festgelegt. In dem Gesamthonorar seien zwei Beträge enthalten, die die Erblasserin ihm noch aus ihren Lebzeiten geschuldet habe, nämlich 12 000 DM für die Mitwirkung bei der Erbauseinandersetzung nach ihrem Ehemann und 2 680 DM für persönliche Beratungen in den Jahren 1949 bis 1951; Dr. H. [REDACTED] habe diese beiden Posten, für die der Nachlaß gehaftet habe, unter das Honorar für Beratung fallen lassen, damit es steuerlich habe abgesetzt werden können. Aus den vorliegenden Belegen ergebe sich, daß die Honorare bis Ende 1956 abgerechnet und bezahlt worden seien. Offen seien aber noch die Honorare seit 1957 mit einem Gesamtbetrag von 22 095 DM nebst Zinsen.

Demgemäß hat die Klägerin beantragt, den damals noch für die Beklagten tätigen Testamentsvollstrecker zu verurteilen, ihr aus dem Nachlaß 53 460 DM zu zahlen nebst 4 % Zinsen auf 31 400 DM seit dem 10. Oktober 1960, 5 % Zinsen auf 7 333 DM für die Zeit vom 1. Januar 1954 bis zum 31. Dezember 1956, 5 % Zinsen auf 14 666 DM für die Zeit vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 1959 und 5 % Zinsen auf 22 000 DM seit dem 1. Januar 1960.

Der Testamentsvollstrecker hat gebeten, die Klage abzuweisen, und eine Widerklage auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung erhoben, auf die es nicht mehr ankommt. Er ist dem Klagevortrag in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entgegengetreten und hat sich u.a. darauf berufen, Dr. H. [REDACTED], der schon längere Zeit vor seinem Tode schwer krank gewesen sei, habe seit Anfang 1957 weder sein Amt als Testamentsvollstrecker führen, noch berufsübliche Arbeiten für den Nachlaß ausführen können.

Das Landgericht hat der Klägerin 31 365 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Oktober 1960 zugesprochen, die weitergehende Klage aber abgewiesen und auf die Widerklage die Klägerin verurteilt, über die Steuer- und Wirtschaftsberaterforderungen für die Jahre 1957 bis 1959 Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen. Das Berufungsgericht hat auf die Rechtsmittel beider Parteien das landgerichtliche Urteil teilweise geändert und erkannt:

"Die Beklagten werden unter Abweisung der Klage im übrigen als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 20 789,94 DM nebst 5 % Zinsen auf 7 333 DM für die Zeit vom 1. Januar 1954 bis 31. Dezember 1956, auf 14 666 DM für die Zeit vom 1. Januar 1957 bis 31. Dezember 1959 und auf 20 789,94 DM seit dem 1. Januar 1960 zu zahlen.

Den Beklagten bleibt gemäß § 2059 BGB vorbehalten, die Berichtigung der vorstehenden Forderung aus dem Vermögen, das sie außer ihrem Anteil an dem Nachlaß der am 16. Januar 1953 verstorbenen Witwe Anna Johanne Sofie B. geb. T. haben, zu verweigern.

Die Widerklage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden zu 4/7 der Klägerin und zu 3/7 den Beklagten, diesen als Gesamtschuldnern, auferlegt."

Mit der Revision erstreben die Beklagten die volle Abweisung der Klage; die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsurteil legt zugrunde, daß die ursprüngliche Forderung von Dr. H. [REDACTED] sich aus nachstehenden Posten ergebe:

1. Einmalige Testamentsvollstreckervergütung von unstreitig 22 000 DM.
2. Laufende Testamentsvollstreckervergütung für die Zeit von 1953 bis 1959. Die Beweisaufnahme, insbesondere die Vernehmung der Ärztin Dr. L. [REDACTED], habe keinen hinreichenden Anhalt dafür ergeben, daß Dr. H. [REDACTED] in den letzten Jahren sein Amt nicht mehr habe ausüben können; auch wenn er sein Büro nicht mehr verlassen habe und in der letzten Zeit nicht mehr selbst habe lesen können, sei er doch nicht aus seinem Amt abberufen worden und habe dementsprechend die Verantwortung getragen. Damit habe ihm die laufende Vergütung, deren Gesamtbetrag unstreitig 23 335 DM ausmache, zugestanden.
3. Zur besonderen Berechnung beruflicher und berufsüblicher Dienste sei er nach § 7 des Testaments berechtigt gewesen. Die Klägerin sei jedoch beweispflichtig dafür, daß Dr. H. [REDACTED] solche Dienste für den Nachlaß geleistet habe, und könne den Beweis nur insoweit führen, als Dr. H. [REDACTED] ausdrücklich Zahlungen als Honorar für berufliche und berufsübliche Dienste gefordert oder quittiert

habe, d.h. nach den vorgelegten Belegen in einer Gesamthöhe von 19 945,94 DM. Demgegenüber hätten die Beklagten den ihnen obliegenden Beweis nicht geführt, daß Dr. H. [REDACTED] berufssübliche Dienste, die einem solchen Gesamthonorar entsprächen, über seine durch die laufende Vergütung abgegoltene Amtstätigkeit hinaus nicht geleistet habe.

Gegenüber diesen drei Posten, die eine ursprüngliche Ausgangssumme von 65 280,94 DM ergeben, hat das Berufungsgericht nachstehende Zahlungen berücksichtigt:

1. Auf die laufende Testamentsvollstreckervergütung habe Dr. H. [REDACTED] unstreitig 13 970 DM erhalten, so daß rechnerisch ein Rest von 9 365 DM verblieben sei. Aber auch dieser sei bezahlt; denn
2. unstreitig habe Dr. H. [REDACTED] weitere 30 521 DM erhalten, wovon 19 945,94 DM für berufssübliche Dienste berechnet und bezahlt worden seien und diesen Posten ausgeglichen hätten. Der Überschuß von 10 575,06 DM, für dessen Verwendung eine Bestimmung fehle, sei zunächst auf den Rest der laufenden Testamentsvollstreckervergütung, als die - 'weil nicht gestundet - für den Nachlaß lästigere Schuld zu verrechnen und
3. mit dem noch verbleibenden Betrag von 1 210,06 DM auf die einmalige Testamentsvollstreckervergütung, so daß hierauf noch die Urteilssumme von 20 789,94 DM zu zahlen verbleibe.

Weitere Zahlungen - so führt das Berufungsurteil aus - seien nicht bewiesen. Den noch geschuldeten Betrag der einmaligen Testamentsvollstreckervergütung hätten die Beklagten entsprechend der Bestimmung von Dr. H. [REDACTED] vom 15. Januar 1954 zu verzinsen. Es sei nicht ersichtlich, daß der Testamentsvollstrecker durch diese Bestimmung, die eine Stundung bei mäßigem Zinssatz bedeute, gegen das pflichtgemäße Ermessen verstoßen habe. Der Anspruch sei nicht verjährt, weil die Verjährung wegen der Stundung, die auch für die Zinsen gelte, gehemmt gewesen sei (§ 202 BGB). Ein Zurückbehaltungsrecht stehe den Beklagten nicht zu, denn die Klägerin habe die ihr obliegende und von ihr verlangte Auskunft erteilt, indem sie erklärt habe, daß sie über berufsmäßige Arbeiten ihres verstorbenen Ehemannes nichts weiter sagen könne.

II.

1. Die Revision stellt einen ursprünglichen Anspruch auf die einmalige Testamentsvollstreckervergütung, die unstreitig 22 000 DM ausmachte, nicht in Abrede. Sie meint aber, die Klägerin müsse sich eine Kürzung der laufenden Jahresvergütung gefallen lassen, für das Jahr 1959 schon deshalb, weil Dr. H. [REDACTED] vor Ablauf dieses Jahres, am 17. Dezember 1959, verstarb und überdies für die Jahre 1957 bis 1959, weil er wegen Erkrankung sein Amt nicht mehr voll, wie es das Testament vorausgesetzt habe, habe ausüben können, sein Büro nicht mehr verlassen habe, nicht mehr selbst habe lesen können und deshalb in seiner Kontrolltätigkeit beschränkt gewesen sei.

Die Revision verkennt dabei nicht - worauf das Berufungsurteil entscheidend abstellt -, daß Dr. H. [REDACTED] bis zu seinem Tode Testamentsvollstrecker war (§§ 2225, 2227 BGB); sie irrt aber in ihren Folgerungen, indem sie von dem Grundsatz einer "angemessenen Vergütung" ausgeht, obwohl § 2221 BGB hier nicht zum Zuge kommt. Nach dieser Bestimmung kann der Testamentsvollstrecker für die Führung seines Amtes eine angemessene Vergütung verlangen, sofern nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat. Hat, wie hier in § 7 des Testaments geschehen, der Erblasser selbst letztwillig eine Vergütung ausgeworfen oder hat er jede Vergütung ausgeschlossen, so bleibt seine Bestimmung maßgebend, wenn sie nicht durch Vertrag mit den Erben geändert wird (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2221 Anm. 1; vgl. Erman, BGB 4. Aufl. zu § 2221 Anm. 1), was hier unstreitig nicht zutrifft. Dr. Haubrock hatte daher nicht Anspruch auf eine angemessene Vergütung aus § 2221 BGB, vielmehr stand ihm nach § 7 des Testaments - neben der einmaligen Vergütung - "für die Dauer der Testamentsvollstreckung" (diese Worte sind im Testament unterstrichen) eine jährliche Vergütung von 1/2 % des der Verwaltung unterliegenden Vermögens vor Abzug der Schulden zu. Auch wenn - wie die Revision meint - die Bestimmung der Erblasserin dahin zu verstehen wäre (§§ 133, 157 BGB), daß die laufende Vergütung nur gezahlt werden solle, solange der Testamentsvollstrecker seinen Aufgaben nachkommen könne, wäre damit für die Sache der Beklagten nichts gewonnen. Denn die Aufgabe der ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses (§§ 2205, 2209, 2216 BGB) setzte nicht eine tägliche Mitarbeit, insbesondere nicht die persönliche Führung der Fabrik, die von einem erfahrenen Prokuristen selbständig geleitet wurde, voraus, sondern konnte sich, jedenfalls

nachdem die Konstituierung des Nachlasses abgeschlossen war, - wie die Revision richtig sagt - auf eine "Kontrolltätigkeit" beschränken. Das Berufungsgericht hat nicht festzustellen vermocht, daß Dr. H. [REDACTED] aus gesundheitlichen Gründen außerstande gewesen wäre, dem Aufgabenkreise dieses Amtes noch gerecht zu werden; insoweit bezieht das Berufungsurteil sich auf das Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere die Aussage der behandelnden Ärztin Frau Dr. L. [REDACTED]. Dieser tatsächliche Ausgangspunkt ist für die Entscheidung des Revisionsgerichts maßgebend (§ 561 ZPO), denn die Revision legt nicht dar, daß er in Widerspruch zu dem Ergebnis der Beweisaufnahme stünde. Rechtlich ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Vergütung auch noch für die Zeit berücksichtigt hat, in der Dr. H. [REDACTED] seine Wohnung, in der das Büro sich befand, nicht mehr verließ und sich Schriftstücke vorlesen lassen mußte. Diese Umstände mögen die Amtsführung erschwert haben, schlossen sie aber nicht aus. Mit Recht hat das Berufungsgericht daher eine laufende Vergütung auch noch für das Jahr 1959 berücksichtigt. Der Ansicht der Revision, die Vergütung für 1959 müsse aber jedenfalls anteilmäßig gekürzt werden, weil Dr. H. [REDACTED] drei Wochen vor Ablauf des Jahres verstorben sei, vermag der Senat nicht zu folgen (§ 242 BGB), denn Dr. H. [REDACTED] wurde nicht für eine tägliche Arbeit bezahlt.

2. Das Berufungsgericht hat ein Recht der Klägerin, neben der Testamentsvollstreckervergütung Honorare für geleistete berufliche und berufsübliche Dienste zu berechnen, aus § 7 des Testaments entnommen. Das ist rechtlich unbedenklich, denn die Rechtsprechung billigt dem Testamentsvollstrecker, soweit Bestimmungen des Testaments

nicht entgegenstehen, unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes von Aufwendungen (§§ 2218, 670, 1835 Abs. 2 BGB) grundsätzlich einen Anspruch auf Bezahlung der berufsmäßigen, regelmäßig nur gegen Entgelt geleisteten Dienste zu (vgl. RGZ 149, 121, 124; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2221 Anm. 9). Die Bestimmung des Testaments, der Testamentsvollstrecker solle die einmalige und die laufende Vergütung "unbeschadet anderer Vergütungen" erhalten, die er für geleistete berufliche und berufsübliche Dienste beanspruchen könne, ergibt jedenfalls deutlich, daß ein solcher Anspruch auf Berufshonorare durch die laufende Vergütung nicht ausgeschlossen wurde.

a) Das Berufungsurteil ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Klägerin die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Anspruchs darzulegen habe. Das Berufungsgericht hat die Honorarforderungen für die Jahre 1957 bis 1960, die die Klägerin auf Grund der persönlichen Wochenaufstellungen ihres verstorbenen Ehemannes mit insgesamt 22 095 DM eingesetzt hat, für nicht gerechtfertigt gehalten; insoweit ist das Revisionsgericht einer Nachprüfung entzogen, weil die Klägerin das Berufungsurteil nicht angreift. Auch für die Jahre 1952 bis 1956, für die die Klägerin 30 521 DM eingesetzt hat, hat das Berufungsgericht nur insgesamt 19 945,94 DM, und zwar die Beträge, die nach den vorliegenden Belegen Nr. 1, 4, 7 und 8 ausdrücklich als Honorar für berufsübliche Arbeiten gezahlt wurden, berücksichtigt, weil Dr. H. [REDACTED] diese Beträge durch ein ihm erlaubtes Selbstkontrahieren anerkannt habe; den Mehrbetrag der Honorarforderung von 10 575,06 DM hat das Berufungsgericht abgelehnt mit der Begründung: Die Klägerin könne

den ihr obliegenden Beweis dafür, daß ihr Ehemann noch weitere honorarpflichtige Leistungen erbracht habe, die nicht durch die tatsächlich als Honorar für berufsübliche Arbeiten gezahlten 19 945,94 DM abgegolten seien, nicht führen. Andererseits könnten die Beklagten diesen, ausdrücklich als Honorar für berufsübliche Arbeiten gezahlten Betrag nicht von der Klägerin zurückverlangen oder auf andere Forderungen verrechnen. Das wäre nur möglich, wenn die Beklagten ihrerseits nachwiesen, daß Dr. H. [REDACTED] entsprechende berufsübliche Dienste nicht geleistet habe, weil nur dann die Klägerin ungerechtfertigt bereichert oder der Nachlaß geschädigt wäre. Diesen Beweis hätten die Beklagten nicht geführt und könnten ihn auch nicht führen. Die Beweislast kehre sich nicht deshalb um, weil Dr. H. [REDACTED] in den Belegen seine Tätigkeit nicht im einzelnen ausgewiesen habe. Darin könne vielleicht eine Pflichtverletzung liegen, doch setze auch ein hieraus hergeleiteter Schadensersatzanspruch voraus, daß die Beklagten die Entstehung eines Schadens nachwiesen.

b) Die Revision greift dies im Ergebnis erfolglos an.

Der Revision mag darin gefolgt werden, daß Dr. H. [REDACTED] nach dem Testament - neben seiner laufenden Vergütung als Testamentsvollstrecker - eine besondere Honorierung nur für solche beruflichen oder berufsüblichen Dienste sollte beanspruchen können, die über die Aufgaben seines Amtes hinausgingen, die also ein Laien-Testamentsvollstrecker innerhalb seines Amtes nicht selbst verrichtet hätte (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2221 Anm. 4). Unrichtig ist aber die Folgerung der Revision, da die Klägerin im einzelnen

die Tätigkeit ihres verstorbenen Ehemannes nicht habe darlegen können und daher nicht feststehe, daß dieser überhaupt honorarfähige Leistungen erbracht habe, sei hier ein solcher Anspruch nicht begründet.

Die Klägerin hat das Bestehen solcher vertraglicher Ansprüche darzutun. Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen, es hat aber Ansprüche in Höhe von 19 945,94 DM als dargetan erachtet. Allerdings sagt das Berufungsurteil, sichere Feststellungen darüber, welche beruflichen oder berufsüblichen Dienste Dr. H. [REDACTED] erbracht habe, ließen sich auf Grund der Beweisaufnahme nicht treffen, weil Angaben hierüber in den Rechnungen und den Wochenaufstellungen von Dr. H. [REDACTED] fehlten und weder der Zeuge Bödeker noch andere Zeugen hierüber näheres hätten sagen können. Das Berufungsgericht hat aber einen vertraglichen Anspruch in Höhe von 19 945,94 DM für berufsübliche Arbeiten berücksichtigt, weil Dr. H. [REDACTED] eine solche Forderung durch ihm erlaubtes Selbstkontrahieren anerkannt und die Klägerin damit den ihr obliegenden Beweis für das Bestehen eines Anspruchs geführt habe.

Was die Revision demgegenüber vorbringt, greift im Ergebnis nicht durch. Ersichtlich will das Berufungsurteil, wenn es von einer rechtsgeschäftlichen Anerkennung im Wege erlaubten Selbstkontrahierens spricht, nicht ein Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB annehmen. Denn die von ihm verwendeten Belege, die teils Rechnungen, teils Quittungen, sind und unter denen sich auch eine von dem Prokuristen Schling unterschriebene Zahlungsbestätigung befindet, sind nach Inhalt und Form - auch bei Berücksichtigung des § 782 BGB - als Schuldanerkenntnis im Rechtssinne ungeeignet. Das Berufungsgericht konnte

jedoch im Rahmen der ihm obliegenden tatrichterlichen Würdigung (§ 286 ZPO) aus diesen Belegen die Einigkeit darüber entnehmen, daß Dr. H. [REDACTED] die entsprechenden honorarfähigen Dienste geleistet habe und der Nachlaß ihm das Honorar hierfür schulde; es konnte die Belege als vertragliche Bestätigung der bestehenden Schuld im Rahmen des alten Schuldgrundes werten (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. Vorbemerkung 9 vor § 780).

c) Zu Unrecht glaubt die Revision, dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zur vertraglichen Bestätigung einer Schuld mit sich selbst absprechen zu können. Richtig ist allerdings, daß einem Insichgeschäft des Testamentsvollstreckers, wenn auch § 181 BGB nicht unmittelbar zutrifft, Grenzen gesetzt sind, die sich einmal aus dem Willen des Erblassers und zum anderen aus der unabdingbaren Pflicht, den Nachlaß ordnungsgemäß zu verwalten (§§ 2216, 2220 BGB), ergeben (BGHZ 30, 67, 69). Jedoch verkennt die Revision: Nach § 5 des Testaments war es dem Testamentsvollstrecker ausdrücklich gestattet, auch "mit sich selbst im eigenen Namen Geschäfte abzuschließen". Stand hiernach der Wille der Erblasserin einem Insichgeschäft des Testamentsvollstreckers nicht entgegen, so ist es Sache der Beklagten darzulegen, daß trotz der Gestattung der Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses überschritten sei (BGHZ 30, 67, 71). Diesen Beweis haben die Beklagten nicht zu führen vermocht, sie haben insbesondere nicht darlegen können, daß Dr. H. [REDACTED] - neben seinem Amt als Testamentsvollstrecker - berufliche oder berufsübliche Arbeiten für den Nachlaß, die der bestätigten Honorarforderung entsprächen, nicht geleistet habe. Lagen aber - wovon

bis zum Beweis des Gegenteils auszugehen ist - entsprechende honorarfähige Arbeiten, die ja bestätigt wurden, vor, so verletzte der Testamentsvollstrecker durch eine vertragliche Bestätigung der Forderung nicht die Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses, sondern hielt sich in den ihm gesetzten Grenzen.

Der Vortrag der Revision, die Beklagten brauchten nur zu beweisen, daß Geld aus dem Nachlaß dem Testamentsvollstrecker zugeflossen sei, während die Klägerin beweisen müsse, daß Dr. H. [REDACTED] Dienste über sein Amt hinaus geleistet habe, beruht auf der unzutreffenden Grundlage, daß Dr. H. [REDACTED] als Testamentsvollstrecker Geld aus dem Nachlaß vereinnahmt, für sich verwandt oder eingezogen habe und für dessen Verwendung nach den §§ 2218, 666 ff BGB Rechenschaft schuldig sei. Darum geht es hier nicht. Wenn Dr. H. [REDACTED] das Honorar für berufsmäßige Dienste, die er für den Nachlaß geleistet hatte, an sich auszahlen ließ, handelte er in Erfüllung einer vertraglichen Schuld des Nachlasses, wie er auch an einen anderen Steuer- und Wirtschaftsberater hätte zahlen müssen, wenn er einen solchen beauftragt hätte. Die Klägerin, die die restlichen Honorare ihres verstorbenen Ehemannes geltend macht, befindet sich in der gleichen Lage wie ein anderer beauftragter Steuer- und Wirtschaftsberater und genügt ihrer Darlegungslast, indem sie die vertragliche Bestätigung ihrer Forderung darlegt. Sache der Beklagten wäre es, demgegenüber die Unwirksamkeit oder Unrichtigkeit der Bestätigung darzutun; das ist ihnen nicht gelungen, auch ihr Vortrag reicht hierfür nicht aus.

Gegenüber dem weiteren Vorbringen der Revision, Dr. H. [REDACTED] selbst habe, indem er genauere Aufzeichnungen und Belege über die geleisteten Dienste versäumte, seine Obliegenheiten verletzt und die Unklarheit über den Umfang seiner Tätigkeit geschaffen, ist zu bedenken: Der Umfang der Pflicht zur Auskunftserteilung und Rechenschaftslegung (§§ 2218, 666 BGB) wird weitgehend von Treu und Glauben bestimmt. Es ist nicht vorgetragen worden, daß die Beklagten jemals von Dr. H. [REDACTED] Auskunft oder Rechenschaft wegen der geleisteten berufsüblichen Dienste verlangt hätten. Dr. H. [REDACTED] selbst konnte davon ausgehen, daß die Erblasserin ihn auf Grund eines Vertrauensverhältnisses, das durch langjährige Zusammenarbeit begründet worden war, zum Testamentsvollstrecker bestimmt hatte, und konnte es deshalb, ohne daß darin eine Pflichtverletzung läge, für entbehrlich halten, seine Forderungen für berufsübliche Dienste, die über den Rahmen des Gewohnten nicht hinausgingen und sich in Grenzen hielten, im Einzelnen genau aufzugliedern. Daher lassen sich aus dem Fehlen einer solchen Aufgliederung keine der Klägerin nachteiligen Folgen ziehen.

3. Für die Abrechnung sind daher zugunsten der Klägerin zu berücksichtigen

- | | |
|---|---------------|
| a) die einmalige Testamentsvollstreckervergütung mit unstreitig | 22 000 DM, |
| b) die laufende Testamentsvollstreckervergütung mit unstreitig | 23 335 DM, |
| c) Honorare für berufsübliche Dienste mit festgestellt | 19 945,94 DM. |

Da - wie tatsächlich feststeht - auf die Honorarforderung bestimmungsgemäß 19 945,94 DM gezahlt wurden, ist dieser Posten getilgt (§ 366 Abs. 1 BGB) und scheidet für die weitere Erörterung aus.

Auf die laufende Testamentsvollstreckervergütung sind - wie das Berufungsurteil mit tatbestandlicher Wirkung festhält - unstreitig 13 970 DM gezahlt. Damit (§ 366 Abs. 1 BGB) ermäßigt dieser Posten sich auf 9 365 DM.

Es verbleiben daher von der ursprünglichen Ausgangsforderung von Dr. H. [REDACTED] bzw. der Klägerin die einmalige Vergütung von 22 000 DM sowie der Rest der laufenden Vergütung mit 9 365 DM in einer Gesamtsumme von 31 365 DM.

III.

1. Demgegenüber hält das Berufungsurteil als unstreitig weitere Zahlungen von 10 575,06 DM fest, bei denen nicht bestimmt worden sei, für welche Forderungen sie verrechnet werden sollten. Das Berufungsgericht hat nicht festzustellen vermocht, daß darüberhinaus noch Zahlungen geleistet worden seien, und ist demgemäß davon ausgegangen, daß Dr. H. [REDACTED] insgesamt $19\,945,94 + 13\,970 + 10\,575,06 = 44\,491$ DM erhalten habe.

Die Revision rügt, dabei sei fehlerhaft unberücksichtigt geblieben, daß der vorliegende Beleg Nr. 6 außer der berücksichtigten Zahlung von 4 667 DM (Rest für 1953) noch eine weitere Zahlung von 1 000 DM belege, so daß in Wirklichkeit die Zahlung von 45 491 DM bewiesen sei.

Dazu ist zu sagen: Das Berufungsgericht hat nicht übersehen, sondern in den Entscheidungsgründen seines Urteils ausdrücklich erwogen, daß auf dem Beleg Nr. 6 vom 19. Dezember 1957, in dem eine - im übrigen unstreitige - Zahlung von 4 667 DM ausgewiesen ist, ein Betrag von 1 000 DM hinzugefügt worden ist. Es hat gleichwohl die Überzeugung, daß tatsächlich weitere 1 000 DM gezahlt worden seien, nicht gewinnen können, weil dies aus dem Beleg selbst nicht mit Sicherheit hervorgehe. Dagegen spreche - so führt das Berufungsurteil aus -, daß bis in den zweiten Rechtszug hinein unstreitig gewesen sei, welche Zahlungen geleistet worden waren, und daß diese 1 000 DM nicht dazu gehört hätten. Der Zeuge Sch[REDACTED] habe aus eigenem Wissen nicht sagen können, ob noch weitere 1 000 DM gezahlt worden seien; er habe dies nur aus dem Beleg schließen zu können geglaubt. Das aber reiche unter den gegebenen Umständen als Beweis nicht aus.

Die Revision nimmt, indem sie die Zahlung weiterer 1 000 DM als bewiesen gewertet sehen möchte, eine Würdigung des Beweisergebnisses vor, die ihr nicht zukommt und die auch dem Revisionsgericht versagt ist. Denn es ist allein Sache des Tatrichters, unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung - hier die Zahlung von weiteren 1 000 DM am 19. Dezember 1957 - für wahr oder für nicht wahr zu halten sei (§ 286 ZPO). Dabei hat der Tatrichter nicht einen mehr oder weniger hohen Grad von Wahrscheinlichkeit festzustellen, sondern zu entscheiden, ob er die Überzeugung von der Wahrheit einer Behauptung

gewonnen hat. Diese persönliche Gewißheit ist für die Entscheidung notwendig, und allein der Tatrichter hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er die an sich möglichen Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt überzeugen kann. Nur der Tatrichter hat auch nach seiner pflichtgemäßen Überzeugung zu beurteilen, ob einem Zeugen Glauben zu schenken ist (BGH DRiZ 1967, 239).

Die Zweifel, die das Beweisergebnis für das Berufungsgericht in sich trug und die die Revision für unbegründet hält, bedürfen keiner Erörterung. Das Berufungsgericht durfte die Beklagten hinsichtlich der streitigen Zahlung nur für beweisfällig halten, wenn es die Beweisangebote erschöpfte. Mit Recht aber weist die Revision darauf hin, daß die Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 1. September 1964 (dort Bl. 3) für ihre Behauptung, am 19. Dezember 1957 seien weitere 1 000 DM gezahlt worden, neben dem Prokuristen Sch[REDACTED] auch den Buchhalter Fritz K[REDACTED] als Zeugen benannt hatten. Diesen hat das Berufungsgericht zum Beweisthema nicht vernommen. Gründe hierfür gibt das Berufungsurteil nicht an, sie sind auch nicht erkennbar. K[REDACTED] war zwar schon am 5. November 1963 als Zeuge vernommen worden; gleichwohl stand seine Vernehmung nicht - wie im Falle des § 398 ZPO - im Ermessen des Berufungsgerichts. Damals war noch unstreitig, daß Dr. H[REDACTED] insgesamt 44 491 DM erhalten habe, jedoch beriefen die Beklagten sich darauf, daß Dr. H[REDACTED] in den letzten Jahren vor seinem Tode wegen seiner Erkrankung das Amt als Testamentsvollstrecker nicht mehr ausgeübt und berufsübliche Dienste nicht mehr geleistet habe, und hatten

- außer der behandelnden Ärztin und dem Prokuristen Schling - den Buchhalter K[REDACTED] im Schriftsatz vom 12. Februar 1963 (dort Bl. 4) als Zeugen dafür benannt, daß Dr. H[REDACTED] nach dem Ausscheiden des Prokuristen Sch[REDACTED], d.h. seit Ende Juni 1958, niemals mehr bei der Firma T[REDACTED] gewesen sei. Dieses Beweisthema behandelte die Vernehmung am 5. November 1963; die Vernehmungsniederschrift gibt keinen Anhalt dafür, daß dabei die Frage der Zahlungen berührt worden wäre. Der Beweisantrag der Beklagten, K[REDACTED] als Zeugen darüber zu hören, daß Dr. H[REDACTED] am 19. Dezember 1957 weitere 1 000 DM erhalten habe, bezog sich daher auf eine neue Tatsache, die erst infolge des Auflagenbeschlusses vom 9. Juli 1964 aufgeworfen und vorgetragen worden war. Damit entfällt die Anwendbarkeit von § 398 ZPO.

Die in zulässiger Weise angebotenen Beweismittel sind grundsätzlich zu erschöpfen. Ein Beweisantrag darf allerdings abgelehnt werden, wenn die Beweistatsache für die Entscheidung unerheblich ist, als wahr unterstellt werden kann oder das Beweismittel völlig ungeeignet ist. Die Ablehnung wegen Ungeeignetheit des Beweismittels ist aber nur zulässig, wenn es völlig ungeeignet und die Beweiserhebung völlig nutzlos ist, also jede Möglichkeit als ausgeschlossen angesehen werden muß, daß die Beweisaufnahme irgend etwas Sachdienliches für die Überzeugungsbildung des Gerichts ergeben wird (BGH DRiZ 1962, 167). Es liegt nichts dafür vor, daß diese Voraussetzung hinsichtlich des Buchhalters K[REDACTED] zuträfe. K[REDACTED] ist - nach seiner früheren Aussage - seit 1937 Buchhalter in der Dachpappenfabrik T[REDACTED]; er hat zwar persönlich wenig mit Dr. H[REDACTED] verhandelt, weil dieser sich

immer an den Prokuristen wandte, und sich auch an Einzelheiten aus seinem Gespräch mit Dr. H. [REDACTED] nicht erinnern können. Aber diese Umstände schließen nicht aus, daß er möglicherweise doch Sachdienliches zur Zahlung am 19. Dezember 1957 aussagen könnte, und ihm in seiner Tätigkeit als Buchhalter eine Zahlung zur Kenntnis gekommen sein kann, selbst wenn er an der Besprechung am 19. Dezember 1957 nicht teil nahm.

Zu einer anderen Beurteilung gibt die Bestimmung in § 290 ZPO nicht Anlaß. Denn selbst wenn der ursprüngliche Vortrag der Beklagten als ein Geständnis dahin gewertet werden sollte, daß an Dr. H. [REDACTED] nicht mehr als insgesamt 44 491 DM und am 19. Dezember 1957 nicht mehr als 4 667 DM gezahlt worden seien, darf ihnen der Nachweis, daß das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlaßt sei, nicht abgeschnitten werden. Daß die Beklagten auf die Vernehmung von K. [REDACTED] verzichtet oder das Recht verloren hätten, seine Nichtvernehmung als fehlerhaft zu rügen (§ 295 ZPO), ist nicht ersichtlich.

Für die Entscheidung ist hiernach festzuhalten, daß auf den Rest der laufenden Vergütung (9 365 DM) und/oder die einmalige Vergütung (22 000 DM) unstreitig wenigstens 10 575,06 DM, nach der nicht widerlegten, noch aufklärungsbedürftigen Behauptung der Beklagten aber weitere 1 000 DM gezahlt sind.

2. Dem Berufungsgericht ist in dem Ergebnis zuzustimmen, daß weder der Anspruch auf die einmalige Vergütung, noch auf den Rest der laufenden Vergütung ver-

jährt ist. Die Revision irrt in der Annahme, der Anspruch unterliege gemäß § 196 Ziff. 1, 7, 15 BGB der kurzen Verjährungsfrist von zwei Jahren, weil Dr. H. [REDACTED] als Wirtschaftsberater auch die Testamentsvollstreckung gewerbsmäßig betrieben habe. Die Führung des Amtes eines Testamentsvollstreckers liegt außerhalb der in § 196 BGB behandelten Geschäfte des täglichen Lebens. So verjährt der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers, auch wenn er ein Rechtsanwalt ist, nach § 195 BGB in dreißig Jahren (OLG Düsseldorf JW 1918, 741; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2221 Anm. 7; Planck BGB 4. Aufl. zu § 2221 Anm. 4). Für einen Wirtschaftsberater, der eine Testamentsvollstreckung führt, kann nichts anderes gelten, denn auch er leistet als Testamentsvollstrecker nicht vertragliche Dienste im Rahmen seines Berufes, sondern führt ein ihm übertragenes Amt. Daher unterliegt weder die laufende noch die einmalige Vergütung der kurzen Verjährung.

3. Das Berufungsgericht hat die Berechtigung der Zinsbestimmung in der Erklärung vom 15. Januar 1954 mit der Erwägung begründet, es sei nicht ersichtlich, daß Dr. H. [REDACTED] durch die Stundung gegen einen mäßigen Zinssatz sein pflichtgemäßes Ermessen verletzt habe. Was die Revision demgegenüber vorbringt, greift nicht durch.

Die Testamentsvollstreckervergütung ist regelmäßig erst nach Beendigung des Amtes, bei länger andauernder Verwaltung - entsprechend § 2218 Abs. 2 BGB - periodisch fällig und zu entrichten (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2221 Anm. 6). Hier sollte der Testamentsvollstrecker nach dem Testament zwei Vergütungen erhalten, die einmalige Vergütung, die offenbar die Tätigkeit bei der "Konstituierung"

des Nachlasses abgelten sollte - deshalb kam sie nur dem ersten amtierenden Testamentsvollstrecker zu -, und die jährliche Vergütung, die wegen der laufenden Verwaltung des Nachlasses zu zahlen war. Während die laufende Vergütung von 1/2 %, die den Nachlaß nicht wesentlich belasten konnte, jährlich zu zahlen war, sollte der Testamentsvollstrecker den Zeitpunkt für die Entnahme der einmaligen Vergütung von 3 % des Bruttobachlasses nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen bestimmen. Hinsichtlich der Leistungszeit war also ein Spielraum gegeben, den der Testamentsvollstrecker nach pflichtgemäßem Ermessen zu begrenzen hatte, d.h. die einmalige Vergütung war noch nicht fällig (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. zu § 271 Anm. 10), sie sollte erst vom Testamentsvollstrecker fällig gestellt werden, wenn er dies nach pflichtgemäßem Ermessen verantworten konnte.

Diese Bestimmung traf Dr. H. [REDACTED] mit seiner Entscheidung vom 15. Januar 1954. Der erkennende Senat kann dem Berufungsgericht unbedenklich darin folgen, daß die Festlegung von drei Fälligkeitsterminen für jeweils ein Drittel der geschuldeten Gesamtvergütung im Abstand von drei Jahren einen Ermessensmißbrauch nicht erkennen läßt und durch § 7 des Testaments gedeckt wird; denn dem Testamentsvollstrecker konnte nicht zugemutet werden, auf die zugesagte Vergütung, auf deren Leistung er einen Anspruch hatte, unbestimmt lange zu warten. Ein Ermessensmißbrauch liegt auch nicht darin, daß Dr. H. [REDACTED] vom jeweiligen Fälligkeitstermin an die Verzinsung des fällig gewordenen Vergütungs-Drittels mit dem im Wirtschaftsleben üblichen Zinssatz von 5 % (§ 352 HGB) vorsah. Dieser Zinssatz erscheint - wie das

Berufungsurteil zutreffend hervorhebt -, wenn er auch über den gesetzlichen Zinsen liegt (§ 246 BGB), noch als mäßig angesichts einer weiteren Stundung. Der Vortrag der Revision, eine Verzinsung sei allenfalls bei Zahlungsverzug gerechtfertigt, dessen Voraussetzungen hier nicht gegeben seien, verkennt, daß es sich um vertraglich ausbedungene Zinsen für den Fall handelte, daß eine Auszahlung des fälligen Teilbetrages - gleichviel aus welchem Grunde - nicht ratsam erschien, das Geld also noch im Betriebe stehen blieb.

4. Diese ausbedungenen Zinsen aber schuldet der Nachlaß nur für die Rückstände der einmaligen, nicht der laufenden Vergütung. Damit wird für die Zinspflicht letztlich entscheidend, ob die 10 575,06 DM - möglicherweise 11 575,06 DM -, die Dr. H. [REDACTED] unstreitig ohne eine ausdrückliche Bestimmung (§ 366 Abs. 1 BGB) erhielt, auf die laufende oder auf die einmalige Vergütung anzurechnen sind. Der Senat kann dem Berufungsgericht darin folgen, daß ein Anwendungsfall des § 366 BGB gegeben ist, weil die einmalige und die laufende Vergütung verschiedene Ansprüche sind, wenn sie im wesentlichen auch auf dem gleichen Rechtsverhältnis im weiteren Sinne, dem Testamentsvollstrecker-Verhältnis, beruhen (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. zu § 366 Anm. 2). Mit Recht weist jedoch die Revision darauf hin, daß der Entscheidung des Berufungsgerichts, die erfolgten Zahlungen seien nach § 366 Abs. 2 BGB zunächst auf die laufende, erst dann auf die einmalige Vergütung anzurechnen, eine nachprüfbare tatsächliche Grundlage fehlt, weil Zeitpunkt und Betrag der einzelnen Zahlungen nicht festgestellt sind und sich daraus notwendig Zweifel hinsichtlich der Anrechnung einzelner Zahlungen ergeben, die noch der Klärung bedürfen.

Das Berufungsurteil (Urteilsausfertigung Seite 17) hält als unstreitig fest, daß auf die laufende insgesamt 23 335 DM ausmachende Vergütung 13 970 DM gezahlt seien. Dieser Betrag ist im Berufungsurteil nicht aufgegliedert, jedoch enthält der Tatbestand des landgerichtlichen Urteils eine Aufgliederung, wonach auf die laufende Vergütung für das Jahr 1953, die unstreitig 4 630 DM ausmachte, am 28. Juni 1954: 4 000 DM und am 29. Dezember 1957: 630 DM gezahlt wurden, weiter die laufende Vergütung für 1954 (unstreitig 4 037 DM) am 19. Dezember 1957 voll entrichtet wurde. Auf die weiteren Posten der Aufgliederung kommt es hier zunächst nicht an. Die Übereinstimmung von Forderung und Zahlung bei den drei genannten Posten kann dafür sprechen, daß es sich in der Tat um die Tilgung der laufenden Vergütungen für die Jahre 1953 und 1954 handeln sollte und handelte, wenn auch insoweit eine bindende Feststellung des Berufungsurteils fehlt.

Die Revision kann jedoch darauf hinweisen, daß die von den Beklagten vorgelegten Belege Nr. 2 und 3 Zahlungen von 3 000 DM am 23. Dezember 1953 und weiteren 3 000 DM am 29. März 1954 ergeben. Die gleichen Zahlungen erscheinen auch in der Aufstellung der Klägerin im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils und des Berufungsurteils (Urteilsausfertigung Seite 5), hier allerdings mit der unrichtigen Jahresangabe 1963 und 1964. Zugunsten der Revision ist davon auszugehen, daß im Dezember 1953 und im März 1954 je 3 000 DM ohne ausdrückliche Bestimmung gezahlt wurden.

Die Klägerin will allerdings diese beiden Zahlungen, zusammen 6 000 DM, auf berufliche und berufsübliche Dienste für das Jahr 1953, die sie mit 6 000 DM angesetzt hat, verrechnen. Da aber das Berufungsgericht - wie bereits ausgeführt - fehlerfrei die Forderung für berufsübliche Dienste nur mit insgesamt 19 945,94 DM festgestellt hat, in denen die geforderten 6 000 DM für 1953 nicht enthalten sind, und dieser Posten damit abgeschlossen ist, müssen die unstreitig Ende 1953 und Anfang 1954 gezahlten zweimal 3 000 DM anderweit verrechnet werden. Eine Anrechnung auf die erste Rate der einmaligen Vergütung, die am 1. Januar 1954 mit 7 333,33 DM fällig wurde, läge nahe; jedoch kann auch eine andere Art der Verrechnung in Betracht kommen, wenn ohne Rücksicht auf eine denkbare Abrede lediglich von den Grundsätzen in § 366 Abs. 2 BGB ausgegangen wird: Zur Zeit der ersten Zahlung, am 23. Dezember 1953, war die einmalige Vergütung noch nicht fällig; sie wurde erst durch die Entscheidung von Dr. Haubrock vom 15. Januar 1954 teilweise fällig gestellt. Die Zahlung wäre dann auf die laufende Vergütung für 1953 (4 630 DM) anzurechnen, von der 1 630 DM offengeblieben wären. Der weiteren Zahlung von 3 000 DM am 29. März 1954 hätten dann zwei fällige Ansprüche gegenübergestanden, nämlich der Rest der laufenden Vergütung für 1953 mit 1 630 DM und die inzwischen fällig gewordene erste Rate der einmaligen Vergütung. Da beide Ansprüche gleich sicher waren, wäre die dem Nachlaß lästigere Schuld getilgt worden; das wäre - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - der Anspruch des Testamentsvollstreckers auf die ersten 7 333,33 DM der einmaligen Vergütung, die seit Anfang 1954 fällig und

mit 5 % zu verzinsen waren. Dann wären schon im März 1954 von der einmaligen Vergütung 3 000 DM getilgt worden, allerdings von der ersten Rate noch 4 333,33 DM - neben dem Rest der laufenden Vergütung von 1 630 DM - offen-geblieben. Wie hinsichtlich der späteren Zahlungen, die nach übereinstimmender Parteierklärung bis zum Betrage von 13 970 DM auf die laufenden Vergütungen angerechnet werden sollen, zu verfahren wäre, bedarf hier nicht mehr der Erörterung. Denn schon die bisherigen Ausführungen zeigen, daß von den erfolgten Zahlungen möglicherweise auf die einmalige Vergütung mehr als die 1 210,06 DM, die das Berufungsgericht berücksichtigt hat, und entsprechend weniger auf die laufenden Vergütungen anzurechnen sind. Ob möglicherweise anders zu verrechnen wäre, wenn die Entscheidung vom 15. Januar 1954 zugleich als eine vorläufige Stundung des eben erst fällig gestellten Vergütungs-Drittels zu werten wäre, muß dahingestellt bleiben, denn hierfür fehlt eine sichere Feststellung des Berufungsurteils. Verringert sich aber - wovon hiernach auszugehen ist - der Anteil der einmaligen Vergütung an der Restschuld, so verringert sich auch die Zinspflicht der Beklagten. Hier liegen Zweifel, die sich nach den bisherigen Feststellungen nicht beheben lassen. Das Berufungs-urteil kann hiernach im Zinsanspruch nicht gehalten werden.

Die revisionsrechtliche Prüfung führt daher zu folgendem Ergebnis: Soweit die Beklagten zur Zahlung von 19 789,94 DM verurteilt worden sind, ist ihre Revision zurückzuweisen. Jedoch bedürfen ein Teilbetrag von 1 000 DM, der Zinsanspruch und damit auch die Kostenverteilung einer erneuten Erörterung und Entscheidung. Die Sache wird daher an das Berufungsgericht zurückverwiesen, um diesem die weiter gebotene tatrichterliche Erörterung und Klärung, ob am 19. Dezember 1957 weitere

1 000 DM gezahlt wurden, und in der Richtung zu ermöglichen, an welchen Tagen, in welcher Höhe und ggf. mit welcher Bestimmung Zahlungen auf die einmalige oder die laufende Testamentsvollstrecker-Vergütung geleistet wurden und wie sie zu verrechnen sind.

Obwohl die Revision überwiegend erfolglos bleiben muß, hält der Senat es nicht für ratsam, über den entsprechenden Teil der Kosten des Revisionsrechtszuges zu entscheiden, sondern überträgt aus Gründen der Zweckmäßigkeit diese Entscheidung dem Berufungsgericht, weil erst dessen künftiges Urteil abschließend ergeben wird, in welchem Verhältnis die Kosten des Revisionsrechtszuges zu teilen sind.

Dr. Pagendarm

Dr. Kreft

Bundesrichter Dr. Arndt
ist beurlaubt und orts-
abwesend; er ist an der
Leistung der Unterschrift
verhindert.

Dr. Pagendarm

Gähtgens

Keßler