

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 48/66

URTEIL

Verkündet am

7. November 1966

Scheibl, Justiz-
obersekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Dr. jur. Ernst M [REDACTED], H [REDACTED]-W [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionsklägers und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Erben der am [REDACTED] 1965 verstorbenen
Witwe Anna M [REDACTED], geb. M [REDACTED],

1. den Rechtsreferendar Bernd Michael M [REDACTED],
M [REDACTED], W [REDACTED] Straße [REDACTED],

2. die unverheiratete Karin K [REDACTED], ebenda,

Kläger, Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] --.

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter Dr. Arndt, Gähtgens, Keßler und Dr. Reinhardt

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 9. November 1964 wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlußrevision der Kläger wird das genannte Urteil, soweit es die Klage in Höhe von 1 114,31 DM abgewiesen hat, sowie im Kostenpunkt aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 11. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 24. Oktober 1963 wird vollen Umfanges zurückgewiesen, jedoch wird die Kostenentscheidung dieses Urteils dahin geändert, daß die Kosten des ersten Rechtzuges gegeneinander aufgehoben werden.

Die Kosten der Rechtsmittelzüge werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Eheleute Felix M. [REDACTED] (verstorben am [REDACTED] 1947) und Elise M. [REDACTED] (verstorben am [REDACTED] 1949), die bis zu ihrem Tode in L. [REDACTED] in Sachsen (Sowjetische Besatzungszone - SBZ -) lebten, hinterließen ein gemein-

- 3 -

schaftliches Testament aus dem Januar 1935 in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben (§ 1) und nach dem Letztversterbenden fünf Erben einsetzten (§ 3); in § 9 des Testaments war der Beklagte, der früher Rechtsanwalt und Notar in B [REDACTED] (SBZ) war, zum Testamentsvollstrecker ernannt. Der Beklagte, der Miterbe zur Hälfte ist, nahm das Amt als Testamentsvollstrecker nach beiden Erblassern an. Die ursprüngliche Klägerin, Frau Anna M [REDACTED], geb. M [REDACTED], die Miterbin zu 1/8 war, hat Schadensersatzansprüche gegen ihn geltend gemacht, weil er die Pflichten seines Amtes verletzt habe; sie ist am 25. Februar 1965 verstorben und von ihren Kindern, den jetzigen Klägern, je zur Hälfte beerbt worden.

Den Klageansprüchen liegt folgendes zugrunde: Der Beklagte verließ im Mai 1949 die Sowjetische Besatzungszone und ging nach West-Berlin, wo er als politischer Flüchtling anerkannt wurde. Durch Beschluß vom 6. April 1950 entließ das Amtsgericht Lichtenstein (SBZ) den Beklagten aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker mit der Begründung, die Erblasser hätten ihn sicherlich zum Testamentsvollstrecker in der Erwartung berufen, er werde von seinem Wohnsitz B [REDACTED] aus die Geschäfte des Nachlasses unschwer führen können; da ihm aber durch seine Übersiedlung nach West-Berlin jede Einwirkungsmöglichkeit auf den Nachlaß genommen sei, liege es im mutmaßlichen Willen der Erblasser und im Interesse der Erben, ihn als Testamentsvollstrecker abuberufen. Eine Beschwerde des Beklagten beim Landgericht in Zwickau blieb erfolglos. Das Amtsgericht Lichtenstein ordnete eine Nachlaßpflegschaft an, die bei dem Notariat Hohenstein-Ernestthal geführt wird.

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](#)

Der Nachlaß der Eheleute M. [REDACTED] bestand aus Grundstücken und anderen Werten in L. [REDACTED] sowie einem Wertpapierdepot bei der Chemnitzer Filiale der Deutschen Bank, das von der Sowjetischen Besatzungs-macht beschlagnahmt war. Der Beklagte, der seine Entlassung aus dem Amt als Testamentsvollstrecker nicht anerkannte, beauftragte am 1. Juni 1950 die Sparkasse der Stadt Berlin-West, die Bereinigung der Wertpapiere nach dem Wertpapierbereinigungsgesetz durchzuführen. Im Dezember 1953 errichtete er ein Konto und Depot bei der Sparkasse unter der Bezeichnung "Felix M. [REDACTED] Nachlaß".

Die Sparkasse, der das gemeinschaftliche Testament und der Beschluß des Amtsgerichts Lichtenstein vom 6. April 1950 bekannt waren, erbat unter dem 18. September 1950 von dem Beklagten die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, weil im Wertpapierbereinigungsverfahren Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Beklagten entstanden waren. Der Beklagte lehnte die Beschaffung eines solchen Zeugnisses unter Hinweis auf die damit verbundenen Kosten und deshalb ab, weil er durch das öffentliche gemeinschaftliche Testament der Eheleute M. [REDACTED] hinreichend ausgewiesen sei. Die Sparkasse führte zunächst die Aufträge des Klägers aus, das Wertpapierbereinigungsverfahren wurde ohne Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses durchgeführt. Jedoch beharrte die Sparkasse in einem weiteren Schriftwechsel, der sich bis zum Jahre 1955 hinzog, auf ihrem Standpunkt, der Beklagte müsse seine Legitimation durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis, einen Erbschein oder die Vollmachten aller Erben nachweisen. In einem Schreiben vom 26. Oktober 1954 und in späteren Schreiben unterrichtete die Sparkasse den Beklagten, sie werde Aufträge über Konto und Depot bis

zur Vorlage einer solchen Legitimation nicht ausführen. Da der Beklagte bei seiner Weigerung verblieb, beantragte die Sparkasse am 27. Januar 1956 bei dem Amtsgericht Schöneberg - 41 VI 557-558/56 - die Einleitung der Nachlaßpflegschaft für die unbekannten Erben der Eheleute M[REDACTED]. Das Amtsgericht entsprach diesem Antrag am 31. Januar 1956 und bestellte am 1. Februar 1956 zum Pfleger den Rechtsanwalt Dr. B[REDACTED].

Hiergegen legten die Erben, vertreten durch den Beklagten, am 6. Februar 1956 Beschwerde ein; diese blieb nach dem Beschluß des Landgerichts Berlin vom 21. Juni 1956 im wesentlichen erfolglos. Ebenfalls am 6. Februar 1956 beantragte der Beklagte bei dem Amtsgericht Schöneberg die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (41 VI 729-730/56). Das Amtsgericht verlangte von dem Beklagten bestimmte Nachweise. Auch hiergegen legte der Beklagte Beschwerde ein, die vom Landgericht Berlin mit Beschluß vom 27. Juni 1956 zurückgewiesen wurde. Das Landgericht kam in seinen Beschlüssen vom 21. und 27. Juni 1956 zu dem Ergebnis, der Beklagte sei von seinem Amt als Testamentsvollstrecker durch das Amtsgericht Lichtenstein wirksam abberufen worden. Auf weitere Beschwerden hob das Kammergericht mit den Beschlüssen vom 6. August 1956 - 1 W 1478/56 und 1 W 1662/56 - die Vorentscheidungen auf und wies das Amtsgericht Schöneberg an, von seinen Bedenken gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses Abstand zu nehmen. Daraufhin hob das Amtsgericht die Nachlaßpflegschaft auf und erteilte am 21. Dezember 1956 dem Beklagten Testamentsvollstreckerzeugnisse für die Nachlässe der Eheleute - [REDACTED].

In der Zeit von Juli 1955 bis August 1956 hatte die Sparkasse entgegen den Aufträgen des Beklagten verschiedentlich Bezugsrechte für junge Aktien nicht ausgeübt, sondern die Bezugsrechte verkauft und den Erlös dem Konto "Felix M. [REDACTED] Nachlaß" zugeschrieben. Der Beklagte erstattete deswegen eine Strafanzeige wegen Untreue gegen die gesetzlichen Vertreter der Sparkasse; das Verfahren wurde eingestellt, ein Antrag des Beklagten auf gerichtliche Entscheidung blieb erfolglos.

Der Beklagte führte für den Nachlaß mehrere Rechtsstreite:

1. Mit einer Klage vom 26. Mai 1956 gegen die Sparkasse der Stadt Berlin beehrte der Beklagte Auskunft über alle Vorgänge auf dem Konto "Felix M. [REDACTED] Nachlaß" seit dem 1. Januar 1956. Der Rechtsstreit wurde in der Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem die Sparkasse - auf Grund der Beschlüsse des Kammergerichts vom 6. August 1956 - die geforderte Auskunft erteilt hatte; die Kosten wurden dem Beklagten auferlegt.
2. Da der Beklagte die Auffassung vertrat, die Nachlaßpflegschaft sei zu Unrecht angeordnet worden, der Pfleger Rechtsanwalt Dr. B. [REDACTED] habe den Nachlaß auch geschädigt, kam es wegen der für den Pfleger gerichtlich festgesetzten Vergütung von 300,- DM zu einem Rechtsstreit (46 C 572/57 AG Charlottenburg), in dem der Beklagte in beiden Rechtszügen unterlag.
3. Mit einer Klage im März 1958 - 15 O 60/58 - forderte der Beklagte von der Sparkasse der Stadt B. [REDACTED] Ersatz bzw. Feststellung der Ersatzpflicht für den

Schaden, der dem Nachlaß dadurch entstanden sei, daß die Sparkasse entgegen ihr erteilten Aufträgen es unterlassen habe, durch Ausübung von Bezugsrechten junge Aktien zu erwerben. Die Klage blieb erfolglos (BGH Urteil vom 27. Februar 1961 - II ZR 196/59 -). Nach der Behauptung der Klägerin wurde der Nachlaß hierdurch mit Kosten in Höhe von 8 914,47 DM belastet.

4. Ebenfalls erfolglos blieb eine Klage des Beklagten gegen Berlin, mit der er Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzungen von Richtern bei der Behandlung der Nachlaßsache forderte (BGH Urteil vom 16. Januar 1961 - III ZR 224/59 -).

Durch den Beschluß des Amtsgerichts Schöneberg vom 13. November 1962 wurde der Beklagte aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker entlassen. Die Beschwerde und weitere Beschwerde des Beklagten wurden durch Beschlüsse vom 11. Februar 1963 - 83 T 706/62 - und vom 26. August 1963 - 1 W 462/63 - zurückgewiesen.

Die Klägerin hat dem Beklagten eine schuldhaft Verletzung seiner Pflichten als Testamentsvollstrecker vorgeworfen und Schadensersatz gefordert mit der Begründung: Dem Nachlaß sei dadurch, daß die Sparkasse in der Zeit von Juli 1955 bis August 1956 Bezugsrechte für junge Aktien nicht ausgeübt habe, ein erheblicher Schaden entstanden. Diesen habe der Beklagte verschuldet. Auf das Verlangen der Stadtparkasse hin hätte er sofort ein Testamentsvollstreckerzeugnis beantragen müssen; er würde dieses auch erhalten haben. Dann hätte die Sparkasse seine Aufträge, die Bezugsrechte auszuüben, ausgeführt und dem Nachlaß wären wertvolle junge Aktien und entsprechende Dividenden zugeflossen, wovon auf die Klägerin 1/8 ent-

fallen sein würde. Die Klägerin sei daher geschädigt durch den Verlust der ihrem Erbteil entsprechenden Wertpapiere und um die anteiligen Dividenden, die - nach Abzug der Unkosten - bis Ende 1961 insgesamt $767,53 + 590 = 1\,357,53$ DM erbracht haben würden. Außerdem habe der Beklagte den Schadensersatzprozeß gegen die Sparkasse - 15 O 60/58 - mutwillig geführt; die Klage sei von vornherein aussichtslos gewesen. Dadurch sei dem Nachlaß ein Schaden in Höhe der Prozeßkosten von 8 914,47 DM entstanden, der die Klägerin mit $1/8 = 1\,114,31$ DM belaste.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihr Inhaberaktien verschiedener Herkunft, die in der Klageschrift im einzelnen angeführt sind, im Nennwert von 3 500,- DM zu übereignen und 2 471,84 DM nebst 4 % Zinsen auf 1 881,84 DM seit dem 9. März 1962 und auf weitere 590,- DM seit dem 1. Juli 1962 zu zahlen. Hilfsweise hat die Klägerin gebeten, die geforderten Leistungen zugunsten des Nachlasses bei einem vom Gericht zu bestellenden Verwahrer zu hinterlegen.

Der Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und erwidert: Das Verlangen der Sparkasse nach einem Testamentsvollstreckerzeugnis sei unberechtigt gewesen, weil er durch das öffentliche gemeinschaftliche Testament hinreichend als Testamentsvollstrecker ausgewiesen gewesen sei, im übrigen auch zunächst als Geschäftsführer ohne Auftrag und später in Vollmacht für die Mehrheit der Erben gehandelt habe. Der Nachlaß, der zunächst keine und bis 1954 nur denkbar geringe Erträge abgeworfen habe, habe die Kosten für ein Testamentsvollstreckerzeugnis nicht aufbringen können. Die Ausübung der Bezugsrechte sei gegen seinen, des Beklagten, ausdrücklich ausgesprochenen Willen

und entgegen seinen Aufträgen unterblieben. Hierfür seien allein die Sparkasse und der Nachlaßpfleger verantwortlich. Abgesehen davon sei er, der Beklagte, zur Ausübung der Bezugsrechte nicht verpflichtet gewesen. Er habe sich stets bemüht, den Nachlaß zu erhalten und zu mehren. Das habe er erreicht, obwohl die Gerichte und der Senator für Justiz in der Frage seiner Legitimation und der Nachlaßpflegschaft einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen und ihn an der Ausübung seines Amtes zu Unrecht gehindert hätten. Der Rechtsstreit 15 O 60/58 gegen die Sparkasse sei weder mutwillig, noch von vornherein aussichtslos gewesen. Er, der Beklagte, habe im Hinblick auf § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB zunächst die Frage einer Ersatzpflicht der Sparkasse klären müssen, da er eine Amtshaftungsklage gegen Berlin habe richten wollen.

Das Landgericht hat - dem Hilfsantrage der Klage entsprechend - den Beklagten verurteilt, die geforderten Leistungen, abzüglich einer geringfügigen Zinsmehrforderung, zugunsten der Erbengemeinschaft zu hinterlegen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht die Klage in Höhe von 1 114,31 DM (Prozeßkostenanteil) abgewiesen, es hat jedoch die weitergehende Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Die Kläger beantragen mit der Anschlußrevision, der Klage auch hinsichtlich der abgewiesenen 1 114,31 DM stattzugeben. Jede Partei bittet, das Rechtsmittel der anderen zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Kammergericht hat eine Haftung des Beklagten aus § 2219 Abs. 1 BGB bejaht. Nach dieser Bestimmung ist der

Testamentsvollstrecker, der die ihm obliegenden Verpflichtungen - das ist in erster Linie die Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) - schuldhaft verletzt, dem Erben für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich.

1. Dabei ist das Kammergericht davon ausgegangen, der Beklagte sei in dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute M. wirksam als Testamentsvollstrecker eingesetzt worden und habe unstreitig das Amt nach beiden Erblassern wirksam angenommen; da das Testament ein "Berliner Testament" (§ 2269 Abs. BGB) gewesen sei, hätten der Verwaltung des Beklagten die Wertpapiere unterlegen, die nach dem Tode des überlebenden Ehegatten zum Gesamtnachlaß der Erblasser gehörten.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen, sie werden von der Revision nicht angegriffen. Es erübrigt sich, auf die Hilfserwägungen einzugehen, die das Kammergericht für den Fall angestellt hat, daß in dem gemeinschaftlichen Testament - entgegen der gesetzlichen Auslegungsregel - die Einsetzung von Vor- und Nacherben gesehen werden sollte.

Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernannte das Amt - durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht - annimmt (§ 2202 BGB). Hier ist die Annahme des Amtes unstreitig, der übereinstimmende Parteivortrag ergibt aber auch, daß der Beklagte das Amt jedenfalls vor Mitte des Jahres 1955 angenommen hatte. Die Erwägungen, die das Kammergericht zu dem Ergebnis führen, daß der Beklagte selbst dann, wenn er sein Amt erst mit dem Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses vom 6. Februar 1956 angenommen

haben sollte, schon vor dem Juli 1955 als Testamentsvollstrecker gehandelt habe und als solcher verantwortlich gewesen sei, bedürfen nicht der Prüfung im einzelnen. Denn das Berufungsurteil hält als unstreitig fest, daß der Beklagte sein Amt als Testamentsvollstrecker sowohl nach dem erstverstorbenen Ehemann wie nach der zuletzt verstorbenen Ehefrau M. durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht Lichtenstein wirksam angenommen hat; insoweit bezieht das Berufungsurteil sich auf den Vortrag im Rechtsstreit des Beklagten gegen Berlin (10 O 65/58 = 9 U 767/59 = III ZR 224/59). Zum Zeitpunkt der Annahme ergibt der inhaltlich vorgetragene Entlassungsbeschluß des Amtsgerichts Lichtenstein vom 6. April 1950, daß der Beklagte mit Schreiben vom 4. Dezember 1947 das Amt als Testamentsvollstrecker nach Felix M. angenommen hatte. Nach dem angeführten Urteil des Kammergerichts vom 24. November 1959 - 9 U 767/59 -, das inhaltlich vorgetragen ist, nahm der Beklagte das Amt nach Elise M. mit Schreiben an das Amtsgericht Lichtenstein vom 6. November 1949 an; das Amtsgericht Lichtenstein bestätigte ihm dies unter dem 13. März 1950. Diese Zeitangaben finden eine weitere Bestätigung in dem Vortrag des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 1961 - II ZR 196/59 - sowie in der urkundlich belegten Tatsache, daß der Beklagte durch den Beschluß des Amtsgerichts Lichtenstein vom 6. April 1950 aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker sowohl nach Felix M. als auch nach Elise M. entlassen wurde, damals also schon beide Ämter angenommen haben muß. Schließlich wäre spätestens die vom Berufungsurteil angeführte Tatsache, daß der Beklagte gegen seine Entlassung als Testamentsvollstrecker die Beschwerde an das Landgericht Zwickau einlegte, als

Annahme des Amtes für beide Nachlässe zu würdigen. Die feststehenden Tatsachen ergeben hiernach zweifelsfrei, daß der Beklagte sein Amt lange vor dem Juli 1955 angenommen hat. Der Beklagte hat nie in Zweifel gezogen, daß er zu der fraglichen Zeit Testamentsvollstrecker gewesen sei, auch die Revision wendet sich hiergegen nicht.

2. Als Testamentsvollstrecker hatte der Beklagte den Nachlaß zu verwalten; er war insbesondere berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über Nachlaßgegenstände zu verfügen (§ 2205 BGB). Dabei hatte er nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung zu handeln (§ 2216 BGB). Er ist für die Folgen einer schuldhaften Verletzung dieser Pflichten den Erben verantwortlich (§ 2219 BGB).

Die Verpflichtung, für die Folgen von Pflichtverletzungen aus seiner Amtszeit einzustehen, würde - wie das Kammergericht zutreffend ausführt - nicht dadurch beeinträchtigt sein, daß das Amt des Beklagten inzwischen geendet hat. Mit dem Kammergericht kann auch ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Beklagte in der hier fraglichen Zeit von Mitte 1955 bis Mitte 1956 Testamentsvollstrecker war, wie er es stets für sich in Anspruch genommen hat. Denn die Erteilung der Testamentsvollstreckerzeugnisse (§ 2368 BGB) auf Grund der Beschlüsse des Kammergerichts vom 6. August 1956 bedeutete nicht die Berufung des Beklagten in ein neues Amt, sondern die Bestätigung, daß sein Amt durch den Entlassungs-Beschluß des Amtsgerichts Lichtenstein vom 6. April 1950 nicht berührt worden war. Von dieser Auffassung, die objektiv richtig war (vgl. die Ausführungen unter II 3), gehen die Parteien

aus. Die Klage nimmt den Beklagten "aus seiner Tätigkeit als Testamentsvollstrecker" in Anspruch und der Beklagte hat stets den Standpunkt vertreten, daß sein Amt ohne Unterbrechung fortgedauert habe.

3. Das Kammergericht hat die Pflichtverletzung des Beklagten darin gesehen, daß er die von der Sparkasse mit Recht geforderte Legitimation nicht beigebracht und dadurch die Ausführung seiner eigenen sachgemäßen Aufträge durch die Sparkasse verhindert habe. Dadurch - so führt das Berufungsurteil weiter aus - sei dem Nachlaß der Schaden entstanden, daß die jungen Aktien den Erben für eine Auseinandersetzung nicht zur Verfügung ständen. Diesen Schaden habe der Beklagte verursacht; denn seine Weigerung, sich als Testamentsvollstrecker oder sonst Verfügungsberechtigter zu legitimieren, sei erkennbar geeignet gewesen, den Schaden herbeizuführen, und habe auch die Sparkasse veranlaßt, Aufträge des Beklagten nicht mehr auszuführen.

Der Beklagte habe schuldhaft gehandelt. Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt habe er, zumal er rechtskundig sei, sich sagen müssen, daß das Verlangen der Sparkasse nach dem Zeugnis, angesichts der entstandenen Unklarheit, berechtigt sei, die Sparkasse nach ihrer Ankündigung im Schreiben vom 13. Juli 1955 die Nachlaßpflegschaft beantragen und seine Aufträge nicht mehr ausführen werde, wodurch junge Aktien dem Nachlaß verlorengehen könnten. Da er von vornherein den richtigen Standpunkt vertreten habe, seine Entlassung durch das Amtsgericht Lichtenstein sei unwirksam, habe er das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht erst am 6. Februar 1956

beantragen dürfen, sondern den Antrag schon im Jahre 1950, spätestens aber im Jahre 1954 stellen müssen. Dann hätte er die ihm günstige, seine Rechtsstellung bestätigende Entscheidung nicht erst am 6. August 1956, sondern so rechtzeitig erhalten, daß ein Verlust für den Nachlaß vermieden worden wäre.

11.

Das Berufungsurteil hält insoweit den Angriffen der Revision des Beklagten stand.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsurteil enthalte eine "unkulässige Diskriminierung" des Beklagten, indem der Tatbestand zwar anführe, daß der Beklagte durch den Beschluß des Amtsgerichts Schöneberg vom 13. November 1962 wegen "grober Pflichtverletzung" als Testamentsvollstrecker entlassen worden sei, aber nicht erwähne, daß die Entlassung in den Rechtsmittelzügen mit anderer Begründung bestätigt worden sei, ist unerheblich und unbegründet. Eine Unrichtigkeit des Tatbestandes, die im übrigen nur im Verfahren nach § 320 ZPO hätte geltend gemacht werden können, kann die Revision nicht behaupten. Das Kammergericht hat die Beschlüsse des Landgerichts vom 11. Februar 1963 - 83 T 706/62 - und des Kammergerichts vom 26. August 1963 - 1 W 462/63 - mit Angabe des Aktenzeichens angeführt und mit dem vorgetragenen Inhalt dieser Akten auch hinsichtlich ihrer Begründung in Bezug genommen. Diese Bezugnahme war berechtigt, eine Inhaltsangabe war entbehrlich. Die Tatsachen sind richtig angegeben. Nichts spricht dafür, daß das Kammergericht etwa mit einem Vorurteil an die Sache des Beklagten gegangen wäre. Dazu kann auch die Revision nichts vorbringen.

Fehl geht auch die weitere verfahrensrechtliche Rüge der Revision, das Kammergericht habe in unzulässiger Weise den Schriftwechsel zwischen der Sparkasse und dem Beklagten aus den Akten 15 O 60/58 zur Begründung seiner Entscheidung verwertet, obwohl diese Akten nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen seien, sondern dem Gericht nur zur Information oder Einsicht vorgelegen hätten. Auf den Inhalt der Akten 15 O 60/58 hatten sich beide Parteien schon im ersten Rechtszuge - die Klägerin in der Klageschrift (dort Bl. 3) und im Schriftsatz vom 20. November 1962 (dort Bl. 1), der Beklagte in der Klagerwiderrung vom 12. Oktober 1962 (dort Bl. 4) und im Schriftsatz vom 18. Oktober 1963 (dort Bl. 1) - bezogen. Die Akten lagen im ersten Rechtszug - ausweislich des Tatbestandes des landgerichtlichen Urteils - vor; das Landgericht wertete den darin befindlichen Schriftwechsel in den Entscheidungsgründen seines Urteils aus, ohne daß die Berufung des Beklagten dies gerügt hätte; vielmehr bezog die Berufungsbegründungsschrift vom 21. Januar 1964 (dort Bl. 4, 9, 11, 13) sich ausdrücklich auf die Akten 15 O 60/58 und zog ihrerseits Schlüsse auch aus dem dort befindlichen Schriftwechsel. Die Akten 15 O 60/58 lagen nach dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Kammergericht am 19. Oktober 1964 "zur Information", nach dem Tatbestand des Berufungsurteils "dem Senat zur Einsicht" vor. Es ist verfehlt, wenn die Revision aus diesen Formulierungen, die ersichtlich im Hinblick auf § 34 Abs. 2 BRAGebO nur besagen wollen, die Akten seien nicht zum Zwecke des Beweises beigezogen worden, den Schluß ziehen möchte, der Inhalt der Akten sei nicht Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Das Gegenteil

ergibt sich aus den Schriftsätzen der Parteien, auf die der Tatbestand des Berufungsurteils in zulässiger Weise Bezug nimmt.

2. Die Revision sieht eine Verletzung des sachlichen Rechts darin, daß das Kammergericht eine Pflichtverletzung des Beklagten angenommen hat, und führt hierzu aus: Ein Testamentsvollstrecker sei nicht verpflichtet, Bezugsrechte zum Erwerb junger Aktien auszuüben, wenn bare Mittel im Nachlaß nicht zur Verfügung ständen, vielmehr erst durch den Verkauf von Wertpapieren beschafft werden müßten. Sei aber der Beklagte zur Ausübung der Bezugsrechte nicht gehalten gewesen, dann könnten die Erben von dem Beklagten auch nicht Schadensersatz deswegen verlangen, weil die Bezugsrechte - gleichviel aus welchem Grunde - nicht ausgeübt worden seien.

Der Ausgangspunkt der Revision, die Bezugsrechte für junge Aktien hätten ohne den Verkauf älterer Aktien nicht vollständig ausgenutzt werden können, wird allerdings durch den Schriftwechsel in den Beiakten 15 O 60/58 tatsächlich hinreichend belegt. Die Folgerung, die die Revision hieraus ziehen möchte, ist jedoch irrig. Der Testamentsvollstrecker ist zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet (§ 2216 BGB). Welche Verwaltungsmaßnahmen hiernach im Einzelfall geboten sind, entscheidet sich zunächst nach objektiven Gesichtspunkten (BGHZ 25, 275, 280), nach den allgemeinen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit (vgl. Staudinger-Dittmann, BGB 10./11. Aufl. zu § 2216 Anm. 2), d.h. der Testamentsvollstrecker hat alles zu tun, was von einem nicht im eigenen Interesse tätigen Verwalter verlangt werden kann,

und hat alles zu unterlassen, was sich für Erben oder Vermächtnisnehmer nachteilig auswirken könnte (Erman, BGB 3. Aufl. zu § 2216 Anm. 1). Die Möglichkeit, Vorteile für den Nachlaß zu gewinnen, hat er grundsätzlich wahrzunehmen. Das Gesetz stellt jedoch die Entscheidung, ob eine Maßnahme wirtschaftlich geboten ist, weitgehend in das Ermessen des Testamentsvollstreckers (BGHZ 25, 275, 283) und läßt die Berücksichtigung eines subjektiven Moments insoweit zu, als der pflichtgetreue Testamentsvollstreckter sich nicht mit einem mäßigen Erfolg begnügen darf, wenn sich die Möglichkeit zu einem besseren Ergebnis bietet und er nach Veranlagung und Kenntnissen diese auch zu erkennen und zu verwirklichen weiß (OGHZ 3, 242, 247).

Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Beklagte seine Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung verletzt habe. Die Revision zieht nicht in Zweifel, daß der Bezug der jungen Aktien für den Nachlaß vorteilhaft gewesen wäre, selbst wenn zu diesem Zweck einige ältere Papiere hätten verkauft werden müssen; sie trägt vielmehr vor, diese Art der Anlage wäre damals allgemein für zweckmäßig gehalten worden, was auch der gesamten Einlassung des Beklagten entspricht. In der Tat ergab sich die Zweckmäßigkeit einer Ausnutzung der Bezugsrechte als natürliche Folge aus der Anlage des Nachlasses in Aktien; denn wirtschaftlich gesehen war die Ausnutzung der Bezugsrechte nichts anderes als eine Nutzung der Früchte. Der Beklagte hatte als Testamentsvollstreckter in Ausübung seines Ermessens seine Entscheidung bereits getroffen und der Sparkasse einen entsprechenden Auftrag gegeben. Er hatte also die Zweckmäßigkeit des Geschäfts erkannt und wollte die Möglichkeit nutzen. Dann aber war

er nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung verpflichtet, das Geschäft nachhaltig und sachgemäß zu betreiben, im Rahmen des Möglichen mitzuwirken und Hindernisse, die sich etwa der Durchführung entgegenstellten, aus dem Wege zu räumen. Diese Verpflichtung bestand nicht nur gegenüber der Sparkasse, sondern gerade den Erben gegenüber, in deren Interesse er den Nachlaß ordnungsmäßig zu verwalten hatte.

Unabhängig davon, ob die Geschäftsbedingungen der Sparkasse von Mai 1949, die in Ziff. 3 den Testamentsvollstrecker zur Vorlage eines Zeugnisses auf Verlangen der Sparkasse verpflichten, für den Depotvertrag galten, was die Revision in Zweifel zieht, war das Verlangen der Sparkasse nach einer Legitimation für den Beklagten berechtigt. Insoweit kann der Senat auf das Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 1961 - II ZR 196/59 - verweisen, wo unter III ausgeführt ist: Grundsätzlich ist der Testamentsvollstrecker nicht genötigt, sein Amt gerade durch das in § 2368 BGB vorgesehene Zeugnis des Nachlaßgerichts nachzuweisen. Das Reichsgericht hat bereits in seiner Entscheidung JW 1910, 802 Nr. 9 (ebenso Recht 1921 Nr. 155) ausgeführt, weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 2368 BGB ergebe sich, daß die Legitimation des Testamentsvollstreckers nur auf diesem Wege Dritten gegenüber dargetan werden könne. Allerdings genießt der Dritte, falls ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt worden ist, den Schutz des öffentlichen Glaubens wie beim Erbschein (§§ 2368, 2366, 2367 BGB); aus dieser Wirkung ist aber nicht zu folgern, daß der Dritte, der mit dem Testamentsvollstrecker in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt, unbedingt die Vorlegung eines solchen Zeugnisses

verlangen kann. Hier jedoch lagen die Umstände derart besonders, daß die Sparkasse sich mit der Vorlage einer Testamentsabschrift nebst Eröffnungsverhandlung nicht zu begnügen brauchte, sondern den Nachweis durch das Zeugnis des Nachlaßgerichts verlangen konnte. Die Sparkasse war davon unterrichtet, daß der Beklagte durch das Amtsgericht Lichtenstein aus seinem Amt entlassen worden war. Die Rechtsfrage, ob diese Entscheidung in West-Berlin anzuerkennen sei, war - wie durch die widersprechenden Entscheidungen der Berliner Gerichte dargetan wird - schwierig. Der Sparkasse war nicht zuzumuten, die Frage in eigener Verantwortung zu entscheiden. War der Beklagte nicht mehr Testamentsvollstrecker, so konnte über die Wertpapiere nur von den Erben gemeinschaftlich verfügt werden; der Beklagte aber war nicht ausgewiesener Bevollmächtigter sämtlicher Erben. Zu einer für die Beteiligten maßgebenden Klarstellung der Rechtslage bot sich ein Verfahren beim Amtsgericht Schöneberg an, das als Nachlaßgericht für die Fälle zuständig ist, in denen ein deutscher Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohnsitz in der sowjetischen Besatzungszone hatte (KG NJW 1953, 947). Die Sparkasse verlangte von dem Beklagten nichts Unbilliges, wenn sie die Verfügung über das Wertpapierkonto unter diesen Umständen von der Vorlegung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses abhängig machte. Sie hatte ihn zudem rechtzeitig auf die Notwendigkeit und die Möglichkeit hingewiesen, sich eine ausreichende Legitimation zu verschaffen. Die Frage der Kosten konnte angesichts des Wertes des Nachlasses nicht entscheidend sein. Wenn die Sparkasse im Jahre 1955 zu dem Entschluß kam, Verkäufe von Aktien aus dem Nachlaß zum Zwecke der Beschaffung der Mittel für junge Aktien nicht mehr zuzulassen, so verletzte sie nicht ihre Pflichten aus dem Depotvertrag.

Diese Ausführungen macht der jetzt erkennende Senat sich nach eigener Prüfung zu eigen. War aber das Verlangen der Sparkasse berechtigt, so mußte der Beklagte ihm entsprechen, wenigstens alles in seiner Macht Stehende einleiten, um Klarheit zu schaffen, weil er sich sagen mußte, daß die Ausführung der Maßnahme, die er selbst als Testamentsvollstrecker für richtig und zweckmäßig erkannt hatte, nunmehr von seiner Mitwirkung in dem geforderten Sinne abhing. Er verletzte, indem er die Vorlage eines Zeugnisses ablehnte, einen Antrag beim Amtsgericht nicht stellte, überhaupt die gebotenen Möglichkeiten zur Klarstellung der Rechtslage nicht nutzte, objektiv seine Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung, weil er dadurch ein Geschäft für den Nachlaß verhinderte, das er selbst für erstrebenswert und förderlich hielt.

3. Diese Pflichtverletzung des Beklagten war geeignet, einen Schaden, wie er mit der Klage geltend gemacht wird, herbeizuführen, und hat ihn auch herbeigeführt. Kommt es im Rahmen der Prüfung, wie die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten verlaufen wären, darauf an, wie die Entscheidung eines Gerichts ausgefallen wäre, dann ist allein darauf abzustellen, wie das Gericht - nach der Ansicht des jetzt über den Schadensersatzanspruch erkennenden Gerichts - richtigerweise hätte entscheiden müssen. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die gerichtlichen Entscheidungen im Prozeßverfahren, sondern auch für andere gerichtliche Verfahrensarten (BGHZ 36, 144, 154; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 51 mit weiteren Nachweisen), also auch für das hier interessierende Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Vortrag der Revision,

ein Antrag des Beklagten beim Amtsgericht Schöneberg würde - wie die tatsächliche Entwicklung gezeigt habe - erfolglos geblieben sein, ist daher in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Das Amtsgericht Schöneberg hätte einem Antrage des Beklagten bei richtiger Sachbehandlung entsprechen müssen, weil dem Entlassungsbeschuß des Amtsgerichts Lichtenstein vom 6. April 1950, der ersichtlich in einer rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechenden Weise von politischen Erwägungen getragen war, die Anerkennung hätte versagt werden müssen. Das hat das Kammergericht in seinem Urteil in der Sache des Beklagten gegen Berlin im Urteil vom 24. November 1959 - 9 U 767/59 -, auf das das jetzige Berufungsurteil sich bezieht, ohne Rechtsfehler und überzeugend begründet; der erkennende Senat kann sich dem nach eigener Prüfung anschließen. Diese Ansicht hat auch der Beklagte in seinen Rechtsstreiten stets vertreten. Der von der Revision vermißten besonderen Begründung dafür, daß ein früherer Antrag des Beklagten beim Amtsgericht Schöneberg Erfolg gehabt hätte, bedurfte es im Berufungsurteil nicht. Im übrigen läßt die Revision, soweit sie aus der tatsächlichen Behandlung des Antrages vom 6. Februar 1956 Schlüsse auf den Erfolg eines früheren Antrages ziehen möchte, außer betracht, daß der Antrag immerhin innerhalb von 6 Monaten zu dem richtigen, vom Beklagten gewünschten Ergebnis führte; nichts spricht dafür, daß ein früherer Antrag erfolglos geblieben wäre.

4. Der Vortrag der Revision, es könne dem Beklagten nicht als ein Verschulden angerechnet werden, wenn er - gestützt auf die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 285 Anm. 12) - die Rechtsauffassung vertreten habe, er sei durch das Testament hin-

reichend legitimiert und brauche ein Zeugnis des Nachlaßgerichts nicht zu beschaffen, geht am Kern des Problems vorbei. Da die Sparkasse wußte, daß das Amtsgericht Lichtenstein den Beklagten aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker entlassen hatte, war die hier entscheidende Rechtsfrage nicht, ob ein Testamentsvollstrecker durch das Testament allein hinreichend legitimiert werde oder des Zeugnisses nach § 2368 BGB bedürfe; die Frage war vielmehr dahin zu stellen, ob die Entlassung des Testamentsvollstreckers durch das ostzonale Gericht anzuerkennen sei oder nicht. Daß es der Sparkasse gerade hierum ging, konnte der Beklagte deren Schreiben vom 7., 12. und 26. Oktober 1954 unschwer entnehmen und hat er ihnen auch - wie seine Antwort vom 22. Oktober 1954 erkennen läßt - entnommen. Auf eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage konnte der Beklagte sich damals nicht berufen und berief er sich auch nicht. Dem Standpunkt des Beklagten, er sei nicht wirksam entlassen worden, neigte auch die Sparkasse - wie ihre Schreiben vom 7. und 12. Oktober 1954 besagen - zu oder hielt ihn wenigstens für möglich; wenn sie gleichwohl, um sich zu decken, und nachdem sie im Wertpapier-Bereinigungsverfahren auf die Notwendigkeit der Prüfung besonders hingewiesen worden war, eine gerichtliche Bestätigung verlangte, so hätte der Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt, da es sich um eine unausgetragene Rechtsfrage handelte, die Berechtigung dieses Verlangens erkennen und ihm entsprechen müssen. Seine Antwort vom 22. Oktober 1954 - es sei ihm persönlich völlig gleichgültig, ob die Sparkasse ihn als Testamentsvollstrecker anerkennen wolle oder nicht, er bestehe jedenfalls auf der Ausführung seiner

Aufträge, zu denen er notfalls als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Vertreter eines Teiles der Erben berechtigt sei -, war rechtlich nicht haltbar und nicht geeignet, die Bedenken der Sparkasse zu beheben, was der rechtskundige Beklagte bei der gebotenen sorgfältigen Prüfung hätte erkennen können.

Der Beklagte hätte bestrebt sein müssen, die Bedenken der Sparkasse auszuräumen, selbst wenn er sie für unrechtmäßig hielt. Die Sparkasse selbst wies ihm den einfachsten und billigsten Weg, indem sie in ihrem Schreiben vom 7. Oktober 1954 empfahl, der Beklagte möge sich an das Amtsgericht Schöneberg wenden, um entweder ein Testamentvollstreckerverzeugnis oder seine Bestellung zum Pfleger der in West-Berlin belegenen Nachlaßwerte zu erhalten. Daß die unklar gewordene Lage einer gerichtlichen Klärstellung bedürfe, kann dem Beklagten nicht entgangen sein; er beruft sich darauf auch nicht. Der Vortrag der Revision, der Beklagte habe sich in einer Zwangslage befunden, weil er die Vollmachten aller Erben nicht habe erlangen können, andererseits aber habe befürchten müssen, die Gerichte würden seine Entlassung durch das Amtsgericht Lichtenstein anerkennen und der Nachlaß werde dann handlungsunfähig sein, ist nicht geeignet, ein Verschulden auszuräumen, und in tatsächlicher Hinsicht nicht belegt. Vielmehr konnte die Sparkasse unter dem 12. Oktober 1954 den Beklagten davon verständigen, daß - nach einer Vorgesprache beim Amtsgericht Schöneberg - ein Antrag auf das Testamentvollstreckerverzeugnis voraussichtlich günstig beurteilt werden würde.

Den Bemühungen der Sparkasse in dieser Richtung hätte der Beklagte auch entnehmen können, daß die Sparkasse ernstlich bestrebt war, seinen Wünschen zu entsprechen, und sich nicht durch böswillige Erwägungen leiten ließ. Ohne Rechtsfehler konnte das Kammergericht den vorgebrachten Schriftwechsel dahin würdigen, daß es der Sparkasse mit ihren Bedenken ernst war und der Beklagte bei gehöriger Sorgfalt dies hätte erkennen müssen. Die Sparkasse hatte bereits unter dem 18. September 1950 den Beklagten um eine Legitimation gebeten. Zwar verlangte - worauf die Revision hinweist - die Sparkasse unter dem 7. Oktober 1954 die Vorlegung eines Zeugnisses "aus formellen Gründen"; das aber hat bereits das Kammergericht, ohne daß ein Rechtsfehler ersichtlich wäre, dahin gewürdigt, daß nach der Korrespondenz - im ganzen gesehen - kein Zweifel daran habe sein können, daß die Sparkasse eine Legitimation zu ihrer Deckung benötigte und hierauf bestand. Der Beklagte mußte dem Schriftwechsel mit der Sparkasse entnehmen, daß es sich für die Sparkasse nicht um eine bloße Formalität, sondern um die förmliche Feststellung und Bestätigung seiner Berechtigung handelte. Das konnte das Kammergericht ohne Rechtsfehler insbesondere dem Schreiben der Sparkasse vom 7. Oktober 1956 - in dem als Grund für das Verlangen angegeben ist, daß der Beklagte in dem Testament zwar zum Testamentsvollstrecker ernannt, aber durch das Amtsgericht Lichtenstein entlassen worden sei, deshalb müsse aus formellen Gründen eine Entscheidung des Amtsgerichts Schöneberg herbeigeführt werden - und noch deutlicher dem Schreiben vom 26. Oktober 1954 - in dem die Sparkasse auf die Erklärungen des Beklagten am 29. September 1953 im Wertpapierbereinigungs-Verfahren und auf den Beschluß der

161. Zivilkammer des Landgerichts vom 18. Dezember 1953 hinweist, wonach die Sparkasse die Verfügungsberechtigung des Testamentsvollstreckers, in Ansehung seiner am 29. September 1953 vor der Kammer gemachten Ausführungen, in eigener Verantwortung zu prüfen habe, - entnehmen. Der Beklagte, der diese Vorgänge kannte, kann sich nicht im Zweifel darüber befunden haben, daß es für die Sparkasse um die Klärung einer rechtlich erheblichen Tatsache ging, von der sie ihr weiteres Verhalten abhängig machte. Das sprach die Sparkasse in ihren Schreiben an den Beklagten seit dem 26. Oktober 1954 auch ausdrücklich aus. Der Vortrag der Revision, das "inkonsequente Verhalten" der Sparkasse, doch einen Teil der Aufträge auszuführen, habe den Beklagten in seiner Auffassung bestärkt, daß er zur Vorlegung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht verpflichtet sei, kann nicht durchgreifen. Das Kammergericht hat das Schreiben der Sparkasse vom 13. Juli 1955, das die teilweise Ausnutzung der Bezugsrechte behandelt, berücksichtigt und erwogen, die Sparkasse habe Aufträge zunächst aus "Kulanz" ausgeführt. Mehr bedurfte es in diesem Zusammenhang nicht (BGHZ 3, 162, 175). Denn der Inhalt des Schreibens vom 13. Juli 1955, in dem die Sparkasse den Beklagten davon verständigte, sie könne seine Aufträge nur zum Teil ausführen, und ihn wiederum dringend um seine Legitimation bat, weil sonst eine Nachlaßpflegschaft beantragt werden müsse, spricht für sich selbst. Der Beklagte konnte dem keinesfalls entnehmen, daß es der Sparkasse mit ihrem Verlangen nicht ernst sei, zumal die Sparkasse von dem Verkauf älterer Aktien absah und nur einige Bezugsrechte veräußerte, um für den Erlös junge Aktien anzuschaffen, also sich auf Maßnahmen beschränkte, die von vornherein für den Nachlaß ungefährlich erschienen.

5. Die Folgerungen des Berufungsurteils, die hiernach festgestellte schuldhafte Pflichtverletzung des Beklagten habe ursächlich den Schaden herbeigeführt, sowie die Ausführungen zur Höhe des Schadens werden von der Revision nicht angegriffen (vgl. LM zu ZPO § 554 Abs. 2 Nr. 22). Auch insoweit läßt das Berufungsurteil in dem der Nachprüfung des Revisionsgerichts zugänglichen Rahmen einen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten nicht erkennen. Ergab der Schriftwechsel für den Beklagten - wie bereits ausgeführt ist -, daß es der Sparkasse mit ihren Bedenken ernst war, daß sie seine Aufträge nicht mehr ausführen und eine Nachlaßpflegschaft beantragen werde, dann war die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens für ihn ersichtlich; denn er mußte sich wenigstens sagen, daß ein Wechsel in der Verwaltung, schon die notwendige Einarbeitung des Nachlaßpflegers, zu Verzögerungen, möglicherweise auch zu anderen Entschlüssen führen könne. Hätte er pflichtgemäß das Testamentsvollstreckerzeugnis beantragt, dann wäre er - das ergibt sich aus dem Gang des abgeschlossen vorliegenden Verfahrens - vor Mitte 1955 im Besitz des Zeugnisses gewesen und der mit der Klage geltend gemachte Schaden wäre vermieden worden.

Hiernach erweist die Revision des Beklagten sich als unbegründet und ist zurückzuweisen.

III.

1. Das Kammergericht hat die Klage abgewiesen, soweit mit ihr Ersatz eines Achtels der Kosten des Rechtsstreits zwischen dem Beklagten als Testamentsvollstrecker und der Sparkasse (15 O 60/58 = 7 U 1649/58 = II ZR 196/59) in Höhe von 1 114,31 DM nebst Zinsen beansprucht wird;

es hat erwogen: Dieser Rechtsstreit sei zwar nicht - worauf der Beklagte sich berufen habe - zur Vorbereitung einer Amtshaftungsklage gegen Berlin gemäß § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlich gewesen; denn der Anspruch gegen die Sparkasse sei aus einem anderen Tatsachenkreis hergeleitet worden und habe sich auf einen anderen Streitgegenstand bezogen als der Amtshaftungsanspruch. Jedoch könne dem Beklagten nicht nachgewiesen werden, daß er unter Verletzung seiner Pflichten als Testamentsvollstrecker den Rechtsstreit gegen die Sparkasse überflüssigerweise, leichtfertig oder mutwillig geführt habe. Weder das Landgericht noch das Kammergericht noch der Bundesgerichtshof hätten den Anspruch als von vornherein aussichtslos oder jeder sachlichen Begründung entbehrend gekennzeichnet; vielmehr hätten alle Gerichte sich mit dem Vorbringen des Beklagten eingehend auseinandergesetzt. Die Tatsache allein, daß der Beklagte zu Unrecht seine Legitimation gegenüber der Sparkasse verweigert habe, rechtfertige noch nicht den Schluß, er habe den nachfolgenden Prozeß entgegen den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung geführt. Mehr aber habe die Klage hierzu nicht vorgetragen.

2. Die Anschlußrevision der Kläger, die in rechter Frist und Form eingelegt ist (§§ 556, 239, 249 ZPO; vgl. BGHZ 2, 227), hat demgegenüber Erfolg.

Kraft seines Amtes hat der Testamentsvollstrecker Ansprüche des Nachlasses, notfalls im Wege der gerichtlichen Klage, geltend zu machen; die hierdurch entstehenden Kosten belasten im Grundsatz, solange sie sich im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung halten, den Nachlaß (§§ 2218, 670 BGB). Der Beklagte, der sich nach

dem rechtskräftigen Urteil des II. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 1961 - II ZR 196/59 - entgegen halten lassen muß, daß seine Klage gegen die Sparkasse unbegründet war, darf sich nicht darauf berufen, die Klage sei objektiv notwendig und gerechtfertigt gewesen. Allerdings können auch die Kosten eines verlorenen Prozesses, den der Testamentsvollstrecker für den Nachlaß geführt hat, dem Nachlaß zur Last fallen, wenn und soweit der Testamentsvollstrecker die Führung des Rechtsstreits nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung als gerechtfertigt ansehen durfte (Staudinger-Dittmann BGB 10./11. Aufl. zu § 2218 Anm. 28); denn der Erbe muß auch Aufwendungen des Testamentsvollstreckers gelten lassen, die dieser etwa auf Grund eines rechtlichen Irrtums gemacht hat, sofern er zu seiner Auffassung auch bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters kommen konnte (RGRecht 1910 Nr. 724). Jedoch hat der Testamentsvollstrecker - davon ist auch das Kammergericht zutreffend ausgegangen - für den Schaden einzustehen, den er durch eine erkennbar überflüssige, leichtfertige oder durch eigene persönliche Interessen beeinflusste Prozeßführung verursacht (RG JW 1936, 3338 Nr. 7; RGRecht 1914, 644; BGB RGRK 11. Aufl. zu § 2219 Anm. 1).

Diese Voraussetzungen hat das Kammergericht - obwohl es den Rechtsstreit gegen die Sparkasse mit zutreffender Begründung nicht als nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB geboten angesehen hat - verneint, weil der Verlust des Rechtsstreits nicht notwendig eine Ersatzpflicht des Beklagten nach sich ziehe und die Klage weiteres hierzu nicht vorgetragen habe. Die Anschlußrevision der Kläger rügt mit Erfolg, daß das Kammergericht insoweit den Vortrag der Klage verkannt habe.

Allerdings ist in der Klageschrift (dort Bl. 7) ein Schadensersatzanspruch wegen der Prozeßkosten lediglich mit dem Nebensatz begründet, den Schaden (der Gegenstand des Prozesses mit der Sparkasse war) habe nicht die Sparkasse, sondern der Beklagte selbst zu ersetzen; im Schriftsatz vom 8. Februar 1963 (dort Bl. 2) wirft die Klage dem Beklagten vor, er habe den Prozeß mit "unklaren Vorstellungen" und offenbar ohne den Rat erfahrener Anwälte begonnen; der Schriftsatz vom 29. Mai 1964 (dort Bl. 3) spricht von "der leichtfertigen Art", in der der Beklagte den Rechtsstreit begonnen habe, und das Berufungsurteil hält als mündlichen Vortrag der Klage fest, der Beklagte habe den Prozeß gegen die Sparkasse mutwillig geführt, weil dieser von vornherein aussichtslos gewesen sei. Mit diesen Wendungen aber zog die Klage ersichtlich - im Hinblick auf die Formulierungen in der Rechtsprechung - nur die rechtlichen Folgerungen aus dem vorgetragenen Gesamt-Sachverhalt; sie wollte sagen und ist dahin zu verstehen: Weil der Beklagte selbst durch sein schuldhaft pflichtwidriges Handeln die Sparkasse an der Ausführung seiner Aufträge gehindert habe und weil er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt habe erkennen müssen, daß deshalb für den Schaden des Nachlasses nicht die Sparkasse, sondern er selbst einzustehen habe, habe die Prozeßführung gegen die Sparkasse - für den Beklagten erkennbar - außerhalb des Rahmens einer ordnungsmäßigen Verwaltung gelegen. So verstanden, ist der Vortrag der Anschlußrevision nicht neu, sondern die Folgerung aus dem bisherigen Sachvortrag; der Beklagte, der in seiner Erwiderung zur Anschlußrevision auf den Zusammenhang der früheren Prozesse hinweist, kann sich nicht dagegen wenden, daß die Dinge in dem Zusammenhang gesehen und gewürdigt werden, in den sie erkennbar gehören.

Das Berufungsurteil, das diese Gesichtspunkte nicht gewürdigt hat, wird insoweit dem Vortrag der Klage und den dazu getroffenen Feststellungen nicht gerecht. Jedoch ermöglichen seine tatsächlichen Feststellungen unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen unter II dem Revisionsgericht eine abschließende Entscheidung auch zu diesem Punkt (§ 565 Abs. 3 ZPO). Objektiv war - wie in dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27. Februar 1961 (II ZR 196/59) bereits entschieden ist - die Sparkasse berechtigt, eine Legitimation des Beklagten zu verlangen, und sie handelte nicht vertragswidrig, wenn sie mangels einer Legitimation die Aufträge des Beklagten nicht ausführte. War - wie jetzt tatsächlich feststeht - dem Beklagten die Berechtigung des Verlangens der Sparkasse erkennbar und mußte er sich weiter sagen, daß die Sparkasse seine Aufträge nicht mehr ausführen werde, solange die Legitimation fehle, dann hätte er bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt auch aus seiner Sicht erkennen müssen, daß die Sparkasse nicht ersatzpflichtig und eine Klage gegen sie unbegründet sei und erfolglos bleiben müsse. Einen erkennbar aussichtslosen Rechtsstreit durfte er auch nicht führen, um für die beabsichtigte Amtshaftungsklage den Einwand einer anderen Ersatzmöglichkeit (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB) auszuschließen; er konnte - soweit es hierauf ankam - den Nachweis, daß er von der Sparkasse Ersatz nicht erlangen könne, im Amtshaftungsprozeß führen (BGB RGRK 11. Aufl. zu § 839 Anm. 97 mit Nachweisen). Alle dem Beklagten erkennbaren Gesichtspunkte ergaben hiernach, daß der Beklagte diesen Prozeß für den Nachlaß nicht führen dürfe und der Aufwand von Kosten für diesen Zweck den

Interessen des Nachlasses abträglich sei. Das ist nicht - wie der Beklagte vorträgt - eine Folgerung aus späterer Sicht. Die Unbegründetheit eines Anspruchs gegen die Sparkasse wurde allerdings erst im Rechtsstreit gegen diese gerichtlich festgestellt; alle Umstände aber, aus denen sie folgte, waren dem Beklagten schon zur Zeit der Klageerhebung bekannt und hätten ihn bei sorgfältiger Prüfung von der Klage abhalten müssen. Der Beklagte ist daher dem Nachlaß zum Ersatz des Schadens in Höhe der Kosten verpflichtet.

IV.

Hiernach ist die Revision des Beklagten zurückzuweisen, auf die Anschlußrevision der Kläger aber das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen, soweit die Berufung des Beklagten Erfolg hatte.

Lediglich in der Kostenentscheidung ist das erste Urteil zu ändern. Das Landgericht hat den Hauptantrag, mit dem die Klägerin Leistung an sich selbst forderte, für unbegründet befunden und den Beklagten nur - dem Hilfsantrage der Klage entsprechend - zur Hinterlegung zu Gunsten des Nachlasses verurteilt. Da der Beklagte mit zu den Erben gehört, kommt die Hinterlegung auch ihm entsprechend seinem Erbanteil zugute, belastet ihn insoweit nicht und bedeutet nur einen Teilerfolg der Klage. Der Wert des Hilfsantrages, mit dem die Klägerin Erfolg hatte, kann - da der Beklagte zur Hälfte am Nachlaß beteiligt ist - nur mit der Hälfte des Hauptantrages angenommen werden (vgl. RG Seuff Arch. 92 Nr. 58; RG JW 1937, 228 Nr. 11; RGZ 156, 263; LM zu ZPO § 6 Nr. 5). Hatte hiernach die Klage im ersten Rechtszuge nur mit ihrem

halben Wert Erfolg, so ist es gerechtfertigt, die Kosten des ersten Rechtszuges gegeneinander aufzuheben (§ 92 ZPO).

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsrechtszuges, in denen nur über den Wert des Hilfsantrages verhandelt und entschieden wurde, fallen gemäß § 97 ZPO dem Beklagten zur Last.

Dr. Pagendarm

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

Gähtgens

Dr. Pagendarm

Keßler

Dr. Reinhardt