

73

Für das Nachschlagewerk !

Für die amtliche Sammlung (nur zu 1) !

1. Gesetz: BGB §§ 2203, 2205, 2209, 2223

Rechtssatz: Eine Testamentsvollstreckung kann auch für einen Vermächtnisnehmer angeordnet werden.

2. Gesetz: BGB §§ 181, 2223

Rechtssatz: Ein Testamentsvollstrecker kann im allgemeinen gleichzeitig für den Erben und den Vermächtnisnehmer bestimmt werden.

3. Gesetz: BGB §§ 1032, 1036

Rechtssatz: Die Bestellung eines Nießbrauchs gemäß § 1032 Satz 2 BGB ist möglich, auch wenn der Nießbraucher den unmittelbaren Besitz nicht erhalten soll.

4. Gesetz: BGB § 868

Rechtssatz: Voraussetzung für mittelbaren Besitz ist, daß der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren Besitzer gegenüber nur auf Zeit zum Besitz berechtigt ist, nicht dagegen, daß der mittelbare Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache an sich selbst zu irgendeinem Zeitpunkt hat.

Aktenzeichen: IV ZR 152/53

Urteil des BGH. vom 29. April 1954 Kammergericht Berlin

Verkündet
am 29. April 1954
Klett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

- 1) der Witwe Margarete S. geb. G. in B.-S., K.-str.,
Klägerin, Revisionsklägerin und Anschlussrevisions-
beklagte,
- 2) a) des Gerhard S. in F.-M.-N.,
P. Weg,
b) der Ingeborg S. geb. Sch.,
in B.-S., M.-str.,
c) der Brigitte Sch. in B.-S., G.-str.,
d) der Elise Sch. geb. G. in B.-S.,
G.-str.,
e) deren Ehemann Walter Sch., ebenda,
f) der Helene R. geb. Ru. in B.-B.,
L. Straße,
Nebenintervenienten und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

g e g e n

die Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Bau-
meisters Walter Schädel

- 1) Prokurist Johannes O. in B.-N.,
D.-str.,
- 2) Hauptreferent Erich F. in B.-S.,
B.-str.,
- 3) Zahnarzt Dr. Dr. Paul H. in B.-F.,
F.-W.-Platz,

Beklagte, Revisionsbeklagte und Anschlussrevisions-
kläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 1954 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Raske, Dr. Kregel, Dr. v. Werner und Scheffler

für Recht erkannt:

Die Revision und die Anschlußrevision gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts zu Berlin vom 16. Juni 1953 werden zurückgewiesen; jedoch wird die Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention aufgehoben. Die durch die Nebenintervention entstandenen Kosten werden den Beklagten und den Nebenintervenienten je zur Hälfte auferlegt. Die Kosten der Revision und der Anschlußrevision werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
(mobile App)

Über 100.000 Urteile



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der am 19. März 1950 verstorbene Baumeister Walter S. hat am 27. Januar 1950 zusammen mit seiner Ehefrau, der Klägerin, vor einem Notar ein gemeinschaftliches Testament errichtet. In diesem Testament hat der Ehemann zu seinen Erben verschiedene Verwandte von ihm und von seiner Frau eingesetzt. Sodann hat er folgendes bestimmt:

"Meine Frau, Margarete S. geb. G., soll solange sie lebt, den uneingeschränkten Nießbrauch an meinem gesamten Nachlaß haben."

Ferner hat er eine Testamentsvollstreckung für seinen Nachlaß angeordnet, die Beklagten zu seinen Testamentsvollstreckern bestellt und eingehende Bestimmungen für den Fall ihres Ausscheidens getroffen. Hinsichtlich der Obliegenheiten seiner Testamentsvollstrecker hat der Erblasser angeordnet:

"Die Aufgabe der Testamentsvollstrecker soll, solange meine Frau lebt, in der Verwaltung meines Nachlasses bestehen. Sie sollen in erster Linie die für die Bezahlung der Erbschaftssteuer erforderlichen Beträge flüssig machen und die Erbschaftssteuer bezahlen, soweit diese nicht nach den gesetzlichen Bestimmungen gestundet und die Bezahlung auf eine Reihe von Jahren verteilt werden kann. Nach dem Tode meiner Frau sollen die Testamentsvollstrecker den Nachlaß unter meine Erben verteilen."

Hinsichtlich der Verteilung seines Nachlasses sind in dem Testament noch besondere Anordnungen enthalten, die u.a. dahin gehen, daß der Nachlaß erst verteilt werden soll, wenn sämtliche Erben das 30. Lebensjahr vollendet haben, jedoch nicht früher als 2 Jahre nach dem Tode der Klägerin.

Die Klägerin selbst hat ihren Ehemann als alleinigen Erben eingesetzt und als Ersatzerben gleichfalls Verwandte von ihr und ihrem Ehemann.

Beide Testatoren haben schliesslich dem Überlebenden von ihnen das Recht eingeräumt, über sein Vermögen unter Abänderung der vorstehenden letztwilligen Verfügungen frei zu testieren.

Die Beklagten haben das Amt als Testamentsvollstrecker angenommen. Sie haben den gesamten Nachlaß in Besitz und Verwaltung genommen.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß ihr auf Grund des Testaments ihres Ehemannes ein lebenslänglicher dinglicher Nießbrauch an sämtlichen Gegenständen des Nachlasses zu bestellen und der unmittelbare Besitz an diesen zu übertragen sei. Sie hat beantragt, die Beklagten zu verurteilen, darin zu willigen, daß für sie, die Klägerin, im Grundbuch eines in Spandau gelegenen Grundstücks des Nachlasses der lebenslängliche Nießbrauch eingetragen und daß ihr der Besitz an diesem Grundstück übertragen wird. Die Beklagten bestreiten der Klägerin ein Nießbrauchsrecht und ein Recht zum Besitz. Sie sehen in der streitigen Bestimmung nur die Zuwendung eines Nutzungsvermögens, auf Grund dessen die Klägerin lediglich einen Anspruch auf den Reinertrag des Nachlasses habe. Sie haben gebeten, die Klage abzuweisen und verlangen im Wege der Widerklage die Feststellung, daß die Klägerin keinen Anspruch auf Einräumung des dinglichen Nießbrauchs an den einzelnen Nachlaßgegenständen habe, hilfsweise, daß sie nicht berechtigt sei, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und zu verwalten.

Auf Grund einer Streitverkündung der Beklagten sind 5 der eingesetzten Erben und der Ehemann einer dieser Erben der Klägerin als Streitgehilfen beigetreten.

Das Landgericht hat dem Begehren der Klägerin entsprochen und die Widerklage abgewiesen. Auf die Berufung

der Beklagten hat das Kammergericht dem Hilfsantrag der Widerklage stattgegeben, die Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung in die Eintragung eines lebenslänglichen Nießbrauchsrechts jedoch aufrechterhalten.

Gegen dieses Urteil haben die Klägerin und Nebenintervenienten Revision eingelegt. Mit ihr erstreben sie eine Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagten haben sich der Revision angeschlossen und gebeten, unter Zurückweisung der Revision die Klage abzuweisen und ihrer Widerklage in vollem Umfange stattzugeben.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision stellt zunächst die Zulässigkeit der Berufung in Frage, insofern als nicht erkennbar oder festgestellt sei, ob die Verfügung des Vorsitzenden des Berufungsgerichts vom 14. Januar 1953, die am 15. Januar 1953 gefertigt und am 16. Januar 1953 abgesandt sei, und in der die Berufungsbegründungsfrist bis zum 24. Februar 1953 verlängert wurde, auch innerhalb der am 24. Januar 1953 abgelaufenen Frist zur Begründung der Berufung dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zugegangen sei. Die von der Revision geäußerten Bedenken sind nicht begründet. Die Verfügung des Vorsitzenden brauchte, um wirksam zu werden, nicht förmlich zugestellt zu werden. Sie wurde vielmehr bereits in dem Augenblick wirksam, in dem sie aus dem Bereich des Gerichts in die Außenwelt gelangte. Das war mit der aktenmässig feststehenden, am 16. Januar 1953 erfolgten Absendung der Fall (vgl. § 329 Abs. 3 Satz 2 ZPO sowie RGZ 156, 388f und BGHZ 4, 399).

II. Das Berufungsgericht hat als Inhalt des Testaments der Erblasserin auf Grund seines Wortlauts, der Bekundungen des Notars, vor dem das Testament errichtet worden ist und des Parteivorbringens festgestellt, daß der Erblasser einerseits seinen umfangreichen Nachlaß der Verwaltung erfahrener, verständiger und zuverlässiger Testamentsvollstrecker habe unterstellen, andererseits der Klägerin als Vermächtnis einen dinglichen Nießbrauch habe zuwenden wollen. .

1) Die Revision ist zunächst der Auffassung, daß die Ermittlung des Inhalts einer urkundlich niedergelegten, rechtsgeschäftlichen Erklärung eine Rechtsfrage sei und daher in der Revisionsinstanz nachzuprüfen sei, auch wenn es sich um keinen Verstoß gegen Auslegungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften handele. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Welche Erklärung abgegeben worden ist und was mit ihr der Erklärende gemeint hat, ist eine Frage tatsächlicher Art, deren Feststellung gemäß § 286 ZPO nur dem Tatsachenrichter obliegt. Dies hat der erkennende Senat in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits in seiner Entscheidung vom 11. Oktober 1951 - IV ZR 17/50, abgedruckt bei L-M Nr. 1 zu § 133 B BGB ausgesprochen. Die Ausführungen der Revision geben keinen Anlaß, von dieser Rechtsansicht abzuweichen.

Ob eine Ausnahme von diesen Grundsätzen geboten ist, wenn es sich um die Auslegung typischer Testamentsklauseln handelt, kann dahinstehen, da die Einräumung eines "uneingeschränkten Nießbrauchs" keine typische Testamentsklausel darstellt.

2) Die Revision ist sodann der Auffassung, daß die Auslegung, zu der das Berufungsgericht gekommen ist,

gegen gesetzliche Auslegungsregeln, die Denkgesetze und Erfahrungssätze und gegen Verfahrensvorschriften verstößt.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht halte den Wortlaut des Testaments für mehrdeutig. Dies sei er aber nur, wenn der Auslegung des Berufungsgerichts und nicht der der Klägerin gefolgt werde. Infolgedessen sei denkgesetzlich eine Auslegung, wie sie das Berufungsgericht vornehme, nicht möglich.

Zwar wird grundsätzlich die Auslegung einer letztwilligen Verfügung, die eine Mehrdeutigkeit ausschließt, den Vorzug vor einer mehrdeutigen verdienen. Es kann aber nicht allgemein gesagt werden, daß eine Auslegung, die zu einer Mehrdeutigkeit führt, gegen die Denkgesetze verstoßen muß. Im übrigen schließt aber auch die von der Klägerin begehrte Auslegung eine Mehrdeutigkeit nicht aus. Denn der von ihr als Nießbraucherin verlangte unmittelbare Besitz an dem gesamten Nachlaß und dessen Verwaltung durch sie läßt sich mit der Aufgabe der Testamentsvollstrecker nicht vereinbaren, die nach dem Wortlaut des Testaments "solange meine Frau lebt, in der Verwaltung meines Nachlasses bestehen" soll. Daß zwischen Erben und Nießbraucher widerstreitende Interessen bestehen können, ist denkbar. Dies muß jedoch nicht dazu führen, daß der Erblasser in ihrer Beilegung die ausschliessliche Aufgabe seiner Testamentsvollstrecker erblickt. Dasselbe muß gelten, sowohl von der Regelung der Erbschaftssteuer, die der Erblasser nach dem Wortlaut seines Testaments den Beklagten nur "in erster Linie" übertragen hat, wie auch von der Regelung sonstiger Steuer- und Lastenausgleichsfragen, hinsichtlich deren sowohl die Erben, wie auch die Nießbraucherin

stets ihre Auffassung den Testamentsvollstreckern gegenüber zum Ausdruck bringen können.

Da somit die Auslegung, die die Klägerin dem Testament geben will, nicht zwanglos und nicht frei von einem Widerspruch zu seinem Wortlaut ist, sind die Folgerungen, die die Revision für die Auslegung zieht, nicht begründet. Es läßt sich daher nicht sagen, daß der Wortlaut des Testaments einen klar verständlichen, eindeutigen Inhalt habe, der eine Auslegung nicht zulasse.

b) Die Revision rügt weiter einen Verstoß gegen § 286 ZPO, weil das Gericht keine Tatsachen festgestellt habe, die die Notwendigkeit ergeben hätten, das Nießbrauchsrecht der Klägerin der Verwaltung von Testamentsvollstreckern zu unterstellen, obwohl die Verwaltungsaufgaben nach der Behauptung der Klägerin auch für sie durchaus lösbar gewesen seien, weil sie bereits zu Lebzeiten des Erblassers diesen in seinem Berufe unterstützt habe. Das Berufungsgericht habe auch nicht geprüft, ob die Bestellung von Testamentsvollstreckern für den Nachlaß mit freier Verfügungsbefugnis für sie wirtschaftlich sinnvoll und zweckmässig gewesen wäre und die Behauptung nicht berücksichtigt, daß die Klägerin in glücklicher Ehe mit dem Erblasser gelebt habe, der Erblasser auch nur ihre wirtschaftliche Sicherstellung beabsichtigt und praktisch sie in die Lage des alleinberechtigten Erben habe setzen wollen. Das Berufungsgericht habe somit wesentliches Auslegungsmaterial nicht berücksichtigt.

Auch diese Angriffe gehen fehl. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Verwaltung des Nachlasses, wie der Erblasser wußte, nicht nur eine übliche Geschäftsgewandtheit allgemeiner Art, sondern be-

sondere Sachkunde und Tüchtigkeit erforderte und daß der Erblasser die Voraussetzungen hierfür in der Person der Beklagten, insbesondere der des Beklagten zu 1) als Prokuristen seiner Firma als erfüllt angesehen habe. Angesichts dieser Feststellung brauchte in den Urteilsgründen nicht des näheren erörtert zu werden, ob es notwendig, wirtschaftlich sinnvoll und zweckmässig gewesen ist, den Nachlaß durch Testamentsvollstrecker verwalten zu lassen, und ob die Klägerin die Verwaltung auch selbst hätte vornehmen können. Die Tatsache, daß der Erblasser der Klägerin nur den Nießbrauch vermacht hat, rechtfertigt eine Auslegung, daß der Erblasser ihr eben nicht die Stellung der alleinberechtigten Erbin einräumen wollte.

Eine andere Frage ist freilich, ob die Testamentsvollstrecker nach dem Sinn des Testaments die Klägerin nicht vor wichtigen Maßnahmen, die die Interessen der Klägerin stark berühren, anzuhören haben. Diese Frage wird allerdings zu bejahen sein. Das Recht der Klägerin auf Anhörung berührt aber das Verwaltungsrecht der Testamentsvollstrecker als solches nicht.

c) Die Revision rügt weiter, daß das Berufungsgericht nicht den Umstand berücksichtigt habe, daß das Testament von dem Erblasser und der Klägerin gemeinsam errichtet worden sei. Wenn die Revision damit zum Ausdruck bringen will, daß bei der Auslegung des Testaments auch der Wille der Klägerin berücksichtigt werden müßte, so irrt sie, da es sich bei den streitigen Bestimmungen nicht um gemeinschaftliche beider Ehegatten, sondern ausschliesslich um solche des Erblassers gehandelt hat.

a) Nicht begründet ist auch die Revision, soweit sie sich gegen die Auslegung des Wortes "uneingeschränkten Nießbrauch" wendet. Diese Worte schließen nicht aus, daß der Klägerin der unmittelbare Besitz und die Verwaltung nicht zustehen soll. Da, wie sich aus § 1030 Abs.2 BGB ergibt, das Gesetz eine Beschränkung des Nießbrauchs durch den Ausschluß einzelner Nutzungen kennt, ist eine Auslegung möglich, daß mit dem Wort "uneingeschränkt" nur die Zuweisung sämtlicher Nutzungen ausgedrückt sein soll. Daß hierbei das Gericht den Begriff der Nutzungen verkannt hat, nämlich die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, die der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt, läßt sich aus dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen.

Entgegen der Auffassung der Revision ergibt das Urteil auch nicht, daß das Berufungsgericht die Frage der Beweislast verkannt hat, die übrigens grundsätzlich denjenigen trifft, der Rechte aus einem bestimmten Tatbestand herleiten will. Für die Auslegung des Testaments durch das Berufungsgericht war die Beweislastfrage ohne Bedeutung.

3) Der Revision ist zuzugeben, daß die Auslegung des Testaments, wie sie das Berufungsgericht vornimmt, nicht vertretbar wäre, wenn sie zu einem rechtlich unzulässigen Ergebnis führen würde und daß in einem solchen Falle gemäß § 2084 BGB eine Auslegung in Frage käme, bei der die letztwillige Verfügung des Erblassers Erfolg haben könnte. Es kann aber nicht anerkannt werden, daß die Auslegung des Berufungsgerichts zu einem rechtlich unmöglichen Ergebnis führt.

a) Zunächst kann eine Testamentsvollstreckung auch für einen Vermächtnisgegenstand angeordnet werden. Das ergibt sich schon daraus, daß nach dem Willen des Gesetzes

dem Erblasser die Möglichkeit gegeben werden soll, durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers seinen letzten Willen zur Ausführung bringen zu lassen. Daß hierbei nur der letzte Wille in Betracht kommen soll, soweit er den Erben selbst betrifft, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Im Gegenteil bestimmt § 2203 BGB ganz allgemein, daß der Testamentsvollstrecker die letztwillige Verfügung zur Ausführung zu bringen hat. Der Testamentsvollstrecker leitet seine Befugnisse auch nicht vom Erben, sondern vom Erblasser her. Der Testamentsvollstrecker ist nicht etwa nur ein Vertreter des Erben (vgl. RGZ 56, 327 f. 3307 und 61, 139f. 1457), er führt vielmehr, wie dies auch das Gesetz in den §§ 2201 und 2202 BGB sagt, ein "Amt" aus und zwar unabhängig vom Willen der Erben entsprechend der letztwilligen Verfügung des Erblassers. Die Auffassung der Revision, daß die Testamentsvollstreckung an einem Vermächtnis im allgemeinen unzulässig sei, läßt sich auch nicht aus der Bestimmung des § 2223 BGB herleiten. Schon die Motive zum BGB (Band V S 246) sprechen für den Fall des § 2223 BGB von der Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung der Bestimmungen über den Testamentsvollstrecker. Ferner sieht § 2338 BGB ausdrücklich die Verwaltung eines Vermächtnisses durch den Testamentsvollstrecker bei der Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten vor. Infolgedessen muß es zulässig sein, daß der Erblasser in gleicher Weise wie für einen Erben, auch für einen Vermächtnisnehmer die Verwaltung eines Nachlaßgegenstandes anordnet. Dies wird auch überwiegend von Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt (vgl. insbes. RGRK Anm. 2 zu § 2223; Soergel Anm. 2 zu § 2223, Staudinger zu § 2223, Kipp-Coing § 133 I 3 S 510; RG Entscheidung vom 4.10.23 - IV - 466/22; DJZ 1924, 475/476). Planck-Flad vertritt zwar in der Anm. 3 zu § 2223 BGB der 4. Aufl. abweichend von der 3. Aufl. die

Ansicht, daß § 2223 BGB eine Ausnahmebestimmung sei und daher ein Testamentsvollstrecker für einen Vermächtnisnehmer nur in dem dort vorgesehenen Umfang ernannt werden könne, nicht aber zur Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes, da § 2209 BGB nicht erwähnt sei. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. § 2223 BGB soll nicht den Wirkungskreis der Testamentsvollstrecker beschränken, er dient vielmehr einer Klarstellung, zu der die Bestimmung des § 2194 BGB Anlaß geben könnte. Ob die dem Testamentsvollstrecker nach §§ 2205 Satz 1, 2201 BGB zustehende Verwaltungsbefugnis vom Gesetz unzweckmässig zu weit gespannt ist und eingeschränkt werden sollte, ist eine Frage, die hier nicht zu entscheiden ist. Eine Einschränkung könnte nur der Gesetzgeber vornehmen, indem er das Gesetz änderte. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß die Bestimmung des § 137 BGB, nach der die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, der Zulässigkeit einer Vermächtnis-Testamentsvollstreckung entgegensteht. Denn einmal geht das Recht des Vermächtnisnehmers nur auf Erfüllung des Vermächtnisanspruchs und die Verfügung über diesen Anspruch wird dem Vermächtnisnehmer in der Regel nicht durch die Anordnung einer Verwaltung des Vermächtnisgegenstandes genommen. Sodann haben aber die besonderen Bestimmungen der §§ 2205 und 2209 BGB den Vorrang vor der Bestimmung des § 137 BGB.

b) Es trifft sodann nicht zu, daß es auf Grund des § 181 BGB wegen Widerstreits ihrer Interessen nicht möglich sei, eine Testamentsvollstreckung gleichzeitig für den Erben und für den Vermächtnisnehmer anzuordnen. Wie bereits oben ausgeführt, ist der Testamentsvollstrecker weder Vertreter des Erben, noch des Vermächtnisnehmers, und er leitet sein Recht auch nicht vom

73

Erben oder Vermächtnisnehmer, sondern vom Erblasser ab. Infolgedessen käme höchstens eine analoge Anwendung des im § 181 BGB enthaltenen Rechtsgedankens in Betracht (vgl. hierzu RGRK Anm. 1 zu § 181 S 375). § 181 BGB kennt jedoch Ausnahmen von dem in ihm enthaltenen Verbot, wie aus den Worten hervorgeht, "so weit nicht ein anderes ihm gestattet wird." Eine solche Ausnahme liegt aber grundsätzlich in der letztwilligen Anordnung des Erblassers. Im übrigen spricht gegen einen Interessenkonflikt die Tatsache, daß hier die Testamentsvollstrecker lediglich die Anordnungen des Erblassers auszuführen haben, und daß nichts dafür beigebracht ist, daß die Beklagten nicht rein objektiv die Verwaltung des Nachlasses und seiner einzelnen Gegenstände führen (vgl. auch die Entscheidung des Kammergerichts über die Zulässigkeit der Ernennung eines Erben zum Testamentsvollstrecker gemäß § 2223 BGB, RJA 10, 116 f [119]). Die Tatsache, daß trotz der Streitverkündung der Beklagten an die Erben eine grössere Anzahl von diesen nicht den Beklagten, sondern der Klägerin beigetreten ist, spricht auch nicht für einen Interessenwiderstreit.

c) Die Revision macht weiter geltend, gegen die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Testaments spreche, daß es nicht möglich sei, der Klägerin einen Nießbrauch an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu bestellen, ohne daß dieser der unmittelbare Besitz eingeräumt werde.

Auch dieser Angriff der Revision ist unbegründet.

Soweit es sich um Grundstücke handelt, ist die Einräumung des unmittelbaren Besitzes für die Begründung eines Nießbrauchs nicht erforderlich. Dieser entsteht

vielmehr durch Einigung und Eintragung im Grundbuch gemäß § 873 BGB. Bei beweglichen Sachen ist zwar gemäß § 1032 Satz 1 BGB außer der Einigung nötig, daß die Sachen dem Nießbraucher übergeben werden. Jedoch kann nach § 1032 Satz 2 die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Nießbraucher den mittelbaren Besitz erlangt (§ 930 BGB).

Die Revision will aber weiter aus der Bestimmung des § 1036 BGB herleiten, der unmittelbare Besitz des Nießbrauchers an den seinem Nießbrauch unterliegenden Sachen sei so wesentlich, daß ein Nießbrauch nicht möglich sei, wenn dem Nießbraucher nicht irgendwann einmal der unmittelbare Besitz eingeräumt werde. Die Frage ist streitig (vgl. insbes. RGRK Anm.1 zu § 1036 BGB, Staudinger Vorb. 5 zu § 1030, Kohler Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II § 106 II 4). Entgegen der Auffassung der Revision ist jedoch der unmittelbare Besitz keine unabdingbare Voraussetzung für den Begriff des Nießbrauchs. Das ergibt sich einmal aus der Bestimmung des § 1032 Satz 2 BGB, nach der zur Bestellung des Nießbrauchs die Einräumung des mittelbaren Besitzes und die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten ausreicht. Ferner läßt § 1030 Abs. 2 BGB den Ausschluß einzelner Nutzungen zu, zu ihnen kann auch der Gebrauch der Sache gehören. Vor allem sieht § 1052 BGB die Übertragung der Ausübung des Nießbrauchs auf einen Dritten und insbesondere den Eigentümer selbst vor und § 1059 Satz 2 BGB gestattet ganz allgemein die Überlassung der Ausübung des Nießbrauchs einem Dritten. In all diesen Fällen hat der Nießbraucher keinen unmittelbaren Besitz, ohne daß dies etwa dazu führt, daß der Nießbrauch nicht entsteht oder erlischt. Es ist des weiteren z.B. auch nicht ausgeschlossen, daß ein Gegenstand, der einem Nieß-

brauch unterliegt, etwa ein Miethaus, ständig an einen Dritten vermietet ist.

Ob die Klägerin bereits mittelbaren Besitz erlangt hat, ist für die Auslegung des Testaments unerheblich. Entscheidend ist nur, ob sie solchen Besitz erlangen kann. Dies ist zu bejahen. Voraussetzung für den mittelbaren Besitz ist allerdings, daß der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren gegenüber nur auf Zeit zum Besitz berechtigt ist. Das ist aber hier der Fall. Denn die Beklagten sind der Klägerin gegenüber nur solange zum Besitz berechtigt, als sie Testamentsvollstrecker sind. Dagegen ist nicht erforderlich, daß auch der mittelbare Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe der Sache an sich selbst zu irgendeinem Zeitpunkt hat. Denn ein solches Erfordernis läßt sich aus § 868 BGB nicht entnehmen (so auch RGRK Anm. 2 zu § 868 S 23 und RG in JW 1913, 432¹⁰ und 492¹⁴ sowie Gruchot 57, 437). Ob daher nach Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes der Beklagten die Klägerin einen Herausgabeanspruch an sich selbst hat, ist für ihren mittelbaren Besitz unerheblich. Im übrigen könnte auch die Klägerin gemäß § 2217 BGB ein Recht auf Einräumung des Besitzes haben, wenn die Beklagten einen Vermächtnisgegenstand zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten offenbar nicht benötigten, wie z.B. Mobiliar der Ehewohnung des Erblassers, das wohl den wesentlichsten Teil der beweglichen Sachen des Nachlasses ausmacht.

Der mittelbare Besitz der Vermächtnisnehmerin wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch die Erben mittelbare Besitzer sind. Denn deren Besitz ist ein höherstufiger im Sinne des § 871 BGB. Die Klägerin ist als Nießbraucherin gegenüber den Erben für die Dauer ihres Nießbrauchs zum Besitz berechtigt und die Beklagten sind dies der Klägerin gegenüber für die Dauer

ihrer Testamentsvollstreckung. Endet der Nießbrauch, so entfällt der mittelbare Besitz der Klägerin. Die Beklagten sind dann als Testamentsvollstrecker bis zur Beendigung ihres Amtes den Erben gegenüber zum Besitz berechtigt.

Auch der Hinweis auf den dem Nießbraucher zustehenden Gebrauch der Sache schließt die Verwaltung durch die Testamentsvollstrecker nicht aus, da ein Gebrauch nicht mit einer Verwaltung identisch ist.

Schließlich besteht auch die von der Revision vermehrte Möglichkeit, den Testamentsvollstreckervermerk in das Grundbuch einzutragen. Denn bei den Grundstücken des Nachlasses handelt es sich nicht um solche, die der Vermächtnisnehmerin gehören, sondern den Erben. Im übrigen ist aber die Frage, ob eine Testamentsvollstreckung hinsichtlich des Nießbrauchs der Klägerin nicht eingetragen werden kann, was von Soergel in Anm. 1 § 2223 BGB für zulässig gehalten wird, unerheblich, da ein Nießbrauch weder übertragbar, noch vererblich ist (§§ 1059, 1061 BGB).

4) Die Revision zieht schliesslich noch die Legitimation der Beklagten für den mit dem Hilfsantrag der Widerklage geltend gemachten Feststellungsanspruch in Zweifel, weil die Beklagten nur das Amt als Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Erblassers, nicht aber für die der Klägerin zugewandte Vermächtnismasse angenommen hätten. Auch diese Bedenken der Revision sind unbegründet. Die Ernennung der Beklagten zu Testamentsvollstreckern umfaßt den gesamten Nachlaß, also auch die der Klägerin als Nießbraucherin zugewendete Vermächtnismasse. Mit der Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker steht daher den Beklagten die Verwaltung

an dem gesamten Nachlaß einschließlich der Nießbrauchsmasse zu.

Die Revision der Klägerin ist somit nicht begründet.

III. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Erblasser mit der Anordnung eines "unbeschränkten Nießbrauchs" ein dingliches Nießbrauchsrecht der Klägerin vermacht habe. Wie die hierbei von ihm angeführten Entscheidungen, insbesondere die des Kammergerichts JW 1933 S 184¹², ergeben, hat es dabei keineswegs verkannt, daß der Ausdruck "Nießbrauch" allein die Annahme eines bloßen Nutzungsvermöchtnisses nicht ausschließt. Es hat aber ein Nießbrauchsvermöchtnis angenommen, weil der Erblasser die Stellung und die Ansprüche der Klägerin nach Möglichkeit habe stärken und sichern wollen. Wenn er auch aus steuerlichen Gründen seine Ehefrau als Alleinerbin nicht habe einsetzen wollen, dann habe er ihre Stellung möglichst der einer Alleinerbin nähern wollen. Ein dinglicher Nießbrauch gebe eine weitaus stärkere und erbenähnlichere Stellung als ein Nutzungsvermöchtnis. Die Anschlussrevision glaubt dies aus folgenden Gründen angreifen zu können:

1) Eine derartige Auslegung ließe sich nicht mit dem Aufgabenkreis der Testamentsvollstrecker vereinbaren. Diese bedürften, um die ihnen gestellten Aufgaben erfüllen zu können, einer freien Verfügungsbefugnis, insbesondere wenn sie die ihnen obliegende Bezahlung der Erbschaftssteuer vornehmen wollten. Die hierzu nötigen Beträge könnten nur aus dem Stamm des Vermögens entnommen werden. Die Anschlussrevision übersieht, daß auch der Nießbraucher an einer Erbschaft gemäß §§ 1089, 1086 f

BGB derartige Verfügungen zu dulden hat, der Nießbrauch somit der Erfüllung derartiger Aufgaben der Testamentsvollstrecker nicht im Wege steht.

2) Die Testamentsvollstrecker könnten nicht auf die Ausübung der Rechte der Nießbraucherin beschränkt sein, da sie dann keine Verfügungsbefugnis mehr besäßen. Eine derartige Beschränkung der Rechte der Testamentsvollstrecker hat das Berufungsgericht jedoch nicht angenommen, vielmehr billigt es den Beklagten ausdrücklich auch Befugnisse gegenüber den Erben zu. Daß die Verwaltung eines Vermächtnisgegenstandes auch gegenüber dem Vermächtnisnehmer möglich ist, ist bereits oben ausgeführt.

3) Die Bestellung eines Nießbrauchs sei hinsichtlich der beweglichen Nachlaßgegenstände nicht möglich, da ein mittelbares Besitzverhältnis zwischen der Klägerin und den Beklagten nicht begründet werden könnte. Auch dies ist rechtsirrig, wie bereits oben zu II 3) ausgeführt.

4) Der Ausschluß des unmittelbaren Besitzes sei mit einem Nießbrauch nicht vereinbar, auch sei erforderlich, daß der Nießbraucher die Nutzungen aus der Sache selbst ziehe. Auch dies ist, wie bereits oben ausgeführt, unzutreffend.

IV. Die Anschlußrevision rügt schließlich noch, die Nebenintervention des Ehemannes einer Erbin sei unzulässig, nachdem durch den Eintritt der Gleichberechtigung der Geschlechter das ehemännliche Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht entfallen sei. Auch diese Rüge ist nicht begründet, denn bei dem nunmehr bestehenden gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung ergibt sich für den Ehemann aus § 1427 BGB ein Interventionsinteresse

(vgl. auch RGZ 100, 200, Stein-Jonas-Schönke Anm. III 2 zu § 66 ZPO).

V. Die Revision wie die Anschlußrevision waren daher zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 97, 92, 101 ZPO. Da die Kosten des Rechtsstreits von den Beklagten nur zur Hälfte zu tragen sind, konnten ihnen auch die Kosten der Nebenintervention nur zur Hälfte auferlegt werden, während die andere Hälfte von den Nebenintervenienten selbst zu tragen ist. Die vom Kammergericht ausgesprochene Aufhebung der Kosten der Nebenintervention zwischen Nebenintervenienten und Beklagten würden diesem Ergebnis nicht entsprechen, da sie nur eine Teilung der Gerichtskosten zur Folge hätte, während die außergerichtlichen Kosten jeder selbst zu tragen hätte. Die Kostenentscheidung des Kammergerichts war daher insoweit richtig zu stellen.

Schmidt Raske Kregel v. Werner Scheffler