

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 2205, 2113, 779

Auch ein Vergleich kann eine unentgeltliche Verfügung i.S.
von § 2205 Satz 3 BGB enthalten und daher unwirksam sein.

BGH, Urt. v. 24. Oktober 1990 - IV ZR 296/89 - OLG Celle

LG Hildesheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 296/89

URTEIL

Verkündet am:
24. Oktober 1990
Keller
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Hans-Ulrich B [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED],
H [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED]
und [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt und Notar Dr. Karl G [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],
H [REDACTED], als Testamentsvollstrecker nach dem am 28. März
1979 verstorbenen Rentner Josef Z [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Bundschuh und die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1990

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. Juni 1989 aufgehoben, soweit zu dessen Nachteil entschieden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

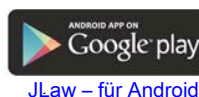
Tatbestand:

Der Beklagte war bis November 1986 Testamentsvollstrecker nach dem am 28. März 1979 verstorbenen Rentner Josef Z [REDACTED] (Erblasser); inzwischen ist es der Kläger. Dieser verlangt Schadensersatz, weil der Beklagte seine Pflichten als Testamentsvollstrecker verletzt und dadurch den Nachlaß vermindert habe.

Die Erbfolge nach dem Erblasser war zunächst unklar: Der am 28. November 1941 geborene Enkel des Erblassers Die-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ter S. [REDACTED] beanspruchte die Alleinerbschaft für sich und stützte sich dabei auf den Erbvertrag, den er am 11. März 1971 mit dem Erblasser und dessen vorverstorbenen Ehefrau geschlossen hatte. Demgegenüber berief sich der am 7. März 1969 geborene Urenkel des Erblassers Thomas S. [REDACTED] (Sohn des Enkels Hans-Joachim S. [REDACTED]) auf das gemeinschaftliche Testament der Urgroßeltern vom 5. Dezember 1977, wonach er Alleinerbe sein sollte. Das Nachlaßgericht hielt den Erbvertrag für maßgeblich, weil der Vertrag vom 1. April 1977, mit dem die Vertragspartner des Erbvertrages dessen Aufhebung - gegen eine Abfindung für Dieter - vereinbart hatten, wegen Nichtbeachtung von § 2290 Abs. 1 Satz 1 und § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB formnichtig sei. Dementsprechend erteilte es Dieter S. einen Erbschein vom 18. März 1979, der ihn als Alleinerben auswies. Gestützt auf diesen Erbschein verkaufte Dieter S. am 8. Februar 1980 das Hausgrundstück des Erblassers, das dessen wesentliches Vermögensstück darstellte, für 163.000 DM. Thomas, vertreten durch seine Eltern, erhob Erbschaftsklage und erwirkte ein rechtskräftiges Urteil, durch das Dieter S. verurteilt wurde, die genannten 163.000 DM nebst Zinsen an ihn zu zahlen, weil Thomas den Erbvertrag wirksam angefochten habe. Diese Entscheidung veranlaßte das Nachlaßgericht, den Erbschein zugunsten von Dieter S. als unrichtig einzuziehen. Seitdem sind die Beteiligten einig, daß Thomas S. aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments Alleinerbe geworden ist.

Am 16. Oktober 1983 schlossen der Beklagte, Dieter und Hans-Joachim S. einen Vergleich, aufgrund dessen die titulierte Forderung über 163.000 DM dadurch erledigt werden sollte, daß Thomas S. von Dieter eine Eigentumswohnung in

Peine erhielt und Hans-Joachim wegen eines ihm vermachten Wohnrechts am Hausgrundstück des Erblassers von Dieter mit 50.000 DM abgefunden wurde.

Der Kläger macht geltend, der Beklagte habe seine Pflichten als Testamentsvollstrecker schuldhaft verletzt, weil er ohne vernünftigen Grund auf einen Großteil der für Thomas S. titulierten Forderung verzichtet habe. Er hat zunächst beantragt, den Beklagten zur Zahlung vom 69.000 DM nebst Zinsen zu verurteilen; vor dem Berufungsgericht hat er die Klage auf insgesamt 96.500 DM erweitert. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 66.917,78 DM nebst Zinsen stattgegeben, das Berufungsgericht nur in Höhe von 51.917,58 DM. Mit seiner Revision begehrt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht ohne weiteres davon aus, daß der Kläger befugt ist, den eingeklagten Schadensersatzanspruch aus § 2219 BGB gegen den Beklagten geltend zu machen. Das erweist sich im Ergebnis als zutreffend, weil der Klageanspruch, wenn er denn bestünde, zum Nachlaß gehören und damit der Verwaltung des klagenden Testamentsvollstreckers unterliegen würde und daher nur von diesem gerichtlich geltend gemacht werden könnte (§ 2212 BGB).

Der titulierte Zahlungsanspruch des Erben Thomas S. gegen Dieter S., den der Beklagte gegen eine zu geringe Gegenleistung aufgegeben haben soll, war gemäß § 2019 Abs. 1 BGB an die Stelle des von dem Erbschaftsbesitzer Dieter S. veräußerten Nachlaßgrundstücks getreten (Mittelsurrogation) und unterlag daher der Verwaltung des Beklagten als des früheren Testamentsvollstreckers. Das galt unabhängig davon, ob die Testamentsvollstreckung in dem damaligen Rechtsstreit Beachtung gefunden hatte oder nicht. Hat der Beklagte diesen Anspruch ganz oder teilweise wirksam aufgegeben, dann tritt ein aus diesem Grunde entstandener Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten als Ersatz für diesen entsprechend § 2041 Satz 1 BGB an dessen Stelle (Ersatzsurrogation). Daß § 2041 BGB im Bereich der Testamentsvollstreckung auch dann entsprechend anzuwenden ist, wenn es sich um einen Alleinerben handelt, ist seit langem anerkannt (RGZ 138, 132, 134; Wolf JuS 1975, 710, 715).

2. Ebenfalls unbedenklich ist es, wenn das Berufungsgericht den Urenkel Thomas S. des Erblassers als dessen Alleinerben ansieht. Nachdem Thomas S. ein rechtskräftiges Urteil gegen seinen Onkel Dieter S. erstritten hat, durch das seiner Erbschaftsklage in bezug auf den wesentlichen Nachlaßgegenstand stattgegeben worden ist, steht im Verhältnis zwischen den beiden möglichen Erbprätendenten insoweit fest, daß Thomas S. der Alleinerbe ist. Eine derartige Feststellung muß ein Testamentsvollstreckter im Umfang ihrer Rechtskraft jedenfalls im allgemeinen hinnehmen. Deshalb konnte das Berufungsgericht sie seiner Entscheidung hier zugrundelegen.

3. Das Berufungsgericht hat festgestellt, infolge des vom Beklagten abgeschlossenen Vergleichs habe der Nachlaß 101.917,78 DM eingebüßt. Die titulierte Forderung gegen Dieter S. in Höhe von 163.000 DM sei infolge Verzinsung bis zu dem Wirksamwerden des Vergleichs im März 1984 auf 183.417,78 DM angewachsen gewesen. Sie habe im Hinblick auf Vollstreckungsmöglichkeiten bei dem Schuldner keinen geringeren Wert verkörpert, als ihr Nennbetrag ausdrücke. Die dem gegenüberstehende Eigentumswohnung in Peine habe seinerzeit einen Verkehrswert von 95.000 DM gehabt. Diesen Betrag hat das Berufungsgericht um eine darauf ruhende und von Thomas S. übernommene Belastung von 13.500 DM vermindert, so daß die an Thomas fallende Gegenleistung sich auf nur 81.500 DM belaufe. Die darüber hinaus geleistete Entschädigung an Hans-Joachim S. dafür, daß dieser nicht in den Genuß des ihm vermachten Wohnrechts gekommen sei, sei Thomas S. nicht zugute gekommen, weil dieses Vermächtnis infolge der Veräußerung des Hausgrundstücks des Erblassers ersatzlos weggefallen gewesen sei.

Auf der Grundlage dieser Feststellungen kann das angefochtene Urteil, ohne daß es auf weiteres ankommt, nicht bestehen bleiben. Bei einer derartigen Sachlage hätte das Berufungsgericht nicht ungeprüft lassen dürfen, ob es sich bei dem Vergleich um ein unentgeltliches Geschäft im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB handelt; eine solche Prüfung drängte sich geradezu auf. Auch ein Vergleich kann im Einzelfall eine unentgeltliche Verfügung enthalten (vgl. näher dazu unten). Handelt es sich um eine unentgeltliche Verfügung in diesem Sinne, dann ist diese im Grundsatz unwirksam. Das hätte zur Folge, daß dem Kläger eine Zwangsvollstreckung aus dem Zah-

lungstitel über 163.000 DM nebst Zinsen gegen Dieter S. nach wie vor offen stünde, was, soweit die Zwangsvollstreckung nicht erfolglos bliebe, den vom Kläger behaupteten Schaden in Frage stellte. Das Berufungsgericht wird diese Prüfung nachzuholen haben. Sollte es sich um eine unentgeltliche Verfügung handeln, dann wird ferner auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 2206 BGB (vgl. Senatsurteil vom 7.7.1982 - IVa ZR 36/81 - LM BGB § 2206 Nr. 3) zu achten sein.

4. Hierzu weist der Senat auf folgendes hin:

a) Entgegen einer Blatt 114 der Beiakten 3 O 276/87 zum Ausdruck gebrachten Auffassung kommt es für die Frage der Unentgeltlichkeit im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB nicht darauf an, ob sich die Beteiligten über (vollständige oder teilweise) Unentgeltlichkeit geeinigt haben. Eine derartige Einigung (vgl. § 516 BGB) hat zwar im Rahmen von §§ 2287, 2325 BGB Bedeutung und wird dort bei einem auffallenden, groben Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen in der Regel sogar vermutet (BGHZ 59, 132, 136). Sie ist aber nicht auch in den Fällen der §§ 2205 Satz 3, 2113 Abs. 2 BGB vorausgesetzt.

Unentgeltlichkeit im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB setzt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung - ebenso wie bei § 2113 Abs. 2 BGB - objektiv nur voraus, daß aus dem Nachlaß ein Wert hingegeben, ein Opfer gebracht wird, ohne daß die dadurch eingetretene Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird (BGHZ 57, 84, 89; 7, 274, 277; Urteil vom 15. Mai 1963

- V ZR 141/61 - NJW 1963, 1613, 1614 = LM BGB § 2205 Nr. 10). Hinzukommen muß ferner subjektiv, daß der Testamentsvollstrecker (bzw. Vorerbe) weiß oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen, daß die Leistung der Gegenseite unzulänglich war (BGHZ 57, 84, 90).

Auch für einen Vergleich kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß er eine (ganz oder teilweise) unentgeltliche und daher unwirksame Verfügung enthält. Dementsprechend hat das Reichsgericht es in RGZ 81, 364, 366 als falsch bezeichnet, den Schuldverlaß durch einen Vorerben schon deshalb als entgeltlich anzusehen, weil er nach dem Willen der Beteiligten die Abfindung für Gegenansprüche habe bilden sollen. Wenn es dem rein subjektiven, sei es auch gutgläubigen Ermessen des Vorerben anheimgestellt bleibe, über die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zu befinden, dann werde das unter Umständen zur schwersten Benachteiligung des Nacherben und damit zur Vereitelung des Gesetzeszwecks führen können. Dem ist nichts hinzuzufügen. Für § 2205 Satz 3 BGB kann nichts anderes gelten.

Wo genau die Grenze verläuft, von der an eine Verfügung, die ein Vorerbe (oder hier der Testamentsvollstrecker) in einem Vergleich trifft, als unentgeltlich anzusehen ist, bedarf hier keiner näheren Prüfung. Die Grenze ist jedenfalls überschritten, wenn der Nachlaß infolge des Vergleichs nahezu zwei Drittel des Wertes der aufgegebenen Forderung eingebüßt hat. Davon ist nach den getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich auszugehen.

Sollte es nach erneuter Prüfung durch das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der gegen die Feststellungen erhobenen Revisionsrügen auf das Verhältnis der Werte von Leistung und Gegenleistung ankommen, dann wird auch zu beachten sein, daß dem Testamentsvollstrecker die Möglichkeit zum Abschluß von Vergleichen nicht gänzlich abgeschnitten und nicht über Gebühr genommen werden darf, und daß es dazu eines gewissen Ermessensspielraums für ihn bedarf. Andererseits sieht das Gesetz ausdrücklich vor, daß der Testamentsvollstrecker die Einwilligung des Erben zu einer von ihm beabsichtigten Verpflichtung des Nachlasses einholt und daß der Erbe diese unter Umständen nicht verweigern darf (§ 2206 Abs. 2 BGB). Macht der Testamentsvollstrecker von dieser Möglichkeit Gebrauch, dann ist er vor späteren Vorwürfen sicher.

b) Sollte das Berufungsgericht den Erlaß der titulierten Forderung des Erben nach erneuter Prüfung als eine unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB ansehen, dann wird weiter zu prüfen sein, ob die behauptete Zustimmung der Eltern des Erben geeignet war, die Unwirksamkeitsfolge des Gesetzes nicht eintreten zu lassen. Insoweit ist zu beachten, daß der Testamentsvollstrecker auch über den Rahmen von Pflicht- und Anstandsschenkungen hinaus unentgeltlich über Nachlaßgegenstände verfügen kann, wenn die Erben und die Vermächtnisnehmer zustimmen (BGHZ 57, 84). Für einen minderjährigen Erben, wie hier für Thomas S., kommt es insoweit auf die Zustimmung seiner gesetzlichen Vertreter an. Soweit das Berufungsgericht die Vertretungsmacht der Eltern des Erben in anderem Zusammenhang gemäß § 1638 BGB als ausgeschlossen ansieht, ist das nicht unbedenklich. Der Se-

nat ist der vorschnellen Annahme einer Anordnung des Erblasers im Sinne von § 1638 Abs. 1 BGB deutlich entgegengetreten (BGHZ 104, 1, 3). Die bloße Einrichtung einer Testamentsvollstreckung reicht dazu, wie der Senat betont hat, nicht aus. Gleichwohl dürfte es auf die Zustimmung der Eltern nicht ankommen, weil es sich bei dem beanstandeten Vergleich, den der Beklagte abgeschlossen hat, um ein Geschäft handelt, an dem der Vater des Erben persönlich beteiligt ist, und weil dieser und dessen Ehefrau daher gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 181, 1641 BGB Thomas S. insoweit nicht vertreten und dessen Zustimmung dementsprechend nicht rechtswirksam erklären konnten.

c) Sollte Dieter S. allerdings heute nicht mehr in der Lage sein, den etwa noch bestehenden titulierten Anspruch des Klägers sogleich oder in zumutbarer Frist zu erfüllen, dann wäre der Kläger nicht gehindert, den Beklagten auf Ersatz des darin liegenden Schadens in Anspruch zu nehmen.

Bundschuh

Rottmüller

Dehner

Dr. Schmidt-Kessel

Dr. Ritter