

2545 083

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: § 2217 BGB

Rechtssatz: Ohne eine dahingehende Bestimmung des Erblassers ist ein Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht berechtigt, mit seinem Mittestamentsvollstrecker eine Vereinbarung über die Höhe der diesem für seine Tätigkeit zustehenden Vergütung zu treffen.

Aktenzeichen: IV ZR 10/57

Urt. des BGH vom 5. April 1957

LG Berlin
KG Berlin

IV ZR 10/57

Verkündet lt. Protokoll

am 5. April 1957

Schorm, 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. des Rechtsanwalts und Notars Kurt L a [REDACTED] in
B [REDACTED]-Sch [REDACTED], I [REDACTED] Straße [REDACTED],
2. des Rechtsanwalts Dr. jur. et rer. pol. M [REDACTED] in
B [REDACTED] [REDACTED], Me [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

die verwitwete Frau Helene L [REDACTED] geb. Sc [REDACTED] in B [REDACTED]-W [REDACTED]
[REDACTED], Mec [REDACTED] Straße [REDACTED] b. Br [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 5. April 1957 unter Mitwirkung des Senatspräsi-
denten Schmidt, der Bundesrichter Raske, Johannsen, Wüstenberg
und Wilden

für Recht erkannt:

Das Urteil des 7. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 1. Oktober 1956 wird insoweit aufgehoben,
als darin die Berufung des Klägers zu 2) gegen das Urteil
der 9. Zivilkammer des Landgerichts in Berlin vom
24. November 1955 zurückgewiesen und über die Kosten
des ersten und des zweiten Rechtszugs entschieden ist.
In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Revision des Klägers zu 1) wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Kläger sind Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des am 9. Oktober 1923 verstorbenen Kaufmanns Paul H. [REDACTED] (im folgenden Erblasser genannt). Dessen Alleinerbin war seine Witwe Luise H. [REDACTED]. Diese ist am 18. Juli 1954 verstorben und allein von ihrer Schwester, der Beklagten, beerbt worden. Die Kläger begehren mit der Klage von der Beklagten einen ihnen angeblich noch zustehenden Teil der Vergütung für ihre Tätigkeit als Testamentsvollstrecker.

Bezüglich der Testamentsvollstreckung hat der Erblasser in § 6 seines Testaments bestimmt:

"Zu meinen Testamentsvollstreckern, welche nach dem Tode bereits einzutreten haben, ernenne ich:

1. die D. [REDACTED] Bank,
2. Herrn Rechtsanwalt Dr. Max K. [REDACTED] zu B. [REDACTED]-W. [REDACTED], T. [REDACTED]straße [REDACTED].

Es sollen immer zwei Testamentsvollstrecker das Amt gemeinschaftlich führen.

Bezüglich der finanziellen Verwaltung soll aber die D. [REDACTED] Bank ausschlaggebende Bestimmung haben.

Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Testamentsvollstreckern soll, solange meine Ehefrau lebt, diese entscheiden, nach dem Tode meiner Ehefrau das Nachlaßgericht.

Die D. [REDACTED] Bank hat für Übernahme und Durchführung von Testamentsvollstreckungen bezüglich des Honorars bestimmte Bedingungen. Auch das Honorar des Herrn Rechtsanwalts Dr. K. [REDACTED] zu B. [REDACTED]-W. [REDACTED], T. [REDACTED]straße [REDACTED] soll das gleiche sein, wie in den Bedingungen der D. [REDACTED] Bank festgesetzt ist.

Keine Ehefrau erhält ausschließlich das Recht auch nach meinem Tode andere Testamentsvollstrecker als die hier eingesetzten zu ernennen. In diesem Falle kann den Testamentsvollstreckern ihr Amt drei Monate vor Ablauf des Verwaltungsjahres gekündigt werden und es treten sodann die von meiner Ehefrau bestimmten Testamentsvollstrecker an deren Stelle.

Sollte kein Testamentsvollstrecker vorhanden sein, so soll das Nachlaßgericht solche ernennen und zwar nötig wäre, daß ein Kaufmann und ein Jurist die Testamentsvollstrecker bilden.



Bezüglich des zu wählenden Kaufmanns soll das Nachlaßgericht vorher die Berliner Handelskammer hören, die ersucht wird, einen zuverlässigen Kaufmann, gleichviel welcher Branche, vorzuschlagen.

In der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß sollen die Testamentsvollstrecker nicht beschränkt sein, soweit sie aus den von mir oder meiner Ehefrau ernannten Testamentsvollstreckern bestehen."

Der Kläger ist am 12. März 1934 an Stelle des im Jahre 1933 ausgewanderten Rechtsanwalts Dr. K. von der Erbin Frau H. zum Testamentsvollstrecker bestimmt worden. Die D. Bank war schon vorher als Testamentsvollstreckerin ausgeschieden. An ihrer Stelle war von Frau H. Rechtsanwalt Dr. R. als Testamentsvollstrecker bestimmt. Nachdem dieser 1950 verstorben war, trat seit dem 16. Februar 1951 wiederum im Einverständnis mit der Erbin Luise H. der Kläger zu 2) an seine Stelle.

Der Nachlaß des Erblassers war erheblich. Er bestand in der Hauptsache an der Beteiligung des Erblassers an der Firma Ca. H. & Söhne. Die Erbin Frau H. schied aus dieser Firma aus. Das ihr zufallende Auseinandersetzungsguthaben wurde in dem Auseinandersetzungsvertrag vom 10. Dezember 1936 auf 3 126 328,84 RM festgesetzt. Es wurde weiter festgestellt, daß darauf bereits 776 328,84 RM bezahlt seien, so daß das Auseinandersetzungsguthaben am 1. April 1936 noch 2 350 000,- RM betrage.

Unstreitig sollte die Vergütung für den Kläger zu 1), die D. Bank und den verstorbenen Dr. R. 1 % des Auseinandersetzungsguthabens von 3 126 328,84 RM betragen. Dr. R. hat diesen Betrag im Jahre 1939 erhalten. An die D. Bank war bis 1943 20 000,- RM als Vergütung bezahlt worden. Sie forderte im Frühjahr 1943 weitere 10 000,- RM. Hierauf wurde bis zum Zusammenbruch des Reiches eine Summe von 6 000,- RM gezahlt.

Der Kläger zu 1) hat behauptet, er habe bisher nur 20 000,- RM Vergütung erhalten. Er macht einen Restanspruch von 10 263,- DM geltend.

Der Kläger zu 2) hat als Honorar 2 % der 1951 noch vorhanden gewesenen Nachlaßwerte berechnet und behauptet, diese hätten 847 000,- DM betragen. Da er auf das danach sich auf 8 470,- DM belaufene Honorar bisher nur 2000,- DM erhalten habe, habe er noch 6 470,- DM von der Beklagten zu fordern.

Die Kläger sind der Ansicht, ihre Tätigkeit als Testamentsvollstrecker sei beendet. Unstreitig ist über die Testamentsvollstreckung nur für die Zeit seit Eintritt des Klägers zu 2) als Testamentsvollstrecker, seit dem 16. Februar 1951, Rechnung gelegt worden. Es ist insbesondere keine Rechnung gelegt worden über die Beträge, die der Kläger zu 1) als Vergütung für seine Geschäftstätigkeit als Testamentsvollstrecker aus dem Nachlaß erhalten hat.

Die Kläger haben im ersten Rechtszuge beantragt, die Beklagte zu verurteilen, aus dem Nachlaß der am 18. Juli 1954 in Berlin verstorbenen verwitweten Frau Luise H. geboren Sc. a) an den Kläger zu 1) 10 263,- DM

b) an den Kläger zu 2) 6 470,- DM nebst 4 % Zinsen seit Klagzustellung zu zahlen, hilfsweise die Beklagte zur Zahlung nach Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes zu verurteilen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, der Kläger zu 1) habe das ihm zustehende Honorar von 31 263,28 DM erhalten und dieses auch Dritten gegenüber wiederholt bestätigt. Für den Kläger zu 2) sei ein festes Honorar von 2 000,- DM vereinbart worden. Hierzu verweist die Beklagte auf einen Aktenvermerk, den der Kläger zu 2) unstreitig am 11. Februar 1952 über eine zwischen ihm und dem Kläger zu 1) am 8. Februar 1952 erfolgte Besprechung niedergelegt hat. In diesem Vermerk wird zunächst erwähnt, daß der Erbin Luise H. an einem Teil des Nachlasses, der damals mit Rücksicht auf die Zonenspaltung allein noch greifbar war, nur der Nießbrauch zustehe. Es wurde gesagt, daß

es nicht angängig sei, die Substanzwerte dieses Vermögensteils zu veräußern, um dadurch den Unterhalt für die Erbin zu bestreiten. Es heißt dann weiter:

"Dagegen gehöre das Testamentsvollstreckerhonorar für den Unterzeichneten zu den aus dem Nießbrauchdepot zu bestreitenden Kosten. Der Betrag hierfür wurde in der Besprechung auf 2 % des jetzigen Wertes der Wertpapiere = 100 000,- DM also auf 2 000,- DM festgesetzt, entsprechend den damaligen Sätzen der D[REDACTED] Bank. Es sollen Wertpapiere im ausmachenden Betrage von 2 000,- DM verkauft und dem Konto des Unterzeichneten zugeführt werden."

Der Kläger zu 1) hat erwidert, er habe zwar erklärt, daß er seine Vergütung voll erhalten habe. Er habe aber, da seine Unterlagen während des Krieges vernichtet worden seien, irrtümlich angenommen, daß der Wert des Nachlasses nur 2 000 000 RM betragen habe. Jetzt habe er in ein Schreiben des Testamentsvollstreckers Dr. R[REDACTED] vom 22. März 1939 Einblick nehmen können. Aus diesem Schreiben habe er die wirkliche Höhe des Nachlaßbestandes ersehen und entnommen, daß auch die Vergütung für Dr. R[REDACTED] nach diesem Wert berechnet worden sei.

Der Kläger zu 2) hat erwidert, er habe weder mit dem Kläger zu 1) noch mit der Erbin Luise H[REDACTED] eine Vereinbarung über die Höhe der an ihn zu zahlenden Vergütung getroffen. Die an ihn gezahlten 2 000,- DM habe er nur als Vorschuß auf die endgültig geschuldete Vergütung empfangen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Gegen das Urteil haben die Kläger Berufung eingelegt. Sie haben beantragt, das Urteil des Landgerichts zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger zu 1) 10 263,- DM nebst 4 % Zinsen seit Klagzustellung zu zahlen, hilfsweise die Zahlung aus dem Nachlaß der Luise H[REDACTED], ganz hilfsweise aus dem Nachlaß des Paul H[REDACTED] zu leisten, an den Kläger zu 2) 6 470,- DM zu zahlen und zwar mit 4 % Zinsen seit Klagzustellung.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise die Haftung auf den Nachlaß nach Paul H. zu beschränken.

Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Kläger, mit der sie ihren im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiter verfolgen. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision des Klägers zu 1) ist unbegründet.

Das Berufungsgericht hat die Klage des Klägers zu 1) als mindestens zur Zeit unbegründet abgewiesen, da der geltendgemachte Anspruch erst fällig werde, wenn der Kläger über seine Tätigkeit als Testamentvollstrecker Rechnung gelegt habe. Das sei bisher nicht geschehen. Er könne sich auch nicht darauf berufen, daß er seine Unterlagen durch den Krieg verloren habe, denn die Unterlagen seines Mittestamentvollstreckers Dr. R. seien noch vorhanden. Diese könne er sich beschaffen.

Das Berufungsgericht hat die Klage weiter auch deswegen abgewiesen, weil der Kläger nicht bewiesen habe, daß ihm überhaupt noch ein Anspruch auf Zahlung einer restlichen Vergütung zustehe. Er sei dafür beweispflichtig, daß er diese Vergütung noch nicht voll erhalten habe. An sich müsse zwar der Schuldner beweisen, daß eine Forderung erfüllt sei. Diese Regel könne aber hier nicht angewandt werden. Der Honoraranspruch sei eine Nachlaßverbindlichkeit, deren Berichtigung Sache des Testamentvollstreckers sei. Der Erbe habe vor der Rechnungslegung gar nicht die Möglichkeit zu prüfen, ob diese Verbindlichkeit berichtigt worden sei.

oder nicht. Dabei sei es unerheblich, ob die Beklagte bereits Rechnungslegung verlangt habe oder nicht. Entscheidend sei allein die Tatsache, daß die bisher nicht erfolgte Rechnungslegung der Beklagten es unmöglich mache, die Zahlungen auch damit zugleich zu prüfen, ob der Kläger zu 1) bereits das volle Honorar erhalten habe oder nicht. Diese Beweislage müsse der Kläger zu 1) in Kauf nehmen, wenn er sein volles Honorar vor erfolgter Rechnungslegung verlange.

Schließlich treffe den Kläger zu 1) auch deswegen die Beweislast, weil er Dritten gegenüber wiederholt erklärt habe, er habe seine Vergütung bereits voll erhalten. Es handle sich dabei zwar nicht um ein negatives Schuldanerkenntnis. Die Erklärung sei aber frei dahin zu würdigen, daß der Kläger zu 1) erst das Bestehen seiner Forderung beweisen müsse. Es entspreche einem allgemein anerkannten Grundsatz, daß sich jede Partei ihr eigenes früheres Verhalten entgegenhalten und die hieraus nach der allgemeinen Lebenserfahrung zu ziehenden Schlußfolgerungen entkräften müsse. Der Kläger zu 1) müsse insbesondere beweisen, daß seine Äußerungen, er sei wegen seiner Honorarforderung befriedigt, tatsächlich auf der von ihm behaupteten irrigen Annahme beruhten.

Das Berufungsgericht hat sodann ausgeführt, daß der Kläger zu 1) diesen ihm obliegenden Beweis nicht geführt habe. Das Landgericht habe daher seine Klage zu Recht abgewiesen.

Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß der von dem Kläger zu 1) geltend gemachte Anspruch nach dem eigenen Vortrag des Klägers zu 1) nicht fällig ist. Die Vergütung des Testamentsvollstreckers ist regelmäßig erst nach Beendigung des Amtes fällig. Das Amt des Testamentsvollstreckers ist erst beendet, wenn dieser die ihm obliegenden Aufgaben erfüllt, oder wenn

seine Tätigkeit aus einem anderen Grunde ein Ende gefunden hat und wenn er den Erben nach §§ 2218, 666 BGB Rechnung gelegt hat (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil vom 22.3.57 IV ZR 116/56). Es braucht hier nicht näher erörtert zu werden, wieweit der Testamentsvollstrecker bei einer länger dauernden Verwaltung Teile der Vergütung schon früher beanspruchen kann, denn bei dem geltendgemachten Anspruch handelt es sich nur um einen Restanspruch, den der Kläger zu 1) geltend macht, nachdem er, wie er selbst ausführt, seine ihm als Testamentsvollstrecker obliegenden Verwaltungsaufgaben erfüllt hat. Dieser Anspruch ist auf jeden Fall erst fällig, nachdem der Kläger zu 1) über seine gesamte Tätigkeit Rechnung gelegt hat. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Unstreitig hat der Kläger zu 1) nicht über seine Gesamttätigkeit Rechnung gelegt, sondern nur über die in der Zeit nach dem 16. Februar 1951 entfaltete. Gerade auf die Rechnungslegung für die frühere Zeit seiner Tätigkeit kommt es aber wesentlich an. Denn in dieser Zeit hat der Kläger zu 1) aus dem Nachlaß Geldbeträge als Vergütung entnommen, und die Höhe dieser Entnahmen ist unter den Parteien streitig.

Entgegen der Ansicht der Revision ist es auch nicht erheblich, daß die Beklagte sich nicht ausdrücklich darauf berufen hat, daß der Kläger zu 1) noch nicht vollständig Rechnung gelegt hat. Die Beklagte braucht sich gegenüber dem Anspruch des Klägers zu 1) auf Vergütung nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht zu berufen, sondern der Kläger zu 1) muß darlegen und beweisen, daß sein Anspruch fällig ist. Dazu muß er dartun, daß er über seine gesamte Tätigkeit Rechnung gelegt hat. Das hat er unstreitig nicht getan. Im übrigen hat auch die Beklagte sich hierauf dadurch berufen, daß sie diese Tatsache im Zusammenhang mit ihrer von der des Klägers zu 1) abweichenden Darstellung über die Höhe der Entnahme des Klägers zu 1) vorträgt.

Der Anspruch des Klägers zu 1) könnte dann fällig sein, wenn die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin Frau H. auf die weitergehende Rechnungslegung verzichtet hätte. Das hat aber der Kläger zu 1) selbst nicht behauptet.

Der Anspruch könnte möglicherweise auch dann fällig sein, wenn es dem Kläger zu 1) unmöglich geworden wäre, Rechnung zu legen. Es braucht nicht entschieden zu werden, ob dann unter den gegebenen Umständen der Kläger zu 1) beweisen müßte, daß er weniger als die ihm zustehende Gesamtvergütung dem Nachlaß entnommen hat. Denn das Berufungsgericht hat frei von Rechtsirrtum festgestellt, daß der Kläger zu 1) in der Lage ist, Rechnung zu legen. Die Vorgänge über die Testamentsvollstreckung aus früherer Zeit sind in den Akten des inzwischen verstorbenen Mittestamentsvollstreckers Dr. R. enthalten. Diese Akten sind in den Händen der Erben des Dr. R.. Es ist Aufgabe des Klägers zu 1), sich die Akten zu verschaffen, um Rechnung legen zu können. Unerheblich ist, ob auch die Beklagte sich Einblick in diese Akten verschaffen könnte. Dieser Umstand befreit den Kläger zu 1) nicht von seiner ihm gesetzlich obliegenden Pflicht, Rechnung zu legen.

Das Berufungsgericht hat daher die Klage zutreffend als zur Zeit unbegründet abgewiesen. Die weiteren Erörterungen, daß der Kläger seinen Anspruch auch im übrigen nicht bewiesen habe, sind, wie die Gründe des angefochtenen Urteils ergeben, nur Hilfs-erwägungen. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich bemerkt, es brauche nicht geprüft zu werden, ob der Kläger nach Rechnungslegung noch eine Vergütung fordern könne, da er im 2. Rechtszug keinen dahin gehenden Antrag gestellt habe. Wenn es dann weiter ausführt, die Klage könne auch keinen Erfolg haben, weil der Kläger das Bestehen seines Anspruchs nicht bewiesen habe, so kann es sich dabei logischerweise nur um Hilfs-erwägungen handeln. Sie müssen hier als ungeschrieben angesehen werden. Es war

überflüssig, daß das Berufungsgericht auch die Frage prüfte, ob der Anspruch abgesehen von der Fälligkeit begründet war (RG JR 1926 Nr 1759; RG JW 1931, 2482; Baumbach-Lauterbach ZPO 24. Aufl § 322 Anm 4 unter "Fälligkeit"). Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird teilweise angenommen, daß die Fälligkeit bei der Klage auf Verurteilung zu einer Leistung eine Rechtsschutzvoraussetzung sei und daß die Klage bei mangelnder Fälligkeit durch Prozeßurteil abzuweisen sei - so Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl vor § 253 IV 1 a; § 300 II B 2 C I und II - demgegenüber sind Rosenberg, Lehrbuch 7. Aufl § 85 II 1 S 384 ebenso wie Baumbach-Lauterbach ZPO 24. Aufl vor § 257 Anm 1 S 450 der Ansicht, daß die Klage als - zur Zeit - unbegründet abgewiesen werden müsse. Hierzu braucht nicht näher Stellung genommen zu werden. Denn das angefochtene Urteil hat nur insoweit Rechtskraft erlangt, als der Anspruch mangels Fälligkeit abgewiesen ist. Es bleibt dem Kläger unbenommen, seinen etwaigen Anspruch, nachdem er Rechnung gelegt hat, erneut geltend zu machen. Ihm kann dann nicht entgegengehalten werden, daß auch über das Bestehen des Anspruchs im übrigen bereits rechtskräftig entschieden sei. Aus diesem Grunde erübrigt es sich auch, auf die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Verteilung der Beweislast näher einzugehen.

Soweit die Revision die Verletzung der §§ 139, 286 ZPO rügt, betreffen diese Rügen nur den Anspruch als solchen und nicht die mangelnde Fälligkeit. Sie sind gegenstandslos, da über den Anspruch als solchen wie dargelegt in diesem Verfahren nicht rechtskräftig entschieden ist.

II. Die Revision des Klägers zu 2) ist begründet.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger zu 2) könne keine höhere Vergütung als 2 000,-- DM beanspruchen. Am 8. Februar

1952 sei zwischen ihm und dem Kläger zu 1) vereinbart worden, daß seine Vergütung nur 2 000,- DM betragen solle. Das ergebe der von dem Kläger zu 2) gefertigte Aktenvermerk über seine Besprechung mit dem Kläger zu 1) und auch der Zweck dieser Besprechung. Der Umstand, daß der Kläger zu 1) als Zeuge bekundet habe, er habe weder am 8. Februar 1952 noch später angenommen, daß die 2 000,- DM das endgültige Honorar des Klägers zu 2) darstellen sollten, sondern daß diese nur als Vorschußzahlung anzusehen seien, stände dem nicht entgegen. Der Kläger zu 1) sei auch als Kittestamentsvollstrecker berechtigt gewesen, die Höhe der Vergütung für den Kläger zu 2) festzusetzen. Zwar richte sich die Honorarforderung gegen den Erben, sie sei aber eine Nachlaßverbindlichkeit und daher vom Testamentsvollstrecker zu regeln, der allein zur Verfügung über den Nachlaß befugt sei. Dem stehe auch nicht entgegen, daß es sich um einen dem Testamentsvollstrecker selbst zustehenden Anspruch handle. Denn die Möglichkeit des Handelns mit sich selbst werde nur dadurch begrenzt, daß der Testamentsvollstrecker bei einem Widerstreit mit persönlichen Interessen die Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung - § 2216 Abs 1 BGB - verletzen könnte. Zur Verhandlung mit sich selbst sei er aber grundsätzlich berechtigt. Nur dann, wenn sich durch den Widerspruch der Interessen die Unmöglichkeit des eigenen Handelns des Testamentsvollstreckers ergebe und seitens des Erblassers keine Ersatzanordnung getroffen sei, stehe das Verfügungsrecht dem Erben selbst zu. Hier hätte aber die Möglichkeit des Handelns mit dem zweiten Testamentsvollstrecker bestanden, wenn das eigene Interesse des handelnden Testamentsvollstreckers einem Handeln mit sich selbst entgegengestanden hätte. Nur der zweite Testamentsvollstrecker und nicht die Erbin seien daher zur Verfügung über den Nachlaß und somit zur Begleichung der Honorarforderung des Klägers zu 2) befugt gewesen. Der Kläger zu 1) sei daher auch befugt, mit dem

Kläger zu 2) eine Honorarvereinbarung zu treffen.

Diese Ausführungen sind rechtsirrig. Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß der Anspruch des Testamentsvollstreckers auf die Vergütung eine Nachlaßverbindlichkeit ist. Sie ist aber ihrer Natur nach nicht in der Weise von den Testamentsvollstreckern zu regeln; daß diese die Höhe der Vergütung für sich selbst oder durch Vereinbarung untereinander festsetzen könnten. Den Testamentsvollstreckern steht, sofern der Erblasser keine andere Anordnung getroffen hat, nach § 2221 EGB eine angemessene Vergütung zu. Darüber, welche Vergütung angemessen ist, haben, falls der Erblasser keine andere Anordnung getroffen hat, nicht der Testamentsvollstrecker selbst oder ein Mittestamentsvollstrecker zu entscheiden, sondern die Frage ist, falls die Testamentsvollstrecker und die Erben sich darüber nicht einig sind, durch einen zwischen ihnen geführten Rechtsstreit zu entscheiden. Entsprechendes gilt, wenn der Erblasser eine Bestimmung über die Höhe der Vergütung getroffen hat und zwischen den Testamentsvollstreckern und den Erben streitig ist, wie die Bestimmung des Erblassers auszulegen ist. Auch dieser Streit ist, wenn der Erblasser keine anderen Anordnungen getroffen hat, durch einen Rechtsstreit zwischen dem Testamentsvollstrecker und den Erben auszutragen.

Der Testamentsvollstrecker ist daher nicht berechtigt, durch ein Rechtsgeschäft mit sich selbst, wenigstens wenn der Erblasser ihm dieses nicht gestattet hat, die Höhe seiner eigenen Vergütung festzusetzen. Das gilt auch dann, wenn der Erblasser angeordnet hat, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll. Diese Anordnung ermächtigt den Testamentsvollstrecker nicht dazu, mit sich selbst ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das aus dem Rahmen seiner Aufgaben als Testamentsvollstrecker völlig herausfällt. Das gilt auch dann, wenn mehrere Testamentsvollstrecker bestellt sind. Auch in diesem Fall kann ohne eine besondere dahingehende

Bestimmung in der letztwilligen Verfügung nicht ein Testamentsvollstrecker durch eine Vereinbarung mit seinem Mitvollstrecker dessen Vergütung festsetzen. Anders wäre es nur, wenn der Erblasser in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich oder stillschweigend bestimmt hätte, daß ein Testamentsvollstrecker die Vergütung für die etwa später eintretenden Testamentsvollstrecker zu bestimmen habe.

Dem steht nicht entgegen, daß der Testamentsvollstrecker in den Fällen, in denen die Vollstreckung über einen längeren Zeitraum andauert, berechtigt ist, Teile seiner Vergütung, die ihm in der betreffenden Höhe zustehen, schon während der Dauer seines Amtes dem Nachlaß zu entnehmen. Insoweit handelt es sich allein darum, daß er während der Dauer seines Amtes einen ihm selbst zustehenden fälligen Anspruch aus dem Nachlaß erfüllt. Dazu ist er berechtigt. Denn die Erfüllung fälliger Nachlaßverbindlichkeiten gehört zu seinen Aufgaben. Er kann unter Umständen auch berechtigt sein, mit einem Mittestamentsvollstrecker eine Vereinbarung darüber zu treffen, in welcher Weise dieser fällige Anspruch befriedigt werden soll.

In dem zu entscheidenden Rechtsstreit handelt es sich aber darum, die Höhe der ganzen Vergütung des Klägers zu 2) festzusetzen und den sich so ergebenden Anspruch des Klägers zu 2) auf seine ganze Vergütung zu befriedigen. Die Vergütung als solche festzusetzen gehört, wie bereits ausgeführt, nicht zu den Aufgaben der Testamentsvollstrecker. Auch im Zusammenhang mit der Berichtigung dieses Anspruchs konnten die Testamentsvollstrecker keine die Erben bindenden Vereinbarungen über die Höhe des Anspruchs treffen. Daß der Kläger zu 2) den Erben gegenüber etwa auf eine höhere Vergütung als 2 000.- DM verzichtet hat, hat das Berufungsgericht bisher nicht festgestellt. Es ist insbesondere bisher nicht festgestellt, daß der Kläger zu 1) eine

solche Verzichtserklärung des Klägers zu 2) als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Erben entgegengenommen hat und daß diese die Annahme des Verzichts genehmigt haben. Auch ist bisher nicht festgestellt, ob etwa unmittelbar zwischen dem Kläger zu 2) und Frau H. ein festes Honorar von 2 000,- DM vereinbart worden ist.

Die bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen daher nicht die Annahme, am 8. Februar 1952 sei von den Klägern rechtswirksam vereinbart worden, daß dem Kläger zu 2) eine Vergütung von 2 000,- DM zustehen solle.

Wegen dieses Rechtsirrtums mußte das angefochtene Urteil, soweit darin die Klage des Klägers zu 2) abgewiesen ist, aufgehoben und der Rechtsstreit insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Das Berufungsgericht hat zu prüfen, in welcher Höhe der Kläger zu 2), der erst am 16. Februar 1951 Testamentsvollstrecker wurde, eine Vergütung zu beanspruchen hat und ob dieser Anspruch durch die bereits erfolgte Zahlung von DM 2 000,- erfüllt ist.

III. Um dem Berufungsgericht eine einheitliche Kosten-
entscheidung zu ermöglichen, mußte gleichfalls die in dem
angefochtenen Urteil ergangene Kostenentscheidung aufgehoben
werden.

Schmidt

Raske

Johannsen

Wüstenberg Wilden