

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 2218, 674

Zum Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers.

BGH, Urt. v. 6. Juli 1977 - IV ZR 17/76 - OLG München
LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 17/76

URTEIL

Verkündet am
6. Juli 1977
F i e s e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Dr. Egon Graf von W [REDACTED] ,
I [REDACTED] Genua-Bogliasco Via A [REDACTED] [REDACTED] ,

Beklagten, Revisionsklägers
und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Streitverkündete: 1. Ferdinanda Gräfin Ade [REDACTED] von Ad [REDACTED]

2. Wolfram Graf Ade [REDACTED] von Ad [REDACTED]

beide in H [REDACTED] , Kreis Aa [REDACTED] , Schloß

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Ludwig S [REDACTED]
und Partner, M [REDACTED] -

gegen

den Diplomkaufmann Dr. Christian H [REDACTED] , B [REDACTED]
straße [REDACTED] a, U [REDACTED] ,

Kläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

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

Nebenintervenient:

Rechtsanwalt Dr. Hei [REDACTED] , T [REDACTED] straße [REDACTED] , St [REDACTED] ,

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

2

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 1977 durch die Richter Professor Johannsen, Knüfer, Rottmüller, Dr. Hoegen und Dehner

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Anschlußrevision wird auf die Revision des Beklagten das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 29. Oktober 1975 hinsichtlich des Ausspruchs in Nr. II, III und V bis VII des Urteilstenors aufgehoben.

In diesem Umfang wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

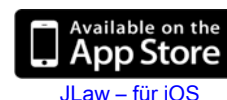
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 7. Juli 1968 verstorbene Ferdinand Graf von W. und G. (Erblasser) hat in seinem durch Nachträge vom 19. Oktober 1967 und 10. Februar 1968 ergänzten, sowie durch eine Änderungsverfügung vom 7. Mai 1968 abgeänderten Testament vom 13. August 1967 seine Ehefrau als Vorerbin eingesetzt. Für den Fall des Todes oder der Wiederverheiratung der Vorerbin wurden vier



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



Neffen und eine Nichte des Erblassers, u.a. der Beklagte und die Streitverkündete zu 1) zu Nach- und Ersatzerben eingesetzt. In Nr. 11 und 12 des Testaments bestellte der Erblasser den Kläger zum Testamentsvollstrecker mit der Maßgabe, daß dessen Amt erst mit dem Tode der Ehefrau des Erblassers enden solle. Der Erblasser hat auch die Vergütung für die Testamentsvollstreckung testamentarisch geregelt und ferner bestimmt, falls seine Ehefrau die Vorerbschaft ausschlage und den Pflichtteil verlange, entziehe er ihr ein im Testament ausgesetztes Vorausvermächtnis von 100.000,-- DM.

Das Testament wurde am 19. Juli 1968 vom Nachlaßgericht eröffnet. Der dabei anwesende Kläger hat das ihm übertragene Testamentsvollstreckeramt noch am gleichen Tage angenommen. Die Ehefrau des Erblassers hat am 29. August 1968 die Erbschaft ausgeschlagen, nachdem sich die Ersatzerben verpflichtet hatten, hierfür an sie DM 850.661,57 zu zahlen. Die Ersatzerben haben die Erbschaft angenommen.

Die Ersatzerben beantragten die Erteilung eines Erbscheins ohne Testamentsvollstreckervermerk. Sie vertraten die Ansicht, daß die Testamentsvollstreckung für den nunmehr eingetretenen Fall der Erbschaftsausschlagung durch die Witwe nicht angeordnet sei. Der Kläger widersetzte sich dem und beantragte seinerseits durch Rechtsanwalt Dr. Hei [REDACTED] (Nebenintervenient) als Bevollmächtigten die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem Inhalt, daß Dauervollstreckung bis zum Tode der Ehefrau angeordnet sei. Das Nachlaßgericht hat diesen Antrag zurückgewiesen und gleichzeitig die Erteilung eines unbe-

schränkten Erbscheins angekündigt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Klägers blieb erfolglos. Auf die weitere Beschwerde des Klägers hat das Bayerische Oberste Landesgericht die Beschwerdeentscheidung aufgehoben und die Sache an das Beschwerdegericht zurückverwiesen. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerde erneut zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde des Klägers hatte keinen Erfolg. In allen Verfahrensabschnitten war der Kläger durch den Nebenintervenienten vertreten.

Am 1. Juli 1969 ordnete das Nachlaßgericht Nachlaßpflegschaft an. Während des Laufs der Pflegschaft bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses kam es zu zahlreichen Vorgängen und Streitigkeiten der Erben untereinander. Der Kläger, wiederum vertreten durch den Nebenintervenienten, wurde jeweils beteiligt.

Der Kläger hat mit dem Nebenintervenienten eine Honorarvereinbarung vom 8./17. Dezember 1968 getroffen, über deren Tragweite zwischen den Parteien Streit besteht. Er vertritt die Auffassung, bei den Honoraransprüchen aus den oben genannten Verfahren handle es sich um Testamentsvollstreckeraufwendungen, zu deren Ersatz die Erben verpflichtet seien.

Mit seiner gegen den Beklagten als Gesamtschuldner gerichteten Klage begehrt der Kläger Ersatz dieser Aufwendungen. In erster Instanz hat er zuletzt Zahlung eines Betrages von DM 26.000,-- an den Nebenintervenienten als Teil von dessen Honorarforderung sowie von DM 1.935,-- als Ersatz eigener Aufwendungen begehrt.

Der Beklagte hat der Miterbin Ferdinanda Gräfin Ade [REDACTED] von Ad [REDACTED] sowie deren Ehemann Wolfram den Streit verkündet. Beide sind dem Rechtsstreit auf Seiten des Beklagten beigetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Nach Erlaß des landgerichtlichen Urteils trafen der Kläger und der Nebenintervenient am 27.10./4. November 1971 eine Vereinbarung. Hierin erklärte der Kläger, er werde gegen das Urteil kein Rechtsmittel einlegen. Der Nebenintervenient erklärte seinerseits, er werde dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beitreten und gegen das Urteil Berufung einlegen. Nr. 3 der genannten Vereinbarung hat auszugsweise folgenden Inhalt:

" Zwischen den Vertragsteilen besteht Einigkeit darüber, daß mit Rücksicht darauf, daß Herr Dr. H. [REDACTED] keine Einwendungen gegen den Beitritt von Rechtsanwalt Dr. Hei [REDACTED] zum oben erwähnten Rechtsstreit erhebt, dieser seine Honoraransprüche nicht gegen Dr. H. [REDACTED] betreiben wird; dies gilt insbesondere hinsichtlich der Ansprüche aus den Kostenrechnungen vom 14.4. und 7.7.1971. Ein Verzicht auf den materiellen Gebührenanspruch mit Nebenkosten ist hiermit nicht verbunden. "

In Nr. 4 der Vereinbarung erklärte der Kläger, er mache gegen den Nebenintervenienten Regreßansprüche geltend, u.a. auch für den Fall, daß er im gegenwärtigen Rechtsstreit ganz oder teilweise unterliege.

Rechtsanwalt Dr. Hei [REDACTED] ist dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beigetreten und hat gegen das Urteil des Landgerichts Berufung eingelegt, soweit darin der von

dem Kläger geltend gemachte Anwaltshonoraranspruch abgewiesen worden war. Sein rechtliches Interesse am Obsiegen des Klägers hat er mit der in Ziff. 3 der Vereinbarung vom 27.10./4. November 1971 eingegangenen Verpflichtung begründet, seine Forderung nicht beizutreiben.

Der Nebenintervenient hat zunächst beantragt, unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils den Beklagten zur Zahlung von DM 26.000,-- an ihn zu verurteilen. Auf Anregung des Berufungsgerichts hat er diesen Antrag geändert und Freistellung des Klägers von der ihm - dem Nebenintervenienten - gegenüber bestehenden Gebührenschuld in Höhe eines Teilbetrages von DM 26.000,-- verlangt. Er hat diesen Teilbetrag vorsorglich aufgegliedert und die Berechnung der im Verlauf des Berufungsverfahrens geltend gemachten Gebühren sowie deren Anrechnung auf den Teilbetrag mehrfach geändert.

Mit Schriftsatz vom 23. April 1975 hat der Kläger, der sich bis dahin an dem Berufungsverfahren nicht beteiligt hatte, die Klage erweitert und den Klageantrag dahin abgeändert, daß nunmehr Freistellung in Höhe eines Betrags von DM 47.875,33 zuzüglich weiterer Zinsen und Nebenkosten verlangt werde. Dieser Schriftsatz enthält die Formulierung, der (geänderte) Antrag werde im Termin vom 2.7.1975 gestellt werden. In einem weiteren Schriftsatz vom 20.6.1975 hat der Kläger den Antrag hinsichtlich der geltend gemachten Zinsen umformuliert, ohne noch einmal ausdrücklich auf eine Antragstellung in dem Verhandlungstermin zu verweisen. An dem weiteren Verfahren hat sich der Kläger nicht mehr beteiligt. Der in seinen Schriftsätzen formulierte Antrag ist von dem Nebenintervenienten gestellt worden.

Der Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Hilfsweise hat er mit einem Kostenerstattungsanspruch aus dem FGG - Verfahren gegen den Kläger in Höhe von DM 7.087,65 aufgerechnet. Er hat weiter mit einem nicht näher bezifferten Anspruch aufgerechnet und diesen damit begründet, daß er aufgrund der pflichtwidrig eingegangenen überhöhten Honorarvereinbarung vom Kläger Schadenersatz verlangen könne.

Vorsorglich hat der Beklagte Widerklage erhoben mit dem Antrag, festzustellen, daß der Kläger nicht berechtigt sei, von dem Beklagten Freistellung von Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Nebenintervenienten über den zuerkannten Betrag hinaus zu verlangen. Nachdem der Nebenintervenient erklärt hat, er verzichte auf einen die Klagesumme übersteigenden Betrag sowohl gegenüber dem Beklagten wie auch dem Kläger, ist die Hauptsache insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt worden.

Die Streitverkündeten haben sich dem Antrag des Beklagten angeschlossen.

Das Berufungsgericht hat die Nebenintervention als zulässig angesehen, auf die Berufung des Nebenintervenienten das Urteil des Landgerichts aufgehoben und unter Abweisung der Klage im übrigen den Beklagten verurteilt, den Kläger von seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Nebenintervenienten in Höhe von DM 47.975,33 freizustellen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage in vollem Umfang weiter. Die

von dem Nebenintervenienten eingelegte Anschlußrevision richtet sich gegen die Klageabweisung hinsichtlich der begehrten Nebenkosten sowie gegen die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils in dem im Urteilstenor aufgezeigten Umfang und zur Zurückverweisung der Sache. Die Anschlußrevision des Beklagten ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat die Nebenintervention zugelassen und über die allein von dem Nebenintervenienten eingelegte Berufung sachlich entschieden. Die Revision hält die Nebenintervention für unzulässig, da der Nebenintervenient kein rechtliches Interesse am Obsiegen des Klägers gehabt habe. Ihr Antrag, die Nebenintervention zurückzuweisen und demzufolge auch die Berufung als unzulässig zu verwerfen, bleibt jedoch ohne Erfolg.

1. Über einen Zulassungsstreit ist durch Zwischenurteil zu entscheiden. Entscheidet das Gericht hierüber erst im Endurteil, so handelt es sich hierbei dennoch um ein Zwischenurteil, das mit dem Endurteil lediglich äußerlich verbunden ist. Bestandteil des Endurteils wird die Zulassungsentscheidung durch eine derartige äußere Verbindung nicht (allgemeine Meinung vgl. RGZ 38, 400, 402). Als Zwischenurteil unterliegt die Zulassungsentscheidung der sofortigen Beschwerde (§ 71 Abs. 2 ZPO). Diesen Weg ist der Beklagte nicht gegangen. Vielmehr hat er sich

auch gegen die Zulassung des Nebenintervenienten im Rahmen der von ihm gegen das Endurteil eingelegten Revision gewandt. Das ist unzulässig, da gegen die Zulassung des Nebenintervenienten allein das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde in Betracht kommt (RGZ 38, 400, 402; RG JW 1938, 2833, 2834; Wieczorek 2. Aufl. 1976, § 71 Anm. B III; Stein/Jonas 19. Aufl. 1972, § 71 Anm. I 4, 5).

2. Die rechtskräftige Zulassung der Nebenintervention bindet das Revisionsgericht. Es ist daher nicht in der Lage zu prüfen, ob die Berufung deshalb unzulässig war, weil - wie die Revision meint - bereits die Voraussetzungen einer rechtswirksamen Nebenintervention nicht gegeben waren.

II. Das Berufungsgericht betrachtet die im Verlauf des Berufungsverfahrens erfolgte Änderung des Klageantrages als wirksam. Es hat ausgeführt, der Nebenintervenient sei aufgrund der besonderen Umstände des Falles befugt gewesen, von der Zahlungs- zur Feststellungsklage überzugehen, den Klageantrag zu erweitern und den zunächst geltend gemachten Teilbetrag nachträglich aufzuschlüsseln. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch.

Ob der Nebenintervenient selbständig die genannten Maßnahmen rechtswirksam hätte vornehmen können, kann offen bleiben. Selbst bei unterstellter fehlender Befugnis des Nebenintervenienten hat das Berufungsgericht zu Recht über den geänderten Klageantrag entschieden, da zumindest der Kläger diesen rechtswirksam ändern konnte und auch tatsächlich geändert hat.

1. Der Entschluß, persönlich kein Rechtsmittel einzulegen, änderte nichts an der Parteistellung des Klägers. Vielmehr wirkte die von dem Nebenintervenienten eingelegte Berufung auch zu seinen Gunsten und brachte ihn in die Stellung eines Berufungsklägers (KG VersR 1975, 452, 453; Thomas/Putzo aaO § 67 Anm. 2 d; Stein/Jonas aaO § 67 Anm. II 5 b). Obwohl er selbst kein Rechtsmittel eingelegt hatte, konnte der Kläger daher nachträglich sich am Berufungsverfahren beteiligen, Anträge stellen und gestellte Anträge abändern (RGZ 59, 173; BGH NJW 1968, 743, 746; Wieczorek aaO § 67 Anm. D II). Eine derartige Änderung hat der Kläger durch die Umformulierung des Klageantrages und dessen Erweiterung in den Schriftsätzen vom 23.4. und 20.6.1975 vorgenommen (§ 281 ZPO).

2. Ob die rechtswirksam vorgenommene Änderung des Klageantrags nur als Antragsberichtigung oder als Klageänderung anzusehen ist, kann offen bleiben, da das Berufungsgericht eine etwa vorliegende Klageänderung hilfsweise als sachdienlich zugelassen hat. Ebenso bedarf es keiner Überprüfung, ob in der von dem Nebenintervenienten vorgenommenen und mehrfach geänderten Aufschlüsselung des zunächst geltend gemachten Teilbetrages eine teilweise Klagerücknahme zu sehen ist. Eine Klagerücknahme hindert die Partei nämlich nicht, den zurückgenommenen Anspruch im selben Verfahren erneut geltend zu machen (RGZ 152, 37, 46; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann aaO § 271 Anm. 5 A).

III. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Anspruch dem Grunde und der Höhe nach bejaht. Es hat hierzu ausgeführt, es könne offen bleiben, ob die Testaments-

vollstreckung mit der Ausschlagung der Erbschaft durch die Witwe geendet habe oder nicht. Bei weiterbestehender Testamentsvollstreckung sei der Anspruch des Klägers gemäß §§ 2218 Abs. 1, 670, 257 BGB begründet. Bei vorzeitiger Beendigung ergebe sich der geltend gemachte Anspruch aus §§ 2218 Abs. 1, 674, 670, 257 BGB.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Denn der geltend gemachte Anspruch ist nur bei weiterbestehender Testamentsvollstreckung begründet, wie die Ausführungen unter IV und V ergeben. Bei vorzeitig beendeter Testamentsvollstreckung ist er unbegründet. Das Berufungsgericht hätte daher die Frage nach dem genauen Inhalt der testamentarisch angeordneten Testamentsvollstreckung nicht offen lassen dürfen, sondern selbst das Testament auslegen müssen. Hieran wäre es durch die formell rechtskräftige Zurückweisung des Antrages auf Erteilung eines Testamentvollstreckerzeugnisses nicht gehindert gewesen, da den Entscheidungen von Organen der freiwilligen Gerichtsbarkeit Bindungswirkung nur dann zukommt, wenn sie rechtsgestaltender Natur sind (Keidel/Winkler 10. Aufl. 1972 § 1 Rand-Nr. 11; KG HRR 1936 Nr. 1643).

IV. Falls die Testamentsvollstreckung mit der Erbschaftsausschlagung durch die Witwe geendet hat, stehen dem Kläger keine Ansprüche gegen den späteren Erben zu.

1. Das Berufungsgericht hat auch auf diesen Fall § 2218 BGB angewandt. Es hat hierzu ausgeführt, das Testamentvollstreckeramt habe zunächst bestanden und sei erst nachträglich weggefallen. Zu Gunsten des Klägers habe die

Testamentsvollstreckung jedoch noch als fortbestehend gegolten, da dieser ohne Verschulden über den Fortbestand geirrt habe (§ 674 BGB).

Bei diesen Erwägungen hat das Berufungsgericht nicht beachtet, daß § 2218 Abs. 1 BGB ausdrücklich ein zwischen Erben und Testamentsvollstrecker bestehendes Rechtsverhältnis voraussetzt. Nur dann, wenn zwischen ihnen ein derartiges Rechtsverhältnis besteht oder zumindest bestanden hat, kommt ein auf § 2218 Abs. 1 BGB gestützter Anspruch auf Aufwendungsersatz in Betracht. Dabei ist unter Rechtsverhältnis im Sinne dieser Vorschrift ein besonderes gesetzliches Verhältnis von gegenseitigen Rechten und Pflichten zu verstehen, das seine Grundlage im Willen des Erblassers hat (BGB - RGRK 12. Aufl. § 2218 Rand-Nr. 2). Aus dem Willen des Erblassers muß daher zu entnehmen sein, daß derjenige, der aus § 2218 BGB einen Aufwendungsersatzanspruch herleitet, gegenüber den in Anspruch genommenen Erben als Testamentsvollstrecker tätig sein sollte. Das ist nicht der Fall, wenn die Testamentsvollstreckung im Falle der Erbschaftsausschlagung durch die Witwe nach dem Willen des Erblassers enden sollte. Dann hätte zwar zwischen Testamentsvollstrecker und Witwe, nicht jedoch zwischen den Parteien dieses Prozesses ein Rechtsverhältnis bestanden.

Auf das zwischen ihm und der Witwe entstandene Rechtsverhältnis kann der Kläger seine Ansprüche im vorliegenden Fall nicht stützen. Voraussetzung hierfür wäre, daß er im Rahmen dieses Rechtsverhältnisses Aufwendungen erbracht hätte, die als Nachlassschulden von dem späteren Erben ersetzt werden müßten. Dies war jedoch nicht der Fall.

Bei den Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, aus denen die geltend gemachten Ansprüche hergeleitet werden, ging es dem Kläger allein darum, klarzustellen, daß er auch gegenüber den jetzigen Erben Testamentsvollstrecker geblieben sei. Er handelte somit nicht um Aufwendungen aufgrund des zwischen ihm und der ursprünglichen Erbin entstandenen Rechtsverhältnisses. Vielmehr rühren seine Ansprüche aus einer vermeintlichen Testamentsvollstrecker-tätigkeit für die späteren Erben her, auf die § 2218 Abs. 1 BGB keine Anwendung findet.

2. Die Frage, welche Ansprüche einem vermeintlichen Testamentsvollstrecker zustehen, der infolge irriger, von den Erben von vornherein bestrittener **Auslegung des Testaments** annimmt, als Testamentsvollstrecker ernannt zu sein, wurde **soweit** ersichtlich bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht entschieden. Für diesen Fall ist keine gesetzliche Anspruchsgrundlage vorhanden, aus der sich der geltend gemachte Anspruch herleiten ließe.

a) Ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung scheidet schon deshalb aus, weil die Erbengemeinschaft durch die Tätigkeit des Klägers keinerlei Bereicherung erlangt hat.

b) Der Anspruch kann auch nicht auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag gestützt werden. Ob diese Bestimmungen auf die Tätigkeit des vermeintlichen Testamentsvollstreckers überhaupt anzuwenden **sind oder** ob für diesen nicht Ansprüche gemäß § 687 Abs. 1 BGB ausgeschlossen sind, kann offen bleiben.

Selbst wenn davon ausgegangen wird, daß der vermeintliche Testamentsvollstrecker ein fremdes und nicht etwa ein eigenes Geschäft führt, steht dem geltend gemachten Anspruch jedenfalls § 683 BGB entgegen, da sämtliche Erben von Anfang an eine Testamentsvollstreckung durch den Kläger ablehnten. Auf den Willen des Erblassers kann hier nicht abgestellt werden. Geschäftsherr im Sinne des § 683 BGB ist allenfalls der Erbe.

Einer der Ausnahmefälle des § 679 BGB, bei denen der Geschäftsführer trotz entgegenstehenden Willens des Geschäftsherrn tätig werden darf, liegt nicht vor. Der Kläger beruft sich in diesem Zusammenhang darauf, es hätten zur Zeit des Erbfalls erhebliche Steuerrückstände bestanden, um deren Stundung er sich, wenngleich vergeblich, bemüht habe. Ob hierin überhaupt ein schlüssiger Vortrag zu der Erforderlichkeit der gemachten Aufwendungen zu sehen ist, erscheint fraglich. Selbst wenn man dies jedoch annehmen wollte, wäre § 679 BGB nicht anwendbar. Voraussetzung hierfür wäre in jedem Fall, daß ohne das Eingreifen des vermeintlichen Testamentsvollstreckers die Erben diese Steuerrückstände nicht oder jedenfalls nicht so schnell beglichen hätten. Hierfür ist jedoch nichts vorgetragen.

c) Auch eine analoge Anwendung des § 2218 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht. In den Fällen, in denen § 2218 Abs. 1 BGB nicht unmittelbar anzuwenden ist, können die Kosten, die eine Person aufwendet, um ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erlangen, jedenfalls dann von den Erben weder in unmittelbarer noch entsprechender Anwendung des § 2218 Abs. 1 BGB ersetzt verlangt werden oder von dem Testamentsvollstrecker dem Nachlaß entnom-

men werden, wenn die Erben sich dem Begehren der das Amt für sich beanspruchenden Person widersetzen. Ist ein Testament hinsichtlich der Anordnung einer Testamentsvollstreckung auslegungsbedürftig, dann bedeutet es stets ein Risiko, wenn eine Person dieses Amt entgegen dem Willen der die gegenteilige Meinung vertretenden Erben für sich in Anspruch nimmt und ein Testamentsvollstreckerzeugnis als Legitimation für ihre Tätigkeit begehrt. Die dadurch verursachten, vergeblich aufgewandten Kosten hat der das Amt zu Unrecht in Anspruch Nehmende selbst zu tragen. Er hat sie vorwiegend in seinem Interesse aufgewandt. Er kann sie nicht auf den Nachlaß abwälzen. Die Beeinträchtigung, die dieser dadurch erleiden würde, kann dem Erben nicht zugemutet werden. Das gilt sowohl dann, wenn von vornherein Streit über die Auslegung des Testaments besteht, als auch dann, wenn die Rechtslage ihre Gestaltung erst durch ein später eingetretenes Ereignis erhalten hat, das rückwirkende Kraft besitzt (z.B. Ausschlagung durch den Erben). Auch in dem letztgenannten Fall handelt der Testamentsvollstrecker, dem die durch die nachträglich eingetretene Tatsache veränderte Sachlage bekannt ist, auf eigenes Risiko, wenn er in Irrtum über den Testamentsinhalt ein Testamentsvollstreckerzeugnis erlangen will. Er kann daher nicht nach § 2218 i.V.m. § 674 BGB von dem Erben Ersatz der Kosten des Streites um das Bestehen des Testamentsvollstreckeramts verlangen. Der Fall unterscheidet sich von denen, in denen ein vermeintlicher Testamentsvollstrecker guten Glaubens und ohne daß die Erben widersprechen, für den Nachlaß und damit für die Erben tätig wird. In diesem Fall könnten Ersatzansprüche gegen die Erben begründet sein.

Der Senat verkennt nicht, daß bei nicht eindeutigem Testamentsinhalt dieses Kostenrisiko möglicherweise auch einen wirksam ernannten Testamentsvollstrecker davon abhalten kann, die Testamentsvollstreckung zu übernehmen. Diese Möglichkeit rechtfertigt jedoch keine andere Betrachtungsweise. Jede Testamentsvollstreckung schränkt die Rechtsstellung des Erben in so starkem Maße ein, daß ihm Verpflichtungen aus der Testamentsvollstrecker Tätigkeit nur dann zugemutet werden können, wenn die Testamentsvollstreckung auf dem Willen des Erblassers beruht, oder ein derartiger Wille von sämtlichen Beteiligten übereinstimmend angenommen worden ist. Das Interesse des Erblassers an der Verwirklichung der angeordneten Testamentsvollstreckung muß demgegenüber zurücktreten. Der schwächere Schutz des Erblasserwillens ergibt sich bereits daraus, daß der von einem Erblasser ernannte Testamentsvollstrecker grundlos die Übernahme der Testamentsvollstreckung ablehnen und damit die Verwirklichung des Erblasserwillens unmöglich machen kann.

3. Nach Auffassung des Klägers ergibt sich der geltend gemachte Anspruch auch aus Nr. 13 des Testamentes vom 13. August 1967 in Verbindung mit Nr. 12 a der Ergänzung vom 19. Oktober 1967. Das Berufungsgericht hat wegen des von ihm eingenommenen Rechtsstandpunktes nicht geprüft, ob diese Ansicht zutrifft. Über die Frage, ob nach dem Testament dem Kläger auch bei einer nur vermeintlichen Testamentsvollstrecker Tätigkeit Aufwendungsersatzansprüche zustehen sollten, wird jedoch zu entscheiden sein, wenn das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung zu dem Ergebnis gelangt, daß für die hier eingetretene Fallgestaltung keine Testamentsvollstreckung angeordnet war.

V. Soweit das Berufungsgericht im Falle einer nicht beendeten Testamentsvollstreckung den geltend gemachten Anspruch gemäß §§ 2218 Abs. 1, 670, 257 BGB für begründet erachtet hat, sind seine Ausführungen rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Zu den nach §§ 2218 Abs. 1, 670 BGB zu ersetzenden Aufwendungen gehören auch Prozeßkosten, die dem Testamentsvollstrecker aufgrund einer berechtigten Verteidigung des Erblasserwillens entstanden sind (Soergel/Müller aaO § 2218 Rand-Nr. 11; Staudinger/Dittmann aaO § 2218 Rand-Nr. 28; RG JW 1936, 3388 ff.). Dies gilt auch dann, wenn sich der Prozeß gegen den oder die Erben richtet und die an sich berechnigte Prozeßführung im Ergebnis ohne Erfolg bleibt. Bei wirksamer Ernennung stand dem Kläger ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zu (§ 2368 Abs. 1 BGB). Sein Bemühen, ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erlangen und die beantragte Erteilung eines Erbscheines ohne Testamentsvollstreckervermerk zu verhindern, stellt eine berechnigte Verteidigung des Erblasserwillens dar. Dabei kann es dem Kläger nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß er den Instanzenzug voll ausgeschöpft hat. Ebenso wenig war er verpflichtet, von der Durchführung des Verfahrens zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses abzusehen und stattdessen gegen die Erben Klage auf Feststellung des Fortbestands der Testamentsvollstreckung zu erheben. Zwar hätte er nur auf diesem Wege eine rechtskräftige und damit alle Beteiligten bindende Entscheidung über den Inhalt der angeordneten Testamentsvollstreckung erreichen können. Dies allein verpflichtete

ihn jedoch nicht, von dem Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses abzusehen, da er insoweit aufgrund eines gesetzlichen Anspruchs handelte und mit einer sachlich unrichtigen Entscheidung nicht zu rechnen brauchte.

Entgegen der Auffassung der Revision kann der Kläger bei wirksamer Ernennung auch Ersatz der Anwaltskosten verlangen, die ihm aus seiner Beteiligung am Nachlaßpflegschaftsverfahren entstanden sind. Die Revision verkennt nicht, daß Nachlaßgericht und Nachlaßpfleger die Beteiligung des Klägers an diesem Verfahren für erforderlich gehalten und deswegen Anfragen an ihn gerichtet haben. Sie meint jedoch, hierauf komme es nicht an, da eine Verfahrensbeteiligung des Klägers objektiv weder zulässig noch erforderlich gewesen sei. Ob dem zuzustimmen ist, erscheint fraglich, kann jedoch offenbleiben. Selbst wenn man der Revision insoweit folgt, kann es dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, daß er sich der Rechtsauffassung des Nachlaßgerichts anschloß, das seine Beteiligung wünschte, und an dem Verfahren teilnahm. Die ihm hierdurch entstandenen Aufwendungen durfte er den Umständen nach für erforderlich halten (§ 670 BGB). Dies gilt auch für die ihm entstandenen Anwaltskosten. Die Revision wendet hiergegen zwar ein, daß der Kläger bei dem Nachlaßpflegschaftsverfahren einer anwaltlichen Unterstützung nicht bedurft hätte, sondern insoweit auch allein hätte tätig werden können und müssen. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Zwar ist in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt grundsätzlich nicht geboten, ebensowenig jedoch ausgeschlossen (§ 13 FGG). Demzufolge ist es

nicht zu beanstanden, daß sich der Kläger anwaltlicher Hilfe bedient hat. Dies gilt umso mehr, als es sich bei den im Nachlaßpflegschaftsverfahren getroffenen Maßnahmen nach den rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts um bedeutsame Vorgänge der Nachlaßsicherung und -verwertung handelte und die anderen Beteiligten ebenfalls anwaltlich vertreten waren.

2. Die rechnerische Höhe der geltend gemachten Honorarforderung wird von der Revision nicht beanstandet. Die Revision rügt jedoch, das Berufungsgericht habe zu Unrecht einen Honorarverzicht durch den Nebenintervenienten verneint. Dem kann nicht gefolgt werden.

Das Berufungsgericht hat sich mit der Frage befaßt, ob die Vereinbarungen zwischen Kläger und Nebenintervenienten vom 8./17. Dezember 1968 sowie vom 27. Oktober/4. November 1971 einen Honorarverzicht enthalten. Seine Auslegung, ein Honorarverzicht könne hierin nicht gesehen werden, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Soweit die Revision beide Vereinbarungen in einem anderen Sinne auslegt, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet tatrichterlicher Würdigung. Entgegen der Meinung der Revision ist ein Rechtsfehler auch nicht darin zu sehen, daß das Berufungsgericht bei seiner Auslegung sich nicht ausdrücklich mit dem Schreiben des Nebenintervenienten an den Kläger vom 27.12.1968 befaßt hat. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht dieses von ihm im Tatbestand ausdrücklich erwähnte Schreiben bei der Auslegung nicht mitberücksichtigt hat. Eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Schreibens war in den Entscheidungsgründen schon deshalb nicht er-

forderlich, weil der Nebenintervenient auch hierin sich lediglich bereiterklärte, "seine Honoraransprüche nicht beizutreiben". Diese Formulierung entsprach wörtlich derjenigen in Nr. 3 der Vereinbarung vom 27. Oktober/4. November 1971, mit der sich das Berufungsgericht ausdrücklich befaßt hat.

3. Entgegen der Auffassung der Revision steht der Abschluß der Honorarvereinbarung der hier vorgenommenen Abrechnung nach den gesetzlichen Gebühren nicht entgegen.

Ob die Honorarvereinbarung vom 8./17. Dezember 1968 wegen groben Amtsmißbrauchs oder unter dem Gesichtspunkt eines verbotenen Erfolgshonorars als nichtig anzusehen ist, kann offen bleiben. Entgegen der Regel des § 139 BGB würde in diesem Fall die Nichtigkeit der Honorarvereinbarung nicht zur Nichtigkeit des gesamten Anwaltsvertrages führen. In derartigen Fällen ist in der Regel nämlich als Parteiwille anzunehmen, daß der Vertrag im übrigen aufrecht erhalten bleiben soll, weil andernfalls Ansprüche des Auftraggebers auf Vertragserfüllung und Schadensersatz wegen schuldhafter Vertragsverletzung entfallen würden (BGH WM 1976, 1135, 1137; WM 1977, 551, 553). Anhaltspunkte für eine Ausnahme von dieser Regel sind nicht ersichtlich.

4. Soweit das Berufungsgericht die von dem Beklagten erklärte Hilfsaufrechnung mit Gegenansprüchen für unbegründet erachtet hat, ist ihm zumindest im Ergebnis zuzustimmen.

a) Ob der Beklagte den von ihm zur Aufrechnung gestellten Schadenersatzanspruch nicht hinreichend substantiiert hat, kann dahingestellt bleiben. Die Aufrechnung scheitert schon daran, daß der von dem Beklagten aus der Honorarvereinbarung zwischen dem Kläger und dem Nebenintervenienten hergeleitete Schadenersatzanspruch nicht in Betracht kommt, weil der Kläger nur Freistellung von der auf dem gesetzlichen Gebührenanspruch beruhenden Honorarforderung verlangt.

b) Im Übrigen ist weder mit einem derartigen Schadenersatzanspruch noch mit dem ebenfalls geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch eine Aufrechnung gegen den Freistellungsanspruch des Klägers möglich. Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, kann wegen fehlender Gleichartigkeit nicht mit einem Zahlungsanspruch gegen einen Freistellungsanspruch aufgerechnet werden. Soweit die Revision eine Gleichartigkeit darauf stützen will, daß der Kläger den Freistellungsanspruch von seinem Gläubiger - dem Nebenintervenienten - geltend machen lasse, übersieht sie, daß der vorliegende Rechtsstreit auch im Berufungsverfahren nicht nur von dem Nebenintervenienten allein, sondern auch von dem Kläger betrieben worden ist.

c) Freistellungsansprüche des Klägers gegen den Nebenintervenienten wegen falscher Beratung, deren Abtretung der Beklagte von dem seinerseits Freistellung begehrenden Kläger verlangt, könnten allenfalls bei einer vorzeitig beendeten Testamentsvollstreckung bestehen. Bei Fortbestand der Testamentsvollstreckung kommen solche Ansprüche schon deswegen nicht in Betracht, weil in diesem Falle der Nebenintervenient den Kläger nicht falsch beraten hat.

VI. Die Entscheidung der Frage, ob der geltend gemachte Freistellungsanspruch in Höhe von DM 47.875,33 begründet ist, hängt somit allein von der Frage ab, ob die Testamentsvollstreckung mit der Erbschaftsausschlagung durch die Witwe endete oder nicht. Da der Senat nicht in der Lage ist, hierzu eigene Feststellungen zu treffen, war das Berufungsurteil teilweise aufzuheben und insoweit die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

VII. Soweit das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Freistellung von Zinsen und sonstigen Nebenkosten verneint hat, bestehen hiergegen keine rechtlichen Bedenken. Die gegen die Abweisung dieses Anspruchteils gerichtete Anschlußrevision des Klägers bleibt ohne Erfolg.

1. Die Rüge, das Berufungsgericht habe bei seiner Entscheidung § 551 Nr. 7 ZPO verletzt, ist unbegründet. Zwar trifft es zu, daß in den Entscheidungsgründen nur ein Freistellungsanspruch hinsichtlich der Zinsen, nicht jedoch hinsichtlich der weiteren Nebenforderungen verneint wird. Es ist jedoch ersichtlich, daß das Berufungsgericht unter "Zinsanspruch" sämtliche Nebenkosten verstanden hat.

2. Vergeblich wendet sich die Anschlußrevision auch gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, Zinsen stünden dem Nebenintervenienten schon deshalb nicht zu, weil die Vereinbarung zwischen ihm und dem Kläger vom 24. Oktober/4. November 1971 eine Stundung enthalte. Soweit das Berufungsgericht die Zusicherung

des Nebenintervenienten, die Honoraransprüche "nicht betreiben" zu wollen, als Stundung auslegt, ist dies möglich und als tatrichterliche Würdigung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Auf eine analoge Anwendung der §§ 256, 291 BGB läßt sich der geltend gemachte Zinsanspruch gleichfalls nicht stützen. § 256 BGB setzt voraus, daß der Anspruchsberechtigte bereits ein Vermögensopfer erbracht und damit die Möglichkeit einer zinsbringenden Anlage der erbrachten Werte verloren hat. Hiervon unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich, da der Kläger lediglich eine Verbindlichkeit eingegangen ist, ohne bereits ein eigenes Vermögensopfer erbracht zu haben. § 291 BGB kann nicht analog angewandt werden, da der Kläger infolge der ihm gewährten Stundung selbst keine Zinsen schuldet. Der Befreiungsanspruch kann in seinem Umfang nicht weitergehen als die Verbindlichkeit desjenigen, der die Befreiung begehrt.

VIII. Sollte das Berufungsgericht den geltend gemachten Hauptanspruch erneut bejahen, wird es zu prüfen haben, ob in der von dem Beklagten hilfsweise erklärten Aufrechnung mit dem Kostenerstattungsanspruch nicht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes zu sehen ist. Hierauf hat die Revision zu Recht hingewiesen.

IX. Da die Verurteilung des Beklagten zur Freistellung des Klägers aufgehoben werden mußte, konnte auch die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts keinen Bestand haben. Die Parteien werden bei der erneuten Verhandlung

vor dem Berufungsgericht Gelegenheit haben, ihren Standpunkt zur Kostenfrage darzulegen.

Johannsen

RiBGH Knüfer ist
beurlaubt und da-
her verhindert zu
unterschreiben

Rottmüller

Johannsen

Dr. Hoegen

Dehner