

3

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 353/87

URTEIL

Verkündet am:
8. März 1989
Mutterer
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1.

-

2.

3.

4.

g e g e n

Horst R. [REDACTED], B. [REDACTED] Straße 18, H. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dr. Lang, Dehner, Dr. Zopfs und Dr. Ritter auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 1989

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1) wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. Juni 1987 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision einschließlich der in dieser Instanz entstandenen Kosten des Streithelfers, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 1. August 1983 verstorbene Vater des Klägers, der Steuerberater Karl R. [REDACTED], hinterließ ein Testament, in dem er den Kläger zu 2/3 und seine Enkel Achim, Heike und Klaus - Kinder eines Bruders des Klägers - zu je 1/9 zu Erben einsetzte. Gleichzeitig wurde Testamentsvollstreckung angeordnet. Zum Testamentsvollstrecker ernannte das Nachlaßgericht den Streithelfer, der das Amt annahm.

Am 24. Oktober 1985 verkaufte der Testamentsvollstrecker fünf zum Nachlaß gehörende Grundstücke an den Beklagten zu 1) zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft und erklärte gleichzeitig die Auflassung. Die Rechtsänderung ist inzwischen im Grundbuch eingetragen worden. Mit der Klage hat der Kläger sowohl den Käufer des Grundstücks, den Beklagten zu 1), als auch die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Beklagten zu 2) bis 4) in Anspruch genommen. Er verlangte in erster Linie die Verurteilung der Beklagten zur Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises; hilfsweise die Feststellung, daß die Beklagten zur Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verpflichtet seien, äußerstenfalls die Feststellung, daß der Kaufvertrag über die Grundstücke unwirksam sei. Zur Begründung dieser Anträge hat er ausgeführt:

Die für 2,54 DM pro qm verkauften Felder seien 4,-- bis 5,-- DM/qm wert, so daß eine unzulässige, weil teilweise unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers vorliege. Jedenfalls entspreche das Geschäft nicht der dem Testamentsvollstrecker obliegenden ordnungsgemäßen Verwaltung. Der Testamentsvollstrecker habe die Verhandlungen nicht nur hinter dem Rücken der Erben geführt, sondern sie vor den Erben sogar als abgeschlossen hingestellt, als in Wirklichkeit der Kaufvertrag noch nicht notariell beurkundet war. Das pflichtwidrige Verhalten des Testamentsvollstreckers habe der Beklagte zu 1) auch erkannt. Er habe mit dem Mitinteressenten S. [REDACTED] zum Nachteil des Nachlasses eine Preisabsprache getroffen. Die Beklagten hätten die Felder daher zum Nachlaß zurückzugewähren.



Das Landgericht hat den Kläger mit seinem Hauptantrag und dem ersten Hilfsantrag abgewiesen, dem zweiten Hilfsantrag aber gegenüber sämtlichen Beklagten stattgegeben.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage gegen die Beklagten zu 2) bis 4) abgewiesen, im übrigen aber das landgerichtliche Urteil bestätigt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte zu 1) seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Landgericht hatte die Verurteilung des Beklagten zu 1) auf zwei Erwägungen gestützt: Unter Ziff. II 1. (Seite 14 bis 21) hat es ausgeführt, daß es sich bei dem Verkauf um eine teilweise unentgeltliche Verfügung gehandelt habe, die dem Testamentsvollstrecker nicht gestattet sei. Unter II 2. (Seite 22 bis 27) hat es hilfsweise die getroffene Feststellung damit begründet, daß das Geschäft nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entspreche und ein Gutgläubensschutz für die Beklagten nicht in Betracht komme. Das Oberlandesgericht mißbilligt die Ausführungen unter II 1.; hiergegen bestehen keine rechtlichen Bedenken. Das Berufungsgericht will sich aber die unter II 2. dargestellten Erwägungen des Landgerichts zu eigen machen. Die revisionsrechtliche Überprüfung muß sich daher auch auf diesen Teil des Landgerichtsurteils erstrecken.

2. Das Landgericht beurteilt die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB (LGU Seite 22 Abs. 1). Es geht deshalb davon aus, daß er nur insoweit Verpflichtungsgeschäfte für den Nachlaß abschließen kann, als dies zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Es nimmt im Anschluß an die Rechtsprechung (RGZ 83, 348, 353; 130, 131, 134; Senatsurteil vom 7. Juli 1982 - IVa ZR 36/81 - NJW 1983, 40) an, daß auch in den Fällen, in denen die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsgemäßen Verwaltung objektiv nicht erforderlich ist, eine wirksame Nachlaßverbindlichkeit zustandekommen kann, sofern nur der Vertragspartner bei Vertragsschluß annimmt und ohne Fahrlässigkeit annehmen darf, die Eingehung sei zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich. Es erörtert demnach folgerichtig unter Ziff. II 2. a) die Frage, ob der Verkauf den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung entsprach; nachdem es dies verneint hat, prüft es unter II 2. b), ob der Beklagte zu 1) gutgläubig war.

Die Tatrichter verkennen damit, daß die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers beim Verkauf von Nachlaßgegenständen nicht nach § 2206 Abs. 1 Satz 1, sondern nach § 2206 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 2205 BGB zu beurteilen ist. Diese Vorschrift enthält jedoch im Gegensatz zu Satz 1 keine Beschränkung auf solche Geschäfte, die zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind.

3. Ein Testamentsvollstreckter ist allerdings verpflichtet, sich bei allen seinen Amtshandlungen an die Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung zu halten. Verletzt er beim Abschluß von Kaufverträgen über Nachlaßgegenstände diese

Verpflichtung, dann kann er sich den Nachlaßbeteiligten gegenüber schadensersatzpflichtig machen; die Gültigkeit des Kaufvertrages wird jedoch, wie ein Vergleich zwischen § 2206 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BGB zeigt, davon grundsätzlich nicht berührt.

In gewissen Fällen kann allerdings eine Verletzung der Grundsätze der ordnungsgemäßen Verwaltung zur Nichtigkeit des vom Testamentvollstrecker eingegangenen Verpflichtungsgeschäfts führen (§ 138 Abs. 1 BGB). In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß ein Vertrag nichtig ist, den ein Bevollmächtigter im Einverständnis mit den Vertragsgegnern zum Schaden des Vollmachtgebers abschließt (Nachweis bei BGB-RGRK-Steffen 12. Aufl. § 167 Rdn. 24 Abs. 2 a.E.), und zwar auch dann, wenn der Bevollmächtigte sich dafür keine Vermögensvorteile zuwenden läßt. Demgemäß wird man auch solche Kaufverträge als nichtig ansehen müssen, bei denen Testamentsvollstrecker und Käufer bewußt zum Nachteil des Nachlasses zusammengewirkt haben. Zur Annahme der Sittenwidrigkeit ist demnach zweierlei erforderlich: Einmal ein Treuebruch des Testamentsvollstreckers und zum anderen eine bewußte Ausnutzung dieses Treuebruchs durch den Käufer. Hier fehlt es bereits an der ersten Voraussetzung. Für einen Treuebruch, also für eine vorsätzliche Verletzung der Testamentsvollstreckerpflichten fehlt jeder Anhaltspunkt.

4. Die Rechtsprechung nimmt allerdings - darüber hinausgehend - an, daß es dem Geschäftsherrn nicht verwehrt sei, sich unter gewissen Voraussetzungen auch bei mangelndem Vorsatz des Vertragspartners auf einen Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den Bevollmächtigten zu berufen

(RGZ 134, 67, 71; 145, 311, 314; 159, 363, 367; RG DR 1941, 858, 861; SeuffA 83 Nr. 4; HRR 1929 Nr. 84; 1933 Nr. 992, BGHZ 50, 112, 114; BGH Urteil vom 28. Februar 1966 - VII ZR 125/65 - NJW 1966, 1911 = WM 1966, 491; vom 31. Oktober 1963 - IV ZR 138/62 - WM 1964, 87; vom 25. März 1964 - VIII ZR 280/62 - WM 1964, 505; vom 16. Februar 1967 - VII ZR 243/64 - WM 1967, 482, vom 10. Dezember 1980 - VIII ZR 186/79 - WM 1981, 66). Sie betont jedoch, daß grundsätzlich der Vertretene das Risiko des Mißbrauchs der Vertretungsmacht zu tragen habe und daß den Vertragspartner keine besondere Prüfungspflicht treffe, ob und inwieweit der Vertreter im Innenverhältnis gebunden sei, von einer nach außen unbeschränkten Vollmacht nur beschränkten Gebrauch zu machen. Nur dann, wenn der Bevollmächtigte in ersichtlich verdächtiger Weise von seiner Vollmacht Gebrauch mache, könne der Einwand der Arglist (oder der unzulässigen Rechtsausübung) begründet sein (so auch das Schrifttum; vgl. etwa Jauernig BGB 4. Aufl. § 164 Anm. 4c; Palandt/Heinrichs BGB, 48. Aufl. § 164 Anm. 2; Erman/Brox BGB 7. Aufl. § 167 Rdn. 49; Staudinger/Dilcher, BGB 12. Aufl. § 167 Rdn. 97). Die Frage nach der Fahrlässigkeit des Vertragspartners stellt sich demnach erst dann, wenn "ersichtlich verdächtiges" Verhalten des Vertreters festgestellt ist.

Nach der durchaus herrschenden Lehre (RGZ 75, 299; 130, 131; BGHZ 30, 67, 71; Soergel/Damrau BGB 11. Aufl. § 2207 Rdn. 1; Brandner in MK § 2207 Rdn. 3; Kipp/Coing, Erbrecht, 12. Bearbeitung § 68 V 1; Hense bei Erman, 7. Aufl. § 2206 Rdn. 2) gelten die gleichen Grundsätze auch für den Testamentsvollstrecker. Eine Unwirksamkeit des Kaufvertrages könnte demnach nur dann angenommen werden, wenn sich der Testamentsvollstrecker "ersichtlich verdächtig"

verhalten hätte. Dafür fehlt es aber im Berufungsurteil an entsprechenden Feststellungen. Aus den Ausführungen unter 2b (Seite 33 unten bis 35) kann man zwar entnehmen, daß der Testamentsvollstrecker bei den Verkaufsverhandlungen nicht alles für den Nachlaß herausgeholt hat, was herauszuholen war. Würde man jedoch allein aus diesem Grunde annehmen, daß ein vom Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Vertretungsmacht abgeschlossener Vertrag als unwirksam anzusehen sei, so wäre das ein für die Rechtssicherheit unverträgliches Ergebnis. Es würde dazu führen, daß dann, wenn der Testamentsvollstrecker beim Abschluß eines Vertrages die Interessen des Nachlasses besser wahrgenommen hat als der Verhandlungspartner seine eigenen, das Rechtsgeschäft verbindlich wäre, im umgekehrten Fall aber nicht.

Das Berufungsgericht glaubt zwar aus Ziff. 7a des Testaments entnehmen zu können, daß der Testamentsvollstrecker gehalten sein sollte, die Grundstücke im Familienkreis zu halten. Unter diesem Gesichtspunkt könnte ein Mißbrauch der Testamentsvollstreckbefugnisse nur dann angenommen werden, wenn der Testamentsvollstrecker die genannte - ihrem Wortlaut nach nicht eindeutige - Bestimmung tatsächlich so verstanden hat. Das Berufungsgericht stellt aber nur fest, daß er "bei verständiger Auslegung" das Testament so verstehen mußte.

5. Im übrigen reichen die tatsächlichen Feststellungen, die die Vorinstanzen getroffen haben, noch nicht einmal aus, um den gegen den Beklagten erhobenen Vorwurf der Fahrlässigkeit zu begründen.

a) Das Landgericht (Seite 25) bemerkt dazu zunächst, der Beklagte zu 1) habe gewußt, daß die Erben einem Verkauf nicht zustimmen. Es beachtet dabei nicht hinreichend, daß der Testamentsvollstrecker nicht in erster Linie der Interessenvertreter der Erben ist. Seine Aufgabe ist es, den letzten Willen des Erblassers zu verwirklichen. An die Weisungen der Erben ist er nicht gebunden; er kann sogar in bestimmten Fällen verpflichtet sein, gegen deren Willen zu handeln. Aus dem Umstand allein, daß die Erben mit den Maßnahmen des Testamentsvollstreckers nicht einverstanden waren, kann daher nicht geschlossen werden, daß dieser pflichtwidrig gehandelt habe.

Soweit das Berufungsgericht dem Testamentsvollstrecker vorwirft, er habe den Erblasserwillen mißachtet, fehlt bereits eine tatrichterliche Feststellung, daß der Beklagte einen objektiven Verstoß des Testamentsvollstreckers gegen die Anordnungen des Erblassers erkennen konnte; seine Ausführungen zur Frage der Bösgläubigkeit betreffen nur die Frage der Höhe des Kaufpreises, nicht aber den vom Berufungsgericht angenommenen Verstoß gegen Ziff. 7a des Testaments. Daß der Testamentsvollstrecker nach der Überzeugung des Tatrichters (Berufungsurteil Seite 30) das Testament im Sinne des Klägers verstehen mußte, besagt noch nicht, daß auch der Beklagte dies erkennen konnte; bei ihm können nicht ohne weiteres die gleichen Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden wie bei dem zum Testamentsvollstrecker berufenen Notar.

b) Das Landgericht meint weiterhin, dem Beklagten zu 1) sei bekannt gewesen, daß der Testamentsvollstrecker durch

den Verkauf keine Mehrung des Nachlasses bewirke (Seite 26 letzter Absatz). Dem liegt offenbar der auch an anderer Stelle (Seite 22 letzter Absatz Seite 23 oben unter BII 2a aa und bb) geäußerte Gedanke zugrunde, die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes sei in der Regel nur dann zulässig und rechtsbeständig, wenn sie zu einer Mehrung des Nachlasses führe. Dieser Auffassung kann sich der Senat nicht anschließen; sie würde dazu führen, daß der Testamentsvollstrecker Nachlaßgegenstände nur dann verkaufen darf und verkaufen kann, wenn er für sie einen besonders günstigen Preis erzielt. Ein solches Ergebnis wäre mit den Vorstellungen des Gesetzgebers über die Aufgaben des Testamentsvollstreckers nicht zu vereinbaren. Daß der Verkauf zu einem unangemessenen niedrigen Preis erfolgt sei, also zu einer Minderung des Nachlasses geführt habe, wird vom Landgericht an dieser Stelle nicht festgestellt. Es könnte allerdings aus den Ausführungen auf Seite 16 (im letzten Absatz) entnommen werden. Jedoch hat sich das Oberlandesgericht die Ausführungen des Landgerichts über die Unangemessenheit des Kaufpreises nicht zu eigen gemacht; es hat betont, daß der vereinbarte Betrag von 100.000 DM wohl einen günstigen Kaufpreis darstelle, der sich aber noch im Rahmen des Angemessenen halte (BU Seite 27, 1. Absatz).

c) Das Berufungsgericht hält den Beklagten hinsichtlich der Frage, ob ein höherer Kaufpreis zu erzielen war, für bösgläubig; es gibt hierfür jedoch keine eigene Begründung, sondern nimmt insoweit auf die Entscheidungsgründe des Landgerichtsurteils Bezug, und zwar auf diejenigen, die sich mit der Absprache zwischen dem Beklagten und S [REDACTED] befassen (Seite 36 unten, 37 oben). Das Landgericht hatte indes diese

Absprache nicht als ein Indiz für die Bösgläubigkeit des Beklagten gewertet; es hatte vielmehr darin einen Umstand gesehen, der es diesem verwehre, sich auf seinen guten Glauben zu berufen. Das Landgericht wollte offenbar zum Ausdruck bringen: Der Beklagte habe es durch seine Abmachung mit Schwenk dem Testamentsvollstrecker unmöglich gemacht, das Grundstück zu dem an sich erwünschten Preis zu verkaufen; dem Testamentsvollstrecker könne deshalb kein Vorwurf gemacht werden, wenn er keinen höheren Kaufpreis herausgeholt habe; hierauf könne sich aber der Beklagte, der den Testamentsvollstrecker die Erzielung eines höheren Kaufpreises unmöglich gemacht habe, nach Treu und Glauben nicht berufen. Wenn dem so sein sollte, dann könnte diesem nicht der Vorwurf gemacht werden, daß er seine Verfügungsbefugnis mißbraucht hätte, und es könnte keine Rede davon sein, daß der Beklagte einen Mißbrauch der Testamentsvollstreckerbefugnisse ausgenützt hätte. Wenn der Beklagte durch rechtlich zu mißbilligende Machenschaften erreicht haben sollte, daß der Testamentsvollstrecker nicht den Preis erzielen konnte, der bei korrektem Verhalten des Beklagten zu erreichen gewesen wäre, dann könnte dies allenfalls zu einem Schadensersatzanspruch führen. Wenn es in diesem Falle dem Testamentsvollstrecker gelungen wäre, die Grundstücke zu einem höheren Preis zu verkaufen, würde dieser Anspruch nicht auf Rückgängigmachung des Kaufvertrages, sondern auf Zahlung der Differenz zwischen dem tatsächlich vereinbarten und dem bei rechtmäßigem Verhalten des Beklagten zu erreichenden Kaufpreis gehen. Einen hierauf gerichteten Antrag hat der Kläger jedoch nicht gestellt. Es braucht deshalb nicht erörtert zu werden, ob die zwischen den Beklagten und S. [REDACTED] getroffene Abrede tatsächlich zu mißbilligen ist.

II.

Die vom Berufungsgericht getroffenen tatsächlichen Feststellungen reichen demnach nicht aus, um die Annahme der Unwirksamkeit des Kaufvertrages zu rechtfertigen. Da den Umständen nach nicht auszuschließen ist, daß das Berufungsgericht bei richtiger rechtlicher Beurteilung weitergehende Feststellungen treffen wird, ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Beim weiteren Verfahren wird das Berufungsgericht nach wie vor den Notar F [REDACTED] als Streithelfer zuziehen müssen. Dieser hat zwar mit Schreiben vom 8. Juli 1988 dem Senat mitgeteilt, daß er sein Amt als Testamentsvollstrecker gekündigt habe. Er hat hinzugefügt, daß er "an dem Verfahren

nicht mehr beteiligt" sei. Dies ist indes ein Irrtum. Der Streithelfer kann zwar jederzeit seinen Beitritt in entsprechender Anwendung von § 269 ZPO zurücknehmen (Vollkommer bei Zöllner ZPO 15. Aufl. § 66 Rdn. 17; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 47. Aufl. § 66 Anm. 2B; § 70 Anm. 1C; Thomas/Putzo 15. Aufl. § 66 Anm. 5b bb). Die Rücknahmeerklärung unterliegt jedoch dem Anwaltszwang; die persönliche Mitteilung des Streithelfers an den Senat ist daher unbeachtlich.

Der Wegfall der Gründe, die den Streithelfer zum Beitritt veranlaßt haben, beendet dagegen die Nebenintervention nicht automatisch.

Dr. Hoegen

Dr. Lang

Dehner

Dr. Zopfs

Dr. Ritter