

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_171/67

URTEIL

Vorkündet am
25. September 1970
H i r t h ,
Justizsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der B[REDACTED]-H[REDACTED] H[REDACTED] AG,
vertreten durch ihren Vorstand, Johannes Asche und
Karl B[REDACTED] H[REDACTED], I[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenant: Rechtsanwalt Dr. Hans Jürgen H[REDACTED]
in L[REDACTED], B[REDACTED] Straße [REDACTED], als Konkursverwalter über
den Nachlaß Elisabeth S[REDACTED],

g e g e n

1. den Gerichtsreferendar Joachim Nikolaus S[REDACTED]
in L[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],
2. die Studentin der Medizin Christine S[REDACTED]
in L[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 1970
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin
und der Bundesrichter Dr. Rothe, Dr. Mattern,
Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgerichts in Schleswig vom 21. September
1967 wird auf Kosten der Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Kläger sind die Enkel des am 27. März 1953
verstorbenen Kaufmanns Hermann Gustav S [REDACTED].
Dieser hat ein Testament vom 17. März 1950 hinter-
lassen, in dem seine Ehefrau Elisabeth S [REDACTED]
als alleinige Vorerbin, sein Sohn Klaus als Nacherbe
und die Kläger als Ersatznacherben eingesetzt sind.
Für die Dauer der Vorerbschaft ist Testamentsvoll-
streckung angeordnet. Dem Testamentsvollstrecker ist
zur Pflicht gemacht, das Privatvermögen und das Ver-
mögen der Firma I. N. S [REDACTED] KG (im folgenden
nur KG genannt), deren Komplementär der Erblasser war,
stets getrennt zu verwalten. Klaus S [REDACTED] ist
durch Beschluß des Amtsgerichts Lübeck vom 16. Juli 1953
für tot erklärt worden. Seit 1956 ist der Kaufmann

- 3 -

Hermann D. Testamentsvollstrecker. Der Ersatznacherbfall ist mit dem Tod der Vorerbin am 27. Mai 1965 eingetreten.

Kommanditisten der genannten KG waren der Kaufmann H. und die Ehefrau Elisabeth S. mit einer Einlage von je 20 000 DM. Am 8. April 1954 wurde das Ausscheiden des Erblassers aus der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen, nachdem durch Gesellschaftsvertrag vom 10. März 1954 H. Komplementär geworden war und die Witwe S. als nunmehrige alleinige Kommanditistin ihre Einlage erhöht hatte. Nach dem Tode H. am 25. September 1957 wurde Komplementärin die neu gegründete Elisabeth S. GmbH, deren Mit- und spätere Alleingesellschafterin die Witwe S. wurde.

Zum Nachlaß Hermann Gustav S. gehörten mehrere Grundstücke, u.a. der im Grundbuch von I. St. J. Band Blatt verzeichnete Grundbesitz. Am 7. Oktober 1960 wurde die Witwe Elisabeth S. im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen und die Vorerbschaft sowie die Testamentsvollstreckung im Grundbuch vermerkt. Am 21. Dezember 1965 wurden die Kläger als Eigentümer in ungeteilter Erbengemeinschaft eingetragen.

Die KG deckte ihren Kreditbedarf seit langem bei der D. Bank in I. Ende 1960 beabsichtigte sie, durch Vermittlung der C. bank, Filiale I., die laufenden kurzfristigen Kredite



bei der D[REDACTED] Bank durch Aufnahme langfristiger Darlehen umzuschulden. Die C[REDACTED]bank wandte sich wegen eines Hypothekendarlehens "für die Firma I.N. S[REDACTED], I[REDACTED]" an die Beklagte. Letztere erklärte sich zur Gewährung eines Darlehens bereit. Unter dem 8. Dezember 1960 fertigte sie ein Darlehensangebot aus und richtete es an die Witwe S[REDACTED]. Am 29. Dezember 1960 unterzeichnete der Testamentsvollstrecker für eine Hypothek über 36 000 DM auf dem oben näher bezeichneten Nachlaßgrundstück und zwei weitere Hypotheken die "Schuldurkunde und Hypothekenbestellung". Die KG zahlte im Zuge der Umschuldung durch Scheck der C[REDACTED]bank 134 000 DM an die D[REDACTED] Bank. In einer von der Witwe S[REDACTED] und dem Testamentsvollstrecker unterschriebenen Erklärung vom 12. Januar 1961 wurde der Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta gegen die Beklagte an die C[REDACTED]bank abgetreten und die Beklagte unwiderruflich beauftragt, die Hypothekenvaluta an die C[REDACTED]bank zu zahlen. Am 10. Februar 1961 erwirkte die Beklagte einen Grundbuchvermerk dahin, daß die am 31. Januar 1961 eingetragene Hypothek über 36 000 DM auch gegenüber den Nacherben wirksam ist. Danach überwies sie Mitte März 1961 die Hypothekenvaluta an die C[REDACTED]bank.

Am 21. November 1963 erwirkte der Kläger zu 1 die Eintragung von Amtswidersprüchen gegen die Hypothek über 36 000 DM und die weiteren hypothekarischen Belastungen mit der Begründung, die Hypotheken habe

der Testamentsvollstrecker unentgeltlich bestellt, da das dafür gewährte Darlehen der KG zugeflossen sei. Die Hypothekenbestellungen seien daher gemäß § 2205 Satz 3 BGB rechtsunwirksam.

Die Kläger begehren mit der vorliegenden Klage Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Hypothek über 36 000 DM. Sie haben beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung der zugunsten der B[REDACTED] H[REDACTED] H[REDACTED] in H[REDACTED] im Grundbuch von L[REDACTED] St. J[REDACTED], Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], in Abteilung III unter Nummer 3 eingetragenen Hypothek über 36 000 DM zu willigen,

hilfsweise,

die Beklagte zu verurteilen zu bewilligen, daß an ihrer Stelle die Kläger in ungeteilter Erbengemeinschaft als Inhaber des Rechts eingetragen werden, und den Hypothekenbrief über die zugunsten der Beklagten auf dem Grundstück L[REDACTED], S[REDACTED]straße [REDACTED] / W[REDACTED]straße [REDACTED], im Grundbuch L[REDACTED] St. J[REDACTED] Band [REDACTED] Blatt [REDACTED], eingetragene Hypothek über 36 000 DM herauszugeben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat insbesondere geltend gemacht: Die Hypothekenbestellung sei entgeltlich erfolgt, da ein Darlehensvertrag mit Wirkung für den Nachlaß abgeschlossen worden sei. Über die Verwendung des Darlehens habe sie nichts gewußt.

Der Konkursverwalter über den Nachlaß der Witwe Stolterfoth ist als Nebenintervenient der Beklagten beigetreten.

Das Landgericht hat nach dem Hauptantrag erkannt. Dagegen hat sich die Beklagte mit der Berufung gewandt. Beide Parteien haben ihr bisheriges Vorbringen wiederholt und ergänzt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Sie verfolgt den Klagabweisungsantrag weiter. Die Kläger bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält die Bestellung der Hypothek über 36 000 DM wegen Verstoßes gegen § 2205 Satz 3 BGB für unwirksam und demzufolge den Löschungsanspruch der Kläger nach § 894 BGB für begründet. Es ist der Ansicht, der Testamentsvollstrecker sei Dar-

lehensnehmer gewesen. Von Anfang an habe aber für alle Beteiligten festgestanden, daß die Darlehensvaluta der KG zufließen und nicht dem Nachlaß zugute kommen sollte. Dem Testamentsvollstrecker sei auch erkennbar gewesen, daß der Auszahlungsanspruch für den Nachlaß wertlos gewesen sei und objektiv keine gleichwertige Gegenleistung dargestellt habe.

Eine Entgeltlichkeit der Hypothekenbestellung ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß das Vermögen der KG mit dem Nachlaß identisch sei. Eine solche Identität liege nicht vor. Die Beklagte könne sich ferner nicht darauf berufen, daß die Hypothek über 36 000 DM und die weiteren vom Testamentsvollstrecker bewilligten Hypotheken nur im Rahmen der Umfinanzierung bestellt worden und an die Stelle der früher der D [REDACTED] Bank eingeräumten Grundpfandrechte getreten seien. Letztere seien nicht gelöscht, sondern an die C [REDACTED] bank abgetreten worden und noch heute für diese im Grundbuch eingetragen. Schließlich folge eine Entgeltlichkeit der Hypothekenbestellung nicht aus dem Gesichtspunkt der Haftung für eine Nachlaßverbindlichkeit. Der Testamentsvollstrecker hätte gegenüber einer Inanspruchnahme für solche Schulden die Einrede der Verjährung erheben können.

II.

A) Die Revision bringt hiergegen zunächst vor: Der Testamentsvollstrecker habe nicht nur keine Ver-

anlassung haben können, an der Entgeltlichkeit der Hypothekenbestellung zu zweifeln. Er sei im Interesse des Nachlasses sogar verpflichtet gewesen, so zu handeln.

1. Die Revision meint, das Berufungsgericht verneine die Erheblichkeit verschiedener Vorteile, die dem Nachlaß als Gegenleistung zugeflossen sein könnten, das Berufungsurteil lasse aber Feststellungen dazu vermissen, daß der Testamentsvollstrecker hinsichtlich jedes der angenommenen Vorteile wußte oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses hätte wissen müssen, daß jeder von ihnen nicht als gleichwertig angesehen werden konnte.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Der Berufungsrichter ist von der rechtlich zutreffenden Auffassung ausgegangen, Unentgeltlichkeit im Sinne des § 2205 Satz 3 BGB liege vor, wenn der Testamentsvollstrecker objektiv ohne gleichwertige Gegenleistung Opfer aus dem Nachlaß erbringe und dies wisse oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (vgl. Senatsurteile vom 15. Mai 1963 - V ZR 141/61, NJW 1963, 1613, 1614 und vom 10. Mai 1968 - V ZR 218/64). Hierzu hat der Tatrichter, wie die Einleitung der Entscheidungsgründe in Verbindung mit der "zusammenfassenden" Würdigung im Berufungsurteil Bl. 15 f ergeben, umfassend festgestellt, dem Testamentsvollstrecker sei

erkennbar gewesen, daß dem Nachlaß keinerlei Vorteil aus der Bestellung der Hypothek für die Beklagte erwuchs.

2. Die Revision führt weiter an, auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Gleichwertigkeit des vom Nachlaß erworbenen Auszahlungsanspruchs lasse nicht erkennen, daß es die genannte subjektive Voraussetzung geprüft hätte.

Die Rüge sticht nicht.

Zwar heißt es im Berufungsurteil Bl. 16 nach Erörterung des subjektiven Moments auf seiten des Testamentsvollstreckers: "War danach die Hypothekenbestellung ... bereits objektiv unentgeltlich ...". Daraus kann aber nicht mit der Revision geschlossen werden, daß das Berufungsgericht "alle" voraufgehenden Feststellungen "nur" auf die objektive Ungleichwertigkeit bezogen wissen wollte. Dem Berufungsrichter kam es an dieser Stelle ersichtlich darauf an herauszustellen, daß eine auf Unentgeltlichkeit gerichtete Willensübereinstimmung der Vertragspartner im Rahmen des § 2205 Satz 3 BGB nicht zu fordern ist und es auch nicht darauf ankommt, ob die Beklagte die Unentgeltlichkeit hätte erkennen können.

3. Die Revision meint ferner, das Berufungsgericht habe ausgeführt, daß der Testamentsvollstrecker "zu keiner Zeit eine Auszahlung des Darlehensbetrages lediglich zugunsten des Nachlasses

(hätte) erwirken können", ohne gleichzeitig zu sagen, aus welchen Tatsachen sich das ergeben soll. § 551 Nr. 7 ZPO sei verletzt.

Die Rüge ist unbegründet.

Der Tatrichter hat aus den von ihm dargelegten Umständen die Überzeugung gewonnen, es habe "nach allem" von Anfang an festgestanden, daß die Hypothekenvaluta niemals an den Nachlaß selbst fallen oder auch nur ihm zugute kommen sollte. Der Zusammenhang ergibt, daß der Berufungsrichter ungeachtet des Umstandes, daß der Testamentsvollstrecker Darlehensnehmer war, den Willen aller Beteiligten festgestellt hat, den Darlehensbetrag von vornherein nicht dem von D. [REDACTED] verwalteten Nachlaß, sondern über die C. [REDACTED] bank wirtschaftlich der KG zuzuführen. Damit ist der Begründungspflicht nach § 551 Nr. 7 ZPO genügt (vgl. BGHZ 39, 333, 337 f).

4. Die Revision beanstandet die Erwägungen des Berufungsgerichts "zu den alten Grundschulden, die (u.a.) von der hier streitigen Hypothek abgelöst worden sind", und führt aus: Die Abtretung jener Grundschulden an die C. [REDACTED] bank sei offensichtlich im Zusammenhang mit der Übernahme des Kredits von der D. [REDACTED] Bank und deren Ablösung am 12. Januar 1961 durch Zahlung von 134 000 DM erfolgt. Nachdem aber der Auszahlungsanspruch aus den von der Beklagten gewährten Hypothekendarlehen an die C. [REDACTED] bank abgetreten war, seien mit Ein-

tragung der Hypothek zugunsten der Beklagten die Grundschuldbriefe an den Notar S[REDACTED] zurückgegeben worden. Erst wesentlich später seien diese Briefe der C[REDACTED]bank erneut behändigt worden. Das allenfalls unentgeltliche Geschäft habe also nur diese weitere Verfügung über die Grundschuldbriefe zugunsten der C[REDACTED]bank sein können. Gegenwert für den Nachlaß aus dem von der Beklagten gewährten Hypothekendarlehen sei aber die Ablösung der von der D[REDACTED] Bank gewährten, durch die Grundschulden abgesicherten Kredite, die die C[REDACTED]bank aus dem von ihr zur Verfügung gestellten Zwischenkredit vornahm, wofür ihr der Anspruch auf Auszahlung des Darlehens gegen die Beklagte zediert worden war. Dieses Geschäft sei in sich geschlossen gewesen und habe mit der (etwaigen) weiteren Verfügung über die Grundschuldbriefe nichts zu tun gehabt. Jedenfalls habe der Testamentsvollstrecker es nur so sehen können und müssen.

Der Angriff dringt nicht durch.

Die Abtretung der Grundschulden an die Commerzbank ist Ende 1960 unter "gleichzeitiger Übergabe" der Briefe erfolgt (§§ 1192, 1154 BGB; vgl. Grundakten St. J[REDACTED], Band [REDACTED], Blatt [REDACTED] Band I Bl. 59). Die Briefe über die in jenem Grundbuch Abteilung III Nr. 1 (25 000 DM) und Nr. 2 (10 000 DM) vermerkten Grundschulden hat der Notar S[REDACTED] am 18. Januar 1961 zur Berichtigung (Vorrangseinräumung zugunsten der Post Abteilung III Nr. 3 über 36 000 DM) zusammen

mit dem Antrag auf Eintragung der vom Testamentsvollstrecker für die Beklagte bestellten Hypothek über 36 000 DM dem Grundbuchamt eingereicht. Nach der Berichtigung sind jene beiden Grundschuldbriefe dem Notar zurückgegeben worden.

Entgegen der von der Revision vertretenen Meinung kann dieser Rückgabe an den Notar nicht entnommen werden, daß nach Befriedigung der D[REDACTED] Bank und nach Auszahlung der von der Beklagten gewährten Hypothekendarlehen an die C[REDACTED] bank die "alten" Grundschulden "frei" geworden waren und dem Nachlaß zustanden. Aus dem Schreiben der C[REDACTED] bank an die KG vom 14. April 1961 ergibt sich nicht, daß die dort genannten Grundschuldbriefe der C[REDACTED] bank "erneut" ausgehändigt worden sind. Der Tatrichter hat dies nicht festgestellt. Der Vortrag der Revision ist neu und darum unbeachtlich (§ 561 ZPO). Im übrigen muß sich die Revision entgegenhalten lassen, daß der Testamentsvollstrecker vor dem Amtsgericht Abteilung 2 I[REDACTED] vom 13. Dezember 1963 (Grundakte innere Stadt Blatt[REDACTED] Band II a Bl. 51 f) erklärt hat, die C[REDACTED] bank habe der KG "eine langfristige Hypothek" von der Beklagten in Höhe von 144 000 DM besorgt und "... darüberhinaus einen Kredit von zunächst 100 000 DM, später auch höher" gewährt; die KG habe ein neues Kreditabkommen mit der C[REDACTED] bank getroffen; diese sei an die Stelle der D[REDACTED] Bank getreten. Deecke hat insoweit ferner erklärt: Dieser Kredit "war und ist" gesichert durch die Grundschulden, die in den Grundbüchern

eingetragen sind und die (jeweils mit Zinsen seit 1. Januar 1961) an die C██████bank abgetreten sind. Es handelt sich dabei um die früheren Eigentümergrundschulden, die außerhalb des Grundbuchs an die D██████Bank abgetreten waren. Wenn der Berufungsrichter im Hinblick auf diese Erklärung des Testamentsvollstreckers zu der Überzeugung gelangt ist, die für die Beklagte eingetragenen Hypotheken stellten sich als "echte zusätzliche Neubelastungen" der Nachlaßgrundstücke - im Rahmen eines umfassenden Umschuldungs- und Kreditabkommens mit der C██████bank - dar, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

5. Die Revision bringt weiter vor: Der Berufungsrichter habe die unter Beweis gestellten Behauptungen der Beklagten nicht beachtet, daß die D██████Bank sämtliche Briefe über die "abzulösen" Grundschulden von zusammen 159 000 DM an die C██████bank übergeben habe und die Briefe später an Rechtsanwalt I██████ "bzw. über diesen an die Kläger" gelangt seien. Damit seien die Nachlaßgrundstücke von der Haftung in Höhe von 159 000 DM befreit worden. Der Grundbuchinhalt entspreche jetzt insoweit nicht der materiellen Rechtslage.

Die Rüge bleibt erfolglos.

Für die Beurteilung der Frage, ob eine unentgeltliche Verfügung (§ 2205 Satz 3 BGB) vorliegt, ist der Zeitpunkt maßgeblich, zu dem die Verfügung vorgenommen worden ist (vgl. RGZ 159, 385, 393 und

BayObLG DNotZ 1958, 89, 92 betreffend § 2113 Abs. 2 BGB). Ob die Nachlaßgrundstücke später von der Haftung aus den "alten" Grundschulden (von zusammen 159 000 DM) befreit wurden, ist nicht bedeutsam. Schon deshalb ist das von der Revision angeführte Beweisthema unerheblich und die Übergehung des Beweisangebots keine Verletzung des § 286 ZPO. Der Revisionsangriff läßt im übrigen folgendes außer acht: Wenn "die" Nachlaßgrundstücke von der Haftung in Höhe von 159 000 DM befreit worden wären, dürfte das Grundstück St. J. [REDACTED] Blatt 4885, das bei Bestellung der Hypothek von 36 000 DM zugunsten der Beklagten nur mit den - der I. [REDACTED] Bank abgetretenen - Pfandrechten von 25 000 DM und 10 000 DM belastet war, nach der Ablösung effektiv keine höhere Belastung aufweisen als vor Bestellung der Hypothek über 36 000 DM für die Beklagte. Das ist aber nicht der Fall. In Abteilung III dieses Grundbuchblattes sind unter Nr. 1 eine Grundschuld von 25 000 DM (nach Aufteilung jetzt Nr. 1 zu 15 000 DM und Nr. 1a zu 10 000 DM), unter Nr. 2 eine Grundschuld von 10 000 DM und unter Nr. 3 die Hypothek der Beklagten von 36 000 DM eingetragen. Die - im Zuge der Ablösung der D. [REDACTED] Bank - an die O. [REDACTED] bank zedirierte Grundschuld von 25 000 DM (Abteilung III Nr. 1) ist aber von dieser Gläubigerin weiter übertragen worden. Sie steht laut Grundbucheintrag jetzt in Höhe von 15 000 DM dem Diplomingenieur E. B. [REDACTED] und in Höhe von 10 000 DM der Firma M. [REDACTED] & Co. zu. Von einer Befreiung "der" Nachlaß-

grundstücke in Höhe von 159 000 DM kann also nicht gesprochen werden.

B) Die Revision greift weiterhin die Ausführungen des Berufungsrichters zur objektiven Unentgeltlichkeit der Hypothekenbestellung an.

1. In der Revisionsbegründung führt die Beklagte aus: Im vorliegenden Fall habe - im Gegensatz zu den in den Entscheidungen RGZ 129, 246 (gemeint ist offenbar RGZ 125, 242, 246) und BGHZ 7, 274, 277 beurteilten Sachverhalten - dem Nachlaß auf Grund des "mit ihm" geschlossenen Vertrags der Anspruch auf Auszahlung des Darlehens zugestanden. Der Testamentsvollstrecker habe durch Abtretung dieses Anspruchs anderweitig darüber verfügt. Diese Zweitverfügung lasse "die erste Verfügung" nicht unentgeltlich werden. Die beabsichtigte anderweitige Verwendung des Darlehens sei mit dem Darlehensgeber (der Beklagten) nicht vereinbart worden. Die Beklagte habe nicht gewußt, daß die KG mit dem Nachlaß des ehemaligen Komplementärs nicht identisch gewesen sein könnte.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Der Tatrichter hat anhand des vorliegenden Schriftwechsels festgestellt, für alle Beteiligten - darunter die Beklagte - habe von Anfang an festgestanden, daß das von der Beklagten gewährte Hypothekendarlehen zu keiner Zeit dem vom Testaments-

vollstreckter verwalteten Nachlaß, sondern der KG zugute kommen sollte. Darin liegt nach dem Zusammenhang der Gründe auch die Feststellung, daß sich die Beteiligten einschließlich der Beklagten (vgl. den Brief der C. bank an die Beklagte vom 8. November 1960 nebst Antwort vom 17. November 1960) im Rahmen der zugunsten der KG getroffenen Umschuldungs- und Kreditabsprachen von vornherein darüber einig waren, daß der KG die Darlehensvaluta zufließen sollte. Entgegen der von der Revision vertretenen Meinung liegt danach weder eine "Zweitverfügung" (vgl. KG JW 1938, 949) noch eine Anweisung des Testamentsvollstreckers auf Leistung an einen Dritten vor (vgl. Staudinger, BGB 10./11. Aufl. § 2205 Rdn. 29). Die Würdigung des Tatrichters, der Nachlaß habe nur etwas geopfert, ohne dafür Gleichwertiges zu erhalten (Senatsurteil vom 22. Mai 1963 - V ZR 112/61, NJW 1963, 1613, 1614) gründet sich auf das Gesamtbild (vgl. BGHZ 5, 173, 183), zu dem den Tatrichter insbesondere die wirtschaftliche Betrachtung der Vorgänge (vgl. BGHZ 7, 274, 277) geführt hat. Diese Beurteilung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Auf die Frage, ob die Beklagte wußte, daß die KG mit dem Nachlaß des ehemaligen Komplementärs dieser Firma nicht identisch war, kommt es entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung in diesem Zusammenhang nicht an.

2. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob und inwieweit die von ihm angenommene Wertlosigkeit des Auszahlungsan-

spruchs im Zeitpunkt der Verfügung deswegen verneint werden müsse, weil dem Nachlaß gegenüber der KG ein Rückzahlungsanspruch zustehe.

Die Rüge geht fehl.

Der Testamentsvollstrecker hat zugunsten der Beklagten Nachlaßgrundstücke belastet und damit den Wert des Nachlasses verringert, ohne daß diese Verringerung durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils aufgehoben wurde (vgl. BGHZ 7, 274, 277). Ein "Rückzahlungsanspruch" gegen die verschuldete KG stellte einen solchen Vorteil, wie auch der Berufungsrichter offensichtlich angenommen hat, nicht dar. Der Testamentsvollstrecker kannte nach den Feststellungen des Tatrichters die wirtschaftliche Lage der KG. Unter diesen Umständen geht der - auf der positiven Bewertung des "Rückzahlungsanspruchs" basierende - Angriff der Revision gegen die Würdigung des Berufungsgerichts, der Testamentsvollstrecker habe die Unentgeltlichkeit seiner Verfügung erkennen können, ins Leere.

3. Die Revision rügt weiter, das Oberlandesgericht habe zu Unrecht eine Identität der KG und des Nachlaßvermögens verneint und zu Unrecht angenommen, daß die Vorerbin "persönlich mit 100 000 DM an der Firma beteiligt war". Wenn der "aufgestockte" Betrag der Vorerbschaft entstammte, habe er den für sie geltenden Beschränkungen unterlegen. Für den

Nachlaß sei "die erhebliche Beteiligung an der Firma mit ca. 140 000 DM" geblieben, "die damit zugleich den wesentlichen Vermögensbestand der S [REDACTED] KG" ausgemacht habe.

Auch dieser Angriff bleibt erfolglos.

Die Witwe S [REDACTED] war zu Lebzeiten ihres Mannes Kommanditistin und ist es nach seinem Tod geblieben. Der Tatrichter hat insoweit auf Grund des Gesellschaftsvertrags vom 10. März 1954 (Beiakte LG Lübeck 2 O 143/65 Bl. 150) festgestellt, daß sie als Kommanditistin persönlich mit 100 000 DM an der Firma beteiligt war. Diese Feststellung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision kann nicht damit durchdringen, daß sie das Gegenteil behauptet. Damit ist auch dem weiteren Vorbringen der Revision, der Nachlaß sei "mit ca. 140 000 DM" an der Firma beteiligt gewesen, der Boden entzogen.

4. Vergeblich weist die Revision schließlich darauf hin, es erscheine unbillig, wenn sich die Kläger heute auf eine Unentgeltlichkeit der Hypothekenbestellung wegen Verwendung der Darlehensvaluta in der KG beriefen, obwohl bei der geschilderten Sachlage die Erhaltung der KG nach dem Willen des Erblassers letztlich den Klägern als Nacherben zugute kommen sollte (§ 242 BGB).

Mit der Revisionsbeantwortung ist auf die Feststellung hinzuweisen, daß der Testamentsvollstrecker verpflichtet war, das Privatvermögen und das Vermögen der KG stets getrennt zu verwalten. Dieser Anordnung des Erblassers laufen die Erwägungen der Revision zuwider. Damit stößt ihr weiterer Angriff ins Leere, der Berufungsrichter habe auch im Hinblick auf die Erfordernisse der Billigkeit die subjektive Voraussetzung der Unentgeltlichkeit (§ 2205 Satz 3 BGB) auf seiten des Testamentsvollstreckers zu Unrecht bejaht.

III.

Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, ist das Rechtsmittel mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Rothe

Mattern

Offterdinger

Dr. Grell