

V ZR 180/60

2206 010

Verkündet
am 7. März 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Landwirts Carl D [REDACTED] in S [REDACTED] über J [REDACTED],

Klägers, Berufungs- und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Auktionator Anton F [REDACTED] in J [REDACTED], von- [REDACTED]-Ufer,
als Testamentsvollstrecker des am 20. November 1957 in J [REDACTED]
verstorbenen Rentners Ico Dr [REDACTED],

Beklagten, Berufungs- und Revisionsbeklagten,

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

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 7. März 1962 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Dr. Augustin, Schuster,
Dr. Piepenbrock und Dr. Rothe
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Oldenburg vom 19. August 1960 wird auf
Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger pachtete im Jahre 1941 den in S [REDACTED] gelegenen etwa 36 ha großen Hof des Landwirts Ico Dr [REDACTED]. Die Wirtschaftsgebäude des Hofes wurden im Jahre 1944 durch Bomben zerstört und in der Folgezeit vom Kläger zum Teil behelfsmäßig wieder aufgebaut.

Am 19. Januar 1956 schloß der Kläger mit dem Verpächter einen neuen Pachtvertrag für die Zeit vom 1. Mai 1956 bis zum 30. April 1962. Der Jahrespachtzins war je zur Hälfte am 1. November und am 1. Mai eines jeden Jahres zu zahlen. Aufrechnungen, Minderungen und Zurückbehaltungen gegenüber dem Pachtzins wurden ausgeschlossen. In § 7 Abs. 2 des Pachtvertrages war folgendes bestimmt:

"Der Ersatz von Gebäuden obliegt dem Verpächter, jedoch nur in den Grenzen des wirtschaftlich Tragbaren und Möglichen. Der Pächter erkennt an, daß dem Verpächter zur Zeit ein Ersatz nicht möglich ist."

Der Verpächter starb im Jahre 1957. Er hatte mit seiner vor ihm verstorbenen Schwester am 20. April 1956 einen Erbvertrag geschlossen, in dem die Geschwister sich gegenseitig zu Erben und zum alleinigen Erben und Hoferben des Überlebenden das Land Niedersachsen eingesetzt haben mit der Bestimmung, daß der Hof in der Form einer caritativen Stiftung verwaltet werden solle. Weiter heißt es in dem Erbvertrag:

"Der Hof S [REDACTED] soll ohne zwingenden Grund nicht durch Verkauf einzelner Flurstücke in seiner Größe verändert werden; das Werkhaus in Schluis mit den dabei benutzten Landstücken soll bei der Hofstelle verbleiben. Der Hof ist an einen einfachen, tüchtigen und christlich

- 3 -

gesinnten Pächter lutherischer Konfession für eine mittlere Pacht langfristig zu verpachten. Der Pächter soll möglichst schon mit einigem heranwachsenden männlichen Nachwuchs versehen sein.

Der jetzige Pächter Carl D. [REDACTED] soll das Recht haben, den Hof bis an sein Lebensende für eine mittlere Pacht zu pachten. Er ist dabei natürlich auch allen Pflichten eines Pächters unterworfen, ihm kann daher aus wichtigem Grunde gekündigt werden.

Die Reineinkünfte unseres Nachlasses, insbesondere also des Hofes S. [REDACTED] sollen verwandt werden, die durch die Zeitläufe entstandenen Nöte zu lindern, insbesondere durch den Krieg in Not geratenen Witwen, Waisen und Kriegsverletzten Hilfe zu bringen. Die verfügbaren Gelder sollen ausschließlich und allein zu diesem Zweck verwandt werden, in erster Linie im Kreise Wittmund.

Es wird dem Erben zur Pflicht gemacht, dafür zu sorgen, daß die seinerzeit abgebrannten Gebäude, wie Stallgebäude, Backhaus, so bald wie möglich wieder aufgebaut werden."

Außerdem enthält der Erbvertrag noch Vermächtnisanordnungen. Zum Testamentsvollstrecker haben die Vertragsteile den Beklagten ernannt.

Das Land Niedersachsen hat die Erbschaft ausgeschlagen, so daß gesetzliche Erbfolge eingetreten ist. Der Kläger ist zu einem geringen Anteil - es sind angeblich über 90 Erben vorhanden - als Miterbe an dem Nachlaß beteiligt. Er verlangt mit der Klage unter Hinweis auf den Erbvertrag und auf § 7 Abs. 2 des Pachtvertrages vom Beklagten als Testamentsvollstrecker die Errichtung einer Scheune. Er hat dazu vorgetragen, die behelfsmäßigen Bauten seien völlig unzureichend, so daß eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Hofes unmöglich sei. Nach dem Ableben des Hofeigentümers seien genügend Mittel für den Bau einer Scheune vorhanden gewesen. Der Beklagte habe jedoch die verfügbaren Mittel, anstatt ein neues Wirtschaftsgebäude zu errichten, zur

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Auszahlung von Vermächtnissen verwandt. Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, auf dem Hof eine massive Scheune von einer Größe zu errichten, wie sie zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung des Hofes erforderlich ist.

Der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Er hat bestritten, daß ausreichende Mittel für den Neubau einer Scheune zur Verfügung gestanden hätten oder noch vorhanden seien. Im übrigen hat er sich unter Hinweis auf die mit Schreiben vom 4. Mai 1959 wegen Nichtzahlung der am 1. November 1958 und 1. Mai 1959 fälligen Halbjahrespachten ausgesprochene fristlose Kündigung darauf berufen, daß jedenfalls mit der Beendigung des Pachtverhältnisses der Klageanspruch entfallen sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung, mit welcher der Kläger hilfsweise die Feststellung begehrt hatte, daß der Beklagte verpflichtet sei, nach dem Beginn der nächsten Bausaison eine neue Scheune zu errichten, hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Berufungsanträge weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

I. Einer Prüfung der Frage, ob der Kläger auf Grund des Pachtvertrages die Errichtung einer neuen Scheune verlangen kann, bedarf es nicht, wenn, wie das Berufungsgericht annimmt, das Pachtverhältnis infolge der fristlosen Kündigung des Beklagten sein Ende gefunden hat.

Das Oberlandesgericht stellt fest, daß der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung mit der Zahlung der am 1. November 1958 und 1. Mai 1959 fälligen Halbjahrespachten im Rückstande war. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsirrtum die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung (§§ 554 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB) bejaht. Das von der Revision erwähnte Urteil des Bundesgerichtshofs vom 10. Juni 1958 (VIII ZR 135/57, LM BGB Nr. 55 zu § 242 Cd) betrifft einen anderen als den hier vorliegenden Sachverhalt. Ein Recht des Klägers zur Zurückbehaltung des Pachtzinses war in dem Pachtvertrag ausdrücklich ausgeschlossen worden. Ein Zahlungsverzug des Klägers wäre allerdings zu verneinen, wenn der Beklagte sich mit der Einbehaltung des Pachtzinses durch den Pächter einverstanden erklärt oder wenn der Kläger irrtümlich ohne Verschulden sich für berechtigt gehalten hätte, den Pachtzins zurückzubehalten. Dies ist jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall. Das Oberlandesgericht verweist hierzu auf die Schreiben vom 27. November und 20. Dezember 1958, in denen der Beklagte dem Kläger gegenüber zum Ausdruck gebracht habe, daß er auf den pünktlichen Eingang der Pachteinahmen angewiesen sei, um die laufenden Verpflichtungen erfüllen zu können, und dazu noch ausdrücklich bemerkt habe, daß der Kläger künftig die Pacht am Fälligkeitstermin zu zahlen habe und keine Aufrechnung oder Zurückbehaltung versuchen dürfe. Das Oberlandesgericht hat auch bei der Prüfung eines Verzuges des Klägers die Bestimmungen des Erbvertrages nicht übersehen, insbesondere das dem Kläger eingeräumte Recht zur Pachtung des Hofes wie auch die dem Erben auferlegte Verpflichtung zum Wiederaufbau der abgebrannten Gebäude nicht außer acht gelassen. Das Recht des Pächters, den Hof bis an sein Lebensende für eine "mittlere Pacht" zu pachten, stellt sich als ein Vermächtnis dar. Der Erbvertrag enthält keine Bestimmungen darüber, ob nach der

Vorstellung der Erblasser die mittlere Pacht geringer war als der mit dem Kläger vereinbarte Pachtzins und ob, wenn dies der Fall sein sollte, der Kläger schon vom Zeitpunkt des Erbfalles ab eine Herabsetzung des Pachtzinses verlangen konnte oder ob die mittlere Pacht erst nach dem Ablauf des Pachtverhältnisses mit dem Abschluß eines neuen Pachtvertrages festgesetzt werden sollte. Das Berufungsgericht legt den Erbvertrag ohne Rechtsirrtum dahin aus, daß der mit dem Kläger bestehende Pachtvertrag durch die Bestimmungen des Erbvertrages nicht berührt worden sei, daß vielmehr die beiderseitigen Rechte und Pflichten aus dem Pachtvertrag unverändert bestehen geblieben seien. Im übrigen hat der Kläger nach der von der Revision nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts die am 1. November 1958 und am 1. Mai 1959 fälligen Pachtraten nicht etwa deshalb zurückbehalten, weil er deren Höhe nicht gekannt habe und eine neue Regelung auf Grund des Erbvertrages habe abwarten wollen. Der Kläger hat vielmehr den Pachtzins aus dem Grunde nicht gezahlt, damit die Pachtbeträge zu gegebener Zeit zur Errichtung einer neuen Scheune verwandt werden könnten. Eine Zurückbehaltung des Pachtzinses, die den Zweck verfolgt, auf den Beklagten einen Zwang zur Errichtung von Neubauten auszuüben, war, wie das Oberlandesgericht zutreffend ausführt, unzulässig und mit dem Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts im Pachtvertrag nicht vereinbar. Sonstige Anhaltspunkte, die zu der Annahme führen könnten, der Kläger habe sich irrtümlich ohne Fahrlässigkeit zur Einbehaltung der Pacht für berechtigt gehalten, liegen nicht vor. Unbegründet ist auch der Vorwurf des Klägers, die Ausübung des Rechts zur fristlosen Kündigung stelle einen

Verstoß gegen Treu und Glauben dar. Eine fristlose Kündigung kann zwar bei einem ganz unwesentlichen Pachtrückstand ungerechtfertigt sein (vgl. RGZ 86, 334, 335). Um einen solchen Fall handelt es sich hier jedoch nicht; denn der Kläger war mit der Zahlung von zwei vollen Pachtraten im Rückstand. Wenn der Beklagte schon wenige Tage nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit der zweiten Halbjahrespacht die fristlose Kündigung ausgesprochen hat, so stellt das keine unzulässige Rechtsausübung dar, zumal da der Kläger wußte, daß der Beklagte auf eine pünktliche Zahlung des Pachtzinses den größten Wert legte. Einer vorherigen Ankündigung des Beklagten, er werde im Falle nicht pünktlicher Zahlung der am 1. Mai fälligen Pachtrate von seinem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch machen, bedurfte es entgegen der Auffassung der Revision nicht.

Es ist danach mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß die fristlose Kündigung das Pachtverhältnis beendet hat und schon aus diesem Grunde der Klageanspruch auf den Pachtvertrag vom 19. Januar 1956 nicht gestützt werden kann. Das Oberlandesgericht hat zwar die Frage, ob dem Kläger mit Rücksicht auf die veränderten Verhältnisse (Ausschlagung der Erbschaft, vertragswidriges Verhalten des Klägers während der abgelaufenen Pachtzeit) an sich ein Anspruch auf Abschluß eines neuen Pachtvertrages zusteht, offen gelassen, dieses Recht jedoch nicht verneint. Dem Berufungsgericht ist jedenfalls darin zuzustimmen, daß der Klageanspruch auch aus dem Recht des Klägers, den Hof bis an sein Lebensende zu pachten, nicht hervorgeleitet werden kann, ganz abgesehen davon, daß es noch ungewiß ist, ob und unter welchen Bedingungen ein neuer Pachtvertrag mit dem Kläger zustande kommen wird.

II. Als Grundlage für den Klageanspruch kann deshalb nur die Bestimmung des Erbvertrages über den Wiederaufbau der Gebäude in Betracht kommen.

1. Das Oberlandesgericht hält den Anspruch des Klägers auf Grund des Erbvertrages nicht für begründet. Es hat zu der Frage, ob es sich bei der dem Erben auferlegten Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß die abgebrannten Gebäude so bald wie möglich wieder aufgebaut werden, um eine Auflage im Sinne des Gesetzes oder nur um eine Anordnung für die Verwaltung des Nachlasses handelt, offen gelassen. Jedenfalls, so meint das Berufungsgericht, stehe die Anordnung des Erblassers in einem engen Zusammenhang mit der vorausgehenden Bestimmung, daß der Hof in der Form einer Stiftung verwaltet und verpachtet werden solle. Nur in diesem Fall habe die Sorge für den Wiederaufbau der Gebäude einen vernünftigen Sinn, während sie zweckwidrig sein würde, wenn es zu einer anderen Regelung des Nachlasses, etwa zur stückweisen Verpachtung oder zur Veräußerung des Hofes kommen sollte. Der Beklagte könne nicht jetzt eine einzelne Anordnung des Erblassers ausführen, die möglicherweise die weitere Verwaltung und insbesondere die Auseinandersetzung unter den Miterben wesentlich erschweren werde. Solange der Testamentsvollstrecker das künftige Schicksal des Hofes nicht übersehen könne, sei es ihm nicht "möglich", für die Errichtung neuer Gebäude zu sorgen; denn die Bestimmung des Erbvertrages sei nicht so zu verstehen, daß ein Wiederaufbau nur bei Unmöglichkeit im Rechtssinne unterbleiben dürfe; vielmehr müsse angenommen werden, daß nur eine Zumutbarkeit bei Berücksichtigung aller Umstände gewollt sei. Wenn man diese Umstände in Betracht ziehe, sei dem Beklagten nach Treu und Glauben eine Erfüllung der Aufbauver-

pflichtung jetzt nicht zuzumuten. Dies müsse um so mehr gelten, als der Kläger nicht dargetan habe, daß nach Erfüllung der im Erbvertrag ausgesetzten Vermächtnisse noch die zur Errichtung der Gebäude erforderlichen Barmittel vorhanden seien. Eine Aufnahme von Kredit könne sich für die Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses so ungünstig auswirken, daß der Beklagte sich mit Recht darauf berufen könne, die Errichtung neuer Gebäude sei ihm zur Zeit nicht möglich.

2. Die Einwendungen der Revision hiergegen sind nicht begründet.

Durch die Ausschlagung der Erbschaft seitens des Landes Niedersachsen ist der Inhalt des Erbvertrages im übrigen nicht berührt worden. Vermächtnisse, Auflagen und sonstige Anordnungen der Erblasser sind bestehen geblieben. Dies gilt auch für den im Erbvertrag angeordneten Wiederaufbau der Gebäude. Es handelt sich hierbei um eine dem Erben auferlegte Verpflichtung. Ein Berechtigter, der die Erfüllung dieser Verpflichtung verlangen könnte, war und ist nicht vorhanden. Eine Anordnung des Erblassers, die den Erben oder Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichtet, ohne daß einem anderen ein Recht auf die Leistung zugewendet wird, ist eine Auflage (§ 1940 BGB). Infolgedessen steht dem Kläger kein Erfüllungsanspruch zu. Der Kläger kann jedoch als Miterbe gemäß § 2194 BGB die Vollziehung der Auflage verlangen. Diese Befugnis steht dem Kläger auch dann zu, wenn er, wie das hier der Fall ist, selbst zu den mit der Auflage beschwerten Erben gehört (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 2194 Anm. 1). Der Anspruch auf Vollziehung der Auflage richtet sich gegen den Testamentsvollstrecker, der die letztwilligen Verfügungen der Erblasser zur Ausführung zu bringen hat (§ 2203 BGB).

Die Rüge der Revision, das Oberlandesgericht habe zu Unrecht die Aufbauklausel im Zusammenhang mit der Errichtung einer Stiftung ausgelegt und das dem Kläger eingeräumte Pachtrecht unberücksichtigt gelassen, ist nicht begründet. Die Erblasser gingen beim Abschluß des Erbvertrages davon aus, daß nach dem Tode des Letztlebenden von ihnen eine Stiftung errichtet werde und daß aus der Verpachtung des Hofes Einnahmen erzielt würden, die für einen bestimmten Zweck verwendet werden sollten. Eine gewinnbringende Bewirtschaftung des Hofes war auf die Dauer nur dann gewährleistet, wenn die notwendigen Gebäude vorhanden waren. Insoweit mag ein Zusammenhang zwischen der Aufbauverpflichtung und einer Verpachtung des Hofes gegeben sein. Hieraus folgt jedoch nicht, daß, wie die Revision meint, die Aufbauverpflichtung mit dem Pachtrecht des Klägers zusammenhänge. Die Revision übersieht, daß dem Kläger kein Recht aus der Auflage zusteht, daß vielmehr der Kläger lediglich wie jeder andere Miterbe die Vollziehung der Auflage verlangen kann, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Das Interesse, das der Kläger als der von den Erblassern vorgesehene Pächter des Hofes an einem Wiederaufbau hat, ist ebenso wie die Tatsache, daß der Kläger den Hof schon lange Jahre bewirtschaftet hat und ursprünglich auch als Hoferbe vorgesehen war, nicht geeignet, den Klageanspruch zu rechtfertigen (vgl. dazu auch BGH IV ZR 220/51 v. 8. Mai 1952).

Der Revision ist zuzugeben, daß die Aufbauverpflichtung nach Maßgabe der Auflage strenger gefaßt ist als die Vereinbarung in § 7 Abs. 2 des Pachtvertrages. Es ist jedoch nicht zu beanstanden, wenn das Oberlandesgericht die Auflage dahin auffaßt, daß die Aufbauverpflichtung unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit der Leistung

stehe, wobei alle Umstände des Falles zu berücksichtigen seien. Dem Oberlandesgericht ist darin zuzustimmen, daß bei der Würdigung des Sachverhalts auch das künftige Schicksal des Hofes in Betracht gezogen werden kann. Die Tatsache, daß es zur Errichtung einer Stiftung nicht gekommen ist, braucht allerdings einer Vollziehung der Auflage nicht entgegen zu stehen. Das gleiche gilt von dem Recht der Erben auf Auseinandersetzung (§ 2042 BGB). Ein Wiederaufbau kann vielmehr auch im Interesse der Erben durchaus erwünscht sein, weil das Vorhandensein der für eine ordnungsmäßige Bewirtschaftung des Hofes erforderlichen Gebäude im Falle einer Verpachtung und möglicherweise auch bei einer Veräußerung des Hofes von erheblicher Bedeutung sein kann. Wie die Auseinandersetzung unter den Erben erfolgen wird, steht noch nicht fest. Soweit das Oberlandesgericht eine stückweise Verpachtung des Hofes in Erwägung gezogen hat, ist zu beachten, daß eine parzellierte Verpachtung von der Landwirtschaftsbehörde gemäß § 5 Abs. 1 c LPG mit Erfolg beanstandet werden könnte. Eine stückweise Veräußerung des Hofes würde abgesehen davon, daß der Hof nach dem in dem Erbvertrag zum Ausdruck gebrachten Willen der Erblasser nicht ohne zwingenden Grund durch den Verkauf einzelner Grundstücke in seiner Größe verändert werden soll, keine Aussicht auf Genehmigung haben, weil der Versagungsgrund der unwirtschaftlichen Verkleinerung oder Aufteilung des Hofes (§ 9 Abs. 3 GrdstVG) gegeben wäre. Entscheidend ist jedoch, daß, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausführt, die Errichtung von Neubauten jedenfalls dann nicht als möglich im Sinne der Auflage bezeichnet werden kann, wenn die notwendigen Mittel nicht zur Verfügung stehen und auch nicht durch einen zumutbaren Kredit beschafft werden können.

Gegenüber der Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht dargetan, daß nach der Erfüllung der Vermächtnisse noch die zur Errichtung neuer Gebäude

erforderlichen Mittel vorhanden gewesen seien, rügt die Revision zu Unrecht die Übergehung von Beweisanträgen. Der Kläger hatte zu diesem Punkt in erster Instanz wiederholt vorgetragen, der Beklagte habe ausreichende Mittel zur Finanzierung von Neubauten zur Verfügung gehabt, und für die von ihm angeführten Tatsachen Beweis angetreten. Die Berufungsbegründung beschränkt sich nach der Erörterung anderer Fragen auf den allgemeinen Satz, im übrigen werde dassachliche Vorbringen des ersten Rechtszuges in allen Punkten wiederholt. Eine solche allgemeine Bezugnahme genügt nicht den gesetzlichen Vorschriften (§ 519 Abs. 3 ZPO). Es muß vielmehr im einzelnen dargelegt werden, welches bisher nicht beachtete Vorbringen tatsächlicher Art aus dem ersten Rechtszug noch zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht werden soll. Das frühere tatsächliche Vorbringen des Klägers ist deshalb durch die Bezugnahme nicht in einer Form wiederholt worden, daß hierauf eine Rüge aus § 286 ZPO gestützt werden könnte. Erst in dem nach der letzten mündlichen Verhandlung vor Verkündung der Entscheidung eingereichten Schriftsatz vom 11. Juli 1960 ist unter Benennung des Landwirts Müller als Zeugen die Behauptung wiederholt worden, der Beklagte habe Anfang 1958 in einer Verhandlung, an der Behördenvertreter des Landes Niedersachsen teilgenommen hätten, erklärt, zur Erstellung eines neuen Wirtschaftsgebäudes ständen 60 000,-- DM zur Verfügung. Es muß davon ausgegangen werden, daß der Inhalt des Schriftsatzes vom 11. Juli 1960, der nach seinen einleitenden Worten die in der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragenen Tatsachen noch einmal zusammenfaßt, in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht vorgetragen worden ist.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Oberlandesgericht zu der vorerwähnten Behauptung des Klägers nicht ausdrücklich Stellung genommen hat. Aus den Entscheidungsgründen

des angefochtenen Urteils ist jedoch zu entnehmen, daß das Berufungsgericht die angebliche Äußerung des Beklagten nicht für erheblich erachtet hat. Ein Rechtsverstoß kann darin nicht erblickt werden. Die Auffassung des Klägers, der Beklagte habe vor Erfüllung der Vermächtnisse der Aufbauverpflichtung nachkommen müssen, ist nicht richtig. Nach § 1991 Abs. 4 BGB hat der Erbe die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen so zu berichtigen, wie sie im Falle des Konkurses zur Berichtigung kommen würden. Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen stehen hinsichtlich ihrer Berichtigung im Falle des Konkurses im Range gleich (§ 226 Abs. 2 Nr. 5 KO), es sei denn, daß der Erblasser etwas anderes bestimmt hat (§ 226 Abs. 3 KO). Abgesehen davon, daß die Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen zu berichtigen, erst dann entsteht, wenn der Testamentsvollstrecker die Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger zu übersehen vermag (BGB RGRK 11. Aufl. § 1991 Anm. 9), hat das Berufungsgericht - offensichtlich auf Grund der Bestimmung des Erbvertrages, daß die Vermächtnisse ein Jahr nach dem Tode des Letztlebenden der Erblasser fällig sein sollten - ohne Rechtsirrtum den Vermächtnisforderungen den Vorrang vor der Vollziehung der Auflage eingeräumt. Daß dem Beklagten nach Erfüllung der Vermächtnisse noch ausreichende Mittel für die Errichtung einer neuen Scheune zur Verfügung gestanden hätten, hat der Kläger nicht behauptet.

III. Die Revision mußte deshalb, da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsverstoß enthält, als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr.Hückinghaus Dr.Augustin Schuster

Dr. Piepenbrock Dr. Rothe