

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2191 027

BGB § 2221

Maßgebend für die Vergütung des Testamentsvollstreckers sind der ihm im Rahmen der Verfügung von Todes wegen nach dem Gesetz obliegende Pflichtenkreis, der Umfang der ihn treffenden Verantwortung und die von ihm geleistete Arbeit, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder der Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen und auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigen sind.

BGH, Urt. v. 28. November 1962 - V ZR 225/60 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

V_ZR_225/60

Verkündet
am 28. November 1962
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Fabrikanten und Ingenieurs Kurt W [REDACTED] in
S [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Richard W a [REDACTED] in S [REDACTED],
O [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 14. November 1962 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Rothe,
Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart
vom 17. Oktober 1960 insoweit aufgehoben, als das Urteil
der 15. Zivilkammer des Landgerichts Stuttgart vom
28. Dezember 1959 auf die Berufung zugunsten des
Klägers abgeändert worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des
Landgerichts wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufungs- und der Revisionsinstanz
fallen dem Kläger zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3 zur
Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um die Höhe der Vergütung, die dem Kläger als Testamentsvollstrecker gegenüber dem Beklagten als Erben zusteht.

Der Beklagte ist kraft Erbvertrags vom 28. Januar 1942, in dem sich der Erblasser die letztwillige Verfügung über seinen Anteil an einem Villengrundstück vorbehalten hatte, Alleinerbe seines am 13. November 1957 verstorbenen Vaters Julius W. (Erblasser), des Gründers und bis 1. Januar 1939 Alleininhabers, seitdem bis zu seinem Tode alleinigen Komplementärs der Firma Julius W. & Co. in S. Der Beklagte und sein gefallener Bruder Alfred waren in dem Gesellschaftsvertrag vom 1. Februar 1940 als Kommanditisten in die damals gegründete Gesellschaft aufgenommen worden. In diesem Vertrag war schon eine Regelung für den Fall vorgesehen, daß der Erblasser nach der Scheidung seiner bestehenden Ehe die Frau Eugenie F. ehelichte. Der erwähnte Erbvertrag ist nach dem Tod des Sohnes Alfred zwischen dem Erblasser und seiner ersten Frau abgeschlossen worden, um die vom Erblasser betriebene Scheidung zu ermöglichen; der Vertrag bezweckte, das Vermögen des Erblassers der geschiedenen Ehefrau und den Kindern zu erhalten, so daß die zweite Ehefrau auf den Pflichtteil beschränkt blieb. Der ersten Ehefrau und der Tochter (Margarete K.) sind Geldvermächtnisse ausgesetzt, und zwar der Tochter in der Höhe, die dem Wert ihres gesetzlichen Erbteils entspricht, der ersten Ehefrau in der Höhe, die beim Fortbestand der Ehe ihrem gesetzlichen Erbteil entsprochen hätte. Die Auszahlung der Vermächtnisse sollte so erfolgen, daß der Fabrikbetrieb nicht gefährdet würde; die Vermächtnisnehmerinnen sollten zur ordnungsmäßigen Fortführung des Betriebs erforderlichenfalls angemessene Ratenzahlungen bewilligen.



Der Kläger war ein Freund des Erblassers; er beriet diesen anwaltlich seit den Anfängen seines Geschäftsbetriebs, vertrat ihn auch in dem von seiner Tochter gegen ihn angestrenzten Rechtsstreit (Aussteueranspruch) und in dem Scheidungsprozeß. Nach der Eheschließung mit Frau Eugenie F. [REDACTED] ernannte der Beklagte ihn in einem nicht mehr auffindbaren privatschriftlichen Testament neben dem Notar Eugen S. [REDACTED] zum Testamentsvollstrecker. In dem mit der zweiten Ehefrau abgeschlossenen Erbvertrag vom 23.3.1942 widerrief der Erblasser seine letztwilligen Verfügungen mit Ausnahme derjenigen im Erbvertrag von 1942. In dem notariellen Testament vom 6. Oktober 1952 widerrief der Erblasser die Ernennung von S. [REDACTED] und ernannte an seiner Stelle den Steuerberater seines Geschäftsbetriebs, den Zeugen Walter I. [REDACTED], zum Testamentsvollstrecker. Nach dieser Verfügung sollten die beiden Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein.

In dem Gesellschaftsvertrag vom 1. Februar 1940 ist in § 11 unter a) bestimmt:

"Im Falle des Ablebens des persönlich haftenden Gesellschafters Julius W. [REDACTED] wird die Gesellschaft nicht aufgelöst. An Stelle des Verstorbenen treten die beiden andern Gesellschafter, und zwar Kurt W. [REDACTED] als persönlich haftender Gesellschafter und Alfred W. [REDACTED] als Kommanditist je in Höhe ihrer erbrechtlichen Anteile an der Kapitaleinlage und dem etwaigen Darlehenskonto des Verstorbenen an seinem Todestag. Diese sind verpflichtet, falls die Ehe des Gesellschafters Julius W. [REDACTED] mit Frau Eugenie, genannt Maria F. [REDACTED] bei seinem Tode besteht, diese seine Witwe in Höhe ihres erbrechtlichen Anteils an seinem Nachlaß als Kommanditistin in die Gesellschaft aufzunehmen und auf Wunsch ihr ein ihrer Stellung entsprechendes Arbeitsgebiet gegen Vergütung im Geschäft einzuräumen".

Am 25. Januar 1956 unterzeichneten beide Gesellschafter einen Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag, in welchem unter Abänderung der §§ 10 und 11 des Gesellschaftsvertrages folgendes vereinbart ist:

"Das Ausscheidungsguthaben ausscheidender Gesellschafter oder abzufindender Erben wird auf Grund einer Vermögensbilanz nach dem Bewertungsgesetz festgestellt. Der Ansatz eines Wertes für die Firma oder der Kundschaft unterbleibt."

Nach dem Erbfall nahmen beide Testamentsvollstrecker das Amt an, der Kläger durch seine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht vom 21. Dezember 1957. Da dem Beklagten zu Lebzeiten des Erblassers als technischem Betriebsleiter wenig Gelegenheit geboten war, in die kaufmännische Führung des Betriebs Einblick zu nehmen, und nur die Bilanz auf 31. Dezember 1955 zur Verfügung stand, erstellte der Zeuge L. bis Anfang des Jahres 1958 an Hand der Verkehrszahlen vorläufige Bilanzen auf 31. Dezember 1956 und auf 31. Oktober 1957 mit Gewinn- und Verlustrechnung und Liquiditätsübersicht, um die Kosten als Grundlage für einen Finanzplan zu erfassen. Die Bilanz auf 31. Dezember 1956 ist erst am 29. Dezember 1958 und die Bilanz auf 31. Dezember 1957 am 24. September 1959 festgestellt worden. Die kaufmännische und technische Führung des Geschäftsbetriebs überließen die Testamentsvollstrecker den Erben. Der Kläger hat vorgeschlagen, dem Erben Generalvollmacht für "sämtliche Rechtsgeschäfte, die die Führung und Leitung der Firma J. W. & Co. mit sich bringt" zu erteilen und sämtliche Rechtsgeschäfte, die der Erbe seit dem Erbfall vorgenommen hatte, zu genehmigen. Eine entsprechende Generalvollmacht wurde am 17. Mai 1958 erteilt. In dieser Urkunde ist weiter vereinbart, daß der Erbe "im Rahmen der Generalvollmacht und der erteilten

Genehmigung für die rückliegenden Rechtsgeschäfte die ausschließliche persönliche und wirtschaftliche Verantwortung übernimmt".

Es kam schon Anfang des Jahres 1958 ohne Mitwirkung des Klägers und ohne wesentliche Mitwirkung des anderen Testamentsvollstreckers zu einer Einigung über die Ansprüche der beiden Vermächtnisnehmerinnen. Die Schwester machte die vorgesehene Umwandlung ihres Vermächtnisanspruches in einen Darlehensanspruch mit langfristiger Ratenzahlung davon abhängig, daß auch mit der pflichtteilsberechtigten Witwe eine Lösung zustande komme, die den Bedürfnissen des Geschäftsbetriebs Rechnung trägt. Die Verhandlungen mit der Witwe, deren Interessen gegenüber dem Beklagten und dem Mittestamentsvollstrecker wahrzunehmen sich vor allem der Kläger für verpflichtet hielt, zogen sich bis Februar 1959 hin. Die Gründe der aufgetretenen Schwierigkeiten erblicken die Parteien jeweils im Verhalten des Gegners; streitig ist unter ihnen auch die Bedeutung der vom Kläger bei der Abwicklung des Pflichtteilsanspruchs entfalteten Tätigkeit. Die Witwe wurde mit einer Rente auf Lebenszeit abgefunden, die durch eine Grundschuld in Höhe von 500 000 DM gesichert wurde. Laut Erbschaftssteuerverklärung vom 20. Januar 1959 wird ihr "Erbteil" und ihre kapitalisierte Rente auf 597 100 DM angeschlagen. Nach Abschluß des Vergleichs mit der Witwe betrachteten beide Testamentsvollstrecker ihr Amt als beendet.

Schon Ende des Jahres 1958 hatte der Kläger den Beklagten auf Bezahlung rückständigen Honorars für die dem Erblasser zuteil gewordene anwaltliche Beratung verklagt. Dieser Prozeß wurde durch Vergleich vom 14. Oktober 1959 beendet. In dem Vergleich verpflichtete sich der Beklagte zur Zahlung von 25 000 DM, womit alle Ansprüche des Klägers

mit Ausnahme der Vergütung für seine Testamentsvollstreckertätigkeit erledigt sein sollten. Als Vergütung für diese Tätigkeit verlangte der Kläger zuerst 105 000 DM. Auf den Zahlungsbefehl vom 17. April 1959 in Höhe von 15 000 DM bezahlte der Beklagte unter Anrechnung eines Personenkraftwagens im Wert von 7 088 DM den Betrag von 7 912 DM, worauf der Kläger weitere 97 088 DM nebst Zinsen einklagte, da er damals die Lieferung des Wagens auf sein Anwaltshonorar als die ältere Schuld angerechnet wissen wollte. Erst in dem genannten Vergleich sind die Parteien übereingekommen, den Wert des Wagens auf die im vorliegenden Prozeß eingeklagte Vergütung anzurechnen. Der Kläger stützt sich auf eine Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer Nordwürttemberg im Rundschreiben Nr. 2/52 vom 3. April 1952, wonach in der württembergischen Praxis im allgemeinen davon ausgegangen wird, daß die normale Gebühr des Testamentsvollstreckers 3 % des Bruttonachlasses betrage; er veranschlagte den Bruttonachlaß zuerst auf 7 Millionen DM und beanspruchte für sich die Hälfte der angefallenen "Gebühren".

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hält im Hinblick auf die Tätigkeit der beiden Testamentsvollstrecker für den Kläger nur $\frac{1}{4}$, kulanterweise äußerstenfalls $\frac{1}{3}$ der angefallenen Gesamtvergütung für angemessen.

Das Landgericht hat den Klaganspruch in Höhe von 20 000 DM nebst Zinsen zuerkannt. Es schätzt den der Ermittlung zugrunde zu legenden Nachlaßwert (brutto) auf 6 Millionen DM und berechnet die gesamte Vergütung (vgl. Plaszmann JW 1935, 1830) nach folgenden Sätzen des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen.

Bei einem Nachlaß bis zu 20 000 DM Bruttowert	4 %
darüber hinaus bis zu 100 000 DM Bruttowert	3 %
" " " " 1 000 000 DM Bruttowert	2 %
" " " " "	1 %.

Von der errechneten Vergütung (70 000 DM) bewilligte es dem Kläger die Hälfte und sprach ihm daher unter Abzug der geleisteten 15 000 DM noch 20 000 DM zu.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz den abgewiesenen Teil seines Klaganspruchs weiterverfolgt, während der Beklagte in Wege der Anschlußberufung Abweisung auch des zuerkannten Teils beantragt hat. Die Parteien einigten sich auf den Wert der Aktiven des Unternehmens (12 Millionen DM), das Oberlandesgericht schlug als Firmenwert 2 Millionen DM zu, wertete den Nachlaß in Höhe von 4/5 des Gesellschaftsvermögens (11,2 Millionen DM), berechnete die gesamte Vergütung entsprechend der Äußerung des Württembergischen Notarvereins vom 30. Juni 1959 nach der Staffel

bis zu 20 000 DM Bruttowert	4 %
darüber hinaus bis zu 100 000 DM	3 %
darüber hinaus	2 %

in Höhe von 225 200 DM und billigte dem Kläger die Hälfte zu, so daß dem Klagantrag unter Abzug der geleisteten 15 000 DM in vollem Umfang stattgegeben wurde.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Da die Höhe der Vergütung weder durch den Erblasser bestimmt noch mit dem Erben vereinbart worden ist,

steht dem Kläger eine angemessene Vergütung zu (§ 2221 BGB), die ihn für seine Mühewaltung als Testamentsvollstrecker entschädigen soll. Maßgebend für diese Vergütung sind der dem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verfügung von Todes wegen nach dem Gesetz obliegende Pflichtenkreis, der Umfang der ihn treffenden Verantwortung (§§ 276, 2219 BGB; §§ 106, 109 Abs. 1 AbgO; § 15 Abs. 3 ErbschStG, vgl. Staudinger/Dittmann, BGB 11. Aufl. Vorbem. vor § 2197) und die von ihm geleistete Arbeit, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder der Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen und auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigen sind. Die Berechnung der Vergütung an Hand von Bruchteilen des nach bestimmten Grundsätzen festgelegten Nachlaßwertes ist möglich. Solche von öffentlichrechtlichen Körperschaften oder privaten Berufsvereinigungen aufgestellten Richtsätze dürfen jedoch in Anbetracht der Vielgestaltigkeit nicht schematisch angewendet werden. Sie geben vielmehr in der Regel nur einen Anhalt in den Fällen, in denen der Testamentsvollstrecker die üblichen Aufgaben einer Nachlaßabwicklung erfüllt (vgl. Plasmann aaO; Oskar Möhring, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlaßsachen 4. Aufl. S. 275 u. 280).

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung unterlassen hat, zuerst zu prüfen, welche Aufgaben dem Kläger oblagen, welche Verantwortung er getragen und welche Arbeiten er geleistet hat. Erst wenn darüber Klarheit besteht, kann geprüft werden, wie die Vergütung zu ermitteln ist.

Welche Aufgaben den Testamentsvollstreckern im vorliegenden Fall vom Erblasser zugedacht waren, ist nicht ausdrücklich bestimmt. Im Erbvertrag vom 28. Januar 1942

hat der Erblasser sich das Recht vorbehalten, hinsichtlich seines Nachlasses einen oder mehrere Testamentsvollstrecker zu ernennen. Das privatschriftliche Testament vom 23. März 1942, in welchem unstreitig der Kläger und der Notar Speidel als Testamentsvollstrecker ernannt worden sind, ist nicht mehr auffindbar. Im übrigen sind in dem Erbvertrag vom 20. März 1943 unter VI alle früheren letztwilligen Verfügungen, mit Ausnahme derjenigen im Erbvertrag vom 28. Januar 1942 widerrufen worden. In dem öffentlichen Testament vom 6. Oktober 1952 sind die im Testament vom 23. März 1942 verfügten Ernennungen als wirksam vorausgesetzt, wie sich aus der dort getroffenen Feststellung, dem Widerruf der Ernennung des einen Testamentsvollstreckers und der Ernennung des Zeugen I. [REDACTED] "an seiner Stelle" ergibt. Da keine Einschränkungen der Aufgaben der Testamentsvollstrecker ersichtlich sind, muß davon ausgegangen werden, daß den Testamentsvollstreckern die Abwicklung der rechtswirksam getroffenen Verfügungen von Todes wegen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften obgelegen hat.

Eine Dauerverwaltungsvollstreckung schied im vorliegenden Falle aus. Da nur ein Erbe vorhanden war, der sich im Besitz des ihm zukommenden Nachlasses befand und ihm der Nachlaß von niemand streitig gemacht wurde, beschränkte sich die dem Kläger obliegende Abwicklungsvollstreckung im Ergebnis auf die Erfüllung der beiden erbvertraglich angeordneten Vermächtnisansprüche. Es wird unten zu klären sein (Nr. 4), inwieweit die Testamentsvollstrecker zur Erreichung dieses Ziels unter den gegebenen Verhältnissen den Nachlaß verwalten konnten oder mußten.

2. Der Kläger selbst glaubte zwar, wie er in der Korrespondenz mit den Erben sowie dem Mittestamentsvollstrecker und auch in diesem Rechtsstreit (Berufungsbegründung S. 5, Bl. 144 GA) vorgebracht hat, die Aufgabe des Testaments-

vollstreckers sei es gewesen, zwei bestimmte Wünsche des Erblassers zu verwirklichen, nämlich einerseits dafür zu sorgen, daß die Abwicklung der hohen erbrechtlichen Forderungen (Vermächtnisansprüche, Pflichtteilsanspruch) die Fortführung seines Lebenswerks nicht in Frage stellte, andererseits aber auch dafür, daß seine Witwe möglichst viel bekomme. Der erste Wunsch entsprach der erbvertraglichen Vereinbarung unter § 2 Abs. 7 des Erbvertrags vom 28. Januar 1942, wonach die Auszahlung der Vermächtnisse so erfolgen sollte, daß der Fabrikbetrieb nicht gefährdet wird; dementsprechend sollten die Vermächtnisnehmerinnen dem Erben angemessene Ratenzahlungen bewilligen, wenn dies die ordnungsmäßige Fortführung des Betriebs erfordere. Die Erfüllung des zweiten Wunsches konnte dagegen dem Kläger jedenfalls nicht als Testamentsvollstrecker aufgetragen und dieser Wunsch von ihm daher auch nicht als Testamentsvollstrecker erfüllt werden, da die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs nicht der Verwirklichung einer Verfügung von Todes wegen dient, vielmehr umgekehrt dieser Anspruch kraft Gesetzes dadurch entstanden ist, daß die Pflichtteilsberechtigte durch Verfügung von Todes wegen von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen worden ist. Dabei spielt keine Rolle, daß der Erblasser die Verfügungen in dem Erbvertrag nicht aus eigenem Antrieb getroffen hatte, sie sind jedenfalls vertraglich freiwillig eingegangen worden, unangefochten und damit wirksam geblieben. Der Kläger mußte, nachdem er das Testamentsvollstreckeramt angenommen hatte, diese Verfügungen von Todes wegen zur Ausführung bringen und er durfte daneben jedenfalls nicht solchen Wünschen des Erblassers zugunsten einer Pflichtteilsberechtigten Rechnung tragen, die mit seinen Pflichten als Testamentsvollstrecker (im vorliegenden Fall die Pflicht, dem Erben den Nachlaß zu erhalten und die ausgesetzten Vermächtnisse zu erfüllen) in Widerspruch treten konnten. Dazu war für den Pflichtteils-

anspruch im besonderen weiter zu beachten, daß dieser Anspruch selbst für den Fall, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden kann (§ 2213 Abs. 1 Satz 3 BGB). Zur Begleichung dieser Nachlaßverbindlichkeit waren die Testamentsvollstrecker nicht verpflichtet, wenn auch im Rahmen der ihnen obliegenden Abwicklungsvollstreckung unter Umständen - im Verhältnis zum Erben - berechtigt (vgl. Staudinger/Dittmann, BGB 10./11. Aufl. § 2213 Nr. 16 mit Fußn.). Wegen der Erheblichkeit persönlicher Fragen bei der Abwicklung von Pflichtteilsansprüchen sollte bei ihrer Regelung der Erbe und nicht der (vom Erblasser eingesetzte) Testamentsvollstrecker das entscheidende Wort haben (vgl. Prot. 5, 300). Nun bestand aber im vorliegenden Fall zwischen der Erfüllung der Vermächtnisse und der Regelung des Pflichtteilsanspruchs insofern ein Zusammenhang, als die Vermächtnisnehmerin K. die vereinbarte langfristige Abdeckung ihres Anspruchs von einer entsprechenden Regelung des Pflichtteilsanspruchs abhängig gemacht hatte. Insoweit waren die Testamentsvollstrecker veranlaßt, auch um die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs besorgt zu sein. Tatsächlich waren daher auch der Beklagte und der Mittestamentsvollstrecker damit einverstanden, daß der Kläger zwecks Bereinigung dieser Verbindlichkeit mit der Pflichtteilsberechtigten verhandelte. Die den Testamentsvollstreckern als Ziel ihrer Tätigkeit obliegende Abwicklung beschränkte sich sonach auf die Erfüllung zweier Vermächtnisforderungen. Tatsächlich wurden diese beiden Forderungen, abgesehen von ihrer dargelegten Abhängigkeit von der Regelung des Pflichtteilsanspruchs, im wesentlichen durch den Erben selbst bereinigt.

3. Wenn nun auch weiter die beiden Vermächtnisnehmerinnen die Fürsorge der Testamentsvollstrecker gar nicht in Anspruch nehmen wollten und von vornherein jede Verhand-

lung mit dem Kläger im besonderen ablehnten, so nahm diese Tatsache den beiden Testamentsvollstreckern nicht die Rechte, die einem Testamentsvollstrecker nach dem Gesetz allgemein eingeräumt sind, um seine Aufgaben zu erfüllen (Recht zur Verwaltung und auf Besitz des Nachlasses, Verfügungsrecht über Nachlaßgegenstände, § 2205 BGB, und das Recht, für den Nachlaß Verbindlichkeiten einzugehen, §§ 2206, 2207 BGB). Auch waren die Testamentsvollstrecker aus diesem Grund noch nicht ihrer Pflichten (Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses, §§ 2215 BGB, Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung, § 2216 Abs. 1 BGB) und ihrer Verantwortung gegenüber dem Erben und den Vermächtnisnehmerinnen (§ 2219 Abs. 1 BGB) ledig. In dieser Hinsicht hat der Tatrichter aber festgestellt, daß die Testamentsvollstrecker mit der eigentlichen Verwaltung des Nachlasses kaum zu tun gehabt hätten. Es habe, so führt das Berufungsgericht weiter aus, in der Natur der Sache gelegen, daß eigentliche Betriebsführungsaufgaben für die Testamentsvollstrecker ausgeschieden seien; der Erblasser habe offenbar nicht beabsichtigt, ihnen solche zu übertragen, weil er es sonst zum Ausdruck gebracht hätte. Es sei auch die Konstituierung des Nachlasses entfallen.

In rechtlicher Hinsicht führt das Berufungsgericht weiter aus: Die Generalvollmacht vom 17. Mai 1958 habe die Testamentsvollstrecker nur im Innenverhältnis zum Erben der Verantwortung enthoben. Die mit der Vollmacht verbundene Entlastung wäre auf dem Papier stehen geblieben, wenn es zum Rechtsstreit über die Ansprüche gekommen wäre. Von der Ergreifung des Besitzes am Nachlaß und seiner Verwaltung hätten die Testamentsvollstrecker auf die Dauer nur absehen können, wenn es ihnen gelungen sei, die Ansprüche, denen der Beklagte gegenüber gestanden habe, in nicht allzu langer Zeit zu bereinigen. Beide Testamentsvollstrecker seien sich dieser Verantwortung bewußt gewesen.

4. Gegen diese rechtlichen Ausführungen über die vom Kläger übernommene und getragene Verantwortung erhebt die Revision mit Recht Bedenken. Es bedarf hierzu einer rechtlichen Klärung darüber, in welcher Form die Vermögensrechte des Erblassers und Komplementärs der Gesellschaft auf den Beklagten übergegangen sind, weil der Nachlaß im wesentlichen in dem gesellschaftsrechtlich gebundenen Vermögen des Erblassers bestand.

Das Berufungsgericht geht ohne weiteres davon aus, daß der Beklagte als Alleinerbe in diese Rechtsstellung seines Vaters eingetreten und auf diese Weise Alleininhaber des Unternehmens geworden ist. Es führt dazu aus, der Nachlaß bestünde im Gesellschafteranteil des Erblassers (4/5 des Gesellschaftsvermögens) und sei ohne Rücksicht auf gesellschaftsrechtliche Bewertungsvereinbarungen in Höhe des Verkehrswerts "des lebenden Unternehmens" zu veranschlagen. Das Berufungsgericht hat sonach eine gesellschaftsvertragliche Erbnachfolgeklausel im Sinn des § 139 HGB vorausgesetzt. Träfe diese Voraussetzung zu, so wäre in der Tat die vermögens- und personenrechtliche Stellung des Erblassers als Komplementär zum Nachlaß zu rechnen, da die Vererblichkeit dieser Rechtsstellung anerkannt ist. (Kipp/Coing, Erbrecht 11. Bearb. § 91 unter IV S. 390; Staudinger/Böhmer, BGB 11. Aufl. § 1922 Anm. 162; Schlegelberger/Geßler, HGB, § 131 Anm. 23; zusammenfassend: Siebert, Festschrift für Alfred Hueck S. 327 f). In diesem Fall kann ein Übernahmerecht (vgl. BGH LM HGB § 138 Nr. 2), auf das der Berufungsrichter in diesem Zusammenhang eingeht, jedoch nicht entstanden sein, da ein solches Recht den ganz anderen Fall, daß nämlich die Gesellschaft "unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen

soll" (Fortsetzungsklausel im Sinn des § 138 HGB) voraussetzt. Es fehlen indessen auch Ausführungen darüber, in welchem Teil des Gesellschaftsvertrags der Tatrichter eine Nachfolgeklausel im Sinne des § 139 HGB erblickt hat. Im vorliegenden Fall, in dem allein der Umfang der den Testamentsvollstreckern obliegenden Verantwortung festzustellen ist, bedarf jedoch die Frage, ob der Beklagte in die Rechtsstellung des Erblassers (Komplementär der Gesellschaft) als Erbe auf Grund einer Nachfolgeklausel (§ 139 HGB) eingerückt ist, oder ob ihm als letztem Gesellschafter einer zweigliedrigen Gesellschaft der Anteil des mit dem Tod ausgeschiedenen Komplementärs gemäß § 138 HGB, § 738 BGB zugewachsen ist, keiner weiteren Prüfung. Es ist daher auch nicht zu untersuchen, ob der Berufungsrichter beide Fälle hinreichend auseinandergehalten hat. In beiden Fällen haben nämlich, worauf es allein ankommt, die Testamentsvollstrecker die ihnen an sich dem Erben und den Vermächtnisnehmerinnen gegenüber obliegende Verantwortung (§ 2219 BGB) hinsichtlich der Führung des Geschäftsbetriebs nicht zu übernehmen brauchen und auch nicht übernommen: Wäre der Gesellschaftsanteil des Erblassers gemäß § 138 HGB, § 738 BGB auf den Kläger übergegangen, so wäre in den Nachlaß allenfalls die Forderung des Beklagten als Erbe auf das Auseinandersetzungs Guthaben gefallen, und allenfalls diese Forderung hätte während der Vermächtnisabwicklung der Verwaltung der Testamentsvollstrecker unterlegen. Wäre der Gesellschaftsanteil des Erblassers dagegen auf Grund einer Nachfolgeklausel im Sinne des § 139 HGB auf den Beklagten übergegangen, so gehörte zwar die vermögens- und personenrechtliche Stellung des Erblassers zum Nachlaß; gleichwohl hätte diese Rechtsstellung nicht entsprechend den Vorschriften der Testamentsvollstreckung verwaltet werden können, weil die Führung eines Handelsgeschäfts die Haftung des Unternehmers mit seinem ganzen Vermögen voraussetzt und nicht

die Beschränkung auf den Nachlaß (vgl. §§ 2214 BGB) gestattet (für das Einzelunternehmen: RGZ 132, 138, 144; BGHZ 12, 100; für die oHG: RGZ 170, 394; für den Kommanditisten: RGZ 172, 199; vgl. Siebert, Festschrift für Alfred Hueck, S. 329, Kipp/Coing, § 68, III, 2; Staudinger/Dittmann Vorbem. zu § 2197 Nr. 69, 70 und § 2205, Nr. 62 bis 69). In diesem Fall wäre unter der Bedingung, daß der Gesellschaftsvertrag eine solche Lösung überhaupt gestattet hätte, nur in Betracht gekommen entweder die Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers durch den Erben (Testamentsvollstrecker führt das Geschäft namens des Erben) oder die Führung des Geschäfts durch den Testamentsvollstrecker im eigenen Namen als Treuhänder für den Erben in seiner Stellung als Alleininhaber oder - wie hier - als Komplementär (BGHZ 12, 100 = LM BGB § 2216 Nr. 1 mit Anm. Johannsen). Der Kläger hat die Führung des Betriebs tatsächlich weder in der einen noch in der anderen Form übernommen. Die Vollmacht vom 17. Mai 1958 läßt allerdings vermuten, daß die Testamentsvollstrecker im Glauben waren, ihnen obläge als Testamentsvollstreckern die Führung und Leitung der Firma J. W. [REDACTED] und Co. In Wirklichkeit könnte darin (Erbnachfolge in den Geschäftsanteil unterstellt) nur die Erklärung erblickt werden, daß sie das Geschäft weder als Treuhänder im eigenen Namen noch als Bevollmächtigte des Erben in dessen Namen zu führen gedachten. Eine Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten im Sinne der §§ 25, 27 HGB, die in der Revisionserwiderung für möglich gehalten wird, wäre nur in Betracht gekommen, wenn die Testamentsvollstrecker das Geschäft als Treuhänder fortgeführt hätten.

Die wirklichen Rechtsverhältnisse (alleinige Führung des Betriebs durch den Erben und ausschließliche Haftung des Erben gegenüber den Gesellschaftsgläubigern) hätten sich aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch

nicht geändert, wenn die Pflichtteilsberechtigte ihren Anspruch eingeklagt hätte. Abgesehen davon könnte die Tatsache, daß die Testamentsvollstrecker tatsächlich keine Verantwortung für den Geschäftsbetrieb übernommen haben, nicht davon beeinflußt werden, daß ein solcher Zustand unter Umständen später hätte herbeigeführt werden können. Der Umstand, daß der Kläger irrtümlich vermeinte, eine zusätzliche Verantwortung für die Führung eines größeren Wirtschaftsunternehmens getragen zu haben und dementsprechend einer Haftung ausgesetzt gewesen zu sein, kann keine Vergütung rechtfertigen.

Das Berufungsgericht kommt auf Grund seiner Würdigung der Vollmacht vom 17. Mai 1958 (S. 37 BU) zu dem Ergebnis, daß die Testamentsvollstrecker "nur im Innenverhältnis zum Erben" der Verantwortung enthoben und "nur mit Wirkung ihm gegenüber" entlastet gewesen seien. Es bleibt unklar, wem gegenüber den Testamentsvollstreckern nach Ansicht des Tatrichters eine weitere Verantwortung obgelegen haben soll. Der Revision ist dagegen darin beizupflichten, daß der Testamentsvollstrecker kraft gesetzlichen Schuldverhältnisses persönlich überhaupt nur gegenüber dem Erben und den Vermächtnisnehmern haftet (§ 2219 BGB), während er von Nachlaßgläubigern, so insbesondere auch von der Pflichtteilsberechtigten, allenfalls aus unerlaubter Handlung hätte in Anspruch genommen werden können.

Was die Bemessung des Vergütungsanspruchs anbelangt, ist sonach insgesamt davon auszugehen, daß die Testamentsvollstrecker zwar eine gewisse Verantwortung gegenüber den Vermächtnisnehmern insoweit zu tragen hatten, als sie notfalls diese Ansprüche gegenüber dem Nachlaß (Abfindungsanspruch oder gesellschaftsrechtliche Stellung des Erben als Komplementär) zu sichern gehabt hätten. Das damit

verbundene Risiko kann aber in Anbetracht der ausdrücklichen Ablehnung der Vermächtnisnehmerinnen, mit dem Kläger auch nur zu verhandeln, nicht allzu hoch veranschlagt werden. Dagegen dürfte in dieser Hinsicht ein gewisses Risiko in Anbetracht der mangelhaften Liquidität des Unternehmens im Zeitpunkt des Erbfalls bestanden haben; die Gefährlichkeit dieses Risikos muß jedoch auf Grund der außergewöhnlich günstigen Konjunktur in der Autoindustrie zu jener Zeit als gemindert betrachtet werden.

5. Es ist sonach zusammenzufassen, daß der den Kern des Nachlasses bildende Anteil am Unternehmen (in der Form eines Anspruchs auf das Abfindungsguthaben oder in der Form der Rechtsstellung als Komplementär) von den Testamentsvollstreckern nicht in Besitz genommen, kein Nachlaßverzeichnis erstellt und das vom Erblasser hinterlassene Unternehmen allein unter persönlicher Haftung des Erben von diesem fortgeführt worden ist, so daß keine erste Ordnung des Nachlasses stattgefunden hat und keine Verwaltungshandlung von den Testamentsvollstreckern hinsichtlich des wesentlichen Teils des Nachlasses vorgenommen worden ist. Eine Auseinandersetzung unter Miterben entfiel. Eine Verantwortung gegenüber dem Erben hinsichtlich der Führung des Unternehmens bestand nicht. Soweit, bei Unterstellung einer Nachfolgeklausel, im übrigen eine Mitwirkung in Betracht zu ziehen ist (Zustimmungsbefugnis, Recht auf Information und Beratung, vgl. Siebert aaO S. 338/340), trat sie nicht in Erscheinung und war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts vom Erblasser nicht gewollt. Schließlich war die nach dem Gesetz gegenüber den Vermächtnisnehmerinnen bestehende Verantwortung entsprechend den dargelegten Verhältnissen begrenzt.

Mitgewirkt hat der Kläger dagegen bei der Regulierung eines Pflichtteilsanspruchs in Höhe von $1/8$ des

Nachlasses, der im Wege des Vergleichs durch eine Rente (laut Steuererklärung mit rund 600 000 DM bewertet) abgefunden worden ist. Für die Ermittlung des Nachlaßwerts ist im wesentlichen von den bis dahin erstellten Bilanzen ausgegangen worden.

II.

Unter diesen Umständen kann entgegen der Ansicht beider Vorinstanzen die angemessene Vergütung der beiden Testamentsvollstrecker nicht schematisch an Hand der für Regelfälle entwickelten Richtsätze ermittelt werden. Wenn auch eine Ermittlung auf Grund überschaubarer und faßbarer Größen, etwa bestimmter, abgestufter Hundertsätze des Nachlaßwerts, der Rechtsicherheit und damit dem Rechtsfrieden förderlich ist, so dürfen doch nicht die Besonderheiten des Einzelfalles außer acht gelassen werden. Regelsätze können nur angewendet werden, wenn der Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers wenigstens im Ergebnis im wesentlichen dem im Gesetz vorgesehenen Pflichtenkreis entspricht und der Testamentsvollstrecker auch die ihm danach obliegenden Aufgaben auf sich genommen hat. Da die Richtsätze meist von dem Wert des bearbeiteten oder verwalteten Nachlasses ausgehen, kann im Einzelfall auch angemessen sein, von dem Wert bestimmter Teile des Nachlasses auszugehen. Wenn die Aufgaben des Testamentsvollstreckers hinsichtlich der für die Vergütung maßgebenden Gesichtspunkte (vgl. oben I, 1) von dem allgemein üblichen Pflichtenkreis in erheblichem Umfang abweichen, so müssen die Richtsätze ganz allgemein entsprechend diesen Gesichtspunkten angepaßt werden oder die Vergütung ist insgesamt in einer Summe festzusetzen. Dies kann insbesondere angezeigt sein, wenn sich die Arbeit des Testamentsvollstreckers im wesentlichen auf einen bestimmten Auftrag

konzentriert. In einem solchen Fall können auch die durch Gesetz oder Übung festgelegten Gebühren der Berufsgruppe, der der Testamentsvollstrecker angehört, einen Anhalt abgeben, wenn der Testamentsvollstrecker gerade im Hinblick auf seinen Beruf ausgewählt worden ist.

An den Bruttowert des Nachlasses kann nur angeknüpft werden, wenn die Nachlaßverbindlichkeiten unter bestimmten Gesichtspunkten in den Arbeitsbereich des Testamentsvollstreckers fallen, von ihm etwa zu sichten und zu regeln sind (vgl. zu § 1836 BGB: RGZ 149, 172, 177). Handelte es sich, wie im vorliegenden Fall, um einen Geschäftsbetrieb, den der Testamentsvollstrecker nicht verwaltet, so bestand nur insofern eine Verbindung zwischen seinem Aufgabenbereich und den Geschäftsschulden, als der Wert des Unternehmens zur Bestimmung der Vermächtnisansprüche an Hand der Buchungsunterlagen zu schätzen war. Der Wert der Aktiven des Unternehmens ohne Berücksichtigung der Geschäftsschulden schied daher als Berechnungsunterlage von vornherein aus. Umgekehrt spielen entgegen der Ansicht der Revision, soweit der Wert des Unternehmens bei der Ermittlung der Vergütung überhaupt herangezogen werden kann, gesellschaftsrechtliche Bewertungsvorschriften für den Abschichtungsanspruch eines ausscheidenden Gesellschafters oder dessen Erben keine unmittelbare Rolle, es sei denn, daß diese Bewertung auch der Berechnung der Testamentsvollstreckervergütung zugrunde gelegt werden sollte. Eine solche Auslegung der Vereinbarung vom 25. Januar 1956 hat der Tatrichter ohne Rechtsirrtum verneint. Es darf nicht aus dem Auge verloren werden, daß der Wert des Nachlasses bei der Ermittlung der Vergütung als eine Größe eingestellt wird, in der im Regelfall das Ausmaß an Arbeit und Verantwortung zum Ausdruck kommt. Im vorliegenden Fall brauchte sich der Kläger zur Regelung der Vermächtnis-

ansprüche nicht einzuschalten und er hat sich auch nicht darum, sondern um die Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten bemüht, so daß der Wert des gesamten Nachlasses keinen geeigneten Maßstab für seine Mühe darstellt.

Zur Berücksichtigung der steuerrechtlichen Verantwortung des Klägers, die sich nach den steuerrechtlichen Bewertungsvorschriften bemißt, kann an die Steuern angeknüpft werden.

Was die Anpassung an besondere Schwierigkeiten anlangt, die bei Testamentsvollstreckungen in neuerer Zeit häufig, insbesondere bei Grundstücksverwaltungen, auftreten können (Wiedergutmachung, Lastenausgleich, Landwirtschaftsrecht, Mietrecht, Bauplanungsrecht, Steuer- und Devisenrecht, Wertpapierbereinigung, Umstellungsrecht und ähnliche Sondergebiete), so kann diesen Schwierigkeiten nicht durch eine schematische Erhöhung der Regelhundertsätze, sondern nur durch einen entsprechenden Aufschlag im Einzelfall gebührend Rechnung getragen werden. Im vorliegenden Fall können solche Schwierigkeiten nicht festgestellt werden. Entgegen der Ansicht des Klägers können auch nicht, wie dies etwa im Gebührenrecht der Fall ist, die Einkünfte bei Bearbeitung von Fällen mit höheren Streit- und Geschäftswerten grundsätzlich als Ausgleich für die Unzulänglichkeit des Entgelts bei geringen Werten betrachtet werden. Damit erledigt sich der Vortrag des Klägers in der mündlichen Verhandlung über das Prinzip der Pauschalvergütung bei Angehörigen freier Berufe. Schließlich kann bei der Ermittlung des angemessenen Hundertsatzes nicht mit dem Berufungsgericht auf eine allgemein gesteigerte Verantwortung abgestellt werden, welche die Testamentsvollstrecker der seit geraumer Zeit vervielfachten

Millionenvermögen auf sich zu nehmen hätten, womit das Berufungsgericht einen gleichbleibenden Hundertsatz von 2 % bei Nachlässen von mehr als 100 000 DM rechtfertigt (im vorliegenden Fall 2 % aus 11,1 Millionen = 222 000 DM). Trägt ein Testamentsvollstrecker das Unternehmerrisiko, so ist es seiner Leistung eher angepaßt, ihm einen namhaften Hundertsatz des Gewinns zuzusprechen (vgl. LG Hamburg MfR 1959, 761). Ist der Testamentsvollstrecker aber nicht mit dem Unternehmerrisiko belastet, so müßte eine besondere mit seinen Aufgaben verbundene Verantwortung im einzelnen dargelegt werden. Das Berufungsurteil konnte sonach nicht aufrechterhalten werden und war aufzuheben.

III.

Würdigt man den dem Kläger auferlegten Aufgabenbereich, die von ihm übernommene Verantwortung und seine Arbeitsleistung unter den dargelegten Gesichtspunkten, so kann unter Berücksichtigung aller Umstände, einschließlich der von der Revision ins Feld geführten Bemühungen des Klägers, die Witwe durch objektiv unrichtige Auffassungen zu unterstützen, die vom Landgericht festgesetzte Vergütung bei wohlwollender Bemessung aufrechterhalten werden. Die Vergütung kann ihrer Natur nach nur im Rahmen eines Ermessensspielraums getroffen werden. Es ist daher im Hinblick auf den unbestrittenen Sachvortrag der Parteien, daß der Erblasser mit der Übertragung der Testamentsvollstreckerschaft die langjährigen Dienste des Klägers anerkennen wollte, eine wohlwollende Bemessung möglich, ohne einerseits ein Vermächtnis zugunsten des Testamentsvollstreckers zu unterstellen oder andererseits ein zusätzliches Honorar für die abgegoltenen Dienste zuzusprechen. Will man einen allgemein anerkannten Richtsatz

in Parallele ziehen, so kommt nur ein gestaffelter Satz in Betracht, und zwar ein Satz, der den Nachlaßwert über einer Million weiter degressiv staffelt, wie es der bewährte Satz des Vereins für das Notariat in Rheinpreußen vorsieht. Es kann bei der Vergütung des Klügers von derjenigen Nachlaßsumme ausgegangen werden, die der Berechnung der Vermächtnisforderung der Schwester des Beklagten zugrunde gelegt worden ist und die auch der Klüger hinzunehmen bereit war. Auch wenn er zur unmittelbaren Durchführung dieser Verfügungen von Todes wegen nichts unternommen hat, so blieb ihm doch die Aufgabe, bei der Herbeiführung der von der Vermächtnisnehmerin Käsemann gesetzten Bedingung (entsprechende Abfindung der Pflichtteilsberechtigten) mitzuwirken. Zieht man weiter in Betracht, daß diese Vermächtnisforderung nach einem vorläufigen Überschlag auf Grund der Zwischenbilanz auf 31. Oktober 1957 auf 1,6 - 1,7 Millionen DM geschätzt worden ist (vgl. Bl. 336 GA), die endgültige Bezifferung nach Erstellung der Bilanz auf 31. Oktober 1957 erfolgen sollte, zwischenzeitlich vom Beklagten nicht unerhebliche stille Reserven anerkannt und die Pflichtteilsberechtigte unter Berücksichtigung der Höhe der Vermächtnisforderung mit einer Rente abgefunden worden ist, die durch eine Grundschuld in Höhe von 500 000 DM gesichert wurde, so kann der Berechnung unter Halbierung der Gesamtvergütung eine Summe bis zu 6 Millionen DM zugrunde gelegt oder aber bei Zugrundelegung einer Summe von 4,8 Millionen ($1/8 = 600\ 000\text{ DM}$; $3/8 = 1,8\text{ Millionen DM}$) zu 30 000 DM ein Zuschlag von einem Sechstel billigerweise gewährt werden.

IV.

Die Kostenentscheidung wurde gemäß § 92 Abs. 1 ZPO getroffen, wobei dem Umstand Rechnung getragen wurde, daß die Höhe des Anspruchs im Rahmen richterlichen Ermessens lag.

Dr. Tasche

Rothe

Dr. Freitag

Bundesrichter
Dr. Mattern ist
durch Krankheit
verhindert zu
unterschreiben.

Offterdinger

Dr. Tasche