

Für das Nachschlagewerk
Für die Amtliche Sammlung

BGB §§ 2205, 2216, 181

- a) Ein Testamentsvollstrecker kann mit sich selbst ein Rechtsgeschäft (In-sich-Geschäft) über einen Nachlaßgegenstand vornehmen, wenn dies vom Erblasser gestattet ist und dem Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses nicht widerspricht.
- b) In der Ernennung eines Miterben zum Testamentsvollstrecker liegt in der Regel die Gestattung derjenigen In-sich-Geschäfte, die im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses liegen; an die Ordnungsmäßigkeit sind strenge Anforderungen zu stellen.

BGH, Urt. v. 29. April 1959 - V ZR 11/58 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

Verkündet
am 29. April 1959
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Erna H [REDACTED] geb. K [REDACTED]
in He [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Ehefrau Charlotte K ö [REDACTED] geb. K [REDACTED]
in He [REDACTED], I [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshof auf die
mündliche Verhandlung vom 29. April 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Saarbrücken vom 29. Oktober 1957 aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung
und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen, dem auch die Entscheidung über die
Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

1. Die Parteien und ihr Bruder Gustav K. sind zu je 1/3 Erben ihres am 24. Juni 1953 verstorbenen Vaters. Die Beklagte ist zugleich Testamentsvollstreckerin; die beiden Geschwister sind mit ihr seit längerer Zeit verfeindet. Zum väterlichen Nachlaß gehört das von den Parteien bewohnte Anwesen I. Straße in He.

Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit des notariellen Kaufvertrags vom 24. Mai 1955, durch den die Beklagte dieses Anwesen an sich selbst verkauft und aufgelassen hat.

2. Der Vater hat in den Jahren 1949 und 1950 drei Testamente errichtet. Darin wurden seine genannten drei Kinder als "gleichberechtigte Erben" eingesetzt, die Klägerin durch Nacherbeinsetzung beschränkt und die Beklagte (ersatzweise der Bruder Gustav) zum Testamentsvollstrecker ernannt. Ein Wohnrecht für einen weiteren, im Ausland lebenden Bruder sowie der Ausschluß der Erbauseinsetzung auf 20 Jahre im notariellen ersten Testament vom 10. Januar 1949 wurden im dritten Testament gestrichen. Hinsichtlich des Anwesens bestimmt das eigenhändige zweite Testament vom 24. Mai 1950:

"Das Haus geht nach meinem Tode in den Besitz von Erna H. geb. K., Gustav K., Lotti Kö. geb. K. über.

....

Das Hausverwaltungsrecht übertrage ich nach meinem Tode meiner Tochter Erna H. geb. K. Sie bestimmt über Höhe der Miete und die Ordnung des Hauses.

Sollte meiner Tochter Erna nach meinem Tode es für besser halten, das Haus zu verkaufen, so steht das in ihrem Belieben. Die Verkaufssumme geht zu gleichen Teilen an meine Kinder: Erna, Gustav und Lotti."



Das ebenfalls eigenhändige dritte Testament vom 1. Juni 1950 bestimmt dazu nach Aufrechterhaltung der Einsetzung der Beklagten als Testamentsvollstrecker:

"Zu ihren Befugnissen soll auch das Recht gehören, das zu meinem Nachlasse gehörige Wohnhaus freihändig zu verkaufen."

3. Mit Schreiben vom 2. Mai 1955 erklärte sich der Bruder Gustav gegenüber der Beklagten bereit, das Anwesen zum Preis von 1 900 000 ffrrs. zu kaufen. Mit Anwaltsschreiben vom 20. Mai 1955 nahm die Klägerin auf dieses Anerbieten des Bruders Bezug, warnte die Beklagte vor anderweitiger Veräußerung des Grundstücks, insbesondere vor einem Eigenerwerb und forderte die Beklagte auf, "eine ernsthafte Angebotssumme durchaus in Erwägung zu ziehen" und das Angebot des Bruders "entsprechend zu würdigen".

Die Beklagte hat nach Erhalt dieser Schreiben, aber auch des von ihr selbst eingeholten unten genannten Gutachtens Sch. [REDACTED] vom 20. Mai 1955, das den Hauswert auf rund 2 500 000 ffrrs. schätzte, das Anwesen zum Preis von 1 900 000 ffrrs. an sich selbst verkauft und aufgelassen. Vom Kaufpreis waren nach dem Vertrag an die Klägerin und den Bruder je 1/3 in zwei Raten bis 1. Dezember 1955 zu zahlen.

Der tatsächliche Wert des Hauses im Frühjahr 1955 ist umstritten. Er wurde in dem durch die Beklagte selbst vor dem Verkauf eingeholten Privatgutachten des als Sachverständiger öffentlich vereidigten Architekten und Bau-meisters Sch. [REDACTED] in N. [REDACTED] vom 20. Mai 1955 auf 2 492 975 ffrrs. und in dem vom Berufungsgericht eingeholten Gutachten des Landrats - Kreisbauamts - O. [REDACTED]

vom 13. Juli 1956 auf 2 100 000 ffers. geschätzt. Der Bürgermeister in N [REDACTED] hatte den Hauswert beim Erbfall mit Schreiben vom 21. Juli 1953 an das Nachlaßgericht mit 1 000 000 ffers. angegeben.

4. Die Klägerin beanstandet den Verkauf, weil der Preis um 600 000 ffers. unter dem Verkehrswert liege und die Klägerin nicht mit sich selbst habe kontrahieren dürfen. Sie erhob Klage auf Feststellung der schwebenden Unwirksamkeit des Kaufvertrags, hilfsweise auf Zahlung der anteiligen Wertdifferenz von 200 000 ffers. nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hält § 181 BGB für unanwendbar, fürsorglich den Klagantrag für ungenügend und schließlich eine Pflichtverletzung durch Selbstkontrahieren für nicht gegeben, da die Preishöhe den Vorstellungen der Beteiligten entsprochen habe.

Das Oberlandesgericht hat entsprechend dem in der Berufungsinstanz ergänzten Hauptantrag der Klage die Unwirksamkeit des Vertrags festgestellt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Bestätigung der erstinstanzlichen Klagabweisung. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht bejaht das Berufungsgericht zutreffend und unbeanstandet das Prozeßführungsrecht der Klägerin trotz bestehender Testamentsvollstreckung (vgl. den hinsichtlich der Rechtsfragen weitgehend

ähnlichen Fall RGZ 130, 131) sowie das Feststellungsinteresse.

Entgegen der Beanstandung durch die Revision hat das Berufungsurteil auch mit Recht die Umstellung des Feststellungsantrags von "schwebender Unwirksamkeit" in der ersten Instanz auf "Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit" in zweiter Instanz berücksichtigt. Dabei kann offenbleiben, ob es sich nur um eine ausdrucksmäßige Klarstellung des ursprünglichen Antrags handelte, wie das Berufungsgericht annimmt, oder um eine Klagänderung, wie die Revision meint, da im letzteren Falle die Sachdienlichkeit (§ 264 ZPO) auf der Hand liegt und ersichtlich für diesen Fall auch vom Berufungsgericht bejaht werden wollte.

II.

In sachlicher Hinsicht hält das Berufungsgericht den Kaufvertrag in erster Linie deshalb für unwirksam, weil der Beklagten wegen Interessenwiderstreits die Testamentsvollstreckerbefugnis in diesem Punkt gefehlt habe.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens des Testamentsvollstreckers wird in Rechtsprechung und Lehre nicht einheitlich beurteilt.

Die unmittelbare Anwendbarkeit des § 181 BGB wird auf Grund der Stellung des Testamentsvollstreckers als Amtsträgers ganz überwiegend verneint (RGZ 61, 139; RG SeuffArch 85, 312; BGH LM Nr. 1 zu § 2203 BGB = NJW 1954, 1036, insoweit in BGHZ 13, 203 nicht abgedruckt; RGRK BGB

10. Aufl. § 2205 Anm. 3; Staudinger/Dittmann, BGB 10.-11. Aufl. § 2205 Randnote 38; Staudinger/Coing, BGB 11. Aufl. § 181 Randnote 27; Kipp/Coing, Erbrecht 10. Bearb. S. 494/95; Böhle-Stamschräder bei Erman, BGB 2. Aufl. § 181 Bem. 7; Bartholomeyczik, Erbrecht 3. Aufl. S. 248). Die Frage der entsprechenden Anwendung des § 181 BGB wird teils bejaht (Kipp/Coing aaO; Bartholomeyczik aaO; Staudinger/Dittmann aaO), teils offengelassen (BGH aaO), teils nicht erörtert oder mit der anderen Frage verquickt, ob einer der Ausnahmefälle des § 181 BGB, insbesondere eine Gestattung des Selbstkontrahierens, in Betracht kommt.

Daß Interessenwiderstreit das Handeln des Testamentsvollstreckers unwirksam machen kann, ist wohl allgemeine Auffassung; aber ein Teil der Entscheidungen und Autoren nimmt Unwirksamkeit bei jedem Interessenwiderstreit an (RGZ 61, 139; RGRK aaO; Planck/Flad, BGB 4. Aufl. § 2205 Anm. 13), ein anderer Teil nur bei einem Interessenwiderstreit erheblichen Grades ("schwerwiegender Interessenwiderstreit": RG SeuffArch 85, 312; KG JW 1935, 2755 = JFG 12, 202; Staudinger/Dittmann aaO § 2205 Randnoten 38, 39; Bartholomeyczik aaO).

Schließlich stellt die Rechtsprechung noch ohne Bezug auf § 181 BGB außer auf den Erblasserwillen darauf ab, ob das Handeln des Testamentsvollstreckers noch innerhalb der Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses im Sinne des § 2216 BGB liegt oder nicht (KG JW 1935 aaO; Staudinger/Dittmann aaO; Bartholomeyczik aaO).

Der Senat ist der Auffassung, daß das Selbstkontrahieren des Testamentsvollstreckers nicht grundsätzlich unzulässig ist, aber seine Grenze im Willen des Erblassers

und außerdem in der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Nachlasses findet.

Es erscheint dogmatisch richtig, wegen Gleichheit der Konfliktlage die entsprechende Anwendung des § 181 BGB auf den Testamentsvollstrecker - ebenso wie auf andere Träger von privaten Ämtern (Nachlaßverwalter, Konkursverwalter) - grundsätzlich zu bejahen, aber beim Testamentsvollstrecker je nach Sachlage in weitem Umfang eine Gestattung des Insichgeschäfts anzunehmen, und zwar eine Gestattung durch den Erblasser, von dessen Willen der Testamentsvollstrecker sein Amt ableitet (Kipp/Coing aaO S. 494/95; Bartholomeyczik aaO S. 248; Staudinger/Dittmann aaO; vgl. BGH aaO, ferner bezüglich § 177 BGB: RGZ 80, 416). Inwieweit die - auch stillschweigend mögliche (RGZ 121, 50) - Gestattung des Erblassers reicht, ist Frage der Auslegung der Verfügung von Todes wegen, insbesondere der Testamentsvollstreckungsanordnung, im Einzelfall. Dabei wird einem Testamentsvollstrecker, der nicht Miterbe (oder sonst letztwillig bedacht) ist, ein Erwerb von Nachlaßgegenständen durch Insichgeschäft im allgemeinen ebensowenig gestattet sein wie dem Nachlaßverwalter oder Konkursverwalter (KGJ 50, 162). Anders steht es jedoch dann, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich Miterbe ist. Die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Doppelstellung ist anerkannt (RGZ 61, 139; 130, 131; KG JW 1935 aaO; RGRK BGB § 2197 Anm. 1 c; Staudinger/Dittmann § 2197 Randnote 20; Planck/Etlad § 2197 Anm. 8; Kipp/Coing S. 484; Bartholomeyczik S. 248). Wenn ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker ohne besondere Beschränkung (§ 2208 BGB) berufen und daher mit der Auseinandersetzung unter den Miterben und mit der Verwaltung des Nachlasses betraut ist (§§ 2203 ff BGB), besteht zwar in aller Regel ein natürlicher Interessenwiderstreit; in der Berufung durch den Erblasser liegt jedoch

ein besonderer Vertrauensbeweis, der grundsätzlich die Annahme rechtfertigt, der Erblasser habe trotz des bestehenden Interessenwiderstreits dem Berufenen in weitem Umfang auch den Abschluß von Rechtsgeschäften mit sich selbst gestattet. Daß überhaupt irgendein Interessenwiderstreit vorhanden ist, macht also das Selbstkontrahieren des Testamentsvollstreckers-Miterben noch nicht unzulässig. Und zwar kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß der Erblasser dem Miterben durch seine Ernennung zum Testamentsvollstreckers alle diejenigen Rechtsgeschäfte mit sich selbst vorzunehmen gestattet hat, die im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) liegen, wobei jedoch an die Ordnungsmäßigkeit strenge Anforderungen zu stellen sind. Insofern besteht ein enger inhaltlicher Zusammenhang zwischen § 181 und § 2216 BGB. Andererseits ist ein Insichgeschäft des (erbenden oder nichterbenden) Testamentsvollstreckers, das gegen das Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) verstößt, selbst dann unwirksam, wenn es etwa einmal vom Willen des Erblassers gedeckt sein sollte; so insbesondere ein Eigenerwerb weit unter Wert, falls nicht etwa ein dahingehendes Vorausvermächtnis vorliegt. Denn jenes Gebot der Ordnungsmäßigkeit als solches kann auch der Erblasser nicht außer Kraft setzen (§ 2220 BGB), seine etwaige Gestattung des Selbstkontrahierens wäre daher insoweit unwirksam, und die Regelvorschrift des § 181 BGB käme wieder (analog) zum Zug. Daß ein Verstoß gegen § 2216 BGB im allgemeinen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht berührt, sondern nur schuldrechtliche Folgen hat (§ 2219 BGB), steht nicht entgegen; denn einmal gründet sich beim Insichgeschäft die Unwirksamkeit auf entsprechende Anwendung des § 181 BGB,

und zweitens wird auch dem gegen § 2216 BGB verstoßenden Fremdgeschäft dann, wenn der Mißbrauch der Testamentsvollstreckerbefugnis für den Geschäftsgegner erkennbar war, die Wirksamkeit versagt (RGZ 130, 131).

Aus der Anlehnung an die Vorschrift des § 181 BGB folgt, daß ein unzulässiges Rechtsgeschäft des Testamentsvollstreckers mit sich selbst nicht von vornherein nichtig, sondern schwebend unwirksam ist mit der Möglichkeit einer Mangelheilung durch Genehmigung der (übrigen) Erben, entsprechend § 177 BGB (RGZ 80, 416). Mit der Verweigerung der Genehmigung tritt Nichtigkeit ein.

Für die Beweislast gilt: Beweispflichtig für die Gestattung des Selbstkontrahierens durch den Erblasser ist der Testamentsvollstrecker, nicht sein Prozeßgegner (§ 181 BGB). Der Testamentsvollstrecker kann den Beweis dadurch führen, daß er Ordnungsmäßigkeit im Sinne von § 2216 BGB nachweist; denn so weit reicht nach dem Gesagten grundsätzlich auch die Gestattung; daß die Gestattung geringeren Umfang hätte, müßte hier die Gegenseite beweisen. Der Testamentsvollstrecker kann aber auch die Gestattung unmittelbar nachweisen; dann ist die Gegenseite dafür beweispflichtig, daß trotz dieser Gestattung etwa der Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) überschritten sei.

2. Die Anwendung dieser Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt:

a) Das Berufungsgericht stellt fest, der Preis, zu dem die Beklagte das Anwesen erwarb, habe erheblich, nämlich um etwa 600 000 ffirs., unter dem Verkehrswert gelegen.

Diese Feststellung wäre geeignet, die Ordnungswidrigkeit des Rechtsgeschäfts im Sinne von § 2216 BGB zu begründen. Sie ist jedoch, wie die Revision zutreffend rügt, verfahrensrechtlich nicht einwandfrei getroffen.

Ihr liegt die auf dem Gutachten Schaan beruhende Annahme zugrunde, der Verkehrswert habe zur Zeit des Verkaufs 2 500 000 ffirs. betragen. Diese Annahme steht jedoch in Widerspruch zu späteren Ausführungen des Berufungsurteils, wo offengelassen wird, ob der Verkehrswert mit dem Gutachten Sch[REDACTED] auf 2 500 000 ffirs. oder mit dem Gutachten des Landrats - Kreisbauamts - O[REDACTED] auf 2 100 000 ffirs. zu bemessen sei. Im letzteren Falle hätte der Kaufpreis den Verkehrswert nur um 1/3 des ursprünglich angenommenen Unterschiedbetrages, nämlich um 200 000 ffirs., unterschritten. Allerdings hält das Berufungsgericht auch diese Wertdifferenz noch für erheblich genug, um sogar die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 138 BGB) zu begründen; die Annahme liegt nahe, daß es sie auch zum Verstoß gegen § 2216 BGB für ausreichend ansah. Aber dem könnte in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Denn die Bewertung von Grundstücken ist erfahrungsgemäß außerordentlich schwierig; ihr Ergebnis ist auch bei Sachverständigen häufig (so im vorliegenden Fall) uneinheitlich; eine Wertdifferenz von 200 000 ffirs. macht im vorliegenden Fall nur etwa 1/10 des Gesamtwerts aus; eine Kaufpreisunterschreitung in diesem Umfang würde für sich allein das Insihgeschäft noch nicht ordnungswidrig machen. In diesem Zusammenhang könnte allerdings zu Ungunsten der Beklagten von Bedeutung sein, daß ihr zur Zeit des Geschäftsabschlusses nur das höhere Gutachten Sch[REDACTED] vorlag, aber noch nicht das niedrigere Gutachten des Kreisbauamts. Auf der anderen Seite ist zu

ihren Gunsten der vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht beachtete Umstand zu würdigen, daß der Preis genau demjenigen entsprach, den die Klägerin und ihr Bruder ausweislich ihrer Briefe vom 2. und 20. Mai 1955 für den Fall eines Erwerbs durch den Bruder für angemessen oder doch mindestens ernsthaft erwägbar hielten.

Die Revision bemängelt jedoch darüber hinaus mit Recht - und hier liegt der Hauptmangel des angefochtenen Urteils -, daß hinsichtlich beider Bewertungen, sowohl mit 2 500 000 als auch mit nur 2 100 000 ffrs., eine hinreichend begründete Feststellung durch das Berufungsgericht fehlt. Nach beiden Richtungen hat nämlich das Berufungsgericht lediglich die zahlenmäßigen Ergebnisse der Gutachten übernommen, ohne eine selbständige Prüfung und eigene Verarbeitung der Gutachtensinhalte vorzunehmen. Zur inhaltlichen Einzelauswertung der Gutachten war im vorliegenden Fall besonderer Anlaß gegeben, weil die Gutachten bereits sowohl in der Art ihrer Begründung als auch in ihren zahlenmäßigen Teilergebnissen voneinander abweichen und die Parteien zu den Gutachten auch schon in der Berufungsinstanz kritisch und substantiiert Stellung genommen hatten (Klägerin GA 98/100, 106/107; Beklagte GA 102/104). Besonders auffällig ist, daß das Gutachten mit dem höheren Endwert (Sch████) unter den zugrunde gelegten Einzelwerten einen Teilwert enthält (Ertragswert = Knapp 1 050 000 ffrs.), der unter dem entsprechenden Teilwert des Gutachtens mit dem niedrigeren Endwert (Kreisbauamt) liegt (Ertragswert = 1 656 000 ffrs.); eine Zusammenrechnung der jeweils niedrigsten Einzelwerte aus beiden Gutachten (Bodenwert und Bauwert laut Kreisbauamt: 108 000 und 2 440 000 ffrs.; Ertragswert laut Sch████: 1 050 000 ffrs.)

würde einen Endwert $\left(\frac{108\ 000 + 2\ 440\ 000 + 1\ 050\ 000}{2} = \right.$

1 798 000 ffrs.) ergeben, der noch unter dem Erwerbspreis der Beklagten läge. Mit alledem hat sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt. Hiernach fehlt es bisher an einer rechtsirrtumsfreien Feststellung des damaligen Verkehrswertes und damit zugleich einer Preisunterschreitung überhaupt (wegen der Bedeutung gerade des Ertragswerts für die Ermittlung des Verkehrswerts s. Senatsurteil BGHZ 17, 236).

b) Zutreffend ist die Feststellung des Berufungsgerichts, daß eine Zustimmung der Klägerin und des Bruders zu dem von der Beklagten getätigten Verkauf nicht vorliegt. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Zustimmung der übrigen Miterben eine an sich gegebene Ordnungswidrigkeit des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 2216 BGB beseitigen würde (vgl. einerseits OLG 43, 403, andererseits RGZ 74, 215, 219). Denn in dem von der Klägerin gebilligten Anerbieten des Bruders an die Beklagte, daß er das Anwesen zum Preise von 1 900 000 ffrs. erwerben wolle, liegt entgegen der in den Vorinstanzen von der Beklagten vertretenen Auffassung keineswegs ohne weiteres die Zustimmung zu einem Verkauf zum selben Preis auch an andere Personen, insbesondere an die mit ihren Geschwistern in Spannungen lebende Beklagte selbst. Die Beklagte macht das denn auch in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend.

c) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Beklagte habe vor dem Verkauf des Grundstücks die Miterben auf das Gutachten Sch. hinweisen und zu dem beabsichtigten Verkauf hören müssen. Allerdings hat der Testamentsvollstrecker kraft Gesetzes die Pflicht, den Erben auch unverlangt die erforderlichen Nachrichten zu geben

(§§ 2218, 666 BGB); zu einer vorherigen Anhörung des Erben über von ihm beabsichtigte Maßnahmen ist er jedoch nicht grundsätzlich, sondern nur nach Lage des Einzelfalles verpflichtet (RGZ 130, 131, 139). Der Testamentsvollstrecker ist in seiner Amtsführung grundsätzlich von den Erben unabhängig und kann auf diese Unabhängigkeit sogar nicht rechtswirksam verzichten (BGHZ 25, 275); infolgedessen ist bei Vorgängen, die eine Verwaltungsmaßnahme bloß vorbereiten, die Frage, ob eine Nachricht erforderlich ist, und infolgedessen eine Mitteilungspflicht hierüber ebenfalls nicht grundsätzlich, sondern nur nach den Umständen des einzelnen Falles zu bejahen. Im vorliegenden Fall bedarf es dafür auch hier der Abwägung einerseits des Umstandes, daß der von der Beklagten beabsichtigte Verkaufspreis erheblich unter dem Schätzwert des von ihr selbst eingeholten Gutachtens lag, andererseits des Umstandes, daß er sich mit dem vom Bruder gebotenen und von der Klägerin als ernstlich erwägbare bezeichneten Preis völlig deckte. Das Berufungsgericht hat zwar die erste, aber nicht die zweite Tatsache gewürdigt; seine Würdigung ist daher auch in diesem Punkte nicht erschöpfend.

Wenn hiernach eine Mitteilungs- und Anhörungspflicht zu bejahen sein sollte, ergäbe sich daraus, daß die Beklagte sie nicht erfüllt hat, zwar bei Verschulden eine Ersatzpflicht (§ 2219 BGB: soweit die Pflichtverletzung für einen Schaden ursächlich war), aber noch nicht die Unwirksamkeit des Grundstücksverkaufs. Die Nichterfüllung jener Pflicht könnte allerdings in Verbindung mit anderen Umständen, insbesondere der Unzeitigkeit des Verkaufs oder der Unterwertigkeit des Kaufpreises, zur Annahme einer Ordnungswidrigkeit im Sinne von § 2216 BGB und

damit über die entsprechende Anwendung des § 181 BGB zur Unwirksamkeit des Geschäfts führen. Dagegen könnte Unwirksamkeit trotz Verletzung der Mitteilungs- und Anhörungspflicht im vorliegenden Falle dann zu verneinen sein, wenn festgestellt würde, daß der bedungene Kaufpreis dem Hauswert im wesentlichen entsprochen habe, die Schätzung Sch. also zu hoch gewesen sei. Ein Verkauf zur Unzeit könnte mangels besonderer Umstände hier kaum angenommen werden, nachdem die beiden übrigen Miterben in ihren vorangegangenen Schreiben einen Verkauf bereits ins Auge gefaßt hatten.

Unerheblich ist die in diesem Zusammenhang von der Revision ins Feld geführte Behauptung der Beklagten, der Bruder habe im Einvernehmen mit der Klägerin das Haus auch gegen den Willen der Beklagten im Wege der Zwangsversteigerung, die er tatsächlich einmal beantragt habe, für 2 000 000 ffrs. erwerben wollen. Die Ordnungsmäßigkeit des Eigenerwerbs der Beklagten hängt in erster Linie von den objektiven Gegebenheiten, unter Umständen auch von der subjektiven Einstellung der Beklagten, aber nicht von der ihres Bruders (oder der Klägerin) ab. Die Revisionsrüge der Übergehung eines einschlägigen Beweisantrags ist daher unbegründet.

d) Die Frage, ob die Veräußerung im Sinne des Erblassers lag, wird vom Berufungsgericht mit folgender Begründung verneint: Die drei Testamente ließen zwar erkennen, daß der Erblasser die Beklagte in etwa habe bevorzugen wollen, enthielten aber weder eine Teilungsordnung noch ein Vermächtnis dahin, daß die Beklagte das Hausgrundstück erhalten solle; die Gestattung freihändigen Verkaufs ergebe dafür nichts; ob der Erblasser kurz vor seinem Tod

der Klägerin das Haus für nur 460 000 ffrs. angeboten habe, sei unerheblich, weil hieraus nicht zwingend auf eine Aufrechterhaltung dieses Angebots bis zum Tod zu schließen sei; das Schweigen der Testamente, obwohl der Erblasser auf genaueste Nachlaßregelung bedacht gewesen sei, lasse einen Schluß auf das Fehlen des behaupteten Willens zu, zumal er die drei Kinder betont als gleichberechtigte Erben eingesetzt habe.

Diese Ausführungen können der Revision nicht zum Erfolg verhelfen.

Zunächst ist ihr nicht beizutreten in den Folgerungen, die sie ableitet aus der Befugnis der Beklagten, das Grundstück nicht nur im Wege der Zwangsversteigerung (§§ 2042, 753 BGB), sondern auch freihändig zu veräußern. Diese Befugnis bestand zwar; sie ergibt sich aus der ausdrücklichen dahingehenden Bestimmung des Erblassers im dritten Testament und wäre auch ohne solche besondere Anordnung bereits aus der Testamentsvollstreckerstellung im allgemeinen abzuleiten (RGZ 108, 289, 291; KG JW 1935 aaO). Die Befugnis zum freihändigen Verkauf besagt jedoch nur etwas über die Art der Durchführung und nicht über den sachlichen Inhalt des Veräußerungsgeschäfts; sie enthält daher, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, entgegen der Annahme der Revision weder schon in sich die Befugnis des Testamentsvollstreckers zum Verkauf an sich selbst, noch die Befugnis zum Verkauf nach billigem Ermessen und daher unter Umständen auch unter Wert, deshalb erst recht nicht diese beiden Befugnisse zusammen.

Dafür, daß der Erblasser den Verkauf nach billigem Ermessen gestattet hätte, ist auch im übrigen nichts dargetan.

Dem Hinweis der Revision auf § 319 BGB fehlt deshalb die Grundlage.

Ohne Erfolg rügt die Revisionsklägerin schließlich die Nichtberücksichtigung ihres Beweisantrags (§ 286 ZPO) darüber, daß der Erblasser immer gewünscht habe, das Haus solle in das Eigentum der Beklagten übergehen, und daß er es deshalb noch kurz vor seinem Tod zum bloßen Einheitswert von damals 460 000 ffirs. habe an sie verkaufen wollen, was die Beklagte aber damals abgelehnt habe, um Streit mit den Geschwistern zu vermeiden (Zeugen Georg Ha [REDACTED], Katharina Ha [REDACTED], Wa [REDACTED], Re [REDACTED] und H [REDACTED] GA 12, 13). Das Berufungsgericht lehnt diese Beweiserhebung deshalb als unerheblich ab, weil aus einem solchen Angebot des Erblassers nicht zwingend geschlossen werden könne, daß er es bis zu seinem Tod aufrechterhalten habe, da für eine preisbevorzugte Überlassung zu Lebzeiten andere Gesichtspunkte (Interesse an Wohnrecht oder Alimentation, anderweitige Entschädigung der Miterben) maßgebend sein konnten als für eine Regelung nach dem Tod. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Begründung ausreicht. Denn auch wenn der Erblasser damals das Grundstück lediglich zum genannten Einheitswert ohne sonstige Gegenleistungen (Wohnrecht usw.) an die Beklagte zu geben bereit gewesen sein und diese Bereitschaft noch bis zu seinem Tode aufrechterhalten haben sollte, so wäre das deshalb rechtlich bedeutungslos, weil ein solcher Wille (auch für die Zeit nach seinem Tode) im Testament keinen wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, sodaß daraus weder auf eine Gestattung im Sinne von § 181 BGB noch auf ein Vorausvermächtnis o.ä. geschlossen werden könnte. Aus demselben Grund unerheblich und daher mit Recht nicht erhoben sind die Zeugenangebote der Revisionsklägerin darüber, daß der Erblasser in seinen

letzten acht Lebensjahren von der Beklagten allein gepflegt worden sei, während sich die Klägerin und ihr Bruder nicht um ihn gekümmert hätten.

III.

Das Berufungsgericht gründet seine Entscheidung außerdem noch auf die Annahme, der Kaufvertrag sei wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig (§ 138 Abs. 1 BGB). Auch das wird von der Revision mit Recht beanstandet.

Das Oberlandesgericht gründet schon seine Würdigung, daß das Geschäft objektiv gegen das Gefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoße, ausschlaggebend auf die erheblich hinter dem tatsächlichen Wert zurückbleibende Höhe des Kaufpreises. Eine solche Preisdifferenz ist aber nicht rechtsirrtumsfrei festgestellt, wie sich aus den früheren Ausführungen ergibt (oben II).

Das Berufungsgericht wirft der Beklagten darüber hinaus in subjektiver Hinsicht vor, sie habe mögliche Erkundigungen über einen erzielbaren höheren Preis aus Eigennutz unterlassen und sich damit mindestens grob fahrlässig der Erkenntnis des Sittenwidrigen ihres Tuns verschlossen. Hierzu rügt die Revision mit Recht, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht genügend berücksichtigt habe die unter Zeugenbeweis (GA 59, 70/71, 121/2: Notar, Bürovorsteher, zum Teil auch Dr. L. [REDACTED]) gestellte Behauptung der Beklagten, daß sie vor Kaufabschluß dem Notar nicht nur die Schreiben der Geschwister, sondern auch das Gutachten Sch. [REDACTED] vorgelegt habe und daß der Notar, ebenso wie der damals bei ihm tätige Senatspräsident a.D. Dr. L. [REDACTED] den dann geschlossenen Vertrag als unbedenklich bezeichnet hätten. Das Berufungsgericht

hat zwar im Rahmen seiner Hauptbegründung erwogen, daß ein etwaiger Irrtum der Beklagten über die allgemeinen Schranken für die Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers könne diesen ebensowenig entschuldigen wie der Umstand, daß der beurkundende Notar in den gleichen Fehler verfallen sei. Ob diese Auffassung (vgl. RGZ 74, 215, 219) für gewöhnliche Fahrlässigkeit zutrifft, kann dahinstehen. Die Begründung ist jedenfalls nicht stichhaltig für die im Rahmen des § 138 BGB erhebliche Frage, ob die Beklagte sich der Erkenntnis des Sittenverstoßes in grobfahrlässiger Weise verschlossen hat.

IV.

Nach allem bedarf die Frage der Unwirksamkeit des Vertrages sowohl unter dem Gesichtspunkt des Insigeschäfts wie unter dem des Sittenverstoßes noch weiterer tatsächlicher Prüfung.

Zu diesem Zweck war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Mattern

Offterdinger