

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB §§ 2197, 2065

Ein Erblasser kann dem Testamentsvollstrecker die Auslegung des Testaments jedenfalls nicht hinsichtlich solcher Bestimmungen übertragen, die den Bestand des Testamentsvollstreckeramtes selbst betreffen (Abgrenzung zu RGZ 100, 76).

BGB §§ 2197, 2200, 2218, 674; GVG § 13; FGG §§ 1, 16

a) Das Amt eines Testamentsvollstreckers endet von selbst mit der Ausführung aller Aufgaben, zu denen ihn der Erblasser berufen hat.

b) Die Ernennung eines (neuen) Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht ist von vornherein gegenstandslos, wenn bereits in diesem Zeitpunkt alle Testamentsvollstreckeraufgaben ausgeführt waren.

In diesem Fall gilt das Testamentsvollstreckeramt auch dann nicht zugunsten des Ernannten als bestehend, wenn er irrig an das Vorhandensein von Testamentsvollstreckeraufgaben glaubt.

c) Zur Entscheidung über diese Fragen ist das Prozeßgericht zuständig.

BGH, Urt. v. 22. Januar 1964 - V ZR 37/62 - OLG Schleswig
IG Lübeck

V_ZR 37/62

Verkündet
am 22. Januar 1964
Symalla, 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 Kaufmanns Jürgen R [REDACTED] in L [REDACTED], G [REDACTED] B [REDACTED]straße [REDACTED],
als Testamentsvollstrecker des am [REDACTED] 1919 verstorbenen
Senators und Kaufmanns Johannes Ludwig Emil P [REDACTED] und als
Privatperson,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

die P [REDACTED] - S t i f t u n g in L [REDACTED], B [REDACTED]
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch den 1. Vorsitzenden
des Stiftungsvorstandes, Senator Dr. K [REDACTED], und den 2. Vor-
sitzenden, Rechtsanwalt Dr. Erich B [REDACTED], beide in L [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 22. Januar 1964 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Schuster,
Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivil-
senats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandes-
gerichts in Schleswig vom 7. November 1961 wird
auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Bruder der Großmutter des Klägers, Senator und Kaufmann Emil P. in L. (Erblasser), ist am 1919 gestorben.

Über sein Millionenvermögen hat er in seinem notariellen Testament vom 9. Juli 1915 verfügt. Er hat darin die beklagte Stiftung gegründet und zur Alleinerbin eingesetzt; Stiftungszwecke sind: 1. die Förderung alles Guten und Schönen in L. und 2. die Finanzierung der P.'schen geschäftlichen Unternehmungen (§§ 13-16). Zugunsten seiner Familienangehörigen, darunter der Großmutter des Klägers, hat er Vermächtnisse ausgesetzt (§§ 2-6) sowie eine weitere Stiftung (Familienstiftung) errichtet, letztere mit dem Zweck der Förderung des Wohls der Abkömmlinge seines Vaters Ludwig P. und der Abkömmlinge seiner (des Erblassers) Adoptivtochter (§ 7). Das Testament enthält weiter die Aufhebung früherer Testamente (§ 1) und Zuwendungen an gemeinnützige Einrichtungen und an Mitarbeiter (§§ 8-12). Es enthält schließlich die Einsetzung von vier Personen, darunter drei L. Senatoren, als Testamentsvollstrecker mit der Bestimmung, bei ihrem Wegfall solle das Nachlaßgericht Nachfolger ernennen (§ 17).

Nach dem Tod des Erblassers wurden unter Mitwirkung der von ihm ernannten Testamentsvollstrecker die beiden Stiftungen konstituiert und genehmigt und die Vermächtnisse erfüllt: (BU S. 17).

Mit der Begründung, bei Zusammensetzung des Stiftungsvorstands und des Aufsichtsrates usw. durch die nationalsozialistischen Machthaber in den Jahren 1933/34 sei dem eindeutigen erklärten Willen des Stifters Gewalt angetan und

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nach 1945 sei das völlige Rückgängigmachen des Geschehenen aus Unkenntnis unterlassen worden, bewirkte ein anderer Verwandter des Erblassers, daß das Nachlaßgericht am 10. Oktober 1956 drei Personen, darunter den Kläger, zu Testamentsvollstreckern ernannte, und zwar unter Beschränkung auf "die Ausführung des Willens des Erblassers gemäß § 2203 BGB" unter Ausschluß der "Rechte aus den §§ 2204 - 2207 BGB".

In derselben Zeit bestanden zwischen der Beklagten, dem Innenminister des Landes Schleswig-Holstein als Aufsichtsbehörde, den drei Testamentsvollstreckern und anderen Beteiligten erhebliche Streitigkeiten, und zwar besonders über die Bestellung und Zusammensetzung des Stiftungsvorstandes und über die Befugnisse der Testamentsvollstrecker. Diese Streitigkeiten wurden beigelegt durch einen außergerichtlichen Vergleich zwischen den Beteiligten vom 28./30. Oktober 1957 nebst Anlage; darin wurden das Verhältnis der zu Testamentsvollstreckern ernannten Personen zum Vorstand der Beklagten geregelt, für die außergerichtliche Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten Schlichtungskommissionen eingesetzt und das Amt der Testamentsvollstrecker bis 31. Dezember 1960 befristet.

Während die beiden andern zu Testamentsvollstreckern Ernannten ihre Tätigkeit 1959 und 1960 einstellten (Nachlaßakten I 302 ff, 313; II 13, 16), hat der Kläger im Dezember 1960 gegen die Stiftung eine sogenannte Hauptklage sowie die vorliegende sogenannte Kostenklage eingereicht.

Mit der Hauptklage begehrt er:

- A) Verurteilung zur Beschaffung und Vorlegung einer Reihe von Urkunden der von der Beklagten zu betreuenden L. P. [REDACTED] & Co GmbH und ihrer Tochter-

gesellschaften (Organschaftsverträge, Gesellschaftsverträge, Bilanzen, Geschäftsordnung, Anstellungs- und Pensionsverträge der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder),

B) Feststellung:

sein Testamentsvollstreckeramt dauere über den 31. Dezember 1960 hinaus fort bis zur Einigung zwischen den Parteien über die Satzung der Beklagten und den Gesellschaftsvertrag der genannten GmbH (Nr. 1 und 2);

Vorsitzender der im Vergleichswerk von 1957 vorgesehenen sogenannten Juristen-Schiedskommission könne nicht die dort bestimmte Person sein, hilfsweise: diese Schiedsklausel oder der gesamte Vergleich seien nicht rechtswirksam (Nr. 3 - 5).

Mit der vorliegenden Kostenklage, die einen Verurteilungsantrag (zuletzt 7 000 DM) und mehrere Feststellungsanträge enthält, begehrt der Kläger die Freistellung von den Kosten des Hauptprozesses, und zwar in erster Instanz in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, im Berufungsverfahren als Testamentsvollstrecker und zugleich als Privatperson (BU S. 14).

Landgericht und Oberlandesgericht haben diese Kostenklage als unbegründet abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter; die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

In verfahrensrechtlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht die Erstreckung der Klage auf den Kläger auch in

seiner Eigenschaft als Privatperson als unbedingt und mit Zustimmung der Gegenpartei erfolgt festgestellt (BU S. 14); es hat sie unter Berufung auf BGHZ 21. 285 als Parteiänderung gewürdigt, als solche wie eine Klagänderung behandelt und demgemäß nach § 264 Fall 1 i.V.m. § 269 ZPO zugelassen. Hiergegen sind Bedenken weder vorgebracht noch ersichtlich.

Materiell-rechtlich hält das Berufungsgericht alle Klaganträge für unbegründet: hinsichtlich des Verlangens von Kostenvorschuß schon deshalb, weil ein Erbe einem Testamentsvollstrecker keinen Kostenvorschluß schulde (BU S. 14/15 im übrigen hinsichtlich der Kosten für einen Teil der Anträge im Hauptprozeß (Feststellung der Fortdauer des Testamentsvollstreckeramtes) deshalb, weil ein vom Ausgang dieses Hauptprozeßteils unabhängiger sachlich-rechtlicher Haftungsgrund fehle (BU S. 15/16), hinsichtlich der Kosten eines anderen Hauptprozeßteils (Wirksamkeit von Bestimmungen des Vergleichs von 1957) deshalb, weil dafür nur vier Testamentsvollstrecker zusammen aktiv legitimiert wären (BU S. 19/20), sowie insgesamt deshalb, weil der Kläger infolge früher Erledigung aller Testamentsvollstreckeraufgaben überhaupt kein Testamentsvollstrecker sei (BU S. 16/19).

Die letztere, gegenüber allen Klaganträgen des vorliegenden Kostenprozesses durchgreifende Erwägung hält den Angriffen der Revision stand. Infolgedessen kommt es auf die übrigen Punkte nicht mehr an.

I. Allgemeines

Soweit der Kläger "als Testamentsvollstrecker" klagt, ist die Klage nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts schon deshalb unbegründet, weil ein Testament

vollstreckter einen Kostenanspruch gegen den Erben nie als Repräsentant des Nachlasses, sondern immer nur persönlich haben kann. Mit Recht beruft sich das Oberlandesgericht hierfür auf die Entscheidung des Kammergerichts OLG 10, 303; sie betrifft zwar den Fall einer Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, ihre Erwägungen treffen aber auch für Ansprüche des Testamentsvollstreckers, jedenfalls der vorliegenden Art, gegen den Erben zu. (Kostenrechtliche Folgerung s. unten V.)

Soweit der Kläger persönlich klagt, kommt eine Ableitung seiner Befugnisse entweder aus dem Testament des Erblassers (unten II und III) oder aus einem Rechtsgeschäft mit der Beklagten selbst in Betracht (unten IV). Beides ist zu verneinen:

II. Ende der Testamentsvollstreckung

Nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts endet das Amt eines Testamentsvollstreckers von selbst mit der Ausführung aller Aufgaben, zu denen ihn der Erblasser berufen hat, ohne daß es einer Aufhebung der Testamentsvollstreckung oder einer Entlassung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlaßgericht bedarf (Urteil des Senats vom 14. Februar 1962, V ZR 92/60 unter III b der Gründe, LM BGB § 2226 Nr. 1 = NJW 1962, 912 = MDR 1962, 470 = JR 1963, 20; RGZ 81, 166; BayObLGZ 1953, 357, 360; KG OLG 37, 258, 259 und HRR 1937 Nr. 259; Staudinger/Dittmann, BGB 11. Aufl. Vorbem. 85 zu § 2197 und Rdn. 2 zu § 2225; BGB RGRK Vorbem. 7 vor § 2197; Planck/Flad, BGB 4. Aufl. Anm. 1 b vor §§ 2225 - 2227).

In tatsächlicher Hinsicht stellt das Berufungsgericht fest, daß die den Testamentsvollstreckern vom Erblasser

zugewiesenen Aufgaben schon längst vollständig erfüllt sind (BU S. 17/18).

Einer solchen Feststellung steht nicht entgegen die Bestimmung im Schlußabsatz von § 17 des Testaments, daß

"bei allen in Bezug auf die Auslegung dieses Testaments etwa entstehenden Zweifeln die Entscheidung ausschließlich und endgültig meinen Testamentsvollstreckern zustehen"

soll. Es kann offen bleiben, ob diese Klausel nach dem Willen des Erblassers den Testamentsvollstreckern auch die Entscheidung über den Bestand ihres eigenen Amtes zuweisen wollte. Denn eine derartige Entscheidung kann ein Erblasser einem Testamentsvollstrecker nicht rechtswirksam übertragen. Es ist schon zweifelhaft, ob die Übertragung der Testamentsauslegung auf einen Testamentsvollstrecker nicht überhaupt unzulässig ist (s. § 2065 BGB und dazu einerseits RGZ 66, 103, 105/6, andererseits RGZ 100, 76, 77/9). Aber auch wenn man dies nicht für völlig ausgeschlossen hält, kann die Übertragung sich doch nicht auf die Auslegung derjenigen Testamentsbestimmungen erstrecken, die den Bestand des Testamentsvollstreckeramtes selbst betreffen, da niemand Richter in eigener Sache sein kann (vgl. RGZ 100 aaO S. 79).

Die Revision beruft sich in erster Linie auf die Testamentsvollstreckerernennung von 1956 durch das Nachlaßgericht und meint, die Frage, ob noch Testamentsvollstreckeraufgaben vorhanden seien, sei für den vorliegenden Kostenprozeß unerheblich und erst im Hauptprozeß zu entscheiden. Die Wirkung der nachlaßgerichtlichen Ernennungsverfügung wird später erörtert (unten III). Daß das Vorhandensein von Testamentsvollstreckeraufgaben erst im Hauptprozeß zu prüfen wäre, trifft jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu. Es mag sein, daß es für einen Kostenprozeß genügen kann, wenn für das Vor-

handensein von Testamentsvollstreckeraufgaben eine ernsthafte Möglichkeit gegeben ist. Kann jedoch das Fehlen solcher Aufgaben ohne weiteres bereits im Kostenprozeß positiv festgestellt werden, so ist die Berücksichtigung dieses Umstands schon hier - mit der Folge der Unbegründetheit bereits der Kostenklage - keineswegs widersprüchlich, sondern durch Prozeßwirtschaftlichkeit und Billigkeit gleichermaßen geboten. Ein solcher Fall liegt nach der rechtsfehlerfreien Annahme des Tatrichters hier vor.

Der in der Revisionsverhandlung erhobene Einwand der Rechtshängigkeit ist unbegründet. Allerdings ist im Hauptprozeß die Frage der Fortdauer des Testamentsvollstreckeramtes Prozeßgegenstand (dortige Klaganträge B 1 und 2). Aber im vorliegenden Kostenprozeß ist sie nicht Prozeßgegenstand ("Streitsache" i.S.v. § 263 Abs. 2 Satz 1 ZPO), sondern nur Vorfrage; über diese kann ein Gericht (des Zweitprozesses) solange frei entscheiden, als über sie nicht (im Erstprozeß) rechtskräftig entschieden ist. Möglich wäre nur eine Aussetzung des vorliegenden Verfahrens nach § 148 ZPO, die jedoch weder beantragt noch von Amts wegen veranlaßt ist.

a) Erledigt sind die Testamentsvollstreckeraufgaben nach der Feststellung des Tatrichters zunächst bezüglich der "sonstigen letztwilligen Anordnungen". Damit sind ersichtlich diejenigen die Testamentsvollstreckung berührenden Anordnungen gemeint, die nicht die beklagte Stiftung betreffen; sie beziehen sich auf die Vermächtnisse - die das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang besonders hervorhebt - und auf die Konstituierung der Familienstiftung. Der Tatrichter stützt sich dabei auf eine Erklärung des einzigen damals noch lebenden ursprünglichen Testamentsvollstreckers, Konsul S [REDACTED] vom Jahre 1935, wonach abgesehen von der Umschreibung

einiger Grundstücke vom Erblasser auf die Erbin ein Tätigwerden der Testamentsvollstrecker nicht mehr in Frage komme (Nachlaßakten I 69 R). Daß in diesen Aufgabenbereichen der Testamentsvollstrecker jetzt eine Tätigkeit zu entfalten wäre, ist weder von der Revision geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

b) Nach der Feststellung des Tatrichters sind die Testamentsvollstreckeraufgaben aber auch und insbesondere insoweit erfüllt, als sie sich auf die Beklagte selbst beziehen.

Das Berufungsurteil führt dazu aus (S. 17/18): Nach dem Testament sollten die Vollstrecker die als Alleinerbin eingesetzte Beklagte ins Leben rufen, insbesondere die erforderliche staatliche Genehmigung erwirken. Dabei sollten sie die erste Satzung der Beklagten aufstellen, wobei sie von seinem Entwurf hätten abweichen dürfen (§ 13 letzter Absatz des Testaments). Diese Änderungsbefugnis habe ihnen aber nur zugestanden, solange es sich noch um einen Satzungsentwurf handelte. Das Testament sei nicht dahin auszulegen, daß die Testamentsvollstrecker auch bei jeder später erforderlich werdenden Änderung der Satzung selbst mitzuwirken hätten. Wenn einmal die erste Satzung durch die Genehmigung der Stiftung bindend geworden sei, so hätten den Testamentsvollstreckern insoweit keine weiteren Befugnisse mehr zugestanden. Die Richtigkeit dieser Auslegung ergebe sich aus § 16 des vom Erblasser aufgestellten Satzungsentwurfs. Nach diesem sollten Satzungsänderungen vom Vorstand mit einer bestimmten Mehrheit beschlossen und dann von der Aufsichtsbehörde genehmigt werden. Eine Mitwirkung der Testamentsvollstrecker, soweit sie nicht zugleich Vorstandsmitglieder waren, sei nicht vorgesehen. Diese sollten also nach der Vorstellung des Erblassers nicht etwa dauernd vorhanden sein, um bei etwa not-

wendigen Satzungsänderungen mitwirken zu können. Sie sollten auch sonst nicht dauernd bei der Regelung der Stiftungsverhältnisse mitwirken, insbesondere nicht ständig ihren Vorstand bestellen oder ergänzen; dies sollte vielmehr durch Zuwahl geschehen. Die Testamentsvollstrecker sollten daher auch bei der Beklagten keine dauernden Aufgaben haben, sondern nur die Gründung und erste Einrichtung bei ihr durchführen. Diese Tätigkeit sei aber längst beendet.

Dem ist beizutreten. Fehlerfrei ist insbesondere entgegen der Meinung der Revision die Annahme, daß sich die Berufung der Testamentsvollstrecker zur Mitwirkung bei der Gestaltung der Satzung auf die Gründungssatzung der Beklagten beschränkt und nicht auch künftige Satzungsänderungen umfaßt:

Es kann dahingestellt bleiben, ob eine derartige Beschränkung sich bereits aus der Natur der Sache mit rechtlicher Notwendigkeit ergibt (ebenfalls offengelassen in KG OLG 34, 298). Auch wenn man eine Testamentsvollstrecker-tätigkeit auch bei künftigen Satzungsänderungen einer vom Erblasser begründeten und zur Alleinerbin eingesetzten Stiftung überhaupt für einen möglichen Gegenstand einer Erblasser-anordnung ansehen will, ist zweifelhaft, ob ein Erblasser einem Testamentsvollstrecker eine solche Tätigkeit über einen Zeitraum von 30 Jahren hinaus auftragen könnte; das Gesetz bestimmt diese Zeitgrenze für eine Reihe von Erblasser-anordnungen (Erbteilungsausschluß, Nacherbeinsetzung, Vermächtnis, Dauertestamentsvollstreckung, §§ 2044, 2109, 2162, 2210 BGB), und zwar bei juristischen Personen ohne die sonst möglichen Ausnahmen (s. den jeweiligen Schlußsatz der genannten Bestimmungen); bei der Testamentsvollstreckung gilt die dreißigjährige Frist zwar nicht für die Abwicklungsvollstreckung, sondern nur für die Dauervollstreckung (§ 2210 i.V.m. § 2209 gegenüber §§ 2203 - 2207 BGB); aber die fortlaufende Mitwirkung bei Satzungsänderungen oder sonstigen

Willensbildungen einer vom Erblasser letztwillig begründeten Stiftung steht mindestens tatsächlich-wirtschaftlich einer Dauervollstreckung recht nahe (vgl. KG OLG 34, 298, 299/300). Die Frage kann jedoch offen bleiben. Denn das Testament des Erblassers hat den Testamentsvollstreckern eine derartige fortlaufende Mitwirkung nicht übertragen.

In diesem Sinn hat das Berufungsgericht das Testament ausgelegt. Diese Auslegung ist im Revisionsverfahren nur auf Verstöße gegen Rechtsnormen, Denkgesetze und Lebenserfahrung nachzuprüfen; daran ändert nichts der Umstand, daß dieser Teil des Testaments in innerem Zusammenhang steht mit der Stiftungssatzung, die als solche vom Revisionsgericht frei auszulegen ist (BGH LM BGB § 85 Nr. 1). Rechtsfehler enthält die tatrichterliche Testamentsauslegung jedoch nicht:

Die Bestimmungen des Testaments einschließlich der Anlage ergeben weder einzeln noch in ihrem Zusammenhalt einen zwingenden Anhaltspunkt dafür, daß die Testamentsvollstrecker nach dem Willen des Erblassers hinsichtlich der Possehl-Stiftung über deren Gründungsstadium (Schaffung einer Satzung, Herbeiführen der staatlichen Genehmigung) hinaus auch in Zukunft in irgendeiner Weise tätig werden sollen. Was die Mitwirkung bei Schaffung einer Stiftungssatzung und bei Bildung des Stiftungsvorstands anlangt, so sprechen die vom Berufungsgericht herangezogenen Erblasserbestimmungen (§ 13 Schlußabsatz des Testaments, § 16 der Testamentsanlage) sowie § 6 Abs. 4 und 5 der Testamentsanlage durchaus dafür, daß der Erblasser nur die erste (Gründungs-) Satzung und den ersten (Gründungs-) Vorstand gemeint hat (in § 6 aaO der Testamentsanlage ist das Wort "ersten" vor "Vorstandes" in den Schreibmaschinentext vom Erblasser handschriftlich eingefügt worden). Diese Aufgaben waren längst vor 1956 bereits erfüllt. Unrichtig ist die Meinung der Revision,

ausweislich des Vergleichs von 1957 sei damals "die erstmalige Herstellung eines Satzungswerks und Gesellschaftsvertrags entsprechend dem wahren Willen des Erblassers und dem Wortlaut seines Testaments" in Betracht gekommen. In Wirklichkeit kam rechtlich nicht eine erstmalige Herstellung, sondern nur eine Änderung der Satzung in Betracht. Das Wort "Neufassung" im Vergleichstext hat keinen anderen Sinn; die Neufassung der Satzung einer bestehenden juristischen Person ist auch dann, wenn es sich um grundlegende inhaltliche Änderungen handelt, eine Änderung und keine erstmalige Herstellung.

Das Berufungsgericht hätte für seine Auslegung noch anführen können, daß nicht ersichtlich ist, wie die Testamentsvollstrecker nach erfolgter Konstituierung der Stiftung maßgeblichen Einfluß auf die Geschicke der Beklagten in anderer Weise sollten nehmen können als durch Mitgliedschaft in ihren Organen. Und in dieser Hinsicht hat der Erblasser in den genannten Bestimmungen von § 6 der Testamentsanlage seinen Willen dahin ausgedrückt, daß zwar der erste (Gründungs-) Vorstand ausschließlich aus den (ersten) Testamentsvollstreckern selbst und aus Personen ihres Vertrauens besteht, daß aber die künftigen Vorstandsmitglieder nicht von den Testamentsvollstreckern als solchen, sondern vom Vorstand selbst im Wege der Zuwahl bestimmt werden. Außerhalb der Zugehörigkeit zu einem Stiftungsorgan ist eine Tätigkeit von Testamentsvollstreckern mit Bezug auf die Stiftung (abgesehen von der Möglichkeit einer Verwaltungsvollstreckung, die auch von der Revision nicht angenommen wird und nach Ablauf von 30 Jahren rechtlich nicht mehr möglich wäre) wohl nur als gütliches Einwirken im Weg des Ratens und Überzeugens vorstellbar; und hierfür scheinen nach der aus den Nachlaßakten ersichtlichen Entwicklung der Beziehungen zwischen den zu Testamentsvollstreckern ernannten Personen und den Stiftungsorganen in den letzten Jahren wenig reale Möglichkeiten zu bestehen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob das Testamentsvollstreckerveramt durch die erstmalige Konstituierung der Beklagten (und die Erfüllung der sonstigen Testamentsvollstreckeraufgaben) dann nicht beendet worden wäre, wenn bereits die erste Satzung gegen den Willen des Stifters (insbesondere etwa hinsichtlich der Stiftungszwecke) verstoßen hätte. Denn die Revision trägt nicht vor, worin ein solcher Verstoß gelegen haben soll.

Wieso "die besondere Rechtslage im Jahre 1935" (Revisionsbegründung S. 12) zu einer dem Kläger günstigeren Beurteilung führen soll, ist nicht erkennbar, die Rüge aus § 139 ZPO daher nicht schlüssig.

Nach allem ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß mit der längst erfolgten erstmaligen Konstituierung der Beklagten die Aufgaben der Testamentsvollstreckerverämter mit Bezug auf sie erschöpft worden sind.

III. Wiederaufleben der Testamentsvollstreckung?

Die Testamentsvollstreckung ist nach dieser Beendigung auch nicht durch spätere Ereignisse nachträglich wieder aufgelebt.

a) Das gilt nach der zutreffenden Auffassung des Oberlandesgerichts zunächst von der vom Kläger angeführten Beseitigung der Stiftungsautonomie zugunsten der Staatsabhängigkeit im Weg der Satzungsänderung 1933/34 (Vorstandsernennung durch die Regierung statt Selbstergänzung durch Zuwahl; vgl. dazu §§ 6 ff des Lübeckischen Stiftungsgesetzes vom 6. März 1926 i.d.F. vom 16. Januar 1934, GVBl 1934 S. 10, Abdruck Nachlaßakten I 107/8). Hierdurch mag allerdings die beklagte Stiftung

in ihrer Gesamthaltung in eine andere Richtung geraten sein, als es dem Erblasser bei der Testamentserrichtung vorschwebte. Damit wurden jedoch die vom Erblasser den Testamentsvollstreckern übertragenen und bereits erfüllten Aufgaben nicht nachträglich wieder unerfüllt. Diese Aufgaben bestanden, wie dargelegt (II), in der ersten Konstituierung der Beklagten; sie war nach der ersichtlichen Auffassung des Berufungsgerichts in den zwanziger Jahren abgeschlossen worden. Eine Mitwirkung bei späteren Satzungsänderungen hat der Erblasser in seinem Testament nicht angeordnet. Es fehlt auch an hinreichenden Anhaltspunkten dafür, daß der Erblasser, hätte er die künftige Entwicklung vorausgesehen, eine solche Anordnung getroffen haben würde, sei es allgemein oder für den eingetretenen besonderen Fall; gegen eine solche Annahme sprechen die erörterten tatsächlichen Schwierigkeiten einer Betätigung des Testamentsvollstreckers gegenüber einer bereits in Tätigkeit befindlichen Stiftung. Im übrigen besteht für ein derartiges Tätigwerden seit der Wiederherstellung rechtsstaatlicher Zustände auch kein Bedürfnis mehr. Denn, wie sich aus den beigezogenen Nachlaßakten ergibt, wurde im Jahre 1957 im einverständlichen Zusammenwirken der Staatsaufsichtsbehörde, des damaligen Stiftungsvorstands und der zu Testamentsvollstreckern Ernannten, darunter des Klägers selbst, ein neuer Vorstand der Beklagten gebildet (Vergleich vom 28./30. Oktober 1957, Nachlaßakten I 326 ff = GA 5 ff); und künftig werden Vorstandsmitglieder nach einer bereits 1956 beschlossenen und genehmigten Änderung der Satzung (vgl. III Nr. 1 der Innenministerverordnung vom 22. Oktober 1956, Nachlaßakten I 150 ff, die in diesem Teil ausweislich des Vergleichs von 1957 nicht zurückgenommen wurde) wieder durch Selbstergänzung in geheimer Wahl berufen, wie dies dem Satzungsentwurf des Erblassers (§ 6 der Testamentsanlage) entsprach.

b) Auch die Testamentsvollstreckerernennung durch das Nachlaßgericht am 10. Oktober 1956 hat die Testamentsvollstreckung nicht wieder aufleben lassen.

Die Ernennung bezeichnet sich selbst als beschränkt auf die Befugnisse aus § 2203 BGB unter Ausschluß der Rechte aus §§ 2204/7 BGB (Erbteilung, Verwaltung, Besitz, Verfügung und Verpflichtung); eine Dauerverwaltung (§ 2209 BGB) kam nach 30 Jahren ohnehin nicht mehr in Betracht (§ 2210 Satz 1 und 3 i.V.m. § 2163 Abs. 2 BGB). Als Inhalt der Befugnisse aus § 2203 BGB nennt die Ernennungsverfügung die Ausführung des "Willens" des Erblassers; damit sind ersichtlich die im Gesetzestext genannten "letztwilligen Verfügungen" des Erblassers, also sein in diesen erklärter Wille gemeint. Nach der von der Revision nicht erschütterten Feststellung des Tatrichters waren jedoch im Zeitpunkt dieser Ernennung die letztwilligen Verfügungen des Erblassers längst ausgeführt (oben II). Welche Erblasserverfügungen das Nachlaßgericht bei der Ernennung als noch ausführungsbedürftig ansah, ist von ihm weder ausgesprochen worden noch erkennbar; auch die Revision beschränkt sich hierzu auf die Erwägung, die vom Nachlaßgericht 1956 angenommenen Aufgaben des Klägers als Testamentsvollstrecker beständen heute noch fort, sie sagt aber nicht, welchen Inhalt sie haben sollen.

Hiernach stellt das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum fest, daß die Testamentsvollstreckerernennung von 1956 durch das Nachlaßgericht (wegen Fehlens einer vom Erblasser übertragenen Aufgabe) nicht durch den letzten Willen des Erblassers gedeckt wird. Das Oberlandesgericht war zu einer solchen Feststellung zuständig; denn ein Streit darüber, ob eine Testamentsvollstreckung beendet ist, hat das Prozeßgericht, ~~nicht~~ das Nachlaßgericht zu entscheiden (KG JFG 14, 275 = HRR 1937 Nr. 259 und JR 1951, 732; BayObLGZ 1953, 357, 361; OLG Dresden

ZBlFG 11, 330; vgl. das genannte Senatsurteil vom 14. Februar 1962). Es fragt sich, ob hieraus die völlige Unwirksamkeit (Nichtigkeit) der Ernennungsverfügung abzuleiten ist (vgl. hierzu einerseits Lont/Habscheid, Freiwillige Gerichtsbarkeit 4. Aufl. § 25 IV 4; Baur, Freiwillige Gerichtsbarkeit § 27 B II; Schlegelberger, FGG 7. Aufl. § 7 Rdn. 7; andererseits Planck, Anm. 5 zu § 1773 BGB; KG DNotZ 1955, 649; s. ferner für Maßnahmen des Vollstreckungsgerichts - Bestellung eines Zwangsverwalters - die Senatsurteile BGHZ 30, 173, 176 und 39, 235, 238). Es fragt sich weiter, ob das Prozeßgericht zur Entscheidung über die Wirksamkeit der nachlaßgerichtlichen Verfügung berufen ist (vgl. GVG § 13, FGG §§ 1, 16 und hierzu einerseits Baur aaO § 2 V VI 3 a aa S. 42, Lont/Habscheid aaO § 29 II 2, andererseits KG DNotZ 1955 aaO, Keidel, FGG 8. Aufl. § 81 Rdn. 3). Die beiden Fragen brauchen jedoch hier nicht grundsätzlich entschieden zu werden. Denn auch wenn man von der Wirksamkeit der Ernennungsverfügung ausgeht, kann ihre Wirkung doch weder materiellrechtlich noch auch nur für die Blickrichtung des Prozeßrichters darin bestehen, daß die so ernannten Testamentsvollstrecker eine Aufgabe erhalten, die in dem von der Ernennungsverfügung mit Recht dafür herangezogenen (erklärten) letzten Willen des Erblassers in keiner Weise vorgesehen ist. Die Ernennungsverfügung ist daher bestenfalls zwar formell wirksam, aber - was auch der Prozeßrichter festzustellen hat - materiell ohne Inhalt, ähnlich wie es etwa die Bestellung eines Vormunds für eine nicht existierende Person oder für einen nicht entmündigten Volljährigen (vgl. §§ 1773, 1896 BGB) wäre (gegenstandslos, "ein Schlag in die Luft"; vgl. dazu Baur aaO § 27 B II a, Lont/Habscheid aaO § 25 IV 3, sowie für die Parallelfrage im Zivilprozeß Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 9. Aufl. § 73 IV 2 c).

(Anders könnte die Rechtslage sein, wenn das Testament auch nur die Möglichkeit einer - unmittelbaren oder ergänzenden - Auslegung dahin böte, daß noch eine unerfüllte Testamentsvollstreckeraufgabe bestehe; dann käme eine Bindung des Prozeßgerichts an eine der Ernennungsverfügung zugrunde liegende Testamentsauslegung durch das Nachlaßgericht in Betracht; vgl. dazu Schlegelberger aaO § 81 Rdn. 4 mit Nachweisen für den Fall, daß das Vorliegen eines Ernennungsersuchens nach § 2200 Abs. 1 BGB in Frage steht. Aber auch eine solche bloße Möglichkeit scheidet im vorliegenden Fall aus.)

Auch aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis kann der Kläger für den vorliegenden Rechtsstreit nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn eine dem Zeugnis etwa beizulegende Vermutung (§ 2368 Abs. 3 i.V.m. § 2365 BGB) dafür, daß der darin Bezeichnete noch einen Aufgabenbereich als Testamentsvollstrecker habe, ist im vorliegenden Fall widerlegt. Und öffentlicher Glaube (§ 2368 Abs. 3 i.V.m. § 2366 BGB) kommt dem Zeugnis nur gegenüber einem rechtsgeschäftlich erwerbenden Dritten zu, nicht auch gegenüber dem Erben.

Der Kläger kann schließlich auch aus § 674 i.V.m. § 2218 BGB nichts Entscheidendes zu seinen Gunsten herleiten. Denn die entsprechende Anwendung der ersteren Bestimmung setzt voraus, daß ein Testamentsvollstreckeramt der in Rede stehenden Person (hier: des Klägers) zunächst bestanden hat und später (anders als durch Entlassung nach § 2227 BGB) erlischt. Im vorliegenden Fall hat aber ein Testamentsvollstreckeramt des Klägers von vornherein nicht bestanden.

IV. Rechtsgeschäft mit der Beklagten?

Der Kläger kann seine Klage schließlich auch nicht mit Erfolg auf die Übertragung von Aufgaben durch ein Rechts-

geschäft zwischen ihm und der Beklagten stützen. Denn ein solches Rechtsgeschäft ist nicht dargetan, so daß es nicht mehr darauf ankommt, ob die Klage in den Tatsacheninstanzen auf einen solchen Klaggrund überhaupt gestützt war.

a) Der Vergleich vom 28./30. Oktober 1957, den beide Parteien mit abgeschlossen haben, besagt u.a.:

"Die Befugnisse und die Amtsdauer der Testamentsvollstrecker sind durch eine besondere Vereinbarung zwischen ihnen und dem Stiftungsvorstand festgelegt, die diesem Vergleich als Anlage beigelegt wird und Inhalt des Vergleichs wird."

Diese Anlage enthält neben der Einsetzung und dem Vorbehalt von Schiedskommissionen für den Fall der Nichteinigung zwischen Testamentsvollstreckern und Stiftungsvorstand (Nr. 3-7, 10, 11) und neben Vereinbarungen über die Einrichtung eines Stiftungsarchivs und über die Finanzierung der Familienstiftung (Nr. 8,9) folgende einleitende Bestimmungen:

- "1. Der Vorstand der P████-Stiftung und die Testamentsvollstrecker am Nachlaß des Senators P████ werden vertrauensvoll zur Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenarbeiten. Der Stiftungsvorstand und die Testamentsvollstrecker stehen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander.
2. Es besteht Einigkeit darüber, daß das Amt der Testamentsvollstrecker am 31.12.1960 endet."

Das Berufungsgericht hält diese Vereinbarung zwar für eine "Bestätigung" der 1956 ernennten drei Testamentsvollstrecker in dieser Stellung, aber für unerheblich gegenüber dem Erblasserwillen, nach welchem das Amt erloschen sei (BU S. 19).

Die Revision meint, in dieser Vereinbarung habe die Beklagte mit Zustimmung der Aufsichtsinstanz den Testaments-

vollstreckern ganz klar umrissene Aufgaben (hinsichtlich der Neufassung der Satzung und des Gesellschaftsvertrags) übertragen, wobei dahinstehen möge, ob es sich um ein auftragsähnliches Rechtsgebilde oder einen Vertrag besonderer Art handle.

Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis beizutreten. Die Revision gibt keine weitere Begründung dafür, daß die Beklagte damals den Kläger und die beiden übrigen zu Testamentsvollstreckern Ernannten rechtsgeschäftlich - etwa im Wege eines Auftrags (§§ 662 ff BGB) oder eines Geschäftsbesorgungsvertrags (§ 675 BGB) - mit der Wahrnehmung irgendwelcher Aufgaben betraut hätte, insbesondere solcher Aufgaben, zu deren Erfüllung der Kläger die angestregten Prozesse führen müßte oder ihre Führung wenigstens für notwendig halten dürfte. Der Vergleich von 1957 diente der Beilegung ganz erheblicher Spannungen und Meinungsverschiedenheiten der verschiedenen Beteiligten einschließlich der Aufsichtsbehörde gerade darüber, durch welche Personen und in welcher Richtung die Beklagte geführt werden sollte (oben III). Auch wenn man zugunsten des Klägers unterstellt, daß bei der im Vergleich vereinbarten Zusammensetzung des Vorstands der Kläger und seine ernannten Mitvollstrecker mit ihren Wünschen weitgehend durchgedrungen sind, so spricht doch die Lebenserfahrung für die Annahme, daß die Beklagte (die beim Vergleichsabschluß durch ihre gleichzeitig im Amt bestätigten beiden Vorstandsvorsitzenden vertreten war) die Berufung der drei Testamentsvollstrecker durch das Nachlaßgericht damals lediglich als Gegebenheit hingenommen und auf dieser Grundlage Vereinbarung über ihr künftiges Verhalten getroffen hat, aber nicht darüber hinaus den rechtsgeschäftlichen Willen hatte, dem Kläger und den beiden anderen Ernannten unabhängig von der nachlaßgerichtlichen Ernennung von sich aus irgendwelche (die Beklagte berührenden) Aufgaben zu übertragen. Für einen rechtsgeschäftlichen Willen der letzteren Art bedürfte es ganz besonderer

Anhaltspunkte; sie sind weder geltend gemacht noch erkennbar. Wenn der Tatrichter ("geradezu") von einer "Bestätigung" spricht, so will er damit ersichtlich nicht einen solchen rechtsgeschäftlichen Willen in tatsächlicher Beziehung feststellen, sondern nur - mit allerdings wenig glücklicher Formulierung - jenes Hinnehmen ihrer Testamentsvollstreckerstellung ausdrücken. Im Ergebnis ist ihm jedenfalls darin beizutreten, daß der Vergleich keine Rechtsgrundlage für (die Hauptklage oder) die Kostenklage schafft.

Im übrigen hat die Revisionsbeklagte in der mündlichen Verhandlung zutreffend darauf hingewiesen, daß ein etwaiger Auftrag spätestens durch die Einlassung der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit widerrufen worden wäre (§ 671 BGB). Aus diesem Grund scheidet die Anwendung des § 674 BGB auch hier aus.

b) Der von der Revision als "Verpflichtungserklärung" angezogene Brief der Beklagten vom 29. April 1960 an den Kläger (GA 8) lautet:

"Wunschgemäß bestätige ich Ihnen, daß die Vorsteherschaft der P[REDACTED]-Stiftung in ihrer Sitzung vom 25.3.60 mit Mehrheit beschlossen hat, diejenigen Kosten in angemessenem Umfang zu übernehmen, die den Testamentsvollstreckern für anwaltliche und steuerrechtliche Beratung und Unterstützung im Verfahren vor der Schiedskommission entstehen."

Abgesehen davon, daß nicht ersichtlich ist, daß die Klage bereits in der Vorinstanz auf diesen Klaggrund gestützt wurde, sind die Voraussetzungen für die in diesem Schreiben zugesagte Kostenübernahme auch jetzt noch nicht schlüssig behauptet. Die Zusage bezieht sich auf Kosten bei einem Verfahren vor einer der im Vergleich von 1957 eingesetzten beiden Schiedskommissionen. Die Revision verkennt nicht, daß

die Hauptklage kein Verfahren vor der Schiedskommission darstellt. Sie meint jedoch, die Hauptklage diene wenigstens zum Teil doch der Vorbereitung des Kommissionsverfahrens. Das genügt jedoch nach dem klaren Wortlaut des Schreibens noch nicht, um die Voraussetzungen seiner Kostentragungszusage zu erfüllen. Im übrigen sind die Vereinbarungen über die Schiedskommission in demselben Vergleich enthalten, in welchem die Tätigkeit der Testamentsvollstrecker zeitlich bis 31. Dezember 1960 begrenzt ist; auch wenn man davon absieht, daß die Gültigkeit der einen Vereinbarung im Zweifel mit der Gültigkeit der anderen steht und fällt (§ 139 BGB), drängt sich die Annahme auf, daß die Kostenzusage im Brief vom 29. April 1960 stillschweigend die gleiche Befristung enthält, wie der ihre Grundlage bildende Vergleich hinsichtlich der Testamentsvollstreckertätigkeit.

Das ist im Ergebnis ersichtlich auch die Auffassung des Berufungsgerichts. Daß der Tatrichter sich damit nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat, ist nach Sachlage unschädlich (vgl. BGHZ 3, 175).

V. Ergebnis; Kosten

Hiernach war die Revision als unbegründet mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Die Kostenpflicht, und zwar für alle Instanzen (§§ 91, 97 ZPO), trifft den Kläger persönlich, nicht in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, da ein Kostenanspruch für ihn in seiner Eigenschaft als Repräsentant der Beklagten von vorherin nicht in Frage kam (oben I).

Infolgedessen hat er die Kosten auch insoweit persönlich zu tragen, als er als Testamentvollstrecker aufgetreten ist (s. für den vergleichbaren Fall eines nicht befugten gesetzlichen Vertreters BGH Urteil vom 4. Mai 1955, IV ZR 185/54 MDR 1956, 468, sowie Rosenberg aaO § 49 II 4 d).

Dr. Tasche

Schuster

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Mattern