

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 2221

- a) Wer als vermeintlicher Testamentsvollstrecker tätig gewesen ist, kann je nach Lage des Einzelfalls auch dann, wenn sich seine Ernennung als rechtsunwirksam herausstellt, Vergütung wie ein Testamentsvollstrecker verlangen.
- b) Der Testamentsvollstrecker darf seine angemessene Vergütung grundsätzlich selbst aus dem Nachlaß entnehmen. Ob er zur Beschaffung der dazu nötigen Geldmittel Sachwerte des Nachlasses veräußern darf, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Bestimmung der Vergütungshöhe steht ihm nicht zu (Ergänzung zum Urteil vom 5. April 1957, IV ZR 10/57, NJW 1957, 947).

BGH, Urt. v. 22. Mai 1963 - V ZR 42/61 - OLG Frankfurt
LG Wiesbaden

V_ZR_42/61

Verkündet
am 22. Mai 1963
Schorm, 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 Rechtsanwalts und Notars Dr. Daniel G [REDACTED] in
W [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Anschlußberufungs-
beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Fritz von O [REDACTED] in S [REDACTED]
(Schweiz),

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberufungs-
kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Mai 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter
Dr. Augustin, Schuster, Dr. Mattern und Offterdinger
für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt (Main) vom 25. November 1960 aufge-
hoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten
der Revision, an das Berufungsgericht zurück-
verwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist zusammen mit seiner Schwester Elinor Vorerbe seines am 2. Mai 1948 verstorbenen Vaters, des Geheimen Kommerzienrates Dr.-Ing. e.h. Wilhelm von O.; als Nacherben sind die beiderseitigen Abkömmlinge eingesetzt. Der Erblasser hatte unter bestimmten Voraussetzungen den Kläger zum Testamentsvollstrecker mit dem Recht der Ersatzmannbenennung bestimmt; der Kläger hat demgemäß alsbald nach dem Erbfall an seiner Stelle den Beklagten zum "Testamentsvollstrecker" ernannt.

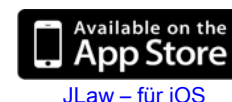
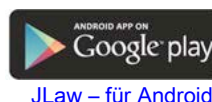
Der Beklagte, der vom Nachlaßgericht das Testamentsvollstreckerzeugnis erhielt, hat den Nachlaß 1948 in Besitz genommen, mit einem Wert von knapp 18 Millionen RM/DM verzeichnet, rund 10 Jahre lang verwaltet und 1958 auf Wunsch und im Einverständnis mit dem Kläger sowie dessen Mutter und Schwester auseinandergesetzt.

Als Vergütung hat er in den Jahren 1948 bis 1958 dem Nachlaß im Einverständnis der Erben à-conto-Zahlungen von zusammen 320 000 DM entnommen und im Februar 1959 sich von der Schwester des Klägers weitere 150 000 DM als Schlußvergütung seitens dieser Erbin unter Vorbehalt einer Regelung mit dem Kläger versprechen lassen; ob eine Vereinbarung gleichen Inhalts auch zwischen dem Beklagten und dem Kläger zustandegekommen ist, ist streitig.

Im November 1959 hat der Beklagte für sich eine Gesamtvergütung von über 1 1/2 Millionen DM errechnet und aus dem bei der Auseinandersetzung dem Kläger zugefallenen Nachlaßteil sich insgesamt 500 000 DM "als weitere Abschlagszahlung auf die Testamentsvollstreckervergütung" gutgebracht, und zwar in Höhe von



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



rund 493 000 DM nach Veräußerung von Wertpapieren (im Nennbetrag von zusammen 81 600 DM) und in Höhe von rund 7 000 DM durch weitere Barüberweisung.

Der Kläger hat dem umgehend widersprochen und eine restliche Vergütung von höchstens 150 000 DM als angemessen bezeichnet. Er beehrte mit der Klage:

1. Verurteilung zur Verschaffung von Wertpapieren gleicher Art und Menge wie die veräußerten, Zug um Zug gegen Zahlung einer Restvergütung, die er in erster Instanz auf 150 000 DM und im Berufungsverfahren auf 134 367,24 DM bezifferte,
2. Vergütung der etwa vor Beschaffung dieser Papiere anfallenden Dividenden und Bezugsrechte, in erster Instanz im Wege der Leistungsklage, im Berufungsverfahren im Wege der Feststellungsklage.

Der Beklagte beantragte Klagabweisung, im Berufungsverfahren hilfsweise Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung von 500 000 DM, sowie im Wege der Widerklage Feststellung, daß es zu einer Vergütungsvereinbarung zwischen den Parteien nicht gekommen sei.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage in dem jeweils beantragten Umfang stattgegeben. Die Widerklage wurde vom Oberlandesgericht als unzulässig abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine bisherigen Anträge weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

A) Klage

Das Berufungsgericht hält die Ernennung des Beklagten zum Testamentsvollstrecker für rechtsunwirksam und statt dessen einen Geschäftsbesorgungsvertrag entsprechenden Inhalts (§§ 675, 611 BGB) zwischen dem Beklagten einerseits und dem Kläger (und wahrscheinlich auch seiner Mutter und Schwester) andererseits für gegeben. Es verneint ein Recht des Beklagten zur Veräußerung der Wertpapiere und nimmt ein Verschulden des Beklagten dabei an. Es bejaht deshalb die eingeklagten Ansprüche auf Wiederbeschaffung der Papiere und Vergütung der zwischenzeitlich darauf entfallenden Dividenden und Bezugsrechte unter dem Gesichtspunkt der vertraglichen Herausgabepflicht (§§ 675, 667 BGB) sowie des Schadensersatzes (§ 280 BGB). Es billigt dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) in Höhe der ihm über die entnommenen 320 000 DM hinaus zustehenden Schlußvergütung zu. Es bemißt diese mit dem Kläger auf (höchstens)

	150 000,-- DM,
zieht davon die in bar entnommenen	6 919,26 DM
und bisher entgangene Dividenden	
in Höhe von	<u>8 713,50 DM</u>
ab und errechnet so eine Zug-um-Zug-	
Leistung von	134 367,24 DM.

Es bekennt sich zum gleichen Ergebnis für den Fall, daß der Beklagte Testamentsvollstrecker gewesen sein sollte (§§ 2219 Abs. 1, 2218 i.V.m. §§ 667, 280 BGB).

Die Revision hat hinsichtlich der Zug-um-Zug-Leistung Erfolg.

I.

Das Feststellungsinteresse (§ 256 ZPO) hinsichtlich der Ansprüche auf Vergütung von Dividenden und Bezugsrechten (Nr. II 2 und 3 der Formel des angefochtenen Urteils) ist zu bejahen. Die Revision erhebt insoweit keine Bedenken.

II.

In sachlich-rechtlicher Hinsicht kann offenbleiben, ob der Beklagte rechtswirksam zum Testamentsvollstrecker bestellt worden ist (wofür die Auslegung des Testaments, die Tatsache der bloßen Ernennung "auf Widerruf" sowie die Legitimation durch das Testamentsvollstreckerzeugnis des Nachlaßgerichts von Bedeutung sein könnte). Im Bejahungsfalle erwuchs dem Beklagten ein Anspruch gegen den Nachlaß und damit gegen den Kläger (§ 2058 BGB) auf angemessene Vergütung (§ 2221 BGB). Für den Verneinungsfall nimmt das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum einen Geschäftsbesorgungsvertrag an, aus welchem dem Beklagten ein Anspruch gegen den Kläger als Auftraggeber (§§ 675, 612, vgl. 632 BGB) auf billige Vergütung (§§ 316, 315 Abs. 3 BGB); darauf, ob und inwieweit bei vertraglosem Zustand ein Vergütungsanspruch begründet werden könnte (vgl. Dittus, NJW 1961, 590), kommt es deshalb hier nicht an. Da die tatsächliche Arbeit und Verantwortlichkeit denselben Umfang hatte, gleich ob der Beklagte wirklich oder nur vermeintlich Testamentsvollstrecker war, ist kein Unterschied in der Höhe zwischen jener angemessenen und dieser billigen Vergütung. Es besteht auch kein Unterschied zwischen beiden Fällen in der Art der Durchsetzung des Vergütungsanspruchs, insbesondere hinsichtlich

des Rechts zur Selbstentnahme (unten III); denn da der Wille der Parteien bei Ernennung des Beklagten und später dahin ging, diesem die rechtliche Stellung eines Testamentsvollstreckers zu verschaffen, ist bei Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckerberufung ein entsprechend weiter Inhalt des Geschäftsbesorgungsvertrags anzunehmen, nämlich dahin, daß der Beklagte kraft dieses Vertrags, soweit rechtlich möglich, gleich weitgehende Rechte und Pflichten haben sollte, wie er es als wirklicher Testamentsvollstrecker haben würde, so daß in entsprechendem Umfang Gestattung des Selbstkontrahierens im Sinne von § 181 BGB anzunehmen ist.

Offen kann weiter bleiben, ob die Erbauseinandersetzung trotz Nichtablaufs der vom Erblasser verfüigten zehnjährigen Ausschlußfrist rechtlich unangreifbar ist (§ 2044, vgl. § 2216 Abs. 2 BGB); denn da der Kläger der Auseinandersetzung zugestimmt, sie sogar selbst (zusammen mit seiner Schwester) angeregt und trotz ausdrücklichem Hinweis des Beklagten auf die rechtlichen Bedenken auf ihr beharrt hat, wäre ihre Angreifbarkeit allein kein Grund, die Vergütung des Beklagten niedriger zu bemessen.

III.

Ein Recht des Beklagten zur Veräußerung der Wertpapiere hat das Berufungsgericht zutreffend in vollem Umfang verneint.

Zwar steht dem Testamentsvollstrecker - und das gleiche gilt nach dem oben zu II Gesagten im vorliegenden Falle auch für den Beklagten als bloß vermeintlichen Testamentsvollstrecker - grundsätzlich das Recht zu,

seine Vergütung, soweit sie angemessen (billig) ist, selbst aus dem Nachlaß zu entnehmen. Das ergibt sich aus dem Charakter des Vergütungsanspruchs als Nachlaßverbindlichkeit in Verbindung mit dem Schlußhalbsatz von § 181 BGB, der auf den Testamentsvollstrecker entsprechend anzuwenden ist (Urteil vom 22. März 1957, IV ZR 116/56, LM BGB § 2221 Nr. 1; vgl. Senatsurteil BGHZ 30, 67, 69). Zu verneinen ist dagegen die ganz andere Frage, ob dem Testamentsvollstrecker auch die Bestimmung der Vergütungshöhe zusteht (Urteil vom 5. April 1957, IV ZR 10/57, NJW 1957, 947). Infolgedessen trägt der Testamentsvollstrecker, der seine Vergütung selbst entnimmt, stets das Risiko, ob der entnommene Betrag auch in vollem Umfang geschuldet ist, worüber das Prozeßgericht zu entscheiden hat. Entnimmt er zuviel, so ist in der Regel nur die Entnahme des nicht geschuldeten Teils widerrechtlich, die des geschuldeten bleibt rechtmäßig.

Das Recht zur Entnahme der Vergütung berechtigt den Testamentsvollstrecker im Innenverhältnis zu den Erben noch keineswegs ohne weiteres, zur Beschaffung der dazu benötigten Geldmittel Sachwerte des Nachlasses zu veräußern. Maßgebend ist, ob eine solche Art der Geldbeschaffung im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses liegt (§ 2216 BGB); das ist nicht allgemein, sondern nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu entscheiden.

Das Berufungsgericht begründet seine Verneinung wie folgt: Aus den veräußerten Wertpapieren, die nach dem Auseinandersetzungsvertrag dem Kläger zugefallen waren, seien diesem laufende, nicht unerhebliche Einnahmen zugeflossen; bei der derzeitigen (gemeint: seinerzeitigen)

Entwicklung der Börsenkurse seien ferner beträchtliche Kurssteigerungen zu erwarten gewesen, die einen erheblichen Wertzuwachs des Vermögens bedeuteten (Werterhöhung von November 1959 bis September 1960 von rund 490 000 DM auf rund 840 000 DM); zum Verkauf der Papiere habe für den Beklagten auch gar keine Notwendigkeit bestanden, da er einmal mit Rücksicht auf die ihm bekannten Vermögensverhältnisse des Klägers keinen Grund zu der Annahme hätte haben können, er werde die vom Prozeßgericht als angemessen bezeichnete Vergütung nicht erhalten, und ihm zum anderen wegen seines Vergütungsanspruchs an den Papieren ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe.

Die Revision macht mit mehreren Rügen (Begründung III c 1, 2 und 4) geltend, der Kläger sei durch die Wertpapierveräußerung deshalb nicht benachteiligt, weil der Beklagte andernfalls wegen nicht rechtzeitiger Befriedigung seines Restvergütungsanspruchs Schadensersatz in überschießender Höhe hätte verlangen können (Verzugszins, Ersatz für die entgangene Möglichkeit, gleiche Aktien zu kaufen und seinerseits an der Kurssteigerung teilzuhaben). Es ist jedoch weder von der Revision vorgetragen noch sonst ersichtlich, daß der Beklagte einschlägige Tatsachen schon in den Vorinstanzen behauptet hätte; ihr Neuvorbringen im Revisionsverfahren ist nach § 561 Abs. 1 ZPO unbeachtlich.

Die Revision meint weiter: da das Vorhandensein von Aktien statt Bargeld im Nachlaß auf den für den Nachlaß günstigen Verwaltungsmaßnahmen des Testamentsvollstreckers selbst beruhte, habe diesem für den Geldbedarfsfall auch der Verkauf von Papieren selbstverständlich freigestanden. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Rüge, für sich allein betrachtet, begründet wäre. Denn die Unzulässigkeit

des Wertpapierverkaufs im vorliegenden Falle ergibt sich unabhängig von den mit dieser Rüge angegriffenen Erwägungen des Berufungsgerichts aus dem vom Tatrichter in anderem Zusammenhang (nämlich bei der Widerklage) festgestellten Umstand, daß es zwischen den Parteien bereits in den der Entnahme vorangehenden Monaten des Jahres 1959 wegen der Höhe der Testamentsvollstreckervergütung zu erheblichen Spannungen gekommen war. Hiernach hatte der Beklagte zunächst angeboten, seine Tätigkeit als "Testamentsvollstrecker" mit einer Abschlußzahlung von insgesamt 300 000 DM (nämlich je 150 000 DM durch den Kläger und seine Schwester) als ausreichend honoriert anzusehen; der Kläger war jedoch nicht einmal zur Anerkennung dieses Betrags (150 000 DM für seine Person) bereit. Bei dieser Sachlage war es mit dem Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses nicht vereinbar, wenn der Beklagte, um Geld für seine Vergütung zu beschaffen, ohne vorherige konkrete Zahlungsaufforderung an den Beklagten oder auch nur ungefähre Bezifferung seiner die bisher erwogenen 150 000 DM beträchtlich überschreitenden Wünsche und Andeutung seiner Absichten zur Veräußerung von Wertpapieren aus dem Nachlaß schritt (die ganz allgemein gehaltene Ankündigung in einem "im November 1959" datierten Schreiben, die Vergütungsfrage erneut zu prüfen /Beilagemappe D/, genügte schon inhaltlich nicht, abgesehen davon, daß ein genügender zeitlicher Abstand zu der im selben Monat erfolgten Wertpapierveräußerung nicht ersichtlich ist). Und zwar war diese Maßnahme in vollem Umfang unzulässig, also nicht nur insoweit, als der Beklagte über den Umfang des ihm objektiv zustehenden Vergütungsanspruchs hinausging (unten V), sondern auch insoweit, als er sich der Höhe nach in diesem Rahmen hielt. Mit Recht hat deshalb das Berufungsgericht hierin einen Pflichtverstoß des Beklagten gesehen, ohne daß es auf weiteres ankommt.

Das Berufungsgericht sieht diese Pflichtwidrigkeit des Beklagten auch als schuldhaft an, weil er sich über sie als erfahrener Anwalt nicht habe im Zweifel sein können. Zu Unrecht hält die Revision diesen Vorwurf für unbegründet, weil sich der Beklagte nach dem gerichtet habe, was allgemein üblich sei und wie allgemein verfahren werde. Es kann offen bleiben, ob Substanzveräußerungen bei Testamentsvollstreckungen dieser Art im allgemeinen üblich sind; denn eine derartige Übung könnte rechtlich nur insoweit gebilligt werden, als dem Testamentsvollstrecker nicht ein entgegengesetzter tatsächlicher Wille des Erben (oder des Erblassers) erkennbar ist; gerade dies lag aber für den Beklagten im vorliegenden Fall auf Grund des vorangegangenen Schriftwechsels auf der Hand.

IV.

Hieraus hat das Berufungsgericht mit Recht die Pflicht des Beklagten zur Wiederbeschaffung gleicher Wertpapiere sowie zur Vergütung der dem Kläger entgangenen Dividenden und Bezugsrechte gefolgert.

Hinsichtlich der Dividenden und Bezugsrechte ist die begehrte und getroffene Feststellung dahin auszulegen, daß sowohl die bisher angefallenen als auch die künftig zu erwartenden gemeint sind; daß ein Teil der Dividenden vom Kläger bereits beziffert und bei Berechnung der Zug-um-Zug-Leistung berücksichtigt worden ist, steht weder dieser Annahme noch etwa der Zulässigkeit der Feststellungsklage in diesem Umfang entgegen.

V.

Das Zurückbehaltungsrecht des Beklagten ist hinsichtlich des Leistungsklagantrags (Nr. III 1 der Formel des angefochtenen Urteils) vom Berufungsgericht dem Grunde nach zutreffend bejaht worden. Soweit das Oberlandesgericht Düsseldorf (JW 1925, 2147) eine andere Auffassung vertreten haben sollte, kann ihr nicht gefolgt werden; dieses Urteil betrifft jedenfalls in erster Linie das Zurückbehaltungsrecht gegen den im vorliegenden Fall nicht im Streit befindlichen Rechnungslegungsanspruch.

Was die vor allem umkämpfte Bemessung des Zurückbehaltungsrechts der Höhe nach anlangt, so sind maßgebend für die Vergütung eines Testamentsvollstreckers 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 (Senatsurteil vom 28. November 1962, V ZR 225/60 = MDR 1963, 233 = DB 1963, 197 = NJW 1963, 487 - Leitsatz -). Die Berechnung der Vergütung an Hand von Bruchteilen des nach bestimmten Grundsätzen festgelegten Nachlaßwertes ist möglich; solche von öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder privaten Berufsvereinigungen aufgestellten Richtsätze dürfen jedoch in Anbetracht der Vielsaltigkeit nicht schematisch angewendet werden (BGH aaO).

Das Berufungsgericht führt aus: Der Beklagte müsse sich insoweit vor allem enthalten lassen, daß er den

ihm nunmehr vom Kläger noch zugbilligten Schlußbetrag im Frühjahr 1959 selbst als angemessene Vergütung angesehen und erst nach Ablehnung einer entsprechenden Vereinbarung durch den Kläger seine wesentlich höheren Forderungen gestellt habe. Die Angemessenheit des zuerkannten Honorars ergebe sich aber auch noch aus anderen Erwägungen: Ausgangspunkt für die Bemessung könne nur der Wert des Nachlasses in dem Zeitpunkt des Erbfalls (2. Mai 1948) oder des wenige Wochen danach liegenden Amtsbegins des Beklagten (Juli 1948) sein. Hinzu komme, daß der Beklagte den nunmehr noch streitigen Betrag in erster Linie auch als sogenannte Konstituierungsgebühr fordere. Lege man das vom Beklagten gefertigte Nachlaßverzeichnis zugrunde, so ergebe sich für jene Zeit ein Bruttowert von rund 18 Millionen DM. Die Bruttojahreserträge hätten von 1948 bis 1958 insgesamt rund 9 Millionen DM betragen. Der Beklagte habe für die laufende Verwaltung des Nachlasses insgesamt 320 000 DM, mithin rund 3,5 % ¹ von den Jahreserträgen, erhalten; das sei mehr, als § 61 der Allgemeinen Gebührenordnung für die wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe vorsehe. Wenn man dem Beklagten daneben für die Inbesitznahme des Nachlasses, die Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses und die Regelung von Erblasser- und Steuerschulden eine weitere Gebühr von 1,5 % = 270 000 DM zubillige, so sei das ein angemessenes Entgelt; erhalten solle er aber sogar 300 000 DM; die in dem genannten § 61 insoweit vorgesehenen 3 % erschienen mit Rücksicht auf die oben genannte Tätigkeit weit übersetzt. - Für vertretbar könne es ferner angesehen werden, dem Beklagten wegen der sicherlich nicht geringen Mühe, die mit der Sichtung und Verwaltung des im wesentlichen aus Wertpapieren bestehenden Nachlasses verbunden gewesen sei, die an sich hohe Gebühr von (alles zusammen genommen) 3 % zuzuerkennen; das wären insgesamt 540 000 DM;

erhalten solle er demgegenüber $320\,000 + 150\,000 + 150\,000 = 620\,000$ DM. - Lege man die Berechnung aus der von der D[REKTIERT] Bank herausgegebenen Schrift "Testament und Erbe" (S. 30) zugrunde (Staffelung von 10 % aus den ersten 5 000 DM bis zu 1/2 % aus dem über 500 000 DM liegenden Wert, nebst 25 % Zuschlag), so ergäben sich 119 125 DM; dieser Betrag liege selbst dann noch erheblich unter der vom Kläger bewilligten Summe, wenn man daneben mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse noch eine Gebühr für die laufende Verwaltung des Nachlasses als gerechtfertigt ansehe. - An der im Lauf der Zeit eingetretenen Wertsteigerung des Nachlasses habe der Beklagte insofern teilgenommen, als ihm unter Zugrundelegung der ersten Berechnungsart ein nicht unerheblicher Prozentsatz von den jährlichen Erträgen zugeflossen sei.

Die Revision hiergegen hat Erfolg.

a) Zu Unrecht rügt die Revision allerdings, in Streit seien nicht die Entnahmen für die laufende Verwaltung, sondern nur die zusätzlichen Gebühren für Konstituierung und Auseinandersetzung des Nachlasses, daher seien die bereits früher erhaltenen 320 000 DM gar nicht zu prüfen. Diese Entnahmen waren sämtlich nur als "Abschlag" getätigt worden. Infolgedessen war es richtig, die Bemessung der Testamentsvollstreckervergütung insgesamt vorzunehmen. Dem entspricht auch der im Tatbestand des angefochtenen Urteils festgestellte eigene Vortrag des Klägers, er verlange nunmehr eine dem Umfang seiner Tätigkeit und der Größe des Nachlasses angemessene Vergütung, diese belaufe sich außer den bereits erhaltenen Beträgen ($320\,000 + 150\,000$ DM) auf noch mindestens 500 000 DM.

Wenn die Revision darauf hinweist, Hausverwaltungen pflegten im allgemeinen zu 3 1/2 bis 5 % abgewickelt zu werden, und eine Hausverwaltung sei viel weniger schwierig als die Durchführung der laufenden Verwaltung im vorliegenden Falle, so ist dem entgegenzuhalten, daß einmal eine schematische Übertragung von üblichen Richtsätzen anderer Tätigkeitsgebiete auf die Testamentsvollstrecker-tätigkeit noch weniger angängig ist als die schematische Anwendung von Richtsätzen für die Testamentsvollstrecker-tätigkeit selbst (vgl. das genannte Senatsurteil), daß der Wert des vom Beklagten verwalteten Vermögens über den bei Hausverwaltungen normalerweise in Betracht kommenden Wert in jedem Falle erheblich hinausgeht und daß die für derartige Tätigkeiten aufgestellten Richtsätze durchweg eine Gebührenstaffelung mit bei höheren Werten fallender Tendenz enthalten. Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge aus § 139 ZPO ist nicht genügend substantiiert; der Zuziehung eines Sachverständigen bedurfte es nicht. Kein Anhaltspunkt besteht dafür, daß das Berufungsgericht den Schriftsatz des Beklagten vom 21. Januar 1960 über den Umfang und Erfolg seiner Tätigkeit (GA 13 ff) nicht beachtet oder sonst den Umfang und Erfolg dieser Tätigkeit verkannt hätte. Entsprechendes gilt für die Hinweise auf den Vortrag in den Vorinstanzen über die Richtsätze von Treuhandgesellschaften, Bücherrevisoren und Wirtschaftsprüfern.

Nicht zu beanstanden ist auch, daß das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung die ursprüngliche eigene Bereitschaft des Beklagten zu einer Bemessung der Restvergütung auf nur 150 000 DM mit verwertet. Daß der Beklagte mit dieser Bereitschaft die später fehlgeschlagene Hoffnung auf Beibehaltung weiterer vom Kläger abhängiger und besonders bezahlter Tätigkeiten verband, beeinträchtigt

diese Vorwertbarkeit nicht. Im Gegenteil könnte der Umstand, daß der Beklagte diese Ämter jahrelang in der Vergangenheit neben seiner Testamentsvollstreckung innehatte und aus ihnen ebenfalls nicht geringe Einkünfte bezog, dafür sprechen, die Testamentsvollstreckervergütung nicht besonders hoch zu bemessen.

b) Halten die Erwägungen des Berufungsgerichts bis hierher der rechtlichen Nachprüfung stand, so greift jedoch die Rüge durch, der Tatrichter habe die erhebliche Erhöhung des Nachlaßwerts von 1948 bis 1958 bei der Vergütungsbemessung nicht ausreichend berücksichtigt.

Was den Zeitpunkt anlangt, auf welchen für die der Vergütung zugrunde zu legende Nachlaßbewertung abzustellen ist, so kann der Revision allerdings darin nicht beigetreten werden, daß eine nachträgliche Bewertung für den noch vor der Währungsreform liegenden Zeitpunkt des Erbfalls eben wegen des Währungswechsels überhaupt nicht möglich sei. Dadurch, daß es damals nur Reichsmarkwerte gab, war das Berufungsgericht nicht gehindert, vielmehr, soweit es für die Bemessung der Testamentsvollstreckervergütung auf den Nachlaßwert in diesem Zeitpunkt ankam, sogar verpflichtet, rückblickend eine Schätzung des damaligen Nachlaßwerts in Deutscher Mark vorzunehmen. Der Beklagte selbst ist in seinem am 3. März 1953 mit Rückwirkung auf den Todestag aufgestellten Nachlaßverzeichnis ebenso verfahren, indem er hinsichtlich der Wertpapiere "eine Bewertung des Bestandes vom 2. Mai 1948 zum 31. Dezember 1951" durchführte (Wert rund 15 Millionen DM), die Darlehensforderung gegen eine Tochtergesellschaft mit 1:1-Umstellung berücksichtigte (2 Millionen DM) und die restliche Aktivmasse auf etwa eine halbe Million DM schätzte (Bl. 5 des Nachlaßverzeichnisses in Sammel-

mappe B der Beilagen). Das Berufungsgericht ist dieser Bewertung des ursprünglichen Bruttonachlasses mit rund 18 Millionen DM gefolgt. Der Beklagte ist durch diese Bezifferung nicht beschwert.

Eine andere Frage ist jedoch, ob und inwieweit es für die Bemessung einer Testamentsvollstreckervergütung überhaupt auf den Nachlaßwert am Todestag oder auf einen höheren Nachlaßwert zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere bei Beendigung der Testamentsvollstrecker-tätigkeit ankommt. Das läßt sich wiederum nicht allgemein, sondern nur von Fall zu Fall entscheiden, je nachdem welche Bemessungsart gewählt wird. Soweit als Kerngebühr eine Konstituierungsgebühr (für Ermittlung und Inbesitznahme des Nachlasses, Aufstellung des Nachlaßverzeichnisses, Regelung der Erblässerschulden, Beerdigungskosten und Erbschaftssteuer) in Frage steht, soll sie die Arbeit und Verantwortung des Testamentsvollstreckers zu Beginn der Testamentsvollstreckung abgelden; deshalb ist hierfür die geeignete Bewertungsgrundlage nicht der Nachlaßwert in einem späteren Zeitpunkt, sondern der vom Berufungsgericht zugrundegelegte Ursprungswert. Für die im Jahre 1958 vorgenommene Erbauseinandersetzung kann aber jedenfalls der Nachlaßwert von 1948 nicht maßgebend sein; soweit eine besondere Bewertung dieses Teils der Tätigkeit des Beklagten in Betracht kommt, ist vielmehr der Wert des Nachlasses im Auseinandersetzungszeitpunkt zugrunde zu legen. Es gibt allerdings keinen Grundsatz des Inhalts, daß die Testamentsvollstreckervergütung stets oder auch nur im Regelfall in einer Summierung von Kerngebühren für Schwerpunkttätigkeiten (Konstituierung, Ausein- setzung) untereinander und (oder) von jährlichen Gebühren für laufende Verwaltung bestehen müsse; die Bemessung der

Vergütung insgesamt in einem einzigen Betrag ist durchaus möglich. Wird aber der - bei umfangreicher Tätigkeit meist zweckmäßige - Weg mehrerer Teilbewertungen gewählt, wie es das Berufungsgericht jedenfalls in zwei seiner Alternativen getan hat, dann müssen auch alle wesentlichen Teile der Gesamttätigkeit einzeln berücksichtigt werden.

In dieser Hinsicht beanstandet die Revision mit Recht, daß der Tatrichter die Tätigkeit des Beklagten bei der Erbauscinandersetzung 1958 weder zum Gegenstand besonderer Einzelbewertung gemacht noch irgendwie sonst ausdrücklich gewürdigt hat. Wie die einschlägigen Beilagenhefte (Nr. 10 und 11 in Mappe B) ergeben, bestand diese Tätigkeit keineswegs nur in der Ausführung des von den Erben vorgeschlagenen Teilungsplans, sondern auch in dessen gründlicher eigener Überarbeitung sowie im Aufwerfen und Prüfen zahlreicher im Zusammenhang damit auftauchender Rechtsfragen. Der Wert des Nachlasses im damaligen Zeitpunkt lag nach dem Vortrag des Beklagten bei einem Vielfachen des Ursprungswortes; er wird vom Beklagten mit fast 105 Millionen DM angegeben. Das Berufungsurteil enthält hierüber keine Feststellungen. Unter diesen Umständen war im Rahmen jener summierenden Bewertungsalternativen des Berufungsgerichts auch der Ansatz einer Einzelgebühr für die Tätigkeit des Beklagten bei der Erbauscinandersetzung auf der Grundlage des Nachlaßwerts von 1958 oder die Darlegung geboten, aus welchen besonderen Gründen das ausnahmsweise nicht angemessen sein sollte. Die Erwägung des Tatrichters, an der allmählichen Wertsteigerung des Nachlasses habe der Beklagte durch die an den laufenden Einnahmen orientierten jährlichen Verwaltungsgebühren teilgenommen, trifft zwar für diesen Honorarteil zu, ergibt aber für eine Honorierung der Erbauscinandersetzungstätigkeit nichts.

Die Bemessung der Zug-um-Zug-Leistung kann hiernach nicht aufrechterhalten werden. Infolgedessen war im vollen Umfang der Leistungsklage das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zwecks weiterer Aufklärung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

VI.

Auch gegenüber den beiden Feststellungsanträgen zugrundeliegenden Ansprüchen des Klägers hatte sich der Beklagte auf das Zurückbehaltungsrecht berufen. Das ergibt sich daraus, daß diese Ansprüche in erster Instanz in den Leistungsklagantrag und in die ihm entsprechende Verurteilung einbezogen waren und der erste Hilfsantrag des Beklagten in der Berufungsinstanz die Zug-um-Zug-Beschränkung gegenüber dieser Verurteilung in uneingeschränktem Umfang geltend macht; sein weiterer Antrag auf Zurückweisung der zwischen Leistungs- und Feststellungsanträgen aufteilenden Anschlußberufung des Klägers ist offensichtlich in entsprechendem Sinne gemeint. Das Berufungsgericht hat den Feststellungsanträgen ohne Zug-um-Zug-Beschränkung stattgegeben (Nr. III 2 und 3 der Formel des angefochtenen Urteils), also die Einrede des Beklagten hier nicht berücksichtigt. Darin liegt ein Rechtsverstoß, der auch bei diesem Teil des angefochtenen Urteils zur Aufhebung und im Hinblick auf den noch aufklärungsbedürftigen Umfang des Zurückbehaltungsrechts (oben V) zur Zurückverweisung an die Vorinstanz führen muß.

B) Widerklage

Hinsichtlich der Widerklage ist die Revision ebenfalls begründet.

Der als Inzidentwiderklage bezeichnete Antrag geht auf Feststellung, daß es zu einer Vereinbarung zwischen den Parteien über die Höhe der Testamentsvollstreckervergütung nicht gekommen ist. Das Oberlandesgericht meint, hiermit sei nicht die Feststellung eines Rechtsverhältnisses (§§ 256, 280 ZPO), sondern nur einer bloßen Tatsache begehrt. Das trifft jedoch nicht zu; vielmehr geht der Sinn des Widerklagantrags offenbar dahin, festzustellen, daß ein vertraglicher Anspruch des Beklagten gegen den Kläger auf Zahlung einer Testamentsvollstreckervergütung in bestimmter Höhe nicht besteht. Maßgebend ist nicht der Wortlaut eines Klagantrags, der sich nicht selten auf eine tatsächliche Behauptung oder auf die Feststellung einer Rechtsfrage zu beziehen scheint (vgl. Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 27. Juni 1934, ArbRS 21, 166, 168; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO 18. Aufl. § 256 II 1 d), sondern der damit verbundene Sinn. Die Feststellungsklagen über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrags, insbesondere auch über sein Zustandekommen, werden mit Recht allgemein für zulässig erachtet (Rosenberg, Zivilprozeßrecht, 8. Aufl. § 86 II 1 a; Wieczorek, ZPO § 256 B I b 3; Stein/Jonas/Schönke/Pohle aaO). Schon das Reichsgericht hat unbedenklich eine Klage auf "Nichtigkeitserklärung" eines Vertrags als das nach § 256 ZPO verfahrensrechtlich zulässige Begehren angesehen, die Nichtigkeit des Vertrags festzustellen (RGZ 124, 81, 84); es hat bei einer Klage auf Feststellung, daß ein Kaufvertrag richtig und vollständig beurkundet sei, nicht etwa in Zweifel gezogen, daß sie auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses gerichtet sei, sondern nur die weitere Zulässigkeitsvoraussetzung des Feststellungsinteresses nach § 256 ZPO (RGZ 147, 373, 374). Nach allem hat das Berufungsgericht zu Unrecht verneint,

daß die Widerklage auf Feststellung (des Nichtbestehens) eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist.

Von dem streitigen Rechtsverhältnis - Bestehen einer Vereinbarung über die Bemessung der restlichen Vergütung auf 150 000 DM - hängt die Entscheidung über den Leistungsklagantrag im Sinne des § 280 ZPO auch teilweise ab; denn wird eine solche Vereinbarung verneint, wie es die Widerklage begehrt, so kann der Beklagte dem Klagbegehren im Weg des Zurückbehaltungsrechts seinen Vergütungsanspruch in einem über 150 000 DM hinausgehenden Umfang entgegensetzen; im Bejahungsfalle dagegen nur im Umfang von 150 000 DM.

Für eine Zwischenfeststellungsklage (§ 280 ZPO) wäre allerdings dann kein Raum, wenn durch die Entscheidung über die Hauptklage die Rechtsbeziehungen, die sich aus dem streitigen Rechtsverhältnis ergeben können, mit Rechtskraftwirkung erschöpfend klargestellt würden und keine Möglichkeit bestände, daß aus dem streitigen Rechtsverhältnis noch andere Ansprüche als die mit der Hauptklage verfolgten erwachsen sind (RGZ 144, 54, 59; 170, 328, 330; BGH Urteil vom 29. Oktober 1954, LM ZPO § 280 Nr. 4). Das wäre etwa dann der Fall, wenn Gegenstand des Hauptklagantrags der Vergütungsanspruch des Beklagten wäre. Hier ist aber Streitgegenstand der Klaganträge nicht der Vergütungsanspruch des Beklagten, sondern der Wertpapierverschaffungsanspruch des Klägers; jener Vergütungsanspruch stellt im Rahmen der Klage nur einen den Klaganspruch im Weg der Zug-um-Zug-Verurteilung einschränkenden Umstand dar, die Entscheidung über ihn im Rahmen

der Klage erwächst nicht in Rechtskraft (RGZ 114, 85, 87; 158, 145, 150), der Kläger wäre also auch bei Verneinung einer Vergütungsvereinbarung im Rahmen der vorliegenden Klage rechtlich nicht gehindert, in einem Zweitprozeß (etwa um den Vergütungsanspruch selbst) sich erneut auf das Zustandekommen einer Vergütungsvereinbarung zu berufen.

Nach allem ist die erhobene Widerklage als Zwischenfeststellungsklage nach § 280 ZPO zulässig. Es kann deshalb offen bleiben, ob nicht auch die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO) vorliegen.

Infolgedessen war die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Widerklage aufzuheben. Wegen seines Charakters als Prozeßurteil sind die von ihm gleichzeitig in der Sache getroffenen Feststellungen hinsichtlich der sachlichen Begründetheit des Widerklaganspruchs im Rahmen der Widerklage verfahrensrechtlich unverwertbar; dieser Grundsatz ist von der Rechtsprechung zwar anlässlich solcher Hilfsfeststellungen des Vorderrichters entwickelt worden, die die Unbegründetheit der Klage ergeben (RGZ 158, 145, 155; BGHZ 4, 58, 60; 11, 222, 223/4; vgl. Senatsurteil BGHZ 33, 398, 401); er ist aber ohne diese Beschränkung in allgemeiner Form ausgesprochen und muß gleichermaßen auch für solche Hilfsfeststellungen des Vorderrichters gelten, die die Begründetheit der Klage ergeben, was zwar nicht häufig vorkommen wird, hier jedoch der Fall ist. Zu einem ausnahmsweisen Abweichen von diesem Grundsatz (vgl. BGHZ 4 aaO; 12, 308, 316; 33 aaO) besteht im vorliegenden Fall kein Anlaß. Sind die einschlägigen Feststellungen des Berufungsurteils aber hier unverwertbar, so konnte das Revisionsgericht auch hin-

sichtlich der Widerklage nicht in der Sache entscheiden, sondern mußte sie zwecks tatsächlicher Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverweisen.

C) Ergebnis

Hiernach war das angefochtene Urteil in vollem Umfang aufzuheben und die Sache wie geschehen zurückzuverweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Mattern

Offterdinger