

2042 083

18

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

BGB § 1828

Der Bescheid des Vormundschaftsgerichts, ein bestimmtes Rechtsgeschäft bedürfe keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (Negativattest), steht der Erteilung der Genehmigung nicht gleich.

BGH, Urt. v. 30. November 1965 - V ZR 58/63 - Kammergericht
Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 58/63

URTEIL

Verkündet am
30. November 1965
Hirth,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

des Präsidenten a. D. Rudolf G [REDACTED],
B [REDACTED], K [REDACTED] D [REDACTED], als Rechtsnachfolger seiner
während des Revisionsverfahrens verstorbenen Ehefrau
Ilse G [REDACTED] geb. G [REDACTED],

Klägers, Widerbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenient des Klägers:

Rechtsanwalt Klaus-Egon B [REDACTED], B [REDACTED],
R [REDACTED] Straße [REDACTED], als Testamentsvollstrecker für den
Nachlaß Carl Franz F [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Prof. Dr. Carl H [REDACTED],
B [REDACTED], K [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger und
Revisionsbeklagten,

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

18

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 20. Dezember 1962 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens tragen der Nebenintervenient die Kosten der Nebenintervention und der Kläger die übrigen Kosten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die ursprüngliche Klägerin Ilse G. [REDACTED] geb. G. [REDACTED] (im folgenden weiter als Klägerin bezeichnet) ist während des jetzigen Revisionsverfahrens verstorben und unstreitig von ihrem den Rechtsstreit fortsetzenden Ehemann allein beerbt worden. Sie war eine Tochter und Mit-erbin der am 20. Januar 1938 verstorbenen Geheimratswitwe Flora G. [REDACTED] geb. M. [REDACTED] (Erblasserin). Der Beklagte war von der Erblasserin als Testamentsvollstrecker eingesetzt worden und hat das Amt angenommen.

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



Die Parteien streiten über die Fortdauer des Testamentsvollstreckeramts.

Die Klägerin klagte zunächst auf Feststellung, daß der Beklagte nicht mehr Testamentsvollstrecker sei, im Berufungsverfahren hilfsweise auf Verurteilung zur Amtsniederlegung.

Der Testamentsvollstrecker eines inzwischen ebenfalls verstorbenen Miterbessen und Erbteilserwerbers (Ehemannes der einen Schwester der Klägerin) ist der Klägerin im Berufungsverfahren als Nebenintervenient beigetreten.

Durch Senatsurteil vom 14. Februar 1962 V ZR 92/60 wurde die Abweisung des Hauptantrags bestätigt und damit rechtskräftig; hinsichtlich des Hilfsantrags wurde das klagabweisende erste Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Kammergericht zurückverwiesen. Auf dieses erste Revisionsurteil wird Bezug genommen.

Im neuen Berufungsverfahren machte der Beklagte im Wege der Widerklage und Anschlußberufung einen Anspruch auf Testamentsvollstreckervergütung von restlich 8 296,90 DM nebst gestaffelten Zinsen gegen die Klägerin geltend, und zwar durch fürsorgliches Zurückbehaltungsrecht gegenüber der Klage sowie durch Leistungswiderklage.

Das Kammergericht hat die restliche Klage (Hilfsantrag) erneut abgewiesen und der Widerklage unter Abweisung im übrigen in Teilhöhe von 5 000 DM nebst Zinsen stattgegeben.

Mit der Revision verfolgen Klagpartei und Nebenintervenient den Hilfsantrag der Klage und den Antrag auf Abweisung des zugesprochenen Teils der Widerklage weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach der im ersten Revisionsurteil bestätigten Auffassung des Kammergerichts bezieht sich die Testamentsvollstreckung des Beklagten nicht auf den Gesamtnachlaß der Erblasserin, sondern auf die Erbteile von drei ihrer insgesamt vier Kinder und Erben (die drei Töchter), darunter den Erbteil der Klägerin. Auf eine solche bloße Erbteilstestamentsvollstreckung lautet bereits das unverändert gebliebene Testamentsvollstreckerzeugnis des Nachlaßgerichts vom 17. November 1938. Infolgedessen waren und sind die Anträge sowohl der Klagpartei als des Nebenintervenienten im Sinne der Niederlegung der bloßen Erbteilstestamentsvollstreckung auszulegen. Davon gehen auch ersichtlich beide Parteien aus.

Nicht ohne weiteres klar ist, ob sich die Klage auf die Testamentsvollstreckung für den Erbteil der Klägerin allein beschränkt oder ob sie sich darüber hinaus auch auf die Erbteile der beiden Schwestern erstreckt, von deren einer der Nebenintervenient mittelbar seine Interventionsbefugnis ableitet. Soweit Amtsniederlegung hinsichtlich des Erbteils der Klägerin selbst begehrt wird, bestehen gegen die Aktivlegitimation der Klagpartei keine

Bedenken. Ob sie auch hinsichtlich der Erbteile der beiden Schwestern zu bejahen wäre, kann offen bleiben.

II. Klage

Der Streit der Parteien geht jetzt noch darum, ob sich der Beklagte zur Amtsniederlegung rechtsgeschäftlich verpflichtet habe.

Die rechtliche Möglichkeit dazu ist anerkannt (RGZ 156, 70, 75/76; BGHZ 25, 275, 281).

Die Ableitbarkeit einer solchen Pflicht aus dem Verhalten des Beklagten in der Zeit bis 1951 ist vom ersten Revisionsurteil offen gelassen und vom jetzt angefochtenen zweiten Berufungsurteil aus tatsächlichen Erwägungen verneint worden. Insoweit ist ein Rechtsirrtum weder von der Revision geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

Was die Folgezeit anlangt, so hat das erste Revisionsurteil (S. 16/17) jedenfalls die - den rechtsgeschäftlichen Charakter verneinende - Deutung, die das erste Berufungsurteil (S. 20) dem Schreiben des Beklagten vom 29. Februar 1952 zukommen ließ, als rechtsirrig beanstandet und dem Berufungsgericht die erneute Prüfung unter Auswertung der gesamten Korrespondenz aufgetragen, darunter eines Schreibens der Beteiligten vom 2. Juli 1957 und der Antwort des Beklagten darauf, sowie dessen späterer Anfechtungserklärung.

Das nunmehrige Berufungsurteil (S. 15/18) ist diesem Auftrag nachgekommen und in ausführlicher Würdigung der im ersten Revisionsurteil aufgeführten und einer Reihe weiterer Schreiben zwischen den Beteiligten zur Feststellung gelangt: Der Beklagte habe zunächst im Jahre 1952 gegenüber dem federführenden Mittestamentsvollstrecker (Dr. K[REDACTED]) des Nachlasses des verstorbenen Ehemanns der Erblasserin und dann nochmals 1956/57 gegenüber dem damaligen Bevollmächtigten der Klägerin (Dr. J[REDACTED]) das Angebot gemacht, sein Testamentsvollstreckeramt unter gewissen Bedingungen niederzulegen, deren Kernpunkt gewesen sei, daß er von allen etwaigen Regreßansprüchen freigestellt werde. Diese Kernbedingung hält das Kammergericht für bisher nicht erfüllt: Die Entlastungsschreiben, die die Erben dem Beklagten im Dezember 1952 übersandten, hätten als zu allgemein gehalten dem Beklagten nicht genügt; die damals vom Vormund des Miterben Dr. Walter G[REDACTED] abgegebene Entlastungserklärung habe sich ausdrücklich beschränkt auf denjenigen Anteil seines Mündels, den dieser im Wege der Erbfolge nach seiner Schwester Erna erhalten habe, und sie habe auch nicht die erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erhalten. Auch die wiederholten Entlastungserklärungen der Erben vom Juli 1957 hätten jene Kernbedingung deshalb nicht erfüllt, weil die Entlastungserklärung des Vormundes weder vom Vormundschaftsgericht noch nach Aufhebung der Entmündigung vom Erben genehmigt worden sei. An dieser objektiven Rechtslage ändere nichts, daß das Vormundschaftsgericht im März 1957 die Genehmigung rechtsirrig deshalb abgelehnt habe, weil sie im Gesetz nicht vorgesehen sei, und der Beklagte auf Grund desselben Rechtsirrtums die Angelegenheit vorübergehend als geordnet angesehen habe.

Die Revision hält die vermißte vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht für erforderlich, fürsorglich durch Negativattest für erteilt.

Die Rügen sind unbegründet.

1. Vorab ist klarzustellen:

Voraussetzung für die Bejahung der eingeklagten Amtsniederlegungspflicht ist, daß das vom Tatrichter festgestellte Vertragsangebot von der Gegenseite angenommen worden ist. Als Vertragsgegner des Beklagten kamen diejenigen drei Miterben in Betracht, deren Erbteile der Testamentsvollstreckung unterlagen (vgl. BGHZ 25 aaO). Zu ihnen gehörte die Klägerin. Nach Sachlage ist davon auszugehen, daß die vom Beklagten angebotene Vereinbarung insgesamt nur gelten sollte, wenn all diese drei Miterben oder deren Rechtsnachfolger sie annehmen (§ 139 BGB) und die zur Bedingung gemachte Entlastung erklären würden. Die Annahme des Vertragsangebots durch alle drei Miterben oder Rechtsnachfolger ist zwar vom Tatrichter nicht ausdrücklich hervorgehoben, aber aus dem Zusammenhang seiner Feststellungen und insbesondere der Tatsache zu entnehmen, daß sie (wenn auch nicht in voll ausreichender Weise, siehe unten) Entlastungserklärungen erteilt haben; zum mindesten ist sie zugunsten der Revision zu unterstellen.

Das Berufungsgericht sieht im Entlastungsverlangen im Angebot des Beklagten nicht etwa eine nur Zug um Zug zu erfüllende Gegenleistung, sondern eine - ersichtlich aufschiebende - Bedingung für den Eintritt der Niederlegungspflicht. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wird von der Revision auch nicht angegriffen.

Infolgedessen ist weitere Voraussetzung einer wirksamen Niederlegungspflicht, daß diese Bedingung eingetreten ist (§ 158 Abs. 1 BGB).

2. Die Revision weist darauf hin, daß der Miterbe Dr. Walter Goldmann, bei dessen Entlastungserklärung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vermißt werde, gar nicht zu den von der Testamentsvollstreckung betroffenen Miterben gehöre, denen gegenüber eine Haftung des Beklagten als Testamentsvollstrecker (§ 2219 BGB) und infolgedessen eine Entlastung davon in Betracht komme. Aber einmal war Dr. Walter G. auch Vorausvermächt- nisnehmer der Erblasserin, und insoweit kam eine Haftung des Beklagten als Testamentsvollstrecker nach § 2219 BGB auch ihm gegenüber in Frage. Vor allem aber kam es dem Beklagten nicht nur darauf an, gegenüber den drei Töchtern der Erblasserin oder ihren Rechtsnachfolgern von Haftung befreit zu werden, sondern in gleicher Weise auch, das Risiko von Schadensersatzansprüchen des Dr. Walter G. loszuwerden, gleichgültig, ob sie auf § 2219 BGB oder andere Vorschriften gestützt und ob sie begründet oder unbegründet sein würden: Seine Einsetzung als Testamentsvollstrecker durch die Erblasserin diene dem Zweck, unbeschadet der grundsätzlichen Gleichbehandlung aller vier Kinder gerade den Sohn Walter, der erheblichen Zahlungsansprüchen des väterlichen Nachlasses ausgesetzt war, zu schützen (vgl. S. 8 bis 10 des ersten Revisionsurteils und dazu Abs. 2 des Testaments der Erblasserin vom 8. April 1936, Abschrift GA I 23). Daß die dem Beklagten von der Erblasserin zugedachte umfassende Stellung als Testamentsvollstrecker des gesamten Nachlasses an einem früheren Erbvertrag der Erblasserin mit dem Sohn Walter scheiterte

und deshalb nur die Erbteile der Töchter und nicht auch der des Sohnes von der Testamentsvollstreckung erfaßt wurden (S. 6 ff des ersten Revisionsurteils), hinderte allerdings, soweit nicht das Vorausvermächtnis in Betracht kam, die Entstehung eines Verantwortlichkeitsverhältnisses zwischen dem Beklagten als Testamentsvollstrecker und dem Miterben Walter im Sinn des § 2219 BGB; bestehen blieb jedoch die angesichts des Umfangs der elterlichen Nachlaßvermögen und der teilweisen Spannungen der Beteiligten nicht fernliegende Möglichkeit, daß je nach der Entwicklung der Dinge nicht nur die drei mit der Testamentsvollstreckung belasteten Töchter, sondern auch der ihr nicht unterliegende Sohn gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche erheben könnte, letzterer wegen angeblich ungenügender Wahrung seiner ihm durch die Mutter anvertrauten Interessen. Das Risiko von Regreßansprüchen des einen oder anderen Beteiligten hat schon die Erblasserin als so erheblich angesehen, daß sie in ihrem Testament (Abs. 1 Ende) anordnete, der Beklagte sei auf Kosten ihres Nachlasses gegen Regreßansprüche zu versichern. Nach dem unbestrittenen Vortrag des Beklagten hat ihm auch gerade der Miterbe Dr. Walter G. [REDACTED] mehrfach Regreßansprüche angedroht. Es ist verständlich, daß der Beklagte ein erhebliches Interesse daran hatte, jedes derartige Risiko auszuschalten, bevor er die Testamentsvollstreckung niederlegte. Vor allem war nach dem Vertragswillen des anbietenden Beklagten gar nicht entscheidend, ob eine rechtliche (und tatsächliche) Grundlage für Schadensersatz- oder ähnliche Ansprüche des Dr. Walter G. [REDACTED] gegen ihn bestand, sondern es genügte bereits die ernstliche Möglichkeit, daß derartige Ansprüche - wenn auch objektiv grundlos - erhoben würden; das Freistellungs-

bedürfnis bezog sich nicht nur auf begründete Regreßansprüche, sondern ging gerade dahin, von Regreßansprüchen und entsprechenden Prozessen ohne Rücksicht auf ihre Begründetheit verschont zu werden. Dieser Vertragswille des Beklagten war aus der umfangreichen Korrespondenz auch für die Gegenseite, darunter die Klägerin, klar zu erkennen; er ist daher objektiver Inhalt seines Vertragsangebots und dessen Annahme durch die Gegenseite geworden. Infolgedessen war die Bedingung seiner Niederlegungspflicht nicht nur die Beschaffung von Entlastungserklärungen der drei Töchter oder ihrer Rechtsnachfolger mit dem Inhalt, daß sie selbst keine Ansprüche gegen den Beklagten stellten, sondern auch die Freistellung von etwaigen (begründeten oder unbegründeten) Ansprüchen des Sohnes der Erblasserin. Dies alles ist ersichtlich die Auffassung des Berufungsgerichts, wie sich aus dem Zusammenhalt seiner Urteilsgründe ergibt.

Ob diese Freistellung nach dem Inhalt des Vertragsangebots nur so erfolgen konnte, daß die Angebotsannehmer auch eine wirksame Haftungserlaßerklärung des Dr. Walter G. [REDACTED] oder seines gesetzlichen Vertreters beibrachten, oder auch so, daß sie sich ihrerseits verpflichteten, ihn von Ansprüchen aus dieser Richtung zu befreien, kann offen bleiben. Denn weder das eine noch das andere hat wirksam stattgefunden.

3. Zu Unrecht bezweifelt die Revision die Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zu den in Betracht kommenden Entlastungserklärungen für Dr. Walter G. [REDACTED]. Nach dem festgestellten Sachverhalt gingen dem Beklagten zwei derartige Erklärungen zu, eine im Dezember 1952 und eine weitere am 2. Juli 1957 (BU S. 16,

18; GA I 38, 42, Korrespondenzheft Bl. 42 a); beide stammen vom jeweiligen Vormund des Dr. Walter G. [REDACTED] und aus einer Zeit, wo dieser unter vorläufige Vormundschaft gestellt war, also derartige Erklärungen nur mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters oder unmittelbar durch diesen abgeben konnte (§§ 1906, 114, 107, 1793 BGB). Die von den Vertragsparteien zum Gegenstand der Bedingung gemachte Entlastung ist, da sie jedes auch nur entfernt mögliche Risiko für den Beklagten ausschalten sollte, rechtlich ein Forderungserlaß und damit Verfügung über eine Forderung (§ 397 Abs. 1 BGB; vgl. Palandt, BGB 24. Aufl. § 397 Anm. 6; Dölle, Familienrecht Bd. II § 127 II 1 b S. 756 oben; BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 9 vor § 104 und BGHZ 1, 294, 304). Infolgedessen konnte sie der Vormund nach § 1812 Abs. 1, 3 BGB nur mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts erklären. Entgegen der Meinung der Revision ist der Charakter der vom Beklagten bedungenen Entlastungserklärung als Forderungserlaß und damit ihre Genehmigungsbedürftigkeit nicht davon abhängig, ob eine zu erlassende Forderung überhaupt gegeben, ein konkreter Tatbestand, aus dem sie entstanden sein könnte, ersichtlich ist. Die im Vertrag zur Bedingung gemachte Entlastung hat sich deshalb nicht nur auf konkret ersichtliche Regreßforderungen zu beziehen, zum Bedingungseintritt war vielmehr erforderlich die Erklärung, daß alle irgendwie möglichen Forderungen erlassen würden. Damit eine künftige Belangung des Beklagten von Seiten des Dr. Walter G. [REDACTED] für jeden Fall ausgeschlossen wurde, auch für den, wenn auch nicht konkret ersichtlichen Fall des objektiven Bestehens einer Regreßforderung, bedurfte die Entlastungserklärung, um die für die Niederlegungspflicht bestehende Bedingung eintreten zu lassen,

der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1812 BGB. Wollte man in der Entlastungserklärung dagegen nur einen sog. negativen Feststellungsvertrag sehen mit der Verpflichtung, eine etwa erwartungswidrig doch gegebene Ersatzforderung nicht geltend zu machen, so bedurfte auch in dieser Deutung die Entlastungserklärung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1812 Abs. 1 Satz 2 BGB).

4. Die Entlastungsbedingung ist auch nicht deshalb eingetreten, weil das Schreiben des Vormundschaftsgerichts vom 29. März 1957 (Korrespondenzheft Bl. 39) die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als nicht erforderlich bezeichne und deshalb einer Genehmigung gleichzustellen sei.

Die Frage der Ersetzbarkeit einer erforderlichen Genehmigung der öffentlichen Hand durch ein Negativattest ist für einige Fälle vom Gesetzgeber bejahend entschieden (§ 5 GrdstVG, § 23 Abs. 2 BBauG) und im übrigen umstritten (bejahend für die Devisengenehmigung nach MRG 52 und 53 das bereits genannte Urteil BGHZ 1, 294, 300/303, für die Genehmigung der Gemeindeaufsichtsbehörde nach DGO Kammergericht in JFG 16 Nr. 20 S. 84; allgemein oder jedenfalls für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bejahend Schantz, JW 1936, 628; Bergerfurth, NJW 1956, 289; Müller, JR 1962, 441; Germer bei Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 1828 Rdn. 18; Schlegelberger, FGG 7. Aufl. § 55 Rdn. 27 a; Pikart/Henn, Lehrbuch für die freiwillige Gerichtsbarkeit 1963 S. 219; verneinend für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung: Achilles/Greiff, BGB 20. Aufl. Vorbem. 1 Ende vor § 1821; Beitzke, Lehrbuch des Familienrechts 12. Aufl. S. 220/1; Erman/Hefermehl,

BGB 3. Aufl. § 1828 Anm. 5; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts § 52 III 10; Scheffler in BGB-RGRK 11. Aufl. § 1828 Anm. 10; vgl. KG JW 1934, 3070; BayObLG MDR 1963, 502).

Das Berufungsgericht hat die Frage für die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung verneint. Der Senat tritt dem bei, so daß hier offen bleiben kann, ob das Schreiben des Vormundschaftsgerichts überhaupt ein Negativattest darstellt.

Das genannte Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 1, aaO) spricht jene Ersetzungswirkung des Negativattests keineswegs als allgemeinen Grundsatz aus, sondern nur für den dort zu entscheidenden Fall einer Genehmigungsbedürftigkeit unter devisenrechtlichen Gesichtspunkten; es lehnt sich dabei an eine dahingehende ausdrückliche Vorschrift in dem vorausgegangenen Devisengesetz vom 7. Dezember 1938 (RGBl I, 1733, dort § 7) an, der auch Sinn und Zweck jener Vorschriften der Besatzungsmächte entsprächen, und stellt bei seiner Abwägung von Rechtssicherheit und Genehmigungszweck betont darauf ab, jene devisenrechtliche Genehmigung diene nur der Wahrung der öffentlichen Interessen und nicht der irgendwelcher privater Belange von am Geschäft beteiligten Personen (aaO S. 302, 303). Im Gegensatz dazu sollen durch das im vorliegenden Fall in Rede stehende Genehmigungserfordernis (§ 1812 BGB) private Interessen geschützt werden, nämlich diejenigen des Mündels. Wo die Genehmigung ausschließlich dem Schutz öffentlicher Interessen dient, kann in der Verneinung der Genehmigungsbedürftigkeit durch die zuständige Behörde zugleich die Verneinung des schutzbedürftigen Interesses selbst gesehen werden (vgl. GrdstVG

und BBauG aaO); wo die Genehmigung private Interessen schützen soll, ist das nicht möglich, da eine Prüfung der Privatinteressen zur Ausstellung des Negativattestes weder erforderlich ist noch normalerweise stattfindet. Infolgedessen ist mit dem Berufungsgericht ein Negativattest des Vormundschaftsgerichts nicht einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gleichzustellen. Schantz und Bergerfurth verkennen, daß das freilich auch bei der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wie bei allen Staatsakten zugrunde liegende öffentliche Interesse inhaltlich auf den Schutz von Privatinteressen gerichtet ist; Bergerfurth legt zudem das genannte Urteil des Bundesgerichtshofs in einer verallgemeinern- den Weise aus, die weder seinem Wortlaut noch seinem Sinn entspricht. Dem privaten Interesse des Mündels, das ohne eine sachliche Prüfung der Zweckmäßigkeitsfrage durch das Vormundschaftsgericht nicht mit den Folgen des vom Gesetz unter Genehmigungszwang gestellten Rechtsgeschäfts belastet werden soll, steht allerdings gegenüber das ebenfalls private Interesse des anderen Geschäftspartners, der auf eine solche negative Stellungnahme der Genehmigungsbehörde möchte vertrauen dürfen (Müller), und damit das Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs (vgl. Pikart/Henn). Aber bei Abwägung dieser Rechtsgüter und Interessen gebührt dem Schutz des Mündels der Vorrang.

5. Schließlich kann unter den gegebenen Umständen entgegen der Meinung der Revision auch nicht die Rede davon sein, daß die Berufung des Beklagten auf die fehlende umfassende Entlastung gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstieße. Bei dem Umfang des Nachlaßvermögens und der teilweise zwischen den Beteiligten be-

stehenden Spannungen ist das Bestreben des Beklagten, für sich und (angesichts seines Alters von über 70 Jahren) auch für seine Erben möglichst sicher zu gehen, nicht zu beanstanden. Es kann ihm entgegen der Meinung der Revision auch unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB nicht angesonnen werden, erst selbst einen Tatbestand vorzutragen, der den Verdacht eines Regreßanspruchs oder wenigstens ernstliche Zweifel darüber begründen könnte, um sich auf sein Verlangen nach umfassender Entlastung zu berufen.

III. Widerklage.

Das Berufungsurteil bejaht einen fälligen Anspruch des Beklagten auf Testamentsvollstreckervergütung (auf Grund Gesetzes - § 2221 BGB - und ausdrücklicher Testamentsanordnung) auch gegen die Klägerin (§ 2058 BGB) für die Zeit von 1952 bis Ende 1962. Es bemißt ihn für die Zeit von 1952 bis 1957 entsprechend der eigenen seinerzeitigen Liquidation des Beklagten auf 1 703,10 DM, die kurz nach Erhebung der Widerklage bezahlt wurden und daher nur noch für die Berechnung von wenigen Tagen Zins eine Rolle spielen, und für die folgenden fünf Jahre auf insgesamt 5 000 DM.

Die Revision verneint einen Vergütungsanspruch für die Zeit nach 1957, weil seitdem die Amtsniederlegungspflicht des Beklagten fällig sei. Diese Rüge erledigt sich durch die Verneinung einer Amtsniederlegungspflicht (oben II).

Daß der Teilbetrag von 1 703,10 DM bezahlt ist, hat das Berufungsurteil entgegen der Meinung der Revision berücksichtigt.

Das von der Revision geleugnete Zurückbehaltungsrecht des Beklagten gegenüber dem Niederlegungsverlangen der Klägerin kam ebenfalls infolge der Abweisung dieses Verlangens nicht zum Zuge.

IV.

Da sonstige Rechtsfehler zum Nachteil der Revisionsklägerin weder gerügt noch ersichtlich sind, war die Revision zu Klage und Widerklage als unbegründet mit Kostenfolge aus §§ 97, 101 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Mattern

Dr. Piepenbrock

Offterdinger

Dr. Freitag