

2205 088

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 139, 2085, 2197

Ist Testamentsvollstreckung für den ganzen Nachlaß angeordnet, die Anordnung aber hinsichtlich eines Miterben wegen eines früheren Erbvertrages ungültig, so kann die Anordnung den anderen Erben gegenüber wirksam sein, wenn Teiltestamentsvollstreckung dem Willen des Erblassers entspricht.

BGB §§ 242 Be, Cd, 2225, 2226

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt nicht von selbst, wenn die Erben mit dem Testamentsvollstrecker die Beendigung seines Amtes vereinbaren oder der Testamentsvollstrecker in der irrigen Meinung, seine Aufgaben sei erledigt, sich lange Zeit um sein Amt nicht mehr gekümmert hat.

In diesen Fällen kann aber eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers zur Niederlegung seines Amtes bestehen.

BGH, Urt. v. 14. Februar 1962 - V ZR 92/60 - III. Kammer
LG Berlin

V_ZR_92/60

Verkündet
am 14. Februar 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit .

der Frau Ilse G [REDACTED] geb. Go [REDACTED] in B [REDACTED] -
K [REDACTED], K [REDACTED] Damm [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Nebenintervenient:

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

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Professor Dr. Carl H [REDACTED] in
B [REDACTED] - O [REDACTED], Ka [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

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

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1962 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Augustin, Dr. Freitag, Dr. Mattern und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 7. März 1960 insoweit aufgehoben, als über die Kosten des Verfahrens und den Hilfsantrag (Verpflichtung zur Niederlegung des Amtes als Testaments-

- 2 -

vollstrecker) entschieden worden ist. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über diesen Hilfsantrag an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Hälfte der Kosten aller Rechtszüge zu tragen; die Kosten der Nebenintervention für das Berufungs- und Revisionsverfahren werden zur Hälfte dem Nebenintervenienten auferlegt. Die Entscheidung über die übrigen Kosten einschließlich der weiteren Kosten der Nebenintervention, wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

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](#)

Tatbestand:

Die Klägerin ist die Tochter des am 24. April 1931 verstorbenen Geheimen Baurates Samuel Fritz G[REDACTED] und dessen Ehefrau F[REDACTED] geb. M[REDACTED]. G[REDACTED] hatte durch letztwillige Verfügung seine Frau und seine vier Kinder Ilse, Walter, Lucie und Erna als Erben eingesetzt; hinsichtlich des Sohnes Walter berief er bis zu dessen Lebensende Testamentsvollstrecker.

Frau G[REDACTED] schloß mit ihrem Sohne Walter unterm 19. Juni 1931 einen Erbvertrag des Inhaltes, daß er ein Vorausvermächtnis von 185 000 RM erhalten und Erbe zu 1/4 hinsichtlich ihres übrigen Nachlasses sein solle. Durch ein Testament vom 8. April 1936 berief sie den Beklagten zu ihrem Testamentsvollstrecker. Er sollte ihre letztwilligen Verfügungen zur Ausführung bringen, ihren Nachlaß verwalten und die Auseinandersetzung bewirken. Ferner sollte er mit jeder möglichen Beschleunigung die Frage zur Klärung und Entscheidung, äußerstenfalls durch die Gerichte, bringen, ob und welche Forderung der Nachlaß ihres Mannes noch gegen den Sohn Walter habe. Der Testamentsvollstrecker hatte weiter bis zur Klärung dieser Frage Beträge an den Sohn für standesgemäßen Unterhalt zu leisten. In einem weiteren Testament vom 22. Oktober 1936 setzte Frau G[REDACTED] zu ihren Erben zu gleichen Teilen ihre vier Kinder ein und bestätigte die Einsetzung des Beklagten als Testamentsvollstrecker.

Nach ihrem Tode (20. Januar 1938) erteilte das Nachlaßgericht dem Beklagten ein Testamentsvollstreckerzeugnis, beschränkt auf die Erbteile der Klägerin und ihrer beiden Schwestern. 1942 übertrugen Erna G[REDACTED] und die Klägerin

ihre Erbanteile auf den Ehemann der Klägerin, die Schwester Lucie ihren Anteil auf ihren Ehemann, den Kaufmann Carl F[REDACTED], während der Anteil des Sohnes Walter vom Deutschen Reich eingezogen wurde. Inzwischen sind Erna G[REDACTED] und die Eheleute F[REDACTED] verstorben. Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des Ehemannes F[REDACTED], der seine Frau beerbte, ist der Nebenintervenient. Dieser und die Klägerin sind der Ansicht, daß der Beklagte nicht mehr Testamentsvollstrecker ist. Sein Amt sei erloschen, weil im Zusammenhang mit der Übertragung der Erbteile eine Auseinandersetzung stattgefunden habe. Seitdem habe der Beklagte auch keine Tätigkeit mehr entfaltet. In Schreiben nach 1951 habe er mehrmals selbst zum Ausdruck gebracht, daß sein Amt erloschen sei. Er habe sich auch um die Einleitung von Rückerstattungsverfahren nie bemüht.

Die Klägerin hat in der ersten Instanz beantragt festzustellen, daß der Beklagte nicht mehr Testamentsvollstrecker nach Frau Flora G[REDACTED] sei.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt: Die Erbengemeinschaft ist nach seiner Meinung noch ungeteilt, eine Auseinandersetzung habe nicht stattgefunden. Walter G[REDACTED] habe keine Zahlungen aus dem Nachlaß erhalten, er müsse also noch entschädigt werden. Um die Einleitung eines Rückerstattungsverfahrens habe er sich nicht gekümmert, weil er sich in die persönlichen Verhältnisse der Eheleute F[REDACTED] und Gl[REDACTED] nicht habe einmischen wollen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufungsinstanz ist der Nebenintervenient der Klägerin beigetreten. Diese hat nunmehr die Auffassung

vertreten, daß der Beklagte in Wirklichkeit nie Testamentsvollstrecker gewesen sei; die dem widersprechenden Entscheidungen des Amtsgerichts und Landgerichts in dem Nachlaßverfahren des Amtsgerichts Charlottenburg 18.VI. 396/38 beruhten auf einer irrigen Auslegung des Testamentes und des Gesetzes. Die Klägerin stellte den Hilfsantrag, den Beklagten zu verurteilen, gegenüber dem Nachlaßgericht die Erklärung abzugeben, daß er sein Amt als Testamentsvollstrecker niederlege. Der Nebenintervenient hat sich den Anträgen und Ausführungen der Klägerin angeschlossen.

Das Rechtsmittel der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge mit Unterstützung des Nebenintervenienten weiter; der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Sachlegitimation der Klägerin und ihr und des Nebenintervenienten rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung werden von der Revision (begreiflicherweise) nicht angegriffen. Sie begegnen auch keinen Bedenken. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob das Amt eines Testamentsvollstreckers erloschen ist, können nicht vor dem Nachlaßgericht ausgetragen werden; zur Entscheidung sind vielmehr die ordentlichen Gerichte berufen (BayObLGZ 1953, 357, 361).

II.

Nach dem Wortlaut des Testamentes vom 8. April 1936 ist die Testamentsvollstreckung hinsichtlich des ganzen mütterlichen Nachlasses angeordnet worden. Der Testamentsvollstrecker hatte den Nachlaß der Erblasserin zu verwalten, ihre letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen, die Auseinandersetzung zu bewirken, mit jeder möglichen Beschleunigung die Frage zur Erledigung und Entscheidung zu bringen, ob der Nachlaß des Vaters noch gegen den Sohn Walter Ansprüche habe, und bis zur Erledigung dieser Frage Unterhaltsbeträge an den Sohn Walter zu leisten. Bei all dem hatte die Erblasserin ihren gesamten Nachlaß im Auge. Das Testament enthält außerdem die Bestimmung, daß der Erbteil der Töchter Vorbehaltsgut sein solle und daß auf den Pflichtteil gesetzt sei, wer sich den letztwilligen Anordnungen nicht unterwerfe, ferner die Aufhebung früherer letztwilliger Verfügungen einschließlich eines Vermächtnisses und schließlich die Benennung eines Ersatztestamentsvollstreckers.

Die Erblasserin war mit Rücksicht auf den Erbvertrag vom 19. Juni 1931 aber gehindert, hinsichtlich ihres Vertragspartners (Sohn Walter) eine Testamentsvollstreckung anzuordnen; denn auch die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers stellt eine Beeinträchtigung im Sinne des § 2289 BGB dar (KG HRR 1934, Nr. 17; Staudinger/Dittmann, BGB 10./11. Aufl., § 2289 Anm. 12; Kipp/Coing, Erbrecht 11. Aufl. § 38 II 2).

Die Frage, ob die sonstigen, also nicht die Testamentsvollstreckung betreffenden Verfügungen im Testament vom 8. April 1936 gültig sind, ist nach § 2085 BGB zu beantworten; sie stellt sich hier nicht. Ob die Anordnung der

Testamentsvollstreckung in vollem Umfange unwirksam ist oder wenigstens insoweit aufrecht erhalten werden kann, als sie sich nicht auf die Person des Sohnes Walter bezieht, ist nach der herrschenden Lehre gemäß § 139 BGB zu entscheiden, während im Schrifttum auch die Auffassung vertreten wird, daß § 2085 BGB anzuwenden sei (vgl. hierzu Urteil des erkennenden Senates NJW 1959, 2113; BGH Urteil vom 15. Oktober 1953 - IV ZR 93/53 S. 6). Bei Anwendung des § 139 BGB ist zu prüfen, ob die selbständige Verfügung (hier die einheitliche Einsetzung eines Testamentsvollstreckers für den gesamten Nachlaß) in mehrere für sich selbständig bestehende Teile zerlegt werden kann. Ist dies zu verneinen, so scheidet die Anwendung des § 139 BGB aus. Andernfalls ist zu untersuchen, ob der Erblasser die Verfügung auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen hätte.

Die Teilbarkeit einer selbständigen Verfügung hat die Rechtsprechung bejaht, wenn ein Geldvermächtnis einer Mehrheit von Erben auferlegt wurde, die Belastung eines bestimmten Erben aber unwirksam war (RG SeuffArch 75 Nr. 36). Sie wird im Schrifttum bejaht, wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung hinsichtlich eines Erben unter der Voraussetzung des § 2306 BGB unwirksam ist (Hacgele, Der Testamentsvollstrecker 1953 S. 20 III 1). Sie ist ferner bejaht worden, wenn, wie im vorliegenden Fall, eine Testamentsvollstreckung hinsichtlich eines von mehreren Erben mit Rücksicht auf § 2289 BGB unwirksam ist (KG Recht 1915 Nr. 573 mit Zustimmung von Kipp/Coing aaO § 21 Fußn. 32; vgl. auch OLG 21, 329). Der erkennende Senat trägt keine Bedenken, sich dieser Auffassung anzuschließen. Freilich ist die Stellung eines Testamentsvollstreckers über den ganzen Nachlaß eine weitergehende als die eines Testamentsvollstreckers über einen einzelnen Erbteil (vgl. hierzu Staudinger/Dittmann aaO § 2204 Anm. 25 und

§ 2208 Anm. 11; ferner BGH Urteil vom 21. Mai 1953 IV ZR 234/52 S. 10). Das steht aber der Annahme der Teilbarkeit des Rechtsgeschäftes nicht im Wege. Die Teilbarkeit muß nach praktisch-wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt werden (Staudinger/Coing aaO 11. Aufl. § 139 Anm. 5); Teilbarkeit ist demnach zu bejahen, wo nach Abtrennung eines von einem Nichtigkeitsgrunde betroffenen Teils ein Rest zurückbleibt, der als selbständiges Rechtsgeschäft für sich bestehen kann (RGZ 146, 234, 236). Das ist hier der Fall; daß eine Testamentsvollstreckung nur hinsichtlich bestimmter Erbteile angeordnet werden kann, ist allgemein anerkannt (Soergel/Siebert, BGB, 9. Auflage § 2197 Anm. 3). Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß die Testamentsvollstreckung über einen Erbteil im Wesen etwas anderes als diejenige über den gesamten Nachlaß sei. In beiden Fällen handelt es sich um eine und dieselbe Rechtsform der Testamentsvollstreckung, auf die die §§ 2197 ff. BGB anzuwenden sind, wenn auch im letzten Falle dem Testamentsvollstrecker weitergehende Rechte zustehen als im ersten. Deshalb muß im Einzelfalle wegen dieses Unterschieds genau geprüft werden, ob der Erblasser die Verfügung auch ohne den unwirksamen Teil getroffen hätte.

Das Berufungsgericht hat diese Frage für den vorliegenden Fall bejaht. Es stellt an die Spitze seiner Überlegungen den Satz, daß die Folgen einer Teilstamentsvollstreckung nicht die gleichen sind wie bei einer Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachlaß: Der Teilstamentsvollstrecker könne nicht auseinandersetzen und auch nicht den ganzen Nachlaß verwalten. Andererseits sei es Wille der Erblasserin gewesen, unter den Erben eine reibungslose Verwaltung und Auseinandersetzung zu sichern und dem Sohne Walter Schutz zukommen zu lassen. Diese besonderen Sicherungswünsche der Erblasserin hinsichtlich ihres Sohnes

rechtfertigten den Schluß, daß sie die Testamentsvollstreckung hinsichtlich der Anteile der Schwestern auch dann angeordnet hätte, wenn sie die Unwirksamkeit der Anordnung hinsichtlich ihres Sohnes gekannt hätte. Nun sei es Aufgabe des Testamentsvollstreckers, anstelle der Miterben die Erfüllung jener Wünsche herbeizuführen.

Das Berufungsgericht hat also erkannt, daß die Stellung des Beklagten sich von jener eines Testamentsvollstreckers über den gesamten mütterlichen Nachlaß unterscheidet. Es hat auch keineswegs ausgesprochen, daß sich die Wünsche der Erblasserin durch die Teil-Testamentsvollstreckung ebenso durchführen ließen, wie das bei einer Testamentsvollstreckung über den gesamten mütterlichen Nachlaß der Fall gewesen wäre. Wenn die Revision meint, eine reibungslose Verwaltung und Auseinandersetzung unter den Erben sei unerreichbar, der Schutz des Sohnes überhaupt nicht mehr sichergestellt, so verkennt sie die Rechtslage. An dem mütterlichen Nachlaß waren der Sohn und dessen drei Schwestern beteiligt. Dem Beklagten stand die Verwaltung der Anteile der drei Schwestern zu. Sobald die Auseinandersetzung des väterlichen Nachlasses durchgeführt war, war er in der Lage, durch Übereinkommen mit dem Sohne Walter eine Teilung des mütterlichen Nachlasses vorzunehmen, wobei auch das mütterliche Vermächtnis an den Sohn ausgeführt und aus den Erbteilen der Schwestern die übrigen Vermächtnisse gezahlt werden konnten. Es liegt auf der Hand, daß die Auseinandersetzung des mütterlichen Nachlasses unter Beachtung ihrer Wünsche, insbesondere der Schutzgewährung für den Sohn, ungleich leichter, schneller und reibungsloser abzuwickeln war zwischen dem Testamentsvollstreckers und dem Sohn Walter, als wenn dieser sich mit seinen drei Schwestern hätte auseinandersetzen müssen. Die Revision übersieht auch, daß ein

Testamentsvollstrecker über den gesamten mütterlichen Nachlaß seine eigentlichen Aufgaben erst nach Auseinandersetzung des väterlichen Nachlasses hätte in Angriff nehmen können. Auch Unterhaltszahlungen an den Sohn Walter aus dem mütterlichen Nachlaß hätte er erst leisten können, wenn aus der Nachlaßmasse des Vaters, an der die Mutter zur Hälfte beteiligt war (was fast ihr ganzes Vermögen ausmachte), Beträge zur Verfügung standen. Ein Testamentsvollstrecker über den gesamten mütterlichen Nachlaß hätte auch nur als Teilhaber an der väterlichen Erbengemeinschaft die Klärung der Frage vorantreiben können, ob der Sohn Walter diesem Nachlaß noch etwas schulde; allein entscheiden hätte er darüber nicht können. Nach allem unterscheidet sich die Stellung eines solchen Testamentsvollstreckers von der des Beklagten nicht so weitgehend, daß die Erblasserin, hätte sie die Teil-Unwirksamkeit ihrer Verfügung gekannt, nach allgemeiner Lebenserfahrung von der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers hinsichtlich der drei Schwestern unbedingt hätte Abstand nehmen müssen. Daß die Erblasserin ihre vier Kinder gleichbehandelt wissen wollte, steht außer Zweifel. Das hinderte sie aber nicht, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, die Rechte der Töchter durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers zu beeinträchtigen. Wenn dies geschah, um den Sohn zu schützen, so läßt sich die Annahme des Berufungsgerichts, die Erblasserin habe um dieses Schutzes wegen die Testamentsvollstreckung auch ohne Einbeziehung des Sohnes anordnen wollen, mit Rechtsgründen nicht beanstanden.

Wenn schließlich die Revision in diesem Zusammenhang bemängelt, daß das Berufungsgericht zu den Angaben des Ehemannes der Klägerin in dessen Schriftsatz vom 17. Januar 1939 in dem erwähnten Nachlaßverfahren des Amtsgerichts Charlottenburg keine Stellung genommen habe, so greift diese Rüge nicht

durch. Sie setzt die Bezeichnung der Tatsachen voraus, die den Mangel des Verfahrens ergeben (§§ 286, 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO). Dazu gehört aber der Hinweis, wo die Klägerin jenen Vortrag ihres Mannes sich zu eigen gemacht hat; denn nur dann ist dieser Vortrag als eigener Parteivortrag zu behandeln. Diese Bezeichnung fehlt in der Revisionsbegründung. Daß die Angaben des Ehemannes im Urkundenbeweis verwertet werden sollten, behauptet die Revision selbst nicht.

Tragen mithin die Hilfsbegründungen des Berufungsgerichts die Auffassung, daß hinsichtlich der Erbteile der drei Schwestern eine Testamentsvollstreckung wirksam angeordnet ist, so braucht auf die Ausführungen des Berufungsrichters zu § 140 BGB und die Bedenken der Revision hierzu nicht mehr eingegangen zu werden. Bemerkt sei noch, daß die Anwendung des § 2085 BGB (statt § 139 BGB) auf den festgestellten Sachverhalt zum gleichen Ergebnis führen würde.

III.

Ist aber zutreffend davon ausgegangen worden, daß der Beklagte als Testamentsvollstrecker über die Erbanteile der drei Schwestern rechtswirksam eingesetzt worden ist, so ist zu prüfen, ob dieses Amt inzwischen erloschen ist.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts sind Gründe für eine Beendigung nicht vorhanden.

a) Die Voraussetzungen des § 2226 BGB (Kündigung durch den Testamentsvollstrecker) sind nicht erfüllt. Wenn der Beklagte in seiner Vollmachterteilung vom 16. November 1951 beginnt: "Ich war Testamentsvollstrecker",

so hat er dabei nach der Auffassung des Berufungsgerichtes nur seine Auffassung über die Rechtslage kundgetan, nicht aber eine Willenserklärung zur Herbeiführung einer bestimmten Rechtsfolge abgegeben. Diese Auffassung ist mit Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision übersieht bei ihren Bedenken, daß sich das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang nicht mit weiteren Schreiben des Beklagten befaßt hat.

b) Die Frage, ob eine Beendigung der Testamentsvollstreckung auch dann eintritt, wenn die Erben beschließen, die Gemeinschaft fortzusetzen und auf unbegrenzte Zeit von einer Auseinandersetzung abzuschrenken (so OLG München DNöTZ 1936, 810; vgl. dazu RGRK BGB 11. Aufl. § 2204 Anm. 2 und Staudinger/Dittmann aaO § 2204 Anm. 3), braucht hier nicht beantwortet zu werden. Denn eine Vereinbarung solchen Inhalts ist nicht dargetan. Die Revision bezieht sich zwar für ihre gegenteilige Auffassung auf das Abkommen der Erben vom 26. Oktober 1951. Doch läßt sich aus ihm für die Meinung der Revision nichts entnehmen.

Das Amt des Testamentsvollstreckers kann aber auch dadurch sein Ende finden, daß alle Aufgaben des Testamentsvollstreckers erfüllt sind; es bedarf in diesem Falle nicht einer förmlichen, die Beendigung feststellenden Aufhebung (OLG 37, 259; RGZ 81, 166).

Die Klägerin hat behauptet, im Jahre 1943 sei der mütterliche Nachlaß unter den Erben auseinandergesetzt worden; seitdem gebe es für den Testamentsvollstrecker keine Aufgaben mehr; sein Amt sei erloschen. Das Berufungsgericht hält jedoch eine Auseinandersetzung nicht für nachgewiesen. Ein schriftlicher Vertrag fehle; zudem stünde die angebliche Auseinandersetzung im Zusammenhang mit der damaligen "Arisierung"; es handele sich also um Scheinverträge.

Die Grundstücke seien noch immer in ungeteilter Erbgemeinschaft im Grundbuch eingetragen; dort stehe auch noch der Testamentsvollstreckervermerk. Eine zwischen den Erben getroffene Feststellung, wie weit die Kinder am väterlichen Nachlaß beteiligt seien, sei keine endgültige und ordnungsgemäße Auseinandersetzung des mütterlichen Nachlasses. Nach Angaben des Beklagten sei 1942 die Herausgabe der beweglichen Habe des Nachlasses an die Erben erfolgt; das genüge aber nicht zur Erledigung seiner Aufgabe, die Auseinandersetzung des mütterlichen Nachlasses zu betreiben.

Wenn sich demgegenüber die Revision auf die Berufungsbegründung (GA 72 ff) bezieht, so kann sie damit keinen Erfolg haben. Auch dort wird nur behauptet, daß eine Auseinandersetzung stattgefunden habe. Das Berufungsgericht hält auch für möglich, daß damals, wie die Revision behauptet, eine Auseinandersetzungsrechnung aufgestellt und dabei das Legat des Walter berücksichtigt wurde. Es ist aber die Durchführung dieses Planes nicht bewiesen worden. Wenn in der Berufungsschrift auf den Antrag der Erben an das Grundbuchamt vom 25. Juni 1943 (GA 89) verwiesen wird, so ergibt sich aus ihm für eine Auseinandersetzung des mütterlichen Vermögens nichts; beantragt wurde damals nur die Eintragung des Ehemannes der Klägerin anstelle seiner Schwägerin Erna G. [REDACTED].

Zur Behauptung der Revision, der Beklagte habe in der Folgezeit die Erbteile an die Erben zur freien Verfügung überlassen, weshalb sein Recht zur Verwaltung der Erbteile der Töchter erloschen sei, ist zu bemerken, daß über die Erbteile die Erben und nicht der Testamentsvollstreckerverfügen konnten. Wenn die Revision Freigabe der Anteile an dem Grundbesitz gemeint haben sollte, so wäre

eine Überlassung zur freien Verfügung (§ 2217 BGB) allenfalls nur dann zu bejahen, wenn der Testamentsvollstrecker seine Verwaltung über diese Anteile endgültig so aufgegeben hätte, daß darüber im Rechtsverkehr frei hätte verfügt werden können. Es genügt nicht, wenn er die Grundstücke den Erben zur Verwaltung und Nutznießung überlassen hat. Da im Grundbuch der Testamentsvollstreckervermerk stehen geblieben ist, ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß eine solche freie Verfügungsmöglichkeit nicht gewährt worden ist (vgl. dazu Hartung, JR 1950, 695). Das im Jahre 1951 getroffene bereits erwähnte Abkommen zwischen den Erben (GA 70) ist ohne Beteiligung des Beklagten zustande gekommen; soweit darin eine Auseinandersetzung des mütterlichen Nachlasses enthalten sein sollte, bindet es den Beklagten nicht und beendet auch nicht dessen Tätigkeit. Die Erben sind nicht in der Lage, durch übereinstimmende Erklärung die Beteiligung des Testamentsvollstreckers an der Auseinandersetzung auszuschalten und diese selbst vorzunehmen (OLG 26, 286; Staudinger/Dittmann aaO, § 2204 Anm. 17). Mit diesem Abkommen befaßt sich übrigens auch das Berufungsgericht (UA S. 18). Der Vorwurf der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Nebenintervenienten über die Bedeutung dieses Vergleiches unbeachtet gelassen (§§ 286, 551 Nr. 7 ZPO), ist daher nicht gerechtfertigt. Daß der Beklagte aber dem Abkommen zugestimmt habe, ist eine neue Behauptung; sie darf daher vom Revisionsgericht nicht beachtet werden.

c) Der Beklagte hat nach den Urteilsfeststellungen in seinen Schreiben an Bundesrichter Dr. Kr. [REDACTED] (29. Februar 1952) und Rechtsanwalt Dr. J. [REDACTED] (6. November 1957) seine Auffassung zum Ausdruck gebracht, seit 1943 sei von allen Beteiligten seine Aufgabe als beendet angesehen worden. Tatsächlich sei er auch von 1943 bis 1951 untätig geblieben

und habe kein Rückerstattungsverfahren zugunsten der Schwestern G. betrieben. Eine Beendigung der Testamentsvollstreckung sei aber dadurch nicht eingetreten.

Die Revision wendet dagegen ein, der Beklagte widerspreche seinem eigenen Verhalten, wenn er die Fortdauer seines Amtes nunmehr geltend mache. Er könne sich von seiner früher geäußerten Auffassung, alle Beteiligten, also auch er, hätten seine Aufgabe als erledigt angesehen, nicht los-sagen, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen. Es stelle eine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn er nach Jahr und Tag eine gegenteilige Meinung vertrete, zumal da sich alle Beteiligten auf das Erlöschen der Testamentsvollstreckung eingerichtet hätten. Die Revision übersieht dabei, daß die Beendigung des Testamentsvollstreckeramtes sich nach den Anordnungen des Erblassers, gegebenenfalls nach den gesetzlichen Bestimmungen richtet und daß zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker nicht mit konstitutiver Wirkung das Ende des Amtes festgelegt werden kann. Allenfalls kann sich aus solchen Absprachen eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers ergeben, sein Amt durch Anzeige beim Nachlaßgericht niederzulegen (vgl. BGHZ 25, 275, 281; RGZ 156, 70, 75/76). Können aber die Beteiligten durch Vereinbarung die Beendigung der Testamentsvollstreckung nicht festlegen, so kann sich auch aus einem bestimmten Verhalten des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben allenfalls nur eine Verpflichtung zur Niederlegung des Amtes, nicht aber dessen Beendigung mit Wirkung gegen jedermann ergeben. Soweit zudem der Beklagte in den genannten Schreiben die, wenn auch nicht zutreffende, Auffassung vertreten hat, mit den Vorgängen des Jahre 1943 hätten seine Aufgaben als Testamentsvollstrecker ihre Erledigung gefunden, begründet die bloße Aufgabe dieses

irrigen Rechtsstandpunktes den Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung noch nicht (Soergel/Siebert aaO § 242 Anm. 144).

IV.

Besteht sonach das Amt des Testamentsvollstreckers weiter, so ist der Hauptantrag der Klägerin mit Recht abgewiesen worden. Zum Hilfsantrag führt das Berufungsgericht aus: Es sei nichts Ausreichendes dafür dargelegt, was zur Annahme einer Vereinbarung über die Niederlegung des Amtes führen könnte. Die irrtümliche Annahme der Erledigung der Aufgaben reiche nicht aus. Aus der Korrespondenz ergebe sich eine solche Absprache nicht. Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Beklagten auf Abschluß einer Vereinbarung sei darin nicht enthalten, sondern nur tatsächliche Feststellungen über die früher erfolgte Beendigung des Amtes.

Ob sich, wie die Revision demgegenüber meint, aus dem Verhalten des Beklagten bis 1951 eine Verpflichtung zur Niederlegung seines Amtes herleiten läßt, mag zweifelhaft sein. Einer abschließenden Würdigung bedarf es jedoch nicht, weil jedenfalls die Deutung, die das Berufungsgericht dem Schreiben des Beklagten vom 29. Februar 1952 zukommen läßt, nicht frei von Rechtsirrtum ist. Das Berufungsgericht hat aus diesem Schreiben einen Satz herausgegriffen und ihn für sich betrachtet. Es hat dabei die anerkannte Auslegungsregel nicht beachtet, daß es bei der Auslegung und Beurteilung von Erklärungen auch auf die Vorgeschichte, aus der sie herausgewachsen sind, und auf ihren Zusammenhalt mit gleichzeitigen Erklärungen entscheidend ankommt (vgl. BGHZ 31, 105, 111). Das Schreiben vom 29. Februar 1952 war ausgelöst durch Schreiben vom 14. und 19. November 1951.

Ersichtlich handelte es sich dabei um ein Auskunftsverlangen, ob der Beklagte noch Testamentsvollstrecker sei. Mit diesen Schreiben war seit 1943 erstmals wieder eine Korrespondenz zwischen den Beteiligten aufgenommen worden (Revisionserwiderung S. 11 SA 77). Der Beklagte versuchte nun, die Vorgänge zu rekonstruieren und wies darauf hin, daß damals (1943) alle Beteiligten seine Aufgaben als Testamentsvollstrecker als beendet angesehen hätten, niemand hätte ihn seitdem angegangen. Nun seien die Probleme wieder aufgerollt worden. Wenn darauf der Satz folgt: "Die Sache läßt sich nun nicht mehr anders behandeln, als daß ich Sie bitten muß, mir die Erklärung aller Beteiligten beizubringen, daß sie meine Aufgabe als Testamentsvollstrecker als erledigt betrachten und mir Entlastung erteilen", so kann unter Berücksichtigung der Vorgeschichte darin durchaus das Angebot liegen, die "Sache" nunmehr zu Ende zu führen, indem die Erben die geforderten Entlastungen dem Beklagten erteilten und das zugebilligte Honorar beglichen, während er selbst die formelle Beendigung seines Amtes durch Niederlegungserklärung herbeiführen werde. Offensichtlich kam es dem Beklagten damals darauf an, aus seiner Bestellung als Testamentsvollstrecker entlassen zu werden. Darauf deutet auch der folgende Satz des Schreibens hin: "Ist dies nicht möglich, so muß ich zunächst einmal bitten, daß Sie aus dem Nachlaß mir die Mittel zur Verfügung stellen, um die Anordnung der Frau G. durchzuführen. Die Erben haben Entlastung dem Beklagten in der Folgezeit erteilt. Es ist nicht ohne Bedeutung, daß unterm 2. Juli 1957 die Beteiligten den Beklagten baten, sein Testamentsvollstreckerzeugnis dem Nachlaßgericht zurückzugeben, worauf der Beklagte nicht etwa eine Verpflichtung dazu verneinte, sondern -- mitteilte, er habe das Zeugnis nicht mehr gefunden, es sei wahrscheinlich durch Bombeneinwirkung in Verlust geraten (GA 6, 7). Es kann weiterhin von

Bedeutung sein, daß der Beklagte in einem späteren Schreiben seine "Erklärung" angefochten hat, weil die Erben ihm nicht das zugesagte Honorar ausgezahlt hatten (Akten des Nachlaßgerichtes Bl. 162, 163). Da der Zeitpunkt der Niederlegung des Amtes nicht in der Schwebe bleiben, sondern offenbar nach Erteilung der Entlastung gekommen sein sollte, ließen sich auch aus der angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 25, 281) Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Vereinbarung des oben geschilderten Inhaltes nicht herleiten.

Rechtsirrig ist es aber auch, wenn das Berufungsgericht den angeführten Stellen im Schreiben vom 29. Februar 1952 nur die Bedeutung einer Tatsachenfeststellung zukommen lassen will. Schon der Umstand, daß der Beklagte um Entlastung bat und daß die Erben ihm daraufhin Entlastung erteilten, verbietet es, in diesen Erklärungen lediglich Tatsachenfeststellungen und keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu sehen.

Eine abschließende Entscheidung läßt sich jedoch nur unter Auswertung der von dem Beklagten vorgelegten gesamten Korrespondenz treffen. Das Berufungsgericht wird dies noch nachzuholen haben. Kommt es dabei zur Auffassung, daß eine Verpflichtung des Beklagten zur Abgabe einer Niederlegungserklärung besteht, so wird zu prüfen sein, ob eine Verurteilung Zug um Zug gegen Zahlung des dem Beklagten zustehenden Honorars auszusprechen ist.

Auf die Revision der Klägerin ist daher das angefochtene Urteil, was den Hilfsantrag anlangt, aufzuheben und die Sache in diesem Umfange an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Im übrigen erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet. Die Entscheidung im Kostenpunkt beruht auf den §§ 91, 97, 101 ZPO.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Dr. Mattern

Offterdinger