

72. 1. Ist die Auflassung eines Nachlaßgrundstücks, die der Testamentvollstrecker unter Zustimmung der Erben zur Erfüllung einer vermeintlichen, in Wahrheit nicht bestehenden Vermächtnisschuld vornimmt, als unentgeltliche Verfügung unwirksam?

2. Zur Frage der Wirksamkeit eines Vermächtnisses, wenn das vermachte Grundstück zu dem noch ungeteilten Nachlaß eines Dritten gehört, an dem der Erblasser als Miterbe beteiligt ist.

IV. Zivilsenat. Urt. v. 6. Juli 1922 i. S. Sch. (Befl.) w. R. (R.L.).  
IV 715/21.

## I. Landgericht Potsdam. — II. Kammergericht Berlin.

Die Parteien sind Kinder und Miterben des im Februar 1910 unter Hinterlassung letztwilliger Verfügungen gestorbenen Friedrich Sch. Zum Nachlaß gehörte ein Grundstück. Dieses wurde am 19. Dezember 1910 von dem Beklagten als Testamentsvollstrecker an die Witwe des Erblassers aufgelassen, nachdem sich die sämtlichen Erbbeteiligten, und zwar drei minderjährige Enkel des Erblassers durch die Inhaber der elterlichen Gewalt, vor dem Grundbuchamte darüber einig erklärt hatten, daß „in Ausführung des Testaments“ die Witwe Eigentümerin des Grundstücks werden solle. Die Beteiligten gingen dabei von der in einem Schreiben des Grundbuchamts an den Beklagten vertretenen Auffassung aus, daß das Grundstück zu den im Nachtragstestament vom 30. August 1909 der Witwe vermachten „Ländereien“ gehöre. Auf Grund der Auflassung wurde die Witwe als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Sie vermachte das Grundstück letztwillig dem Beklagten und starb im Januar 1918. Der Beklagte befindet sich im Besitze des Grundstücks. Die Klägerin macht geltend, daß die der Auflassung vom 19. Dezember 1910 zugrundeliegende Auffassung verfehlt sei, daß das Grundstück vielmehr gemäß dem Haupttestamente des Friedrich Sch. vom 24. April 1906 „in die Erbteilungsmafse fallen“ sollte, deshalb an die Witwe ohne Rechtsgrund aufgelassen und zum Nachlaß von Friedrich Sch. zurückzugewähren sei. Dem Antrage der Klägerin gemäß hat das Berufungsgericht den Beklagten verurteilt, das Grundstück an die Gesamtheit der Erben von Friedrich Sch. zu Händen eines gerichtlich zu bestellenden Verwahrers herauszugeben. Seine Revision hatte keinen Erfolg.

## Gründe:

Das Berufungsgericht legt die letztwilligen Verfügungen des Erblassers Friedrich Sch. in dem in diesem Prozesse von der Klägerin vertretenen Sinne, also dahin aus, daß das streitige Grundstück von dem im Nachtragstestamente zugunsten der überlebenden Ehefrau angeordneten Vermächtnis gewisser Ländereien nicht mitbetroffen sei, sondern gemäß dem Haupttestament als der Gesamtheit der Erben gehörend in die Erbteilungsmafse fallen sollte. Diese Testamentsauslegung ist vom Rechtsstandpunkte nicht zu beanstanden; sie wird auch von der Revision nicht angegriffen. Auf ihrer Grundlage stellt sich die Auflassung des Grundstücks an die Witwe Sch., die der Beklagte als Testamentsvollstrecker in vermeintlicher Ausführung des Testaments zur Erfüllung einer in Wahrheit nicht bestehenden Vermächtnisanordnung vorgenommen hat, als eine unentgeltliche Verfügung dar, die nicht im Rahmen der dem Testamentsvollstrecker nach § 2205 BGB. zustehenden Verfügungsmacht lag.

Unentgeltlich ist eine Verfügung, wenn der durch sie bewirkten Verminderung des Vermögens keine Gegenleistung gegenübersteht. Zu der Annahme der Entgeltlichkeit ist allerdings nicht erforderlich, daß eine Gegenleistung besonders festgesetzt oder ersichtlich gemacht werde. Der Gegenwert einer Zuwendung kann vielmehr auch in der Rechtswirkung der Verfügung selbst liegen. So ist eine Zuwendung, die durch Erfüllung einer rechtsbeständigen Schuld geschieht, entgeltlich, da die dadurch herbeigeführte Befreiung von der Schuld einen Vermögensvorteil für den Schuldner bedeutet (RGZ. Bd. 50 S. 137, Bd. 51 S. 76, Bd. 62 S. 44). Auch die Erfüllung eines Vermächtnisses durch den nach § 2203 BGB. dazu berufenen Testamentvollstrecker ist deshalb keine unentgeltliche Verfügung; sie bringt den Erben einen Vermögensvorteil durch Befreiung von einer Nachlassverbindlichkeit (§ 1967 BGB.). An einer solchen Gegenleistung fehlt es aber, wenn die Leistung des Testamentvollstreckers zur Erfüllung eines irrigerweise angenommenen, in Wahrheit nicht bestehenden Vermächtnisses erfolgt. Dem kann die von der Revision angeführte Entscheidung des Senats in RGZ. Bd. 81 S. 364 nicht entgegengehalten werden. In dem damals vorliegenden Falle hatte das Berufungsgericht bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Geschäfts eines Vorerben (§ 2113 Abs. 2 BGB.) das Geschäft einfach deshalb, weil objektiv ein auffallendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung obwaltete, in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zerlegt. Dies hat das Reichsgericht mit der Begründung mißbilligt: Das Wesen der entgeltlichen Verfügung oder des ihr zugrunde liegenden entgeltlichen Rechtsgeschäfts dürfe nicht ausschließlich in objektiven Begriffsmerkmalen gesucht werden. Sei es doch nur der Wille der Beteiligten, der die auf beiden Seiten in Betracht kommenden Leistungen zueinander in das Verhältnis von Leistung um einer anderen Leistung willen oder von Leistung und Gegenleistung zu setzen vermöge. Wie hoch hierbei jeder Beteiligte die eigene Leistung und die seines Vertragsgegners einschätze, siehe im allgemeinen in seinem Ermessen. Bei einem Vorerben biete der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung (§§ 2120, 2130) den sich aus objektiven und subjektiven Merkmalen zusammensetzenden Maßstab dafür, ob und inwieweit der Vorerbe sich bei gebührender Rücksichtnahme auf seine gegenüber dem Nacherben bestehende künftige Herausgabeverpflichtung nach den Umständen des Falles zu einer Verfügung über Nachlassgegenstände zugunsten eines Dritten bewegen finden dürfe. An dieser Rechtsanschauung ist festzuhalten. Sie gilt auch für den Testamentvollstrecker, der nach § 2216 Abs. 1. zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet und hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen nach § 2205 Satz 3 in ähnlicher Weise beschränkt ist, wie nach § 2113 Abs. 2 der Vorerbe. Danach

ist objektive Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung keine Voraussetzung der Entgeltlichkeit einer Verfügung; es genügt, wenn die beiden Leistungen von den Beteiligten für die von ihnen verfolgten Zwecke einander gleichgestellt werden und von dem beteiligten Testamentvollstrecker nach dem Maßstab einer ordnungsmäßigen Verwaltung einander gleichgestellt werden dürfen. Dem — gegebenenfalls an die Anforderungen einer ordnungsmäßigen Verwaltung gebundenen — Ermessen der Beteiligten kommt aber auch nur für die Einschätzung einer Leistung als Gegenwert einer anderen Leistung Bedeutung zu. Dagegen wird eine Zuwendung, für die der Leistende gar keine Gegenleistung erhält, nicht dadurch entgeltlich, daß sie in dem irrigen Glauben an eine Gegenleistung bewirkt wird. Ein nicht vorhandenes Entgelt wird durch den Glauben der Beteiligten an ein Entgelt nicht ersetzt. Die Auflassung des streitigen Grundstücks, die in dem irrigen Glauben an die Befreiung der Erben von einer Nachlassverbindlichkeit aus Vermächtnis vorgenommen wurde, ist deshalb eine unentgeltliche Verfügung.

Auch unentgeltliche Verfügungen sind dem Testamentvollstrecker nach § 2205 Satz 3 freilich insoweit nicht vermehrt, als sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Die Revision will diese Ausnahme von der Verfügungsbeschränkung des Testamentvollstreckers deshalb angenommen wissen, weil der Beklagte als Testamentvollstrecker das Grundstück an die Witwe des Erblassers erst aufgelassen hat, nachdem das Grundbuchamt die Ansicht geäußert hatte, daß das Grundstück nach den letztwilligen Verfügungen der Witwe zuzumme, und nachdem die übrigen Erbteiligten sich mit dieser Ansicht einverstanden erklärt hatten. Die hervorgehobenen Umstände mögen den Testamentvollstrecker von jedem Verschulden an der von ihm herbeigeführten Verminderung des ihm anvertrauten Nachlasses entlasten. Sie sind aber nicht geeignet, das als das Gebot einer sittlichen oder Anstandspflicht erscheinen zu lassen, was der Testamentvollstrecker in Erfüllung einer vermeintlichen Rechtspflicht getan hat. Von der Erfüllung einer sittlichen Pflicht durch den Testamentvollstrecker könnte eher die Rede sein, wenn die außer der Witwe erbberechtigten Kinder und Enkel des Erblassers darüber einig gewesen wären, daß ihrer Mutter und Großmutter mit der Eigentumsübertragung eine über das Testament hinausgehende freiwillige Zuwendung gemacht werden sollte. Dies wird aber gerade dadurch ausgeschlossen, daß sie ausgesprochenermaßen nur mit einer „in Ausführung des Testaments“ geschehenden Übereignung einverstanden gewesen sind.

Eine sich nicht als Anstandsgentung usw. darstellende unentgeltliche Verfügung des Testamentvollstreckers ist auch bei Zustimmung

der Erben unwirksam. Denn der Wille der Erben ist für den Testamentvollstrecker, der nur den Anordnungen und dem erkennbaren Willen des Erblassers nach Anleitung des Gesetzes nachzukommen hat, überhaupt nicht maßgebend (§§ 2203, 2208, 2211, 2216 Abs. 2 BGB.; RGZ. Bd. 74 S. 218). . . .

Hat dem Testamentvollstrecker, wie dargelegt, die Befugnis zu der von ihm vorgenommenen Verfügung über das Grundstück gefehlt, so gehört das Grundstück trotz der Eintragung der Witwe Sch. in das Grundbuch nach wie vor zum Nachlasse des Friedrich Sch.; seine Erben (und Erbeserben) sind Eigentümer des Grundstücks zur gesamten Hand geblieben. Die Erbengemeinschaft könnte nach § 985 BGB. von dem Beklagten als Besitzer des Grundstücks dessen Herausgabe verlangen. Die Klägerin als einzelne Miterbin ist nach § 2039 Satz 2 BGB. zu dem von ihr geltend gemachten Verlangen berechtigt, daß der Beklagte die Herausgabe an einen gemäß § 165 FGG. gerichtlich zu bestellenden Verwahrer bewirke.

Es fragt sich aber, ob der Beklagte die Herausgabe gemäß § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. deshalb verweigern darf, weil er den Eigentümern gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Er leitet ein Recht zum Besitze daraus her, daß ihm die Witwe Sch. das Grundstück vermacht hat. Erben der Witwe Sch. sind nach der Feststellung des Berufungsgerichts dieselben Personen, die nach dem Tode der Witwe als Erben und Erbeserben an dem Nachlasse von Friedrich Sch. beteiligt sind. Der Beklagte würde also bei Gültigkeit des zuletzt erwähnten Vermächtnisses einen Vermächtnisanspruch auf das Grundstück aus den §§ 2174, 2147 Satz 2 BGB. gegen dieselben Personen haben, auf deren Eigentum am Grundstücke der nach § 985 mit § 2039 Satz 2 gegebene Herausgabeanspruch beruht; er würde den Eigentümern gegenüber zum Besitze berechtigt sein. Zur Wirksamkeit des Vermächtnisses eines bestimmten Gegenstandes ist indessen nach § 2169 Abs. 1 grundsätzlich erforderlich, daß der Gegenstand zur Zeit des Erbfalls zum Vermögen des Erblassers gehört. Nur dann ist ausnahmsweise das Vermächtnis im Falle der Nichtzugehörigkeit des Gegenstandes zur Erbschaft wirksam, wenn die Vermächtnisanordnung dahin auszulegen ist, daß der Gegenstand dem Bedachten auch für diesen Fall zugewendet sein soll. Es liegt dann ein Verschaffungsvermächtnis im Sinne des § 2170 vor. Das streitige Grundstück ist, wie vorher erörtert, trotz der Auflassung und der sich anschließenden Eigentumseintragung nicht in das Eigentum der Witwe Sch. übergegangen, hat also nicht zu ihrer Erbschaft gehört. Ob der Beklagte auch für diesen Fall mit dem Grundstück bedacht sein sollte, hat das Berufungsgericht, ohne Verkenning der Bedeutung des § 2169 Abs. 1, mit verneinendem Ergebnis geprüft. Daß es bei seiner Testamentauslegung irgendwelche von dem beweispflich-

tigen Beklagten für die Annahme eines Verschaffungsvermächtnisses beigebachten Umstände unbeachtet gelassen habe, ist nicht ersichtlich.

An dem Friedrich Sch.'schen Nachlasse, zu dem das Grundstück noch zur Zeit des Todes der Witwe Sch. gehörte, war die Witwe allerdings als Miterbin zu einem Viertel beteiligt. Daraus kann aber nicht mit der Revision gefolgert werden, daß die das Grundstück betreffende Vermächtnisanordnung der Witwe jedenfalls zu einem Viertel wirksam sei. Dies würde dann zutreffen, wenn die Witwe Miteigentümerin des Grundstücks zu einem Viertel gewesen wäre. An dem Grundstücke bestand jedoch bis zum Tode der Witwe — und besteht noch — Gesamteigentum der Erbengemeinschaft. Zur Umwandlung dieses Gesamteigentums (§ 2032 Abs. 1) in Eigentum nach Bruchteilen (§§ 1008, 741 BGB.) wäre Auflassung erforderlich gewesen (RGZ. Bd. 57 S. 432, Bd. 67 S. 62). Eine solche Auflassung ist nicht erfolgt. Zu der Auslegungsfrage, ob das Vermächtnis des Grundstücks — mit Rücksicht auf die Zugehörigkeit des Grundstücks zum Friedrich Sch.'schen Nachlaß einerseits und die Anteilsberechtigung der Erblasserin an diesem Nachlaß andererseits — etwa in das Vermächtnis eines Teiles des der Erblasserin an dem Nachlaß ihres Mannes zustehenden Anteils umzudeuten ist, brauchte das Berufungsgericht keine Stellung zu nehmen. Denn von einer in diesem Sinne anzunehmenden Wirksamkeit der Vermächtnisanordnung würde der im gegenwärtigen Rechtsstreit eingeklagte Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks zum Friedrich Sch.'schen Nachlasse nicht berührt werden.