

31. über die Pflichten des Testamentvollstreckers.
BGB. §§ 2085, 2202 bis 2204, 2208, 2216, 2218, 2219.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 20. Oktober 1930 i. S. Margarete E.
(M.) w. Witwe E. u. Gen. (Bekl.). VI 763/29.

I. Landgericht Breslau.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 26. Januar 1914 starb in Breslau der Fuhrunternehmer E. Er hatte ein am 17. August 1912 errichtetes Testament nebst zwei Nachträgen vom November 1912 und November 1913 hinterlassen. Zu seinen Erben hatte er zu gleichen Teilen seine Ehefrau und seine sieben Kinder — vier Kinder aus erster Ehe, drei aus zweiter Ehe — eingesetzt.

In § 2 bestimmte er, daß sein Nachlaß bis zur Veräußerung seines Grundstücks und bis zum Verkauf des Fuhrgeschäfts ungeteilt bleiben solle. Er räumte seiner Ehefrau das Recht ein, selbst den Zeitpunkt des Verkaufs zu bestimmen, ordnete aber hierbei ausdrücklich an, daß seine Ehefrau zum Verkauf von Haus und Geschäft die Zustimmung des Hausbesizers M. einholen und dem „instrumentierenden“ Notar und dem Grundbuchamt nachweisen müsse. Keines seiner Kinder sollte das Recht haben, den Verkauf gegen den Willen seiner Ehefrau zu verlangen. Er „vermachte“ dieser gleichzeitig den Nießbrauch und die Verwaltung an seinem gesamten Nachlaß und befreite sie von allen Beschränkungen der vormundschaftsgerichtlichen Aufsicht und auch in anderer Beziehung, soweit

dies die Gesetze überhaupt zulassen. Das Recht auf Verwaltung und Nießbrauch an dem Erbteil seiner Kinder aus erster Ehe sollte wegfallen, sobald sein jüngstes, am 7. Oktober 1905 geborenes Kind Werner das 16. Lebensjahr vollendet haben würde. Dieser Zeitpunkt wurde in einem der Nachträge auf das vollendete 20. Lebensjahr hinausgeschoben. Alsdann sollte seine Ehefrau verpflichtet sein, seinen Kindern aus erster Ehe mit Ausnahme des Kindes Willi ihren Erbteil zur freien Verfügung auszuhandigen, auch wenn ein Verkauf von Haus und Geschäft noch nicht bewirkt sei.

In § 4 des Testaments ernannte er seine Ehefrau zum Testamentsvollstrecker seines letzten Willens. Sie sollte den Nachlaß aktiv und passiv vertreten und auch, wie er bereits hervorgehoben habe, die Verwaltung führen und ohne Zustimmung der übrigen Erben zu allen Verfügungen über die Nachlaßgegenstände befugt sein. Sie sollte insbesondere ermächtigt sein, ohne Zustimmung der übrigen Erben das Nachlaßgrundstück und das Geschäft zu verkaufen, auch Hypotheken und Grundschulden einzutragen zu lassen.

Eines der Kinder erster Ehe verstarb im Jahre 1926 und wurde von seinen vollbürtigen Geschwistern beerbt. Der erwähnte Hausbesitzer M. starb im Jahre 1917.

Am 19. Januar 1925 ließ die Witwe des Erblassers, die Erstbeklagte eine Hypothek von 20000 G.M. für die Eisenbahn-Sterbekasse in B. eintragen. Die Auszahlung erfolgte in Höhe von 18000 G.M. Am 9. März 1925 verkaufte die Witwe des Erblassers durch notariellen Vertrag als Testamentsvollstreckerin das Nachlaßgrundstück an ihre beiden ältesten Söhne, den Zweitbeklagten und den Drittbeklagten, von denen S. am 29. Januar 1902, E. am 1. September 1903 geboren ist.

Die Klägerin, eine Tochter erster Ehe, verlangt im vorliegenden Rechtsstreit in erster Linie Feststellung der Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 9. März 1925, in zweiter Linie Schadensersatz in Höhe von 4100 M. Sie macht geltend, daß die Erstbeklagte das Grundstück nur mit Zustimmung des Hausbesizers M. habe veräußern dürfen und daß dies auch den beiden anderen Beklagten bekannt gewesen sei. Da M. gestorben sei, habe die Befugnis der Erstbeklagten zum Verkauf des Grundstücks ihre Wirksamkeit verloren. Die verklagte Witwe habe aber auch ihre Pflicht als Testamentsvollstreckerin

verleßt und außerdem zusammen mit den beiden anderen Beklagten sittenwidrig gehandelt, indem sie das Grundstück zu einer Zeit verkauft habe, als der Wert städtischer Grundstücke sich sprunghaft gesteigert habe. Der Verkauf sei zu einem Preise erfolgt, der den Wert des Grundstücks bei weitem nicht erreicht habe. Das gehe schon daraus hervor, daß die Eisenbahn-Sterbekasse eine Hypothek von 20000 G.M. auf das Grundstück vorher bewilligt habe. Der Verkauf sei nur deshalb so früh erfolgt, damit den beiden Söhnen die Steigerung des Wertes des Grundstücks zugute komme. Deshalb sei den übrigen Erben der Verkauf des Grundstücks zunächst verheimlicht und der Name der Käufer erst sehr spät genannt worden. An einen Fremden würde die Erstbeklagte das Grundstück nicht unter 40000 M. verkauft haben. Sie habe aber sogar von den beiden Mitbeklagten einen höheren Betrag erhalten als im Vertrag angegeben. Sie habe sich ferner von ihnen vor und bei dem Verkauf die Zusicherung geben lassen, daß sie die Wohnung und den Laden auf dem Grundstück ohne Mietzahlung oder gegen eine weit hinter dem angemessenen Mietzins zurückbleibende Zahlung behalten dürfe.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin war erfolglos. Ihre Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

1. Die Bedenken der Revisionsbeklagten gegen die Zulässigkeit der Feststellungsklage aus § 256 B.P.O. treffen nicht zu. Die Klägerin macht geltend, daß der Kaufvertrag, den die Erstbeklagte als Testamentvollstreckerin mit den beiden anderen Beklagten über das Grundstück, den wichtigsten Bestandteil des Nachlasses, geschlossen habe, rechtsunwirksam sei, während die Beklagten den Gegenstand des Kaufvertrags als nicht mehr zur Nachlassmasse gehörig ansehen. Trifft die Klagebegründende Behauptung zu, dann ist die Nachlassmasse und der der Klägerin zufallende Anteil entsprechend größer. Daß die Klägerin ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung dieses Rechtsverhältnisses hat, kann ohne Zweifel angenommen werden, da von der Unwirksamkeit des Vertrags die Durchsetzung der Erbansprüche der Klägerin und anderer Erben abhängt, die nicht in jedem Falle auf Zahlung gerichtet zu sein brauchen. Denn die Erstbeklagte ist

nicht verpflichtet, erneut zum Verkauf zu schreiten; ob es hierzu kommt oder ob der Gegenstand des beanstandeten Kaufvertrags selbst in die Erbteilung einbezogen wird, falls jener Vertrag unwirksam ist, steht dahin.

2. Sachlich ist die Revision der Klägerin begründet.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Entscheidung des Rechtsstreits lediglich von der Frage der Nichtigkeit des Kaufvertrags vom 9. März 1925 aus § 138 Abs. 1 BGB. abhängt. Dieser Ausgangspunkt ist nicht zutreffend. Es kommt vielmehr auch die Unwirksamkeit des Vertrags aus einem anderen Grunde in Betracht. Das Berufungsgericht hat nicht genügend berücksichtigt, daß die Erstbeklagte nicht nur Miterbin, sondern auch Testamentvollstreckerin war; ihre Eigenschaft als Testamentvollstreckerin ist nur am Schluß des Berufungsurteils in anderem Zusammenhang erwähnt. Daß auch ein Miterbe zum Testamentvollstrecker ernannt werden kann, ist in der Rechtsprechung anerkannt (RGZ. Bd. 61 S. 142). Der Umstand, daß der Erblasser der Erstbeklagten die Verwaltung und den Nießbrauch am gesamten Nachlaß für eine gewisse Zeit und eine weitgehende Verfügungsbefugnis übertragen hat, ist mit ihrer Bestellung zur Testamentvollstreckerin sehr wohl vereinbar. Es kann unter Umständen aus Anordnungen dieser Art auf die Bestellung eines Testamentvollstreckers geschlossen werden, selbst wenn dieses Wort nicht gebraucht ist (RG. bei Johow Bd. 30 S. 97; vgl. auch LZ. 1917 Sp. 536). Ferner ist aus den Vorschriften der §§ 2208 und 2218 BGB. die Folgerung gezogen worden, daß der Testamentvollstrecker, wenn er auch Träger eines Amtes ist (§ 2202), doch seine Vertretungsmacht aus dem Testament als einem rechtsgeschäftlichen Akt herleitet und nach außen wie nach innen keine wesentlich andere Stellung als die eines Bevollmächtigten hat (RGZ. Bd. 75 S. 302). In diesem Urteil des Reichsgerichts (vgl. S. 301) ist daraus unter Anwendung des das Vollmachtverhältnis beherrschenden Rechtsgebans der Grundsatz abgeleitet worden, daß aus einem vom Testamentvollstrecker unter Mißbrauch seiner Befugnisse mit einem Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäft der Dritte keine Rechte geltend machen kann, wenn er diesen Mißbrauch hätte erkennen müssen (vgl. auch RGZ. Bd. 83 S. 353). Der Testamentvollstrecker hat stets im Interesse des Nachlasses zu handeln; er befindet sich in einer besonderen Vertrauens-

stellung; dabei ist besonders zu berücksichtigen, daß der Erbe nicht immer sein Recht in gleicher Weise schützen kann, wie es der Erblasser hätte tun können. Aus dieser Erwägung ist auch die Vorschrift des § 2219, wonach der Testamentvollstrecker bei schuldhafter Verletzung der ihm obliegenden Pflichten dem Erben für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich ist, mit Recht dahin ausgelegt worden, daß der Testamentvollstrecker zu besonderer Gewissenhaftigkeit und Sorgfalt verpflichtet ist (vgl. Pland-Flad Bem. 1 zu § 2219; RGUrt. vom 28. September 1914 VI 240/13). Falls das Berufungsgericht die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Unwirksamkeit des Vertrags auch in der Fassung des Klageantrags für erforderlich hielt, hätte es auf die Änderung dieses Antrags gemäß § 139 ZPO. hinwirken müssen.

Das Berufungsgericht hat nun die Behauptungen, womit die Klägerin einen Mißbrauch der Befugnis der Erstbeklagten in ihrer Eigenschaft als Testamentvollstreckerin dargetun will, zum Teil überhaupt nicht und zum Teil nicht hinreichend gewürdigt. Es stellt in den Vordergrund die Erwägung, daß sich die Beklagte vor dem Verkauf die Gutachten zweier besonders angesehener Sachverständiger beschafft habe, die den Wert des Grundstücks auf 23000 bis 24000 RM. geschätzt haben, und daß der Verkauf an die beiden Söhne der Beklagten für 25000 RM. deshalb zum angemessenen Preise erfolgt sei. Dabei ist aber dem Umstand nicht Rechnung getragen, daß in erster Linie die Frage zu beantworten war, ob denn ein Verkauf des Grundstücks überhaupt in jenem Zeitpunkt nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft angezeigt war. Diese Frage kann jedenfalls nicht mit der Erwägung abgetan werden, daß zum mindesten Personen mit den wirtschaftlichen Kenntnissen und Erfahrungen der Beklagten die Entwicklung der Grundstückspreise nicht hätten voraussehen können. Besaß die Beklagte als Testamentvollstreckerin die erforderlichen Kenntnisse auf diesem Gebiete nicht, so wäre es ihre Sache gewesen, hierüber bei sachkundigen Personen Rat einzuholen. Darauf wurde sie besonders durch die noch anderweit zu erörternde Bestimmung des Testaments hingewiesen, daß sie zum Verkauf des Hauses und des Geschäfts sogar die Zustimmung des Hausbesizers M. einholen müsse. Gewiß kann der Verwalter eines fremden Vermögens nicht ohne weiteres für sein Verhalten in

Zeiten schwer übersehbarer wirtschaftlicher Verhältnisse haftbar gemacht werden, wenn es sich nachher als unzweckmäßig erweist (Jur. Absh. 1927 Nr. 114). Und man kann auch annehmen, daß der Verkauf eines Grundstücks in der Inflationszeit unter Umständen als nicht sachwidrig zu erachten ist in einem Fall der Art, wie er der Entscheidung ROLG. Bd. 46 S. 230 zugrunde lag. Dort hatte die Beweisaufnahme eine Reihe von Umständen ergeben, die ohne Zweifel das Grundstück zur Zeit des im August 1923 erfolgten Verkaufs und auch noch auf viele Jahre hinaus als eine schwere Last für den Besitzer erscheinen ließen. Aber um einen Fall solcher Art handelt es sich im vorliegenden Rechtsstreit nicht. Die Beklagte hat keine solchen Gründe für den Verkauf des Grundstücks geltend gemacht. Das wäre auch kaum verständlich, da sie dann das Risiko lediglich auf ihre beiden Söhne verschoben hätte. Sie hat vorgetragen, daß sie erst ganz kurz vor dem letzten, im Testament erwähnten Termin verkauft habe, daß die Klägerin und die übrigen Kinder des Erblassers aus seiner ersten Ehe fortgesetzt zum Verkauf gedrängt und wiederholt Kaufliebhaber veranlaßt hätten, zu ihr zu gehen, daß sich die Klägerin auch noch kurze Zeit vor dem Verkauf so verhalten habe. Die Klägerin hat das bestritten und geltend gemacht, daß die Erben mit der Auszahlung des Erbteils gewartet und auf Befragen sich ohne weiteres mit der Hinausschiebung der Auszahlung einverstanden erklärt haben würden. Sie hat ferner darauf hingewiesen, daß ihr und ihren Geschwistern der Verkauf sogar verheimlicht worden sei. (Wird näher ausgeführt.) Zu dieser Darstellung hat das Berufungsgericht nicht Stellung genommen. Zugunsten der Klägerin muß die Richtigkeit ihrer Darstellung in der Revisionsinstanz unterstellt werden; danach kann eine Verheimlichung des Verkaufs sehr wohl in Betracht kommen. Die Erstbeklagte hat zur Begründung des Verkaufs weiter vorgetragen, daß sie einem ihrer Söhne als Bäcker das Geschäft habe überlassen wollen, um für ihn eine Lebensstellung zu begründen; lediglich aus diesem Grunde sei sie überhaupt an den Erwerb des Grundstücks für ihre Kinder herangegangen. Welches Kind das Geschäft habe bekommen sollen, ist zwar nicht gesagt; anscheinend handelt es sich um ihren jüngsten Sohn. Dann kann es allerdings auffällig erscheinen, daß die Beklagte für ihre eigenen drei Kinder aus der zweiten Ehe das Grundstück selbst sicherstellen wollte. Ihr jüngster Sohn sollte das darin betriebene

Büdereigenschaft erhalten, ihre beiden anderen Söhne das Grundstück zu Eigentum; damals war der eine von ihnen, ein Steuerpraktikant, 23 Jahre, der andere, ein Bankbeamter, 21 Jahre alt. Wenn die Erstbeklagte in dieser Weise für ihre Kinder sorgte, den Kindern aus der ersten Ehe des Erblassers den Verkauf aber geflissentlich geheim hielt, dann liegt die Vermutung eines Mißbrauchs des Amtes allerdings nahe.

Dazu kommt, daß der Erblasser nicht etwa einen Zeitpunkt für den Verkauf vorgegeschrieben hat. Aus dem Nachtrag zum Testament in Verbindung mit der Schlußbestimmung in § 2 des Testaments geht vielmehr hervor, daß er mit der Vollenbung des 20. Lebensjahres beim jüngsten Sohn — Oktober 1925 — und mit der Erbauseinandersetzung rechnete, ohne daß der Verkauf des Hauses und des Geschäftes stattgefunden haben würde. Es ist also auffällig, daß der Verkauf bereits im März 1925 stattgefunden hat, ohne daß, wie in der Revisionsinstanz unterstellt werden muß, überhaupt festgestellt wurde, ob ein Anlaß zur Beschleunigung und zwar in dem Maße vorlag, daß der Verkauf nicht kurze Zeit vor dem Oktober 1925, sondern 7 Monate vorher bewirkt wurde. Daß andernfalls eine anderweitige Entscheidung des Zweit- und des Drittbeklagten zu erwarten gewesen war, erhellt bis jetzt jedenfalls nicht. Außerdem hat die Klägerin Beweis dafür angetreten, daß sich die Beklagten schon seit Mitte 1924 um die Beschaffung der Hypothek bei der Eisenbahn-Sterbekasse bemüht haben; sie schließt daraus, daß der Verkauf schon im Sommer 1924 erfolgt sein würde, wenn die Hypothek damals zu erlangen gewesen wäre. Daß der Wert des Grundstücks bereits im Oktober 1925 höher anzusetzen gewesen wäre, geht auch aus dem Gutachten des von der Erstbeklagten zugezogenen Sachverständigen S. hervor.

Besonderes Gewicht ist auf die ausdrückliche Anordnung des Erblassers zu legen, daß seine Ehefrau zum Verkauf von Haus und Geschäft die Zustimmung des Hausbesizers M. einholen und dem Notar sowie dem Grundbuchamt nachweisen müsse. Das Berufungsgericht wird dieser Bestimmung nicht gerecht. Es meint: hätte der Erblasser damit gerechnet, daß M. nicht allzulange nach ihm sterben würde und daß der Krieg und die Inflation die Wertung des Grundstücks um ein Jahrzehnt hinauszögern könnten, dann hätte er die Anordnung nicht getroffen oder vorsichtiger gefaßt. Dabei übersieht der Vorderrichter, daß, wie schon hervorgehoben, der

Erblasser im Nachtrag zum Testament in Verbindung mit dem Schlußsatz in § 2 des letzteren damit gerechnet hat, der Verkauf werde sogar im Jahre 1925 noch nicht bewirkt sein. Außerdem ist die Darlegung des Berufungsgerichts nicht schlüssig, daß der Erblasser eine Anordnung der bezeichneten Art nicht getroffen haben würde, wenn er die Schwierigkeit der wirtschaftlichen Verhältnisse in der Nachkriegszeit gekannt hätte. Wenn die Anordnung, wie das Berufungsgericht meint, lediglich eine Sicherungsmaßnahme war, dann sollten die übrigen Erben zum mindesten gegen eine ungünstige Veräußerung des Hauptbestandteils des Nachlasses geschützt werden. Damit würde es nicht im Widerspruch stehen, daß der Erblasser seiner Ehefrau Vertrauen entgegengebracht hat; wie aus den Darlegungen des Berufungsgerichts an anderer Stelle hervorgeht, besitzt die Erstbeflagte offenbar keine erheblichen wirtschaftlichen Kenntnisse und Erfahrungen. Die fragliche Anordnung steht neben der der Beklagten eingeräumten Verfügungsbefugnis; der Erblasser hat die Anordnung in besonders scharfer Form trotz des seiner Frau entgegengebrachten Vertrauens für nötig gehalten. Das Berufungsgericht irrt, wenn es die erwähnte Anordnung als eine Verfügung im Sinne von § 2085 BGB. ansieht; es kann sich nur um eine Anordnung aus § 2216 Abs. 2 handeln, wenn nicht in dieser Anordnung die Bestellung eines Testamentsvollstreckers liegt. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, kann nur im Wege der Auslegung festgestellt werden (Pland-Flad Bem. 1 zu § 2224; RDB. Bd. 14 S. 301, 302). Entgegen der Annahme der Revisionsbeflagten ergibt sich aus den Schlüsselausführungen des Berufungsgerichts deutlich, daß keine Bestellung des M. zum Mittestamentsvollstrecker vorliegt. Das ist nicht rechtsirrtümlich. Andererseits ist zu beachten, daß der Erblasser angeordnet hat, der Testamentsvollstrecker müsse die Zustimmung des M. zum Verkauf nicht nur einholen, sondern auch dem Notar und dem Grundbuchamt nachweisen. Ob die Unmöglichkeit dieses Nachweises den Verlust der Befugnis zur Verfügung des Testamentsvollstreckers über das Grundstück zur Folge hat, ist im Wege der Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln. Wird der Verlust dieser Befugnis verneint, so ist folgendes zu erwägen:

Einmal hätte die Erstbeflagte von dem in § 2216 Abs. 2 Satz 2 BGB. ausgedrückten Rechtsgedanken aus das Nachlassgericht um Stellungnahme angehen müssen. Aber auch wenn man nicht soweit gehen

will, wäre die Rechtslage damit noch nicht zu ihren Gunsten zu beurteilen. Es besteht allerdings nicht unbedingt eine Verpflichtung des Testamentvollstreckers, den Erben von der Ausführung einer letztwilligen Verfügung gemäß § 2203 BGB. vorher Anzeige zu erstatten. Wenngleich die Auskunftspflicht bevorstehende Geschäfte mitumfaßt (Pland-Flad Bem. 2b zu § 2218; Prot. II Bd. 5 S. 315), so ist der Testamentvollstrecker nach den §§ 2218, 666 BGB. immerhin verpflichtet, die erforderlichen Nachrichten zu geben, also auch ohne Aufforderung (FfW. 1916 S. 673 Nr. 4; Recht 1920 Nr. 2372). In der zweiten Kommission war ursprünglich eine solche Anzeigepflicht in Beziehung auf Vermächtnisse und Auflagen beschlossen worden. Davon wurde später wieder abgegangen. Es wurde ermogt, daß sich ein gewissenhafter Testamentvollstrecker bei Bedenken gegen die Ausführung der letztwilligen Verfügung von selbst zuvor mit den Erben ins Benehmen setzen würde. Auch wurde betont, daß ein Testamentvollstrecker auch ein Berater der Erben sein solle und daß zwischen ihm und den Erben volles gegenseitiges Vertrauen herrschen müsse (Prot. II Bd. 5 S. 271). Im vorliegenden Fall war die in besonders scharfer Form vom Erblasser angeordnete Sicherung der Erben gegen einen unzumutbaren Verkauf unausführbar geworden. Dann war es eine selbstverständliche Pflicht des Testamentvollstreckers, die Erben mit Rücksicht auf die veränderte Sachlage (vgl. RGKomm. Bem. 2 zu § 666) zum mindesten über den beabsichtigten Verkauf zu hören. Das gilt aber ganz besonders gegenüber den Kindern des Erblassers aus erster Ehe, wenn das Grundstück den Kindern der Testamentvollstreckerin aus der zweiten Ehe des Erblassers zugewendet werden sollte. Eine Meinungsverschiedenheit zwischen der Testamentvollstreckerin und den Erben hätte sodann im Rechtswege zur Entscheidung gebracht werden können (RGZ. Bd. 73 S. 28), wenn die erstere es nicht vorgezogen hätte, die Auseinandersetzung zwischen den Erben gemäß § 2204 nach §§ 2042 bis 2056 BGB. unter Einbeziehung des Grundstücks zu bewirken. Auch dann hätte einer Überlassung des Grundstücks an den Zweit- und den Drittbelegten, welche Miterben waren, nichts im Wege gestanden, falls die Erben sich über den Preis geeinigt hätten. Andernfalls wäre nach § 753 BGB. die Zwangsversteigerung des Grundstücks in Betracht gekommen, wobei diese beiden Mitbelegten ihr besonderes Interesse am Grundstück hätten geltend machen können.

Ob der von ihnen bewilligte Kaufpreis die angemessene Vergütung für die Überlassung des Grundstücks war, hätte sich dann leicht feststellen lassen. In diesem Zusammenhang kann der von der Klägerin hervorgehobene Gesichtspunkt jedenfalls Anspruch auf Nachprüfung machen, ob sich die Bestimmung über die Verfügungsbefugnis der Erstbeklagten nur auf den Verkauf an Dritte, nicht auf den Verkauf an Miterben beziehen sollte.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die von der Erstbeklagten eingeholten Gutachten zweier Sachverständiger über den Wert des Grundstücks den Verkauf als sachgemäß erscheinen ließen, selbst wenn der Wert von den Sachverständigen zu gering geschätzt worden sei, trifft, wie bemerkt, nicht den Kern der Frage. Aber auch soweit die Höhe des Kaufpreises in Betracht kommt, ist die Ausführung des Berufungsgerichts in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Es ist dabei zu berücksichtigen, daß solchen Schätzungen von Sachverständigen regelmäßig allgemeine Grundsätze zugrunde gelegt werden, bei denen nicht immer die Möglichkeit gegeben ist, daß sie sofort den veränderten Verhältnissen angepaßt werden können. Die Klägerin hat unter Beweis gestellt, daß die Grundsätze, nach denen die Sachverständigen verfahren, im Jahre 1925 zweimal, und zwar zum erstenmal im Mai 1925 für die Zeit vom Beginn des Jahres 1925 ab, geändert worden seien. Andererseits ist bei einem derartigen Verfahren eine gewisse schematische Behandlung der Angelegenheit nicht immer zu vermeiden. Daraus folgt, daß im Falle der Ausbietung des Grundstücks zum Verkauf die Erzielung eines über die Schätzung hinausgehenden Kaufpreises sehr wohl möglich ist. Ob die Einholung von Gutachten ausreicht, um den Testamentvollstrecker gegen den Vorwurf wegen der Höhe des Preises zu sichern, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. In dieser Beziehung kommt neben den bereits erörterten Bedenken weiter in Betracht, daß kurz vor dem Verkauf eine Hypothek von 20000 M. von einem Gläubiger gewährt worden ist, von dem angenommen werden kann, daß er vorher den Wert des Grundstücks genau geprüft hat. Die Klägerin hatte darauf hingewiesen, aus der Gewährung eines Darlehens in dieser Höhe folge ohne weiteres, daß der Wert des Grundstücks über den Betrag von 25000 RM. hinausgehe. Es war unter Beweisanztritt behauptet, daß alle Beklagten der Hypothekengläubigerin mitgeteilt hätten, das Haus sei im Jahre 1914 auf 119050 M. geschätzt worden, und der

damalige Wert (1925) auch nur um einen Bruchteil geringer sei. Dazu hat das Berufungsgericht nicht Stellung genommen. Das Urteil läßt auch eine Prüfung der Aussage des Zeugen J. vermissen, wonach im schriftlichen Antrag der Erstbeklagten auf Bewilligung der Hypothek angegeben ist, daß der gemeine Friedenswert 112000 M., die Friedensmiete 9200 M. und der Feuerkassenwert 127000 M. betrage. Ohne Stellungnahme zu allen diesen Umständen in ihrem Zusammenhang konnte das Berufungsgericht nicht feststellen, daß kein Mißbrauch der Befugnisse des Testamentsvollstreckers vorliege, daß die Erstbeklagte vielmehr als gewissenhafte Vollstreckerin des letzten Willens ihres Ehemanns rechtzeitig Schritte getan habe, um die Auszahlung der Erbteile zu ermöglichen.

Dazu kommt, daß auch die Beurteilung der Aufnahme der Hypothek selbst Bedenken unterliegt und die Sachlage nicht erschöpft. Das Berufungsgericht meint, daß die Beleihung besonders umsichtig und klug gewesen sei, um die Ablösung der der Aufwertung unterliegenden Hypotheken zu ermöglichen, und daß die Behauptung, der nach dem Kaufvertrag bar zu zahlende Betrag sei aus dem Hypothekenskapital gezahlt, durch nichts erwiesen sei. Nach den Feststellungen des Vorderrichters ist zur Ablösung der Hypothek ein Betrag von noch nicht 10000 RM. verwendet worden, während eine Hypothek von 20000 GM. aufgenommen worden ist. Daß die Käufer durch die ihnen als Miterben auf diesem Wege zugeflossenen Geldmittel in den Stand gesetzt worden sind, die nach dem Kaufvertrag zu bewirkenden Leistungen mindestens zu einem wesentlichen Teil aufzubringen, ergibt der Auseinandersehungsplan und kann nach dem vorliegenden Sachverhalt nicht bezweifelt werden. Die Beklagten haben selbst vorgebracht, daß die Hypothek gerade in Höhe von 20000 GM. gebraucht worden sei, um die Erbauseinandersehung vornehmen zu können. Es drängt sich andererseits die Frage auf, warum gerade nach der Aufnahme der Hypothek der Verkauf an zwei Miterben beschleunigt werden mußte, während nunmehr der Auseinandersehung zwischen den Miterben unter Einbeziehung des Grundstücks nach § 2204 BGB. anscheinend nichts im Wege gestanden hätte. Inwiefern der Verkauf die reibungslose Vornahme der Auseinandersehung ermöglichen sollte, wie die Beklagten meinen, ist nicht ersichtlich. Nach dem bisherigen Vorbringen der Klägerin, das in der Revisionsinstanz mangels hinreichender Feststellungen als richtig unterstellt werden muß, besteht die

Möglichkeit, daß die Kinder des Erblassers aus erster Ehe vor eine vollendete Tatsache gestellt worden sind und an einem Widerspruch gegen den Verkauf zu dem angegebenen Preise verhindert werden sollten.

Neben dem den Vertragsgegnern bekannten oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt gebliebenen Mißbrauch der Vollmacht kommt der Klagegrund des § 138 Abs. 1 BGB. in Betracht. Der rechtlichen Nachprüfung hält die Ausführung des Berufungsgerichts nicht stand, daß, falls der Erstbeklagten vor oder bei Vertragschluß persönliche Vergünstigungen zugesichert oder gewährt worden sind, dies höchstens in Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflicht geschehen sei. Einmal hatten die Beklagten selbst keine solche Behauptung aufgestellt, sondern die Gewährung irgendwelcher Sondervergünstigungen an die Erstbeklagte bestritten. In der Revisionsinstanz haben die Beklagten zur Begründung ihrer Auffassung von der Unzulässigkeit der Feststellungsfrage sogar vorgetragen, es bestche keinerlei Anhalt dafür, daß die Erstbeklagte den etwaigen Zahlungsanspruch der Klägerin nicht befriedigen könne, wenn dazu nicht das Grundstück zur Verfügung stehe. Sodann läßt die Begründung des Berufungsgerichts eine Vorwegnahme des Ergebnisses des von der Klägerin für ihre Behauptungen angetretenen Zeugenbeweises erkennen. Dafür, daß die Voraussetzungen der gesetzlichen Unterhaltspflicht überhaupt vorliegen, führt das angefochtene Urteil keinerlei Umstände an. Erst wenn der von der Klägerin behauptete und von den Beklagten bestrittene Sachverhalt festgestellt worden ist, kann geprüft werden, aus welchem Beweggrunde die Vergünstigung gewährt wurde. Es ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß der Abschluß eines Vertrags durch einen Bevollmächtigten im Einverständnis mit dem Vertragsgegner als gegen die guten Sitten verstößend und deshalb nichtig anzusehen ist (§ 138 Abs. 1 BGB.), wenn der Bevollmächtigte dafür ein Geschenk erhält. Regelmäßig wird die Nichtigkeit schon dann anzunehmen sein, wenn der Vertragsabschluß auf dieses Geschenk zurückzuführen ist, mag auch dem Vollmachtgeber ein an sich ausreichender Betrag zufließen (vgl. RG. im Recht 1923 Nr. 853 und dortige Nachweisungen, sowie RG. in Jur. Absh. 1925 Nr. 989).