

34. 1. Ist der zum Testamentvollstrecker ernannte Miterbe auch zu solchen Verfügungen über Nachlassgegenstände befugt, die in seinem Interesse liegen?

B.G.B. §§ 2203. 2204. 2205. 2208.

2. Ist, wenn von zwei ernannten Testamentvollstreckern der eine durch rechtliche, in seiner Person liegende Gründe dauernd verhindert ist, bei einem den Nachlaß betreffenden Rechtsgeschäfte mitzuwirken, der andere allein zum Abschlusse des Rechtsgeschäfts befugt?

B.G.B. § 2224.

3. Ist der Testamentvollstrecker befugt, einen anderen als Vertreter zu bestellen mit der Ermächtigung, in des Testamentvollstreckers Namen mit sich selbst als Bevollmächtigtem der Erben die Auflassung von Nachlaßgrundstücken zu erklären?

B.G.B. §§ 181. 2204. 2042—2056.

V. Zivilsenat. Beschl. v. 28. Juni 1905 in der Grundbuchsache, betr. das Grundbuchbl. 487 der Stadt Leipzig. Beschw.-Rep. V. B. 143/05.

I. Amtsgericht Leipzig.

II. Landgericht daselbst.

Obige drei Fragen sind bejaht aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

„Die am 12. August 1902 gestorbene Frau F. hat durch Testament sechs von ihren Kindern zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt, ihrem siebenten Kinde (Frau v. A.) den Pflichtteil als Vermächtnis hinterlassen und die beiden Beschwerdeführer, von denen der Domherr Dr. B. Miterbe, der Kaufmann und Mittergutsbesitzer

Pl. Ehemann einer Miterbin ist, zu Testamentsvollstreckern ernannt, mit der Bestimmung, daß sie gemeinsam alles ordnen sollten, bei Meinungsverschiedenheiten aber der Domherr B. die entscheidende Stimme haben solle. Eine Miterbin, die geisteskranke Witwe B., wird vom Rechtsanwalt Dr. W. bevormundet. Die übrigen Erben, die Vermächtnisnehmerin und die beiden Testamentsvollstrecker haben den Rechtsanwalt Dr. W. zu ihrer Vertretung bei der Auflassung des zum Nachlasse gehörigen Grundstücks Stadt Leipzig Pl. 487 bevollmächtigt, ihn insbesondere auch ermächtigt, in ihrem Namen mit sich selbst Rechtsgeschäfte abzuschließen. Unter Zustimmung sämtlicher Beteiligten hat nach Angabe des Rechtsanwalts Dr. W. die Auseinandersetzung über den Nachlaß stattgefunden. Ob die vom Vormunde der Witwe B. dabei abgegebenen Erklärungen vom Vormundschaftsgerichte genehmigt worden sind, erhellt nicht. Dr. W. hat demnächst zu notariellem Protokolle vom 14. Januar 1905 in Ausführung der Auseinandersetzung namens der Testamentsvollstrecker das Nachlaßgrundstück der Vermächtnisnehmerin (Frau v. A.) zu  $\frac{1}{8}$ , jedem der sechs Erben zu  $\frac{1}{48}$  aufgelassen und die Auflassung namens der Beteiligten angenommen. Das Grundbuchamt lehnte die auf Grund der Auflassung beantragte Eintragung der Eigentumsänderung ab, weil der Testamentsvollstrecker B. als Miterbe nicht befugt sei, sich selbst einen Bruchteil des Grundstücks aufzulassen, und weil auch dem anderen Vollstrecker die Befugnis fehle, seiner Frau (einer Miterbin) einen Bruchteil aufzulassen. Die gegen diesen Beschluß erhobene Beschwerde wurde vom Landgericht als unbegründet zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht in D. möchte der erhobenen weiteren Beschwerde stattgeben, findet sich aber daran durch den Beschluß des Kammergerichts vom 10. März 1902 (R. S. N. Bd. 8 S. 101 flg.) behindert. Es hat die weitere Beschwerde unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Reichsgericht nach § 79 Abs. 2 G. B. D. vorgelegt.

Die weitere Beschwerde ist begründet.

Das Kammergericht nimmt in dem erwähnten Beschlusse im Einklange mit der Entsch. des R. G.'s in Zivils. Bd. 57 S. 432 flg. an, daß zur Umwandlung des Gesamteigentums von Miterben in Bruchteilseigentum der einzelnen Erben Auflassung erforderlich sei. Es nimmt ferner an, daß der Testamentsvollstrecker an sich die Befugnis habe, die Auseinandersetzung unter den Erben nach den Anordnungen des

Erblässers vorzunehmen und namentlich die Auflassung der Bruchteile an die einzelnen Erben ohne deren Mitwirkung zu erteilen; es meint aber, daß eine andere rechtliche Beurteilung einzutreten habe, wenn der Testamentvollstrecker zugleich Miterbe ist. Denn der Testamentvollstrecker, der vom Willen der Erben unabhängig die Rechte und Pflichten habe, die sich nach dem Willen des Erblässers und nach dem Gesetz aus der Vollziehung des Testaments ergäben, habe eine privatamtliche Stellung, und diese dürfe er nicht in seinem eigenen Interesse ausüben, es sei denn, daß der Erblasser ihn dazu ermächtigt habe. Fehle es an einer solchen Ermächtigung, so sei der Testamentvollstrecker, der gleichzeitig Miterbe ist, von der Vornahme der Erbteilung mit Wirkung gegen und für die Erben ausgeschlossen. Das Oberlandesgericht in D. weicht von dem Beschlusse des Kammergerichts nur insofern ab, als es annimmt, daß ein Erblasser, der einen Miterben zum Testamentvollstrecker ernennt, damit deutlich zu erkennen gebe, der Vollstrecker solle alle zur Vollziehung des letzten Willens erforderlichen Rechtshandlungen vornehmen. Dies gelte um so mehr, wenn der Erblasser, wie hier, den Vollstrecker zu allen Anordnungen ermächtigt habe. Demnach sei der Testamentvollstrecker zu den (dem Willen des Erblässers und dem Gesetz entsprechenden) Verfügungen auch zu seinen Gunsten ermächtigt, wenn der Erblasser ihn davon nicht ausgeschlossen habe. Danach sei die vom Kammergericht verlangte besondere Ermächtigung nicht erforderlich.

Das Kammergericht hält in verschiedenen Entscheidungen an dem Grundsatz fest, daß der zum Testamentvollstrecker berufene Miterbe nicht zu Verfügungen im eigenen Interesse befugt sei; er könne nicht einen Anteil am Nachlaßgrundstücke sich selbst, die übrigen den anderen Erben auflassen (R. I. A. Bd. 3 S. 101. 167). Ebensovienig könne er auf Grund seiner Quittung und Löschungsbewilligung die Löschung einer auf seinem eigenen Grundstücke lastenden Nachlaßhypothek herbeiführen (R. I. A. Bd. 3 S. 44). Das Oberlandesgericht in C. (Rechtspr. der O. L. G. Bd. 4 S. 437) hat dagegen angenommen, daß der Testamentvollstrecker als Miterbe sich selbst Nachlaßgrundstücke auflassen könne. Beide Gerichte und auch das Oberlandesgericht in D. gehen davon aus, daß der Testamentvollstrecker eine amtliche Stellung habe. Daraus folgt aber nicht, daß ihm jede Verfügung über Nachlaßgegenstände zu seinen eigenen Gunsten ver-

wehrt ist; auch solche Verfügungen kann er treffen, sofern sie ihm nicht nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers oder des Testators verboten sind. Die Frage, ob in einem konkreten Falle der Testator es gestattet habe, ist, wenn dieser keine besondere Bestimmung getroffen hat, Sache der Auslegung des Testaments und kann in der weiteren Beschwerdeinstanz nicht entschieden werden. Dagegen ist die Nachforschung nach dem Willen des Gesetzgebers und dem sich aus diesem für alle Fälle ergebenden Willen des Erblassers (abstrakte Auslegung) der Nachprüfung des Gerichts der weiteren Beschwerde nicht entzogen. Das Kammergericht weist nun selbst in seinem Beschlusse vom 28. März 1904 (R. J. A. Bd. 4 S. 185 flg.) zutreffend darauf hin, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Übertragung des Testamentvollstreckeramts an einen Miterben nicht verboten habe, und daß, wenn der Erblasser einen solchen zum Vollstrecker bestellt habe, diesem grundsätzlich alle Befugnisse zustehen, die das Gesetz dem Testamentvollstrecker überhaupt beilegt. Nach §§ 2203—2205 ist der Testamentvollstrecker verpflichtet, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, insbesondere die Auseinandersetzung unter Miterben zu bewirken, und berechtigt, über die Nachlassgegenstände entgeltlich zu verfügen. Diese Rechte hat der Vollstrecker nicht, soweit anzunehmen ist, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen (§ 2208 Abs. 1 Satz 1 B. G. B.). Die Regel geben die §§ 2203—2205; der § 2208 stellt eine Ausnahme dar, deren Voraussetzung besonders nachzuweisen ist. Etwas Abweichendes ist vom Bürgerlichen Gesetzbuche für den Fall, daß ein Miterbe zum Vollstrecker bestellt ist, nicht bestimmt. Auch in solchem Falle muß ein abweichender Wille des Erblassers erhellen, um die Regel auszuschließen. Das Kammergericht (R. J. A. Bd. 4 S. 186) meint zwar, daß durch die §§ 2203 flg. die sich aus dem Wesen des Testamentvollstreckerinstituts ergebende Unzulässigkeit der Verfügung zu eigenem Nutzen nicht berührt werde; aber es nimmt doch selbst an, daß der Erblasser den Vollstrecker auch dazu ermächtigen könne. Liegt nun aber nach dem Gesetz, das den abstrakt anzunehmenden Willen des Erblassers regelt, die Auseinandersetzung der Erben und die Verfügung über Nachlassgegenstände in den Befugnissen jedes Vollstreckers, so müssen, auch wenn ein Miterbe zum Vollstrecker bestellt ist, besondere Umstände vorliegen, aus

denen ein abweichender Wille des Erblassers erhellt. Das ist aber nach den Beschlüssen der Vorinstanzen hier nicht der Fall. Darüber, daß die Auflassung innerhalb der Schranken des Gesetzes und des Willens der Erblasserin liegt, sind Bedenken nicht vorgetragen. Wollten die Testamentvollstrecker ihrer Pflicht, die Auseinanderfegung der Erben zu bewirken, nachkommen, so mußten sie sich den ihnen (bzw. der Frau des einen von ihnen) zukommenden Bruchteil am Nachlaßgrundstück auflassen. Damit nahmen sie sowohl ihr Interesse, als auch das der Miterben und der Vermächtnisnehmerin wahr. Der Fall einer eigentlichen Interessentollision liegt nicht vor. Liegt ein solcher Fall vor, dann kann der Testamentvollstrecker nicht verfügen, gleichviel ob er Miterbe ist oder nicht.

Schon diese Gründe führen zur Aufhebung der beiden Vorentscheidungen und dazu, das Grundbuchamt anzuweisen, den Anträgen im Auflassungsprotokolle vom 14. Januar 1905 stattzugeben, falls nicht andere Bedenken entgegenstehen, als die im Beschlusse vom 18. Januar 1905 angegebenen.

Aber auch auf einem anderen Wege gelangt man zu demselben Ergebnisse. Im vorliegenden Falle sind zwei Testamentvollstrecker bestellt. Das Oberlandesgericht in D. nimmt an, daß die Herbeiführung der Auseinanderfegung durch sie ausgeschlossen sei, wenn einer von ihnen dazu unfähig sei. Diese Ansicht läßt sich mit dem § 2224 B.G.B. nicht vereinigen. Nach diesem führen die mehreren Vollstrecker das Amt gemeinschaftlich; wenn aber einer von ihnen wegfällt, so führen die übrigen das Amt allein. Die gleiche Befugnis, die dem einen Vollstrecker bei gänzlichem Wegfall des anderen zusteht, muß ihm folgerichtig auch da zugesprochen werden, wo es sich um den Abschluß eines Rechtsgeschäfts handelt, an dem der andere in seiner Eigenschaft als Testamentvollstrecker mitzuwirken durch rechtliche, in seiner Person liegende Gründe dauernd verhindert ist (Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 58 S. 299). Nach der Ansicht des Kammergerichts (R.F.A. Bd. 4 S. 187) ist der Testamentvollstrecker nur insoweit an Verfügungen, die die Ausführung einer Erbauseinanderfegung bezwecken, behindert, als die Verfügungen zu seinen Gunsten wirken würden. Er kann den anderen Erben die ihnen angewiesenen Anteile an Hypotheken oder an Grundstücken wirksam übereignen; nur er selbst darf sich seine Anteile nicht zu-

weisen. Nimmt man nun selbst mit dem Kammergericht an, daß der Domherr Dr. B. als Miterbe sich seinen Anteil am Nachlaßgrundstücke nicht habe auflassen dürfen, und geht man sogar so weit (wie das Grundbuchamt), daß auch der andere Testamentvollstrecker Bl. nicht befugt gewesen sei, seiner miterbenden Frau ihren Anteil am Nachlaßgrundstücke aufzulassen, so war doch dieser befugt, in seiner Eigenschaft als Testamentvollstrecker jenem die Auflassung zu erteilen, und nicht weniger jener befugt, der Frau Bl. ihren Anteil am Nachlaßgrundstücke aufzulassen. Beide Testamentvollstrecker haben den Rechtsanwalt Dr. W. nach dessen vom Grundbuchamte noch nachzuprüfender Erklärung im Auflassungsprotokolle zur Auflassung bevollmächtigt. Ist dies der Fall, dann steht der Annahme nichts entgegen, daß jeder der beiden Testamentvollstrecker durch den Mund des gemeinsamen Bevollmächtigten die Erklärungen abgegeben hat, bezüglich deren eine rechtliche Behinderung der anderen in Frage steht. Soweit die Testamentvollstrecker Auflassungserklärungen für die bevormundete Frau B. abgegeben haben, bedarf es nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Planck, Bd. 5 S. 383 oben und S. 396 oben). Nur dann ist eine solche gegenseitige Vertretung der Testamentvollstrecker unzulässig, wenn der Erblasser abweichende Bestimmungen getroffen hat (§ 2224 Abs. 1 Satz 3). Eine solche Bestimmung liegt an sich nicht darin, daß bei Meinungsverschiedenheit der eine der Testamentvollstrecker die entscheidende Stimme haben solle; nur dann würde sie als vorliegend angenommen werden können, wenn erhellte, daß der rechtlich behinderte Vollstrecker bei Nichtbehinderung anderer Meinung gewesen sein würde, als der andere Vollstrecker. Anzeichen hierfür hebt das Grundbuchamt nicht hervor; das wäre aber um so mehr geboten gewesen, als die Auflassung offensichtlich dem Willen der Erblasserin entspricht.

Auch die vom Grundbuchamte hinsichtlich der Auflassung an die Vermächtnisnehmerin (Frau v. A.) erhobenen Bedenken erscheinen nicht begründet. Die Testamentvollstrecker haben den Rechtsanwalt Dr. W. bevollmächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen der von ihm Vertretenen mit sich selbst oder als Vertreter von Dritten abzuschließen (§ 181 B.G.B.). Das Grundbuchamt meint, die Testamentvollstrecker hätten mangels besonderer Ermächtigung im Testamente selbst nicht die Befugnis des sog. Selbstkontrahierens, könnten also auch eine

solche Befugnis nicht übertragen. Der § 181 B.G.B., der voraussetzt, daß ein Vertreter mit sich selbst oder mit einem anderen, den er ebenfalls vertritt, ein Rechtsgeschäft vornimmt, findet auf den Testamentsvollstrecker keine Anwendung. Dieser ist, wie im Beschluß des Kammergerichts vom 10. März 1902 (R.F.N. Bd. 3 S. 101) und vom VII. Zivilsenat des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 56 S. 330) überzeugend dargelegt ist, nicht Vertreter der Erben, sondern übt seine Befugnisse zu eigenem Rechte aus. Wenn er die Auseinandersetzung der Erben nach den §§ 2204, 2042—2056 B.G.B. bewirkt, schließt er überhaupt kein Rechtsgeschäft mit anderen ab, sondern er vollstreckt den Willen des Erblassers; er übt sein Amt aus und ist dabei an den Willen der Erben nicht gebunden (Pland, Bd. 5 S. 396 Bem. 1 u. 2e). Soll in Ausführung der Auseinandersetzung eine Auflassung vorgenommen werden, so bedarf es freilich der Mitwirkung der Erben; niemand kann ohne seine Zustimmung als Eigentümer eingetragen werden. Aber auch bei der Auflassung handelt der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, sondern kraft eigenen Rechts, und er verhandelt mit den Erben, kann also auch schon deshalb nicht deren Vertreter sein. Somit fehlt es an den Voraussetzungen des § 181 B.G.B., und daher steht nichts im Wege, daß er einen anderen als Vertreter bestellt mit der Befugnis, in seinem — des Testamentsvollstreckers — Namen mit sich als Bevollmächtigtem der Erben den Auflassungsvertrag zu schließen. Dies scheint das Grundbuchamt auch nicht zu verkennen; aber zu Unrecht verneint es die Befugnis der Testamentsvollstrecker, einem Dritten dieselbe Ermächtigung zur Auflassung an die Vermächtnisnehmerin zu erteilen. Auch hier treffen die eben erörterten Grundsätze zu. Die Vermächtnisnehmerin (Frau v. A.) und ihr Mann haben dem Rechtsanwalt Dr. W. die Ermächtigung zum Selbstkontrahieren erteilt. Soweit der eine Testamentsvollstrecker als Miterbe, der andere als Mann einer Miterbin in Betracht kommt, kann von einem Selbstkontrahieren nicht die Rede sein, da jeder von ihnen dem anderen aufgelassen hat.“