

79. 1. Darf bei Vorlegung eines ordnungsmäßigen aber erloschenen Testamentvollstreckergewisses der Dritte geltend machen, daß er sich im Irrtum über den Eintritt der Tatsachen befunden habe, die die Beendigung des Amtes zur Folge hatten?

2. Darf bei Überschreitung oder Mißbrauch der Verwaltungsbefugnisse des Testamentvollstreckers der Dritte sich auf seinen guten Glauben berufen, wenn er beides infolge von Fahrlässigkeit nicht erkannt hat? Ist zum Ausschlusse des guten Glaubens grobe Fahrlässigkeit erforderlich?

BGB. §§ 2368, 2366, 2205, 2206, 122 Abs. 2.

V. Zivilsenat. Urf. v. 10. Dezember 1913 i. S. W. u. Gen. (Kf. u. Widerbess.) w. Kreditbank in Altona (Bess. u. Widerf.). Rep. V. 303/13.

I. Landgericht Altona.

II. Oberlandesgericht Kiel.

Die Kläger sind die Söhne des 1903 verstorbenen Rechtsanwalts und Notars We. In einer letztwilligen Verfügung vom 15. Januar 1902 hatte dieser seine Ehefrau als Vorerbin und die beiden Kläger als Nacherben mit der Bestimmung eingesetzt, daß Justizrat Dr. Wä. nach seinem Tode den Nachlaß als Testamentvollstrecker in Verwaltung nehmen und auch nach dem Tode der Vorerbin, der 1907 eingetreten ist, nach seinem pflichtmäßigen Ermessen die Verwaltung des Erbteils des Sohnes Otto ganz oder teilweise, jedoch nicht über das vollendete 30. Lebensjahr hinaus, fortsetzen solle. Zum Nachlasse gehörte ein Grundstück in A., auf dem für die St. Pauli-Kreditbank in H. eine Hypothek von 16000 M haftete. Der Erblasser hatte die Hypothek zwar bezahlt, aber sich keine Löschungsbewilligung erteilen lassen und den Hypothekenbrief in den Händen der Bank belassen.

Im November 1910 nahm Wä., der eine Reihe von Vermögensmassen verwaltete und wegen Veruntreuungen im Dezember 1911 verhaftet und verurteilt wurde, bei der Beklagten ein Bankdarlehen von rund 70000 M auf und verpfändete dafür durch Sicherungsübereignung die vorerwähnte We.'sche Eigentümergrundschuld von 16000 M, die er durch die St. Pauli-Kreditbank der Beklagten abtreten ließ, sowie Hypotheken zweier anderer Nachlassmassen, nämlich, wie die Beklagte angegeben hat, sieben Hypotheken eines Nachlasses W. von zusammen 49620 M und die Hypothek eines unbenannten Nachlasses von 4200 M, zusammen also 69820 M. Er gab an, daß er zur Ausschüttung „in einer Nachlasssache“, oder, wie das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten angenommen hat, „in Nachlasssachen“ flüssiger Mittel bedürfe, und ließ sich den Darlehnsbetrag, der nach Abzug von Zinsen in Höhe von 69441,80 M seinem persönlichen Konto gutgeschrieben wurde, „der bequemeren Abfindung wegen“ in  $3\frac{1}{2}\%$  preußischen Staatsanleihe Scheinen im Nennwerte von 74000 M

ausshändigen. Mit dem Anschaffungswerte dieser Papiere wurde sein persönliches Konto belastet.

Die Kläger, die Mitte 1911 von der Abtretung der Grundschuldb Kenntnis erlangten, ließen sich am 12. Juni 1911 von Wä. Hypotheken und andere Wertgegenstände abtreten, die sich aber als völlig wertlos erwiesen. Als ihnen am 19. Juli 1911 die Beklagte die Hypothek kündigte, versprachen sie in zwei Schreiben je die Hälfte von 8000 *M* am 19. Januar 1912 zu zahlen. Diesem Versprechen, das sie in der irrigen Annahme einer Verpflichtung erteilt haben wollten, sind die Kläger aber nicht nachgekommen, sondern haben sowohl das Versprechen, als auch die Grundschuld zurückgefordert. Sie haben mit dem Antrage geklagt, die Beklagte zur Löschung zu verurteilen, und zur Begründung geltend gemacht, daß beim Mangel irgendeines Gegenwerts für die Masse eine unentgeltliche, unter Mißbrauch der Vertretungsmacht zu eigenem Nutzen vorgenommene Verfügung des Testamentsvollstreckers vorliege, auf die sich die Beklagte nicht berufen könne, weil ihr grobe Nachlässigkeit zur Last falle. Die Beklagte hat jede Fahrlässigkeit in Abrede gestellt. Sie will, auch bei der Buchung auf dem persönlichen Konto Wä.'s, in üblicher Weise vorgegangen sein, bei der St. Pauli-Kreditbank angefragt und das Testamentsvollstreckerzeugnis eingesehen haben. Daß Wä. Hypotheken aus drei Nachlassmassen zu gleicher Zeit beliehen habe, sei ihr bei dem unbegrenzten Vertrauen, das ihr Mitglied Wä. sowohl bei ihr, als auch allgemein genossen habe, nicht aufgefallen. Die Beklagte hat sich ferner auf das nachträgliche Anerkenntnis und Zahlungsverprechen der Kläger berufen und widerklagend persönliche Darlehens- sowie Grundschuldbklage mit dem Antrag erhoben, die Kläger als Gesamtschuldner zur Zahlung von 16000 *M* nebst Zinsen auch bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verurteilen.

Das Landgericht wies die Klage ab und gab der Widerklage statt. Das Oberlandesgericht änderte auf die Berufung der Kläger nur bei der Widerklage und wies die persönliche Klage der Beklagten ab, im übrigen wies es zur Klage und Widerklage die Berufung der Kläger zurück. Auf deren Revision wurde das Berufungsurteil, soweit es zu ihrem Nachteil ergangen ist, aufgehoben, die Anschlußrevision der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat zunächst für erwiesen angenommen, daß der Testamentsvollstrecker Wä. bei der Beklagten unter Belastung seines persönlichen Kontos, wie es in solchen Fällen in den Bankkreisen Atonas üblich sei, ein einheitliches Darlehn von rund 70000 M, zwar für Rechnung einer oder mehrerer unbenannter Nachlassmassen, aber in eigenem Namen aufgenommen habe, so daß eine persönliche Schuldbverbindlichkeit des We.'schen Nachlasses oder der Kläger nicht begründet worden sei. Auch die späteren Verhandlungen mit Wä. und die Zahlungsverprechen hätten eine solche Verbindlichkeit nicht begründen können, weil sie keinen neuen Schuldgrund, insbesondere kein Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB., enthielten und überdies wegen Mangels des vermeintlichen Verpflichtungsgrundes die Rückforderung mit der Bereicherungsklage Platz greife. Die gegen diesen Teil der Entscheidung des Berufungsrichters gerichtete Anschlußrevision der Beklagten erschien nicht begründet.“ . . . (Wird näher ausgeführt.)

„In betreff der dinglichen Rechtsbeziehungen hat der Berufungsrichter ausgeführt, daß zwar nicht eine unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers im Sinne des § 2205 BGB., wohl aber ein Mißbrauch der Verwaltungsbefugnisse zu eigenem Nutzen vorliege und daß deshalb nach den Grundsätzen, die das Reichsgericht in der Entsch. Bd. 75 S. 301 aufgestellt habe, die Beklagte Rechte daraus nur dann herleiten könne, wenn ihr keine grobe Fahrlässigkeit zur Last falle. Eine solche Fahrlässigkeit sei aber nicht festzustellen. Die Darlehnsaufnahme zu Lasten des persönlichen Kontos sei üblich, die Bestimmung für Auseinandersetzungszwecke möglich, der auffällige Umstand, daß drei Nachlassmassen mit ihren Hypotheken beteiligt wurden, durch einen Zufall oder durch Abrechnung unter den einzelnen Massen erklärbar. Die Schnelligkeit, mit der der Bankverkehr sich abspiele und die eine längere Überlegung nicht zulasse, verlange wechselseitiges Vertrauen. Besonders einem Rechtsanwalt und Notar gegenüber sei dieses Vertrauen angebracht. Wenn auch Wä.'s Ansehen in Anwaltskreisen damals schon erschüttert gewesen sein möge, so liege doch nichts dafür vor, daß das Mißtrauen schon in die Bankreise gedrungen gewesen sei. Die Beklagte jedenfalls habe ihm unbegrenztes Vertrauen geschenkt.

Diese Ausführungen sind, wie die Revision mit Recht geltend gemacht hat, nicht frei von Rechtsirrtum. Zunächst ist bei Prüfung der Legitimation des Testamentsvollstreckers dem unstreitigen Inhalte des Testaments nicht gebührend Rechnung getragen worden. Danach sollte die Testamentsvollstreckung nur bis zum Tode der Vorerbin dauern, der zur Zeit der hier in Rede stehenden Vorgänge bereits eingetreten war, und sich dann nur auf den Erbteil des Klägers Otto We., bis zu dessen vollendetem 30. Lebensjahr, erstrecken. Mit Wirkung für Edgar We. bestand also gar keine Testamentsvollstreckung und sie konnte auch nicht dadurch begründet werden, daß dieser Kläger, wie vom Berufungsurteil angenommen wird, stillschweigend dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung beließ. Es konnte sich hier höchstens um Vollmacht oder auftraglose Geschäftsführung handeln und es hätte daher die Beklagte entweder Edgar We. zuziehen oder sich eine ausreichende Vollmacht vorlegen lassen müssen. Durch das Testamentsvollstreckerzeugnis (BGB. § 2368), das die Beklagte eingesehen haben will, das aber der Berufungsrichter, wie es scheint, sich nicht hat vorlegen lassen, hätte die Beklagte ohne Rücksicht auf Fahrlässigkeit (aber nicht ohne Rücksicht auf etwaige Kenntnis) nur dann gedeckt werden können, wenn das Zeugnis die testamentarischen Bestimmungen über die Dauer der Testamentsvollstreckung nicht enthalten hätte (BGB. a. a. O. und § 2366 das.). Dies ist zwar nicht gerade ausgeschlossen, aber recht unwahrscheinlich. Waren dagegen die Bestimmungen in dem Zeugnis wiedergegeben und befand sich die Beklagte etwa nur in Unkenntnis über den Eintritt des Todes der Vorerbin, so konnte sie dieser Umstand ebenso wenig schützen, wie die etwa unterbliebene Berichtigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, weil mit Beendigung der Testamentsvollstreckung auch die Beweiskraft des Zeugnisses, ohne Rücksicht auf etwa vorhandenen guten Glauben, erlischt (§ 2368 a. E. BGB., Prot. Bd. 5 S. 690 a. E., 684; Planck Anm. 9, 11 zu § 2368).

Unterstellt man aber auch eine vollgültige Vertretungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, so ist es zwar klar, daß sich die Verfügung über die Nachlassgrundschuld, da der Gegenwert nicht in den Nachlass geflossen, sondern vom Testamentsvollstrecker zu eigenem Nutzen veruntreut worden ist, soweit die Nachlassmasse in Betracht kommt, sowohl als unentgeltlich im Sinne des § 2205

VBW., als auch als grober und strafbarer Mißbrauch der Testamentsvollstreckung darstellt (Entsch. des RG.'s Bd. 51 S. 415, Bd. 74 S. 217, Bd. 75 S. 299). Es kommt aber, da es sich um ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten handelt, nicht bloß auf die objektive Rechtslage, sondern auch auf die subjektive Auffassung an, von der der Dritte zulässigerweise ausgehen durfte (vgl. Prot. 5 S. 528, 544 Anm. 3; Entsch. des RG.'s in Zivilf. Bd. 74 S. 219, Bd. 75 S. 301, Bd. 81 S. 364, auch Bd. 52 S. 99, Bd. 71 S. 219/24 und das in der Kieler Sache, Entsch. Bd. 75 S. 299, ergangene spätere Urteil vom 10. Januar 1912 V. 346/11). Insofern ist es zutreffend, wenn der Berufungsrichter geprüft hat, ob die Beklagte annehmen durfte, daß das dem Testamentsvollstrecker gewährte Darlehn mittelbar in irgendeiner Weise der Nachlassmasse zugute kommen würde, und wenn er weiter untersucht hat, ob die Beklagte den Mißbrauch der Testamentsvollstreckung erkennen konnte.

Ein Rechtsirrtum fällt aber dem Berufungsrichter hierbei schon insofern zur Last, als er die Prüfung auf etwa vorhandene grobe Fahrlässigkeit der Beklagten beschränkt hat. Wenn auch in einzelnen der vorerwähnten Urteile des Reichsgerichts mit Rücksicht auf die dort gegebene Sachlage nur von einem groben Verschulden die Rede ist, so ist doch unter dem Erkennenmüssen nach der Begriffsbestimmung des § 122 Abs. 2 VBW. jedes fahrlässige Nichterkennen zu verstehen (vgl. auch Entsch. Bd. 81 S. 366, Bd. 75 S. 301, Bd. 52 S. 99, Bd. 71 S. 219/24).

Sodann hat der Berufungsrichter den von den Klägern wiederholt betonten außergewöhnlichen Umstand nicht berücksichtigt, daß hier nicht, wie dies bei einer Nachlastteilung ordnungsmäßig zu geschehen pflegt, eine regelrechte Versilberung der Nachlassgegenstände vorgenommen, sondern eine Darlehnschuld mit neuen persönlichen Verbindlichkeiten, zum mindesten des Testamentsvollstreckers, aufgenommen worden ist, ein Umstand, der um so auffälliger wirken mußte, als drei Nachlassmassen an dieser außergewöhnlichen Maßnahme beteiligt wurden. Ferner kann die Schnelligkeit und das Vertrauen, das der tägliche Bankverkehr erfordert, nicht ohne weiteres da herangezogen werden, wo es sich um die Beleihung von Nachlasshypotheken handelt, zumal von solchen, die unter Testamentsvollstreckung stehen. Denn solche Geschäfte pflegen nicht zu den alltäglichen, schnell zu erledigenden

Bankgeschäften zu gehören. Hierbei ist, wie in dem Urteile Rep. V. 346/11 hervorgehoben worden ist, nicht blindes Vertrauen und Besorgnis, daß der andere sich beleidigt fühlen könnte, angebracht, sondern Rücksichtnahme auf die Interessen der Beteiligten und eine sorgfältige Untersuchung vonnöten. Wenn auch gegen die Annahme des Berufungsrichters nichts einzuwenden ist, daß die Buchung des Darlehns auf dem persönlichen Konto des Testamentsvollstreckers keinen Anstoß zu erregen brauchte, weil sie üblich ist und von den Untersuchungen Wä.'s noch nichts in Bankreise gebrungen war, so hätten doch die vorstehend erwähnten Umstände eingehender gewürdigt werden müssen.“ . . .