

**Der Vergütungs- und der
Aufwendungsersatzanspruch des
vermeintlichen
Testamentsvollstreckers**

Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
an der Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von Judith Krämer

2007

Erstgutachter: Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
Zweitgutachter: Prof. Dr. Michael Kort

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Januar 2008

Danksagung

Ich danke meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Rainer Kanzleiter für seine Aufgeschlossenheit gegenüber der Thematik und die geduldige Unterstützung über den gesamten Zeitraum der Bearbeitung.

Ebenso danke ich meinem juristischen Mentor, Herrn RA Martin Grimmeiß aus Neu-Ulm, der mich während meiner gesamten Ausbildung begleitet und gefördert hat und in mir das Interesse für dieses und viele andere praxisrelevante Themenkomplexe geweckt hat.

Großer Dank gilt meiner Familie, ohne deren Unterstützung der vielfältigsten Art meine Ausbildung und diese Arbeit niemals zustandegekommen wären.

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	2
Inhaltsverzeichnis	3
A. Literatur	9
B. Einleitung	28
C. Überblick über die Testamentsvollstreckung	32
I. Kurzüberblick über die geschichtliche Entwicklung	32
II. Zweck der Testamentsvollstreckung	34
III. Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers	36
IV. Die gesetzlich geregelten Grundtypen der Testamentsvollstreckung	38
1. Abwicklungsvollstreckung §§ 2203, 2204	38
2. Schlichte Verwaltungsvollstreckung § 2209 S. 1, 1.HS	39
3. Dauertestamentsvollstreckung § 2209 S. 1, 2. HS	39
4. Nacherbentestamentsvollstreckung § 2222	40
5. Vermächtnisvollstreckung § 2223	40
6. Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenkreis, § 2208 40	
V. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers	42
1. Die Vertretertheorie	43
2. Die Treuhandtheorie	45
3. Die Amtstheorie	47
4. Stellungnahme und Wertung	49
VI. Beginn und Ende des Testamentsvollstreckeramtes	56
VII. Die Ernennung der Person des Testamentsvollstreckers	57
VIII. Das Testamentsvollstreckerzeugnis § 2368	59

IX. Vergütungsanspruch des wirksam bestellten Testamentsvollstreckers	60
1. Vorrang des Erblasserwillens	61
2. Fälligkeit, Verjährung, Abtretbarkeit des Vergütungsanspruchs	63
3. Bemessung der Vergütung	64
X. Aufwendungsersatzanspruch des wirksam bestellten Testamentsvollstreckers	73
D. Das vermeintliche Testamentsvollstreckeramt	74
I. Rechtliche Gründe für die Unwirksamkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung	74
1. Nur materielle oder auch formelle rechtliche Gründe für die Unwirksamkeit des Testamentsvollstreckeramts	74
a) Formelle Fehler im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit	74
b) Sonstige Formfehler	77
c) Ergebnis	80
2. Materiellrechtliche Gründe für die Unwirksamkeit	81
3. Das Außenverhältnis des vermeintlichen Testamentsvollstreckers gegenüber Dritten	83
E. Das Innenverhältnis zwischen vermeintlichem Testamentsvollstrecker und Erben	84
I. Allgemeines	84
1. Guter Glaube als unabdingbare Voraussetzung eines Aufwendungsersatz- oder Vergütungsanspruchs	84
2. <u>Vermeintliche Testamentsvollstreckung</u> im Gegensatz zum <u>vermeintlichen Testamentsvollstrecker</u>	86
II. Differenzierung in zeitlicher Hinsicht	87
1. Anordnung der Testamentsvollstreckung ist mit Wirkung ex nunc weggefallen	87
2. Anordnung der Testamentsvollstreckung ist mit Wirkung ex tunc weggefallen	87

III. Differenzierung zwischen Aufwendungsersatz- und Vergütungsanspruch	89
F. Darstellung und Bewertung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Lösungen bezüglich des Vergütungsanspruchs eines vermeintlichen Testamentsvollstreckers	91
I. Geschäftsbesorgungsvertrag gem. §§ 675, 612, 316, 315 Abs. 2	91
1. Vertragsparteien	91
a) Der Erbe als Vertragspartner	92
b) Sonderfall: Miterbengemeinschaft gemäß §§ 2032 ff.	93
c) Bedeutung des Widerspruchs der Erben	93
ca) Instrument als Zerstörung des guten Glaubens	94
cb) Widerspruch als Willensäußerung	96
cd) Konkludenter Vertragsschluss	96
d) Der Erblasser als Vertragspartner	98
da) Rechtliche Wertung eines Widerspruchs der Erben im Fall des geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags	100
db) Bewertung des Widerspruchs als Kündigung	101
e) Überprüfung des Ergebnisses auf Wertungsgesichtspunkte	103
2. Einordnung der konkreten Kasuistik der Unwirksamkeitsgründe einer Testamentsvollstreckung in den vorgeschlagenen Lösungsweg	108
a) Anordnung der Testamentsvollstreckung war von Anfang an unwirksam	108
aa) Nichtigkeit aufgrund von Willensmängeln gemäß §§ 116 ff.	108
ab) Testierunfähigkeit des Erblassers gemäß § 2229	110
ac) Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2	111
ad) Verstoß gegen Formvorschriften gemäß § 125	112
ae) Gesetzesverstoß aufgrund der §§ 134, 2064, 2265	113
b) Ein überholendes Ereignis macht die Anordnung der Testamentsvollstreckung von vornherein unwirksam	114
ba) Anfechtung gemäß den §§ 2078 ff.	114
bb) Die Erbschaft wird ausgeschlagen	115

bc) In einer späteren letztwilligen Verfügung wird die Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgehoben	116
3. Ergebnis	119
II. Anspruch aus „culpa in contrahendo“ gemäß §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 n.F.	120
1. Darstellung des Lösungsansatzes	120
2. Darstellung der früheren Rechtslage bezüglich der Grundsätze der „culpa in contrahendo“	121
3. Änderungen durch die Schuldrechtsreform	123
4. Bewertung der Lösung	125
5. Ergebnis	127
III. „Geschäftsführung ohne Auftrag“ gemäß §§ 677 ff.	128
1. Anwendbarkeit im Rahmen des Vergütungsanspruchs	128
2. Ergebnis	131
IV. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	132
1. Darstellung der vertretenen Lösung	132
2. Einschlägiger Kondiktionstatbestand	133
3. Voraussetzungen des § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt.	134
a) Erlangtes Etwas	134
b) Etwas durch Leistung erlangt?	135
c) ohne rechtlichen Grund	136
d) Ausschlusstatbestände	138
e) Zwischenergebnis	139
f) Umfang des Bereicherungsanspruchs	139
g) Anderes Ergebnis aus den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung?	140
4. Ergebnis	143
V. Analoge Anwendung des § 2221 aufgrund von Vertrauensschutzgesichtspunkten	144
1. Darstellung der vertretenen Lösung	144
2. Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung	147
a) Der Vertrauenstatbestand	147
b) Der gute Glaube	149
c) Sonstige Voraussetzungen: Vertrauensinvestition und Kausalität	151

ca) Die Disposition oder Vertrauensinvestition	151
cb) Kausalität	151
d) Zurechenbarkeit des Rechtsscheintatbestandes	151
da) Das Veranlassungsprinzip	152
db) Das Verschuldensprinzip	155
dc) Das Risikoprinzip	157
dd) Ergebnis	160
e) Rechtsfolgen der Rechtsscheinhaftung	161
3. Bewertung der Lösung	163
VI. Zusammenfassung der Erkenntnisse	164
1. Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentvollstrecker	164
2. Anspruch aus „culpa in contrahendo“ gemäß §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 n.F.	164
3. „Geschäftsführung ohne Auftrag“ gemäß §§ 677 ff.	166
4. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	167
5. Analoge Anwendung des § 2221 aufgrund von Vertrauensschutzgesichtspunkten	168
G. Der Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentvollstreckers	169
I. Definition Aufwendungen	169
II. Aufwendungsersatzanspruch des wirksam bestellten Testamentvollstreckers nach § 2218 i.V.m. § 670	170
III. Fälligkeit, Verjährung, Vorschuss	173
IV. Spezialfall der vermeintlichen Testamentvollstreckung gemäß § 2218 i.V.m. § 674	174
V. In Rechtsprechung und Literatur vertretene Lösungsansätze in Bezug auf den Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentvollstreckers	175
1. „Geschäftsführung ohne Auftrag“ gemäß § 677 ff.	175
a) Darstellung der vertretenen Lösungen	175

b) Kritische Auseinandersetzung	177
ba) Person des Geschäftsherrn	177
bb) Fremdes Geschäft ?	178
bc) ohne Auftrag	184
bd) Wille und Interesse des Geschäftsherrn	185
c) Ergebnis bezüglich der "Geschäftsführung ohne Auftrag"	187
2. Bereicherungsrecht	188
a) erlangtes Etwas	188
b) übrige Tatbestandsmerkmale und Ausschlussgründe	189
c) Ergebnis	189
3. § 2218 analog	190
VI. Kasuistik: Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckung von Anbeginn	191
1. Nichtigkeit aufgrund von Willensmängeln gemäß §§ 116 ff.	191
2. Testierunfähigkeit gemäß § 2229 sowie Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2	192
3. Verstoß gegen Formvorschriften gemäß § 125	194
4. Gesetzesverstoß aufgrund der §§ 134, 2064, 2265	194
VII. Kasuistik: Ein überholendes Ereignis macht die Anordnung der Testamentsvollstreckung von vornherein unwirksam	195
1. Anfechtung gemäß den §§ 2078 ff.	195
2. Die Erbschaft wird ausgeschlagen	196
3. In einer später verfassten letztwilligen Verfügung wird die Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgehoben	197
VIII. Zusammenfassung des Ergebnisses für den Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstrecker	198
H. Nachwort	199

A. Literatur

- Adams, Stephani** Der Alleinerbe als
Testamentsvollstrecker
ZEV 1998, S.321
zitiert: Adams
- Alternativ-Kommentar** Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
Band 6: Erbrecht
1990
zitiert: AK-Bearbeiter
- Bärmann, Johannes** Freiwillige Gerichtsbarkeit und
Notarrecht
1968
zitiert: Bärmann
- Baur, Fritz/
Stürner, Rolf** Lehrbuch des Sachenrechts
17. Auflage 1999
zitiert: Baur/Stürner
- Bengel, Manfred/
Reimann, Wolfgang** Handbuch der
Testamentsvollstreckung
3. Auflage 2001
zitiert: Bengel/Reimann-Bearbeiter
- Berg, Hans** Hauptprobleme der "Geschäftsführung
ohne Auftrag"
JuS 1975, S. 681 ff.
Zitiert: Berg

Bork, Reinhard Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs
11. Auflage 2001
zitiert: Bork

Brox, Hans Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Gesetzbuchs
28 Auflage 2004
zitiert: Brox AT

**ders./
Walter, Wolf-Dietrich** Besonderes Schuldrecht
30. Auflage 2005
zitiert: Brox SR II

ders. Erbrecht
21. Auflage 2004
zitiert: Brox

Brun, Georg Die „postmortale Willenserklärung“
Jura 1994, 291 ff.

Bund, Elmar Aufgaben und Risiko des
Testamentsvollstreckers - BGHZ 41,
23

- Canaris, Claus-Wilhelm** Die Vertrauenshaftung im deutschen
Vertragsrecht
11. Auflage 1971
zitiert: Canaris
- ders.** Geschäfts- und
Verschuldensfähigkeit bei Haftung
aus „culpa in contrahendo“,
Gefährdung und Aufopferung
NJW 1964,1987 ff.
- Damrau, Jürgen** Der Testamentsvollstrecker
JA 1984. S.130
Zitiert: Damrau
- Dauner-Lieb, Barbara/
Heidel, Thomas/
Lepa, Manfred/
Ring, Gerhard** Das neue Schuldrecht
2002
zitiert: Dauner-Lieb
- Deckert, Martina** Testamentvollstreckung
JA 1995, S. 111.
zitiert: Deckert
- Demharter, Johann** Grundbuchordnung
25. Auflage 2005
zitiert: Demharter
- Dernburg, Heinrich** Lehrbuch des Preußischen
Privatrechts,
Band III
1881
zitiert: Dernburg
- Dittus, Rolf** Der Vergütungsanspruch des
vermeintlichen
Testamentvollstreckers
NJW 1961, 590

- zitiert: Dittus
- Ebenroth, Carsten** Erbrecht
Thomas 1992
zitiert: Ebenroth
- Eckelskemper, Heinrich** Die Vergütung des
Testamentsvollstreckers
Mitteilungen der Rheinischen
Notarkammer 1981, S. 81 ff.
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Carl** Allgemeiner Teil des Bürgerlichn
Rechts, 2. Halbband
15. Auflage 1960
zitiert: Enneccerus/Nipperdey
- Enneccerus, Ludwig/
Lehmann, Heinrich** Recht der Schuldverhältnisse, Band
2
15. Auflage 1958
zitiert: Enneccerus/Lehmann-
Bearbeiter
- Erman, Walter** Kommentar zum BGB,
Band I, 11. Auflage 2004
Band II, 11. Auflage 2004
zitiert: Erman-Bearbeiter
- Esch, Günter/
Baumann, Wolfgang/
Schulze zur Wiesche,
Dieter** Handbuch der Vermögensnachfolge
6. Auflage 2001
zitiert: Esch
- Esser, Josef/
Weyers, Hans-Leo** Schuldrecht Besonderer Teil, Band
II
8. Auflage 2000
zitiert: Esser/Weyers
- Feiler, Günter K. H.** Aufgedrängte Bereicherung bei den
Verwendungen des Mieters und
Pächters

1968

zitiert: Feiler

- Fikentscher, Wolfgang** Schuldrecht
9. Auflage 1997
zitiert: Fikentscher
- Flume, Werner** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts
4. Auflage 1992
zitiert: Flume
- Gernhuber, Joachim** Die fiduziarische Treuhand
JuS 1988, S. 355 ff.
zitiert: Gernhuber
- Glaser, Hugo** Die Vergütung des
Testamentsvollstreckers
NJW 1962, S. 1998 f.
zitiert: Glaser
- Göttlich, Walter/
Mümmeler, Alfred** Bundesgebührenordnung für
Rechtsanwälte
19. Auflage 1997
zitiert: Göttlich/Mümmeler

- Griebe, Thomas** Der Aufwendungsersatzanspruch des
Geschäftsführers ohne Auftrag
- Eine juristisch-ökonomische Analyse
unter Berücksichtigung der
Rechtsprechung des
Bundesgerichtshofes
- Dissertation Hamburg, 1996
zitiert: Griebe
- Gursky, Karl-Heinz** Der Tatbestand der
"Geschäftsführung ohne Auftrag"
AcP 185 (1985), S. 13 ff.
zitiert: Gursky
- Habscheid, Walther J.** Freiwillige Gerichtsbarkeit
Ein Studienbuch
7. Auflage 1983
zitiert: Habscheid, Seitenangabe
- ders.** Fehlerhafte Entscheidungen im
Verfahren der freiwilligen
Gerichtsbarkeit
NJW 1976, 1787
zitiert: Habscheid, Quellenangabe
- Haegele, Karl/
Winkler, Karl** Der Testamentvollstrecker
16. Auflage 2001
zitiert: Haegele/Winkler

- Hauss, Fritz** Ein strapaziertes Rechtsinstitut
Zur Eingrenzung der
"Geschäftsführung ohne Auftrag"

Festschrift für Hermann Weitnauer
1980
zitiert: Hauss
- Herberth, Udo Wilhelm** Die Vergütung des
Testamentsvollstreckers und die
Vergütung des personal
representative
Dissertation Regensburg 1997
zitiert: Herberth
- Isele, Hellmut, Georg** Geschäftsbesorgung
Umriss eines Systems
Dissertation, Marburg, 1935
zitiert: Isele
- Jauernig, Otmar
und Bearbeiter** Bürgerliches Gesetzbuch und
Erläuterungen
11. Auflage 2004
zitiert: Jauernig-Bearbeiter
- Johannsen, Kurt
Herbert** Testamentsvollstrecker
WM 1979, S. 607 f.
zitiert: Johannsen
- Kämmerer, Ludwig** Die Rechtsstellung der
Vermögensverwalter
JR 1970, S. 328
zitiert: Kämmerer
- Kapp, Reinhard** Die rechtliche Stellung des
Testamentsvollstreckers zum Erben
BB 1981, S.113
zitiert: Kapp

Keidel, Theodor	Kommentar zum FGG
Kuntze, Joachim	15. Auflage 2003
Winkler, Karl	zitiert: Keidel-Kuntze-Winkler
Kipp, Theodor/ Coing, Helmut	Erbrecht 14. Auflage 1990 zitiert; Kipp-Coing
Köhler, Helmut	BGB Allgemeiner Teil 28. Auflage 2004 zitiert: Köhler AT
ders.	Arbeitsleistungen als „Aufwendungen“ JZ 1985, 357 ff. zitiert: Köhler
Kohler, Josef	Lehrbuchs des Bürgerlichen Rechts Band I 1906 zitiert: Kohler
Köppen, Karl Friedrich Albert	Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts 1895 zitiert: Köppen

Koppensteiner, Hans-Georg/ Kramer, Ernst A.	Ungerechtfertigte Bereicherung 2. Auflage 1988 zitiert: Koppensteiner/Kramer
Kuntze, Joachim Ertl, Rudolf Herrmann, Hans Eickmann, Dieter	Kommentar zum Grundbuchrecht 15. Auflage 2003 zitiert: Kuntze- Bearbeiter
Kupisch, Berthold	Zum Rechtsgrund i.S.d. § 812 bei Erfüllung NJW 1985, 2370 zitiert: Kupisch
Lange, Heinrich/ Kuchinke, Kurt	Erbrecht 5. Auflage 2001 zitiert: Lange/Kuchinke
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts Band 2, 1. Halbband 13. Auflage 1986 zitiert: Larenz, SchR 2/1
Larenz, Karl/ Canaris, Claus-Wilhelm	Lehrbuch des Schuldrechts Band 2, 2. Halbband 13. Auflage 1994 zitiert: Larenz/Canaris
Leipold, Dieter	Erbrecht 1995 JZ 1996, 287 ff. zitiert: Leipold

- Lent, Friedrich** Wille und Interesse bei der
Geschäftsführung
Dissertation, Leipzig, 1938
zitiert: Lent
- Leonhard, Franz** Kommentar zum 5. Buch des
Bürgerlichen Gesetzbuchs
2. Auflage, Berlin 1912
zitiert: Leonhard
- Lindenmaier/Möhring** Nachschlagewerk des
Bundesgerichtshofs
zitiert: BGH LM
- Löwenheim, Ulrich/
Winckler, Annemarie** Grundfälle zum Bereicherungsrecht
JuS 1983, 440
zitiert: Löwenheim/Winckler
- Lübtow, Ulrich v.** Erbrecht, 2. Halbband
1971
zitiert: Lübtow
- Mayer, Jörg/
Bonefeld, Michael/
Daragan, Hanspeter** Testamentvollstreckung
2. Auflage 2000
zitiert: Mayer/Bonefeld/Daragan
- Medicus, Dieter** Allgemeiner Teil des BGB
8. Auflage 2002
zitiert: Medicus AT
- ders.** Schuldrecht II, Besonderer Teil
12. Auflage 2004
zitiert: Medicus BT II
- Meikel, Georg** Kommentar zur Grundbuchordnung
Band II
9. Auflage 2004
zitiert: Meikel-Bearbeiter

- Meischeider, Emil** Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich
1900
zitiert: Meischeider
- Meyer, Herbert** Das Publizitätsprinzip im deutschen Bürgerlichen Recht
1909
zitiert: Meyer, Publizitätsprinzip
- ders.** Das Akzept. Die Annahme des Wechsels und der Anweisung
1918
zitiert: Meyer, Akzept
- Möhring, Oskar/
Beisswingert, Rolf/
Klingelhöffer, Hans** Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen
7. Auflage, 1992
zitiert:
Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer
- Möhring, Oskar/
Seebrecht, Bernd F.** Aufwendungsersatz des vermeintlichen Testamentsvollstreckers
JurBüro 1978, S. 146 ff.
zitiert: Möhring/Seebrecht

- Müller, Harald** Der Fremdgeschäftsführungswille
Eine kritische Bestandsaufnahme
Dissertation, Mannheim 1980
zitiert: Müller
- Münchener Kommentar
zum BGB** Band 2 a, 4. Auflage 2003
Band 3, 4. Auflage 2004
Band 4, 4. Auflage 2005, SR BT II
Band 5, 4. Auflage 2004, SR BT III
Band 9, 4. Auflage 2004, Erbrecht
(zitiert: Müko-Bearbeiter)
- Nägele, Stefan** Das vermeintliche
Testamentsvollstreckeramt
Dissertation, Konstanz, 1986
zitiert: Nägele
- Nieder, Heinrich** Handbuch der Testamentsgestaltung
2. Auflage 2000
zitiert: Nieder
- Offergeld, Astrid** Die Rechtsstellung des
Testamentsvollstreckers
Dissertation, Münster, 1994
zitiert: Offergeld

- Palandt, Otto** Bürgerliches Gesetzbuch
64. Auflage 2005
zitiert: Palandt-Bearbeiter
- ders.** Gesetz zur Modernisierung des
Schuldrechts (Ergänzungsband zu
Palandt 61. Auflage) 2002
zitiert: Palandt-Bearbeiter,
Ergänzung
- Patzelt** Die rechtliche Natur und Stellung
des Testamentsvollstreckers nach
gemeinem Recht und nach dem BGB
Dissertation, Greifswald, 1904
zitiert: Patzelt
- Plassmann** Die Vergütung für die Tätigkeit des
Testamentsvollstreckers
JW 1935, 1830
zitiert: Plassmann
- Reichsgerichtsräte** Das Bürgerliche Gesetzbuch
Kommentar Kommentar - herausgegeben von
Mitgliedern des BGH
- Band II 4, 12. Auflage 1978
Band V 2, 12. Auflage 1975
zitiert: RGRK-Bearbeiter

Reimann, Wolfgang	Die Kontrolle des Testamentsvollstreckers FamRZ 1995, 588
ders.	In Festschrift Kuchenhoff 1972 Zitiert: Reimann FS
Reuter, Dieter/ Martinek, Michael	Ungerechtfertigte Bereicherung 1983 zitiert: Reuter/Martinek
Riedel, Fritz/ Sußbauer, Heinrich	Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte 7. Auflage 1995 zitiert: Riedel/Sußbauer
Rüthers, Bernd/ Stadler, Astrid	Allgemeiner Teil des BGB 13. Auflage 2003 zitiert: Rüthers
Schack, Haimo	Weiterleben nach dem Tode - juristisch betrachtet JZ 1989, S. 609 ff zitiert: Schack
Schelter, Christian	Zum Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers DNotZ 1978, 490 zitiert: Schelter

- Schlegelberger, Franz** Handelsgesetzbuch
Band III, 1. Halbb.
5. Auflage 1992
zitiert: Schlegelberger-Bearbeiter
- ders.** FGG Kommentar
Band II
7. Auflage 1956
zitiert: Schlegelberger FGG
- Schmidt, Karsten** Handelsrecht
5. Auflage 1999
zitiert: Schmidt
- Schmucker, Axel** Testamentsvollstrecker und Erbe:
Begründung, Wirkung und Beendigung
der Testamentsvollstreckung.
Dissertation, Mannheim, 2001
zitiert: Schmucker
- Scholtissek, Alfred** Die letztwillige Treuhand des
älteren deutschen Rechts. Die
gemeinrechtlichen Theorien über die
Testamentsvollstreckung. Die
Rechtsstellung des
Testamentsvollstreckers im BGB.
Dissertation, Breslau, 1911
zitiert: Scholtissek

- Schubert, Werner** Der Tatbestand der
"Geschäftsführung ohne Auftrag"
AcP 178, S. 425 ff.
- ders.** Grenzen der "Geschäftsführung ohne
Auftrag"
NJW 1978, 687
zitiert: Schubert, Quellenangabe
- Schwerdtner, Peter** "Geschäftsführung ohne Auftrag"
Jura 1982, 593.
zitiert: Schwerdtner
- Siber, Heinrich** Prozessführung des
Vermögensverwalters nach dem
deutschen BGB
In Festschrift für Adolf Wach
1918
zitiert: Siber
- Soergel, Hans Theodor** Das Bürgerliche Gesetzbuch
Band 4, 12. Auflage 1999
Band 9, 12. Auflage 1992
Band 22, 13. Auflage 2003
zitiert: Soergel-Bearbeiter
- Staub, Hermann** Handelsgesetzbuch 1. Band
4. Auflage 1995
zitiert: Staub-Bearbeiter

- Staudinger, Julius v.** Kommentar zum BGB
 2. Buch: Recht der
 Schuldverhältnisse, 1999 3. Buch:
 Sachenrecht, 13. Auflage 1995
 5. Buch, §§2197-2264, 13. Auflage
 1996
 5. Buch, §§ 2339-2385, 13. Auflage
 1997
 zitiert: Staudinger-Bearbeiter
- Stein, Axel** § 677 BGB und das objektiv fremde
 Geschäft
 Dissertation Münster, 1973
 zitiert: Stein
- Stolte, Wilhelm** Der Leistungsbegriff,
 ein Gespenst des
 Bereicherungsrechts?
 JZ 1990, 220
 zitiert: Stolte
- Sturm, August** Die Lehre von den
 Testamentsvollstreckern nach dem
 Bürgerlichen Gesetzbuch für das
 Deutsche Reich
 Leipzig, 1898
 zitiert: Sturm
- Teichmann, Arndt** Strukturveränderungen im Recht der
 Leistungsstörungen nach dem
 Regierungsentwurf eines
 Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
 BB 2001, 1485 ff.
 zitiert: Teichmann
- Tiling, Johann** Die Vergütung des
 Testamentsvollstreckers
 ZEV 1998, 331
 zitiert: Tiling

- Tschischgale, M.** Die Vergütung des
Testamentsvollstreckers
JurBüro 1965, S. 89 ff.
zitiert: Tschischgale
- Weimar, Wilhelm** Zur Ausbildungsförderung:
Der Testamentsvollstrecker
MDR 1982, 198 ff.
zitiert: Weimar
- Weirich, Hans-Armin** Erben und Vererben
5. Auflage 2004
zitiert: Weirich
- Weithauser, Hermann** Nochmals: Zum causa-Problem im
Zivilrecht
JZ 1985, 555
zitiert: Weithauser
- Wellspacher, Moritz** Das Vertrauen auf äußere
Tatbestände im bürgerlichen Recht
Dissertation, Wien, 1906
zitiert: Wellspacher
- Wernecke, Frauke** Außervertragliche und
außerdeliktische
Ausgleichsverhältnisse
3. Auflage 1997
zitiert: Wernecke
- Wollschläger,
Christian** Die "Geschäftsführung ohne Auftrag"
Schriften zum Bürgerlichen Recht
Band 34, 1976.
zitiert: Wollschläger
- Zeuner, Albrecht** Zur Stellung des wirklichen und des
vermeintlichen
Testamentsvollstreckers gegenüber

Nachlass und Erben
In Festschrift für Otto Mühl 1981
zitiert: Zeuner FS Mühl

Zimmermann, Walter Die Testamentsvollstreckung
2001
zitiert: Zimmermann

B. Einleitung

Rund 200 Milliarden Euro dürften im Jahr 2003 vererbt worden sein.¹

In den kommenden Jahren werden fünfzehn Millionen deutsche Haushalte Immobilien-, Wertpapier- sowie Betriebs- und Gebrauchsvermögen im Wert von zwei Billionen Euro erben.² Fast jeder zweite Haushalt ist nach Schätzungen des Deutschen Instituts für Altersvorsorge (DIA) an dieser Umverteilung beteiligt.

Dem Verfasser eines Testaments entsteht oftmals das Bedürfnis, auch über den Tod hinaus auf die Verwendung des eigenen Vermögens Einfluss zu nehmen.³ Nachdem das Erbrecht als die Fortsetzung des Vermögensrechts und der vermögensrechtlichen Herrschaft des Menschen über seinen Tod hinaus verstanden werden kann⁴, eignet sich das erbrechtliche Instrument der Testamentsvollstreckung hervorragend, eine vom Erblasser bestimmte Verwaltung des Nachlasses auszuführen oder die Auseinandersetzung unter den Erben zu bewirken.⁵

Einerseits kann aufgrund einer besonderen Vermögenssituation der Wunsch des Erblassers entstehen, sein Lebenswerk so gut als möglich zu sichern. Andererseits können auch in der Person des Erben begründete Umstände wie Minderjährigkeit oder Behinderung zu einem entsprechenden Regelungsbedürfnis führen. Mehr und mehr Menschen machen sich Gedanken

¹ Vgl. „Die Hälfte aller Testamente ist fehlerhaft“ in Welt am Sonntag vom 21. März 2004

² Vgl. „Wenn die Erben Trauer tragen“ in Welt am Sonntag vom 21. März 2004

³ Vgl. Schack, JZ 1989, 611.

⁴ Lange/Kuchinke, § 1 I 1., 2.

⁵ Schmucker, S. 2.

über eine gerechte Vermögensübertragung, um eine funktionsfähige Erbregelung zu hinterlassen.⁶

Ein wirksames und in der Praxis immer häufiger eingesetztes Mittel⁷, die Ausführung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers zu gewährleisten, liegt in der Anordnung der Testamentsvollstreckung gemäß §§ 2197 ff⁸, wodurch den Erben in bestimmtem Umfang das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlass entzogen wird. Damit wird dem Erblasser ein wichtiges Instrumentarium an die Hand gegeben, für den Zeitraum einer weiteren Generation zu planen und sozusagen mit verlängertem Arm darauf hinzuwirken, dass sein letzter Wille auch tatsächlich ausgeführt wird.⁹

Nach Schätzungen der Dresdner Bank sind mehr als 50 Prozent der in Deutschland privat aufgesetzten Testamente fehlerhaft oder zumindest steuerlich unvorteilhaft.¹⁰

Infolgedessen kann es zu Konstellationen kommen, bei denen jemand irrig annimmt, Testamentsvollstrecker zu sein, ohne dass dies in Wirklichkeit der Fall ist. Aufgrund einer fehlenden gesetzlichen Regelung im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Behandlung dieser Situation wird der so genannte „vermeintliche Testamentsvollstrecker“ salopp auch schon einmal als „der mit der Narrenkappe“ bezeichnet. Ob er diesen scherzhaften Titel zu Recht trägt, wird am Ende vorliegender Arbeit möglicherweise zur allgemeinen Zufriedenheit geklärt sein.

⁶ Reimann, FamRZ 1995, 588.

⁷ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1, Rn 5 ff.; Lange/Kuchinke § 31 II 2; /Bonefeld/Daragan, Rn 2; Deckert, JA 1995, 111.

⁸ Alle Paragraphen ohne Bezeichnung sind solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

⁹ Schmucker, S. 1.

¹⁰ Vgl. „Die Hälfte aller Testamente ist fehlerhaft“ in Welt am Sonntag vom 21. März 2004.

Die Frage nach dem Vergütungs- oder Aufwendungser-satzanspruch eines vermeintlichen Testamentsvoll-streckers gegenüber den Erben war wiederholt Ge-genstand von Entscheidungen des Bundesgerichtsho-fes.¹¹

Die teils kontroversen Ergebnisse wurden in der Li-teratur lebhaft diskutiert, meist jedoch aufgrund ihrer rechtsdogmatischen Begründung abgelehnt.

Bereits das Reichsgericht¹² hatte in einer viel zi-tierten Entscheidung in der vergleichbaren Situati-on eines nach Landesrecht gerichtlich bestellten, vermeintlichen Gesamtgutsverwalters diesem einen „Als-ob“-Vergütungsanspruch zuerkannt, solange er sein Amt in Vertrauen auf die Gültigkeit der ge-setzlichen Bestellung ausübt und den Beteiligten aufgrund der gesetzlichen Vorschriften für sein vermeintliches Amt verantwortlich ist. Eine An-spruchsgrundlage oder dogmatische Begründung nannte das Reichsgericht aber nicht.

Die Suche nach einem einheitlichen Lösungsweg, ins-besondere unter Heranziehung allgemein zivilrecht-licher Institute, verlief trotz weit gehender Ei-nigkeit bezüglich des Resultates auch in der Lite-ratur bisher unbefriedigend.

Die vorliegende Ausarbeitung macht sich zur Aufga-be, sowohl die Entwicklung der Rechtsprechung vom Reichsgericht bis zum Bundesgerichtshof, als auch die dazu unterschiedlich geäußerten Meinungen in der Literatur darzustellen und auf ihre Bestands-kraft hin zu untersuchen.

¹¹ BGH NJW 1963, 1615; BGH NJW 1964, 1316; BGH NJW 1977, 1726.

¹² RG JW 1937, 3187.

Der Schwerpunkt dieser Dissertation liegt im Auffinden eines vernünftigen Lösungsweges und seiner Überprüfung anhand der unterschiedlichen Kasuistik, wobei insbesondere auch Institute des allgemeinen Schuldrechts dogmatisch auf ihre Tauglichkeit zur Lösung dieser erbrechtlichen Problemstellung untersucht werden sollen.

Großes Gewicht kommt bei der Bewertung des Lösungsweges dem Gesichtspunkt der Billigkeit zu. Ein gerechter Interessenausgleich aller an diesem Spannungsfeld Beteiligten (Erblasser, Erbe, vermeintlicher Testamentsvollstrecker) ist bei dieser hochsensiblen Thematik zwischenmenschlicher Beziehungen von hoher Priorität und bedarf einer sorgfältigen Abwägung nach allen Richtungen.

C. Überblick über die Testamentsvollstreckung

I. Kurzüberblick über die geschichtliche Entwicklung

Ausgehend vom römischen Recht war dort das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung dem gänzlich unbekannt.¹³

Erst im Verlauf mehrerer Jahrhunderte wurde es aus der germanischen „Salmanschaft“¹⁴ und der „letztwilligen Treuhand“ entwickelt. Das heute bestehende Institut der Testamentsvollstreckung muss als Resultat eines lang dauernden Entwicklungsprozesses¹⁵ betrachtet werden, in dessen Verlauf germanische Rechtsgedanken an römische Erbrechtsgrundsätze angepasst und zusammengefügt wurden.¹⁶

Der Testamentsvollstreckter hat nach der Konzeption des BGB gegenüber dem Erben eine selbständige Stellung, auch wenn der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger Eigentümer des Nachlasses wird.¹⁷

Obwohl mit dem Prinzip der römisch-rechtlichen Universal sukzession nicht ohne weiteres vereinbar, hat sich der „Fremdkörper im erbrechtlichen System der Gesamtrechtsfolge“¹⁸ ungeachtet noch offener grundsätzlicher Fragen in der Rechtspraxis nicht nur bewährt, sondern auch als unentbehrlich erwiesen.¹⁹

Der vom Testamentsvollstreckter betreute Nachlass wird zu einem Sondervermögen²⁰, das dieser in Besitz

¹³ Lübtow, Erbrecht, 2.HB, S. 922; Staudinger-Reimann, vor § 2197, Rn. 2.

¹⁴ Nähere Erläuterung zur Salmanschaft, Offergeld, S. 29 ff.

¹⁵ Zur ausführlichen Darstellung: Scholtissek, S. 16 ff.

¹⁶ Kapp, BB 1981, 113.

¹⁷ So Schmucker, S. 2.

¹⁸ MüKo-Zimmermann, vor § 2197, Rn. 2.

¹⁹ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. I,1,Rn. 6.

²⁰ Staudinger-Reimann, vor § 2197, Rn. 8; Schmucker, S. 3; BGHZ 48, 219.

nimmt und verwaltet. Der Erbe hingegen ist nur mittelbarer Besitzer und von Verfügungen über Nachlassgegenstände, die der Testamentsvollstreckung unterliegen, ausgeschlossen.²¹

Mit der Vormundschaft und der Betreuung hat die Testamentsvollstreckung gemeinsam, dass fremdes Vermögen verwaltet wird. Mit der Nachlassverwaltung bestehen Gemeinsamkeiten hinsichtlich der Trennung des Eigenvermögens von dem der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögen.²²

²¹ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1, I., Rn. 3.

²² Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer, S. 166.

II. Zweck der Testamentsvollstreckung

Typischerweise ist der Testamentsvollstrecker ein Gehilfe des Erblassers bei der Regelung großer Nachlässe.²³

Überall da, wo der Erblasser Sorge hat, dass seine Erben uneins sein könnten oder dass die von ihm vorgesehene Verteilung der Erbmasse nicht reibungslos vonstatten geht, können die erforderlichen Aktivitäten einem Testamentsvollstrecker übertragen werden.²⁴

Bei folgenden Konstellationen ist die Anordnung einer Testamentsvollstreckung sinnvoll, mitunter sogar notwendig, um die vom Erblasser mit seinem Testament verfolgten Ziele zu erreichen²⁵:

1. Schutz des Nachlasses gegen den Zugriff durch den ungeeigneten, den böswilligen oder den geschäftlich unerfahrenen Erben selbst
2. Einräumung einer bevorzugten Verwaltungsstellung für einen von mehreren Miterben (z.B. Ehegatte als Miterbe)
3. Vereinfachung der Abwicklung (Erbauseinsetzung), Vermächtniserfüllung und Verwaltung (Verwaltungsvollstreckung) bei einer größeren Anzahl Beteiligter oder wenn diese, beispielsweise aufgrund eines Wohnsitzes im Ausland, nur schwer zu erreichen sind
4. Schutz vor dem Vollstreckungszugriff der Eigengläubiger des Erben (§ 2214)

²³ Schmucker, S. 4.

²⁴ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. I,1,Rn. 5.

²⁵ Nieder, Rn 891; /Bonefeld/Daragan, Rn 3.

5. Schaffung eines „erbrechtlichen Dispositions-nießbrauchs“ durch Kombination von Nießbrauchsvermächtnis und Testamentsvollstreckung
6. Sicherung einer Unternehmensnachfolge
7. Zulässige Umgehung des § 2065 („keine Vertretung im Willen“) durch Schaffung einer weit gehenden Drittbestimmung der letztwilligen Vermögenszuwendung mittels Verteilungsvermächtnis nach § 2151, kombiniert mit einem Anteilsbestimmungsrecht nach § 2156 oder aber eine Bestimmung des Auflagebegünstigten nach § 2193, wobei die Bestimmungsbefugnis jedes Mal dem Testamentsvollstrecker eingeräumt wird.

III. Die Aufgaben des Testamentsvollstreckers

Die Anordnungen des Erblassers laufen oftmals den Interessen der Erben zuwider. Der Testamentsvollstrecker muss teilweise auch gegen die Interessen der Erben handeln, etwa wenn er die Belange eines Vermächtnisnehmers wahrzunehmen hat. Dazu ist es erforderlich, dass der Testamentsvollstrecker dem Erben gegenüber eine besondere Stellung innehat, auch wenn dieser als Gesamtrechtsnachfolger Eigentümer des Nachlasses wird.

Je stärker jedoch die Stellung des Testamentsvollstreckers ist, um so mehr fühlen sich die Erben durch den Erblasser „entmündigt“ und gemäßregelt.²⁶ Der Erblasser wird dies bei der Ausgestaltung des Testaments und der Testamentsvollstreckung berücksichtigen müssen, damit nicht der Erbe – rechtlich beraten – eine durch die Testamentsvollstreckung zu stark gebundene Erbschaft ausschlägt und dafür den Pflichtteil verlangt.²⁷

Der Testamentsvollstrecker soll auch nicht zum Feind oder Gegenspieler des Erben erwachsen, sondern den Nachlass für diesen verwalten.

Im Regelfall hat der Testamentsvollstrecker daher folgende Aufgaben:²⁸

1. Konstituierung und Inbesitznahme des Nachlasses
2. Ausführung des letztwilligen Verfügungen des Erblassers
3. Bewirkung der Auseinandersetzung bei mehreren Miterben

²⁶ Schmucker, S. 5.

²⁷ Vgl. Reimann, FamRZ 1995, 588.

²⁸ Schmucker, aaO.

4. Verwaltung des Nachlasses bis zum Eintritt eines
bestimmtem Zeitpunkts oder Ereignisses als
„Selbstzweck“

Die vorgenannten Aufgaben bestimmen sich nach den testamentarischen Anordnungen des Erblassers in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften, wobei das Gesetz dabei annimmt, dass dem Testamentsvollstrecker eine den gesamten Nachlass umfassende Befugnis eingeräumt wird, dass er also „Generalsvollstrecker“ ist.

Es ist jedoch auch möglich, dass der Erblasser dem Vollstrecker nur einen begrenzten Aufgabenbereich zuweist oder ihn für eine bestimmte Aufgabe als Spezialvollstrecker einsetzt.²⁹

Darüber hinaus ist auch eine Erweiterung der Befugnisse möglich, so etwa durch die Anordnung, dass der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass nicht beschränkt sein soll.³⁰

Weiter kann der Erblasser dem Testamentsvollstrecker Befugnisse einräumen, die er auch jedem Dritten übertragen könnte, etwa bei Vermächtnissen und Auflagen bestimmte Punkte zu regeln.³¹

Was der Erblasser im konkreten Fall gewollt hat, muss durch eine Auslegung der letztwilligen Verfügung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ermittelt werden.³²

²⁹ Lange-Kuchinke, § 31, V 1.

³⁰ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1, Rn. 10

³¹ Staudinger-Reimann, vor § 2197, Rn. 12.

³² So zutreffend: Schmucker, S. 6.

IV. Die gesetzlich geregelten Grundtypen der Testamentsvollstreckung

1. Abwicklungsvollstreckung §§ 2203, 2204

Sie ist der gesetzliche Regelfall. Wenn aus der letztwilligen Verfügung nichts anderes hervorgeht, hat der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Anordnungen des Erblassers auszuführen und bei Miterben den Nachlass auseinanderzusetzen, §§ 2203, 2204.

Die Erbauseinandersetzung ist vom Testamentsvollstrecker alsbald zu bewirken.³³ Bestehen für die Durchführung der Erbauseinandersetzung keine Anordnungen des Erblassers, so ist diese vom Testamentsvollstrecker nach den gesetzlichen Bestimmungen gemäß den §§ 2204, 2042, 2046 ff., 2050 f., 755 ff. vorzunehmen.

Eine gleichzeitige Miterbenstellung des Testamentsvollstreckers steht der Auseinandersetzung nicht entgegen.

Er ist auch dazu verpflichtet, die Nachlassverbindlichkeiten zu erfüllen.³⁴

Bei unzureichendem Nachlass kann er gemäß § 317 Absatz 1 InsO die Durchführung eines Nachlassinsolvenzverfahrens beantragen.

Mit der vollständigen Abwicklung des Nachlasses endet diese Form der Testamentsvollstreckung automatisch.³⁵

³³ Staudinger-Reimann § 2204, Rn. 9

³⁴ Müko-Zimmermann § 2203, Rn 10.

³⁵ BGH, NJW 1964, 1316; Müko-Zimmermann § 2203, Rn. 5; derselbe § 2225, Rn 1.

2. Schlichte Verwaltungsvollstreckung § 2209 S. 1, 1.HS

Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist allein die Verwaltung des Nachlasses. Die schlichte Verwaltungsvollstreckung wird insbesondere dann angeordnet, wenn die Verwaltung bis zur Volljährigkeit eines Erben andauern soll oder im Falle einer Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht, § 2338. Der Testamentsvollstrecker hat dabei die Aufgabe, wie ein „sorgfältiger Kaufmann“ die ihm zur Verwaltung übertragenen Werte weiterzuentwickeln und umzuschichten.³⁶

Eine Mehrung des Nachlasses ist indes nicht die Aufgabe des Testamentsvollstreckers.³⁷

3. Dauertestamentsvollstreckung § 2209 S. 1, 2. HS

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt im Gegensatz zur Abwicklungsvollstreckung nicht mit Erledigung der Aufgaben, vielmehr kann der Erblasser daneben auch Testamentsvollstreckung für die Verwaltung des Nachlasses als solche anordnen. Auf die gewöhnliche Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nach §§ 2203 ff. folgt zusätzlich eine fortdauernde Verwaltungsvollstreckung zur „fürsorglichen Bevormundung der Erben“.³⁸

³⁶ Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer, S. 184.

³⁷ BGH NJW-RR 1989, S. 642.

³⁸ Jauernig-Stürner, § 2209, Rn. 2b.

4. Nacherbentestamentsvollstreckung § 2222

Die Nacherbentestamentsvollstreckung hat ihre Funktion in der Sicherung der Rechte der Nacherben gegenüber den Vorerben. Sie stellt praktisch einen Unterfall der Verwaltungsvollstreckung gemäß § 2209 dar.³⁹

5. Vermächtnisvollstreckung § 2223

Die Anordnung der Testamentsvollstreckung dient dem Zweck, dass die einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen (z.B. Nachvermächtnis, Untervermächtnis, Auflagen) dem Erblasserwillen zufolge ausgeführt werden.

Davon zu unterscheiden ist jedoch der Fall, dass ein Vermächtnisgegenstand selbst der Verwaltungsvollstreckung unterliegt. Es liegt dann kein Fall des § 2223 vor.

6. Testamentsvollstreckung mit beschränktem Aufgabenkreis, § 2208

Schließlich kann der Erblasser den Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers in jeder Hinsicht beschränken.⁴⁰

Er kann ihm einzelne Rechte entziehen, die Befugnisse auf bestimmte Gegenstände beschränken, eine zeitliche Befristung festlegen (Entziehung der Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis bis zu 30 Jahren) oder aber anordnen, dass dem Testamentsvollstrecker nur das Aufsichtsrecht über die Ausführung der letztwilligen Verfügung zustehen soll.

³⁹ Jauernig-Stürner, § 2222, Rn. 1.

⁴⁰ Weimar, MDR 1982, 199.

In diesem Falle spricht man von der so genannten „beaufsichtigenden Testamentsvollstreckung“.⁴¹

Es kann aber auch gewollt sein, dass dem Testamentsvollstrecker bestimmte Rechte nur eingeschränkt oder überhaupt nicht zustehen sollen. So kann der Erblasser beispielsweise anordnen, dass der Testamentsvollstrecker keine Verfügungsbefugnis hinsichtlich eines bestimmten Nachlassgegenstandes haben soll. Sollte der Erblasser die Beschränkungen mit dinglicher Wirkung angeordnet haben, so gelten sie mit Ausnahme des gutgläubigen Erwerbs auch gegenüber Dritten.⁴²

Maßgeblich ist einzig der Erblasserwille, der gegebenenfalls durch Auslegung genau zu ermitteln ist.⁴³ Die Beschränkungen sind im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben.⁴⁴

⁴¹ RGRK-Kregel, § 2208, Rn. 9.

⁴²/Bonefeld/Daragan, Rn 317.

⁴³ Soergel-Lieb, § 2208, Rn. 3; OLG Düsseldorf, NJW 1952, 1259.

⁴⁴ Erman-Schmidt, § 2208, Rn. 4; MüKo-Zimmermann, § 2208, Rn. 4.

V. Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers

Der Testamentsvollstrecker wird als eine Vertrauensperson des Erblassers bezeichnet, die berechtigt und verpflichtet ist, den Nachlass nach der Willensbestimmung des Erblassers im fremden Interesse zu verwalten.⁴⁵

Über die genaue dogmatische Struktur der Rechtsfigur des Testamentsvollstreckers herrschte lange Zeit erbitterter Streit⁴⁶, der nunmehr aber nach heute wohl h.M.⁴⁷ zugunsten der sog. Amtstheorie entschieden scheint.

Demnach ist der Testamentsvollstrecker Träger eines privaten Amtes, das ihn befugt, im eigenen Namen kraft eigenen Rechts, unabhängig vom Willen der Erben im Interesse anderer, im Rahmen der letztwilligen Anordnungen des Erblassers zu handeln.

Durch die Annahme des Amtes wird ein Pflichtverhältnis eigener Art begründet.⁴⁸

Zum besseren Verständnis der später aufgezeigten Lösungswege sollen die einzelnen Theorien dennoch vorgestellt werden.⁴⁹

Besonderes Augenmerk verdient die Vertretertheorie in Bezug auf später aufgezeigten und von der Verfasserin favorisierten Lösungsweg.

⁴⁵ Müko-Zimmermann, vor § 2197, Rn. 5; Erman-Schmidt, vor § 2197, Rn. 3.

⁴⁶ Lange/Kuchinke, § 31 III 1; Soergel-Lieb, vor § 2197, Rn. 1 ff.

⁴⁷ BGH NJW 1983, 40; Staudinger-Reimann vor § 2197, Rn. 14; Palandt-Edenhofer vor § 2197, Rn. 2; RGRK-Kregel vor § 2197 Rn. 3; Soergel-Lieb vor § 2197, Rn. 3; Müko-Zimmermann vor § 2197, Rn. 5; Bengel/Reimann-Bengel Kap.1, Rn. 11; Haegele/Winkler Rn. 1.

⁴⁸ BGHZ 25, 280.

⁴⁹ Zum ausführlichen Meinungsstreit siehe Lange/Kuchinke § 31 III 1-3; Soergel-Lieb vor § 2197, Rn. 1-6; Lauer, S. 58 ff.

1. Die Vertretertheorie

Zunächst war vielfach die Auffassung vertreten worden, der Testamentsvollstrecker handele als gesetzlicher Vertreter. Uneinigkeit herrschte jedoch darüber, wer denn nun der Vertretene sei, Ins Spiel gebracht wurden der Erblasser ebenso wie der Erbe, aber auch der Nachlass an sich.⁵⁰

Um die vorletzte Jahrhundertwende wurde die Ansicht vertreten, der Erblasser habe dem Testamentsvollstrecker seinen Willen und die Befugnis übertragen, diesen Willen auch in gewissem Umfang durchzusetzen. Der Testamentsvollstrecker sei daher als ein Vertreter des Erblassers anzusehen.⁵¹

Dieser Theorie wurde bereits sehr früh entgegengehalten, dass eine Stellvertretung nur dann möglich sei, wenn eine natürliche oder juristische Person unmittelbar im Willen vertreten werde.⁵² Nachdem der Erblasser jedoch bereits tot und damit nicht mehr existent sei, könne er aber nicht mehr vertreten werden.⁵³

Eine andere Auffassung, welche allerdings bereits frühzeitig wieder aufgegeben wurde, sieht den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Nachlasses.⁵⁴ Der Erblasser wurde als „im Nachlasse fortlebend“ bezeichnet. Zum Teil wurde dem Nachlass auch die Qualität eines Rechtssubjekts zuerkannt, beispielsweise als „stillschweigende (konstruktive) juristische Person“⁵⁵. Andere Stimmen lassen sich zu höchst

⁵⁰ Scholtissek, S. 24 f; v. Lübtow, S. 924 m.w.N.

⁵¹ Meischeider, S.459; Leonhard, § 2197, II A.

⁵² Scholtissek, S. 24.

⁵³ Patzelt, S. 29; Scholtissek, S. 24; v. Lübtow, S. 923 f.

⁵⁴ Dernburg, S. 484; Siber, S 15.

⁵⁵ Kohler, S. 356.

pathetischen Aussagen hinreißen, wonach die Testamentsvollstreckung ein „positives Institut des Erbrechts“ sei, das „auf der germanischen Treue bis über den Tod hinaus“ beruhe und das „dem Testamentsvollstrecker das Recht und die Pflicht gibt, dem Erblasser die Treue über den Tod hinaus zu wahren und zum Zwecke der Vollziehung seines Willens den Nachlass zu vertreten“.⁵⁶

Abgelehnt wurde diese Ansicht zu recht mit dem Argument, dass der Nachlass keine juristische Person und damit auch kein Träger von Rechten und Pflichten sein kann.⁵⁷ Zudem versage die Konstruktion auch dann, wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses aufgrund der §§ 2223, 2208 Abs. 2 nicht zustehe.⁵⁸

Vereinzelt wurde auch vertreten, dass der Testamentsvollstrecker Stellvertreter der Erben sei.⁵⁹

Diese Meinung bezieht sich auf dem I. Entwurf des BGB, worin der Testamentsvollstrecker in § 1903 Abs. 1 noch als gesetzlicher Vertreter der Erben bezeichnet wurde.⁶⁰ Allerdings wurde diese Formulierung in der korrespondierenden Vorschrift des heutigen § 2212 aufgehoben.⁶¹

Dieser Theorie steht entgegen, dass der Testamentsvollstrecker seine Befugnis vom Erblasser herleitet und ausschließlich dazu berufen ist, dessen Interessen zu vertreten.⁶²

Außerdem ist mit einer angeblichen Stellung des Testamentsvollstreckers als Vertreter des Erben nicht zu vereinbaren, dass der Erbe als Eigentümer und Herr des Nachlasses dem Testamentsvollstrecker

⁵⁶ Sturm, S. 15.

⁵⁷ Scholtissek, S. 25; Lübtow, S. 924, m.w.N.

⁵⁸ Lübtow, S. 924 f.

⁵⁹ Köppen, S. 568.

⁶⁰ Motive V, S. 236.

⁶¹ Protokolle V, S. 270, 290.

⁶² Schmucker, S. 14.

keinerlei Weisungen erteilen, ihn nicht abberufen kann und keine eigene Verfügungsbefugnis besitzt.⁶³

2. Die Treuhandtheorie

Einer lediglich vereinzelt vertretenen Auffassung⁶⁴ zufolge soll die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers derjenigen eines Treuhänders entsprechen.⁶⁵ Unter einem Treuhänder versteht man denjenigen, „dem ein Vermögensgegenstand aus dem Vermögen des Treugebers mit der Verpflichtung übertragen wurde, davon nur im Rahmen der zwischen ihnen getroffenen Abmachung Gebrauch zu machen“.⁶⁶

Aus dieser Definition wird deutlich, dass die Treuhand normalerweise aus zwei Elementen besteht, nämlich einem Übertragungsakt und einer organisierenden und steuernden Abrede, der so genannten Treuhandabrede.

Außerdem ist für das Verhältnis charakterisierend, dass der Treuhänder regelmäßig nach außen mehr tun kann als er aufgrund der schuldrechtlichen Treuhandabrede darf.⁶⁷

In § 2206 Abs. 1 soll eine solche Begrenzung der Rechtsmacht vorliegen. Lediglich fraglich sei, ob der Testamentsvollstreckter als gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Treuhänder einzuordnen ist.⁶⁸

Für eine Bewertung der Testamentsvollstreckung als Treuhand spricht, dass sich die Stellung des Testamentsvollstreckers als die einer Vertrauensperson des Erblassers beschreiben lässt, die berechtigt und verpflichtet ist, entsprechend dem Willen und

⁶³ Vgl. Schmucker S. 14 m.w.N.

⁶⁴ Kipp/Coing, S. 370 f.; Kämmerer, JZ 1970, 331.

⁶⁵ Kipp/Coing, S. 370 f.

⁶⁶ Enneccerus-Nipperdey, S. 771.

⁶⁷ Gernhuber, JuS 1988, 356.

⁶⁸ Gernhuber, JuS 1988, 356.

den Anordnungen des Erblassers den Nachlass im fremden Interesse zu verwalten.⁶⁹

Der BGH hat dem Testamentsvollstrecker im Jahre 1957 die Stellung eines Treuhänders zuerkannt.⁷⁰

In Fortführung dieser Meinung soll der designierte Testamentsvollstrecker mit Eintritt des Erbfalls die Rechtsstellung eines Treuhänders erhalten.⁷¹

Treuhänderische Züge erhält die Testamentsvollstreckung insbesondere dadurch, dass der Testamentsvollstrecker in eigenem Namen fremdes Vermögen in fremdem Interesse zu verwalten hat.⁷²

In rechtshistorischer Betrachtung lässt sich die Rechtsfigur der Treuhand jedoch mit der gesetzlichen Ausgestaltung der Testamentsvollstreckung nur unzureichend vergleichen.

Als römisch-rechtlicher Treuhänder müsste der Testamentsvollstrecker Träger der gesamten materiellen Berechtigung am Nachlass zu eigenem Recht sein und damit die volle Rechtsmacht des Erben innehaben, während ihm nach seiner Aufgabe im Innenverhältnis zum Treugeber nur eine Verwaltungs- und Verwertungsmacht an dem fremden Nachlass zustehen würde.⁷³

Als deutschrechtlicher Treuhänder wäre der Testamentsvollstrecker zwar durch seinen Aufgabenkreis stärker nach außen hin begrenzt, aber auch hier wäre er Träger der materiellen Rechtsmacht hinsichtlich des Nachlasses.

Dagegen steht ihm nach den Regelungen des BGB nur eine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Sondervermögens „Nachlass“ zu.

⁶⁹ Müko-Brandner, vor § 2197, Rn. 5.

⁷⁰ BGHZ 25, 279= NJW 1957, 1916.

⁷¹ Möhring /Beisswingert/Klingelhöffer, S. 174.

⁷² Schmucker S. 16, m.w.N.

⁷³ Lange/Kuchinke, § 31, III 3.

Eine eigentümerähnliche Stellung hat der Testamentsvollstrecker nicht. Während der echte Treuhänder also zum einen gegenüber dem Treugeber gebunden wird und dafür das Treugut zum Eigentum auf den Treuhänder übertragen wird, stehen dem Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 lediglich ein Besitzrecht und eine Verwaltungsbefugnis zu.

Darüber hinaus hat der Testamentsvollstrecker nur eine begrenzte Verfügungsbefugnis in Bezug auf einzelne Nachlassgegenstände, während der Erbe Eigentümer des Nachlasses ist und bleibt.

Problematisch ist ebenso das Fehlen einer Treuhandabrede zu bewerten. Eine solche könnte in der testamentarischen Anordnung der Testamentsvollstreckung zu sehen sein. In der allgemeinen Vertragspraxis wird der großen Bedeutung der Treuhandabrede ohnehin in aller Regel höchst ungenügend Rechnung getragen.⁷⁴

3. Die Amtstheorie

Nachdem es der Vertretertheorie und der Treuhandtheorie nicht gelungen war, das Wesen der Testamentsvollstreckung hinreichend plausibel zu erklären und im Hinblick darauf, dass das Gesetz⁷⁵ mehrfach von einem „Amt“ spricht, geht die herrschende Meinung in der Literatur⁷⁶ und auch die Rechtsprechung⁷⁷ davon aus, dass es sich bei der Testamentsvollstreckung um ein privates Amt handelt.

⁷⁴ Gernhuber, JuS 1988, 357 f.

⁷⁵ vgl. §§ 2197 Abs. 2, 2201, 2202 BGB

⁷⁶ Bengel/Reimann-Bengel, § 1, II, Rn. 11; Palandt-Edenhofer, vor § 2197, Rn. 2; Staudinger-Reimann, Vorb. zu §§ 2197, Rn. 14; Jauernig/Stürner, vor 2197, Anm. 1; Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer, S. 174; Müko-Zimmermann, vor 2197, Rn. 5; Haegelle/Winkler, Rn. 1; Damrau, JA 1984, 130; Ebenroth, Rn. 620.

⁷⁷ BGHZ 13, 205; 25, 279; BGH, NJW 1983, 40; OLG Köln, NJW RR 1987, 71.

So hat der BGH⁷⁸ ausdrücklich ausgeführt:

„Der Testamentsvollstrecker ist weder Vertreter des Erblassers noch Vertreter des Erben. Er hat die Stellung eines Treuhänders und ist Inhaber eines privaten Amtes, zu dem er allein durch den Willen des Erblassers berufen ist, auch wenn er von anderer Seite zum Testamentsvollstrecker ernannt worden sein sollte.“

Ausschlaggebend hierfür ist, dass der Testamentsvollstrecker seine Tätigkeit kraft eigenen Rechts, also unabhängig vom Willen der Erben und im eigenen Namen, aber - wegen der Bindung an die letztwilligen Verfügungen des Erblassers - doch im Interesse anderer, vor allem der Erben ausübt.⁷⁹

Außerdem muss der Testamentsvollstrecker darüber hinaus die Interessen verschiedener anderer Personen berücksichtigen. Hierzu zählen der Erblasser, die Erben, aber auch die Vermächtnisnehmer oder Nachlassgläubiger.

Wesen und Natur des vom Testamentsvollstrecker bekleideten Amtes erforderten es daher, dass der Testamentsvollstrecker in seiner Amtsführung unabhängig ist, soweit nicht das Gesetz oder der Erblasser selbst ihm Bindungen auferlegt.⁸⁰

Die Beschreibung der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers als Inhaber eines privaten Amtes hat sich in der Literatur und in der Rechtsprechung durchgesetzt und kann insoweit als herrschende Meinung angesehen werden.⁸¹

⁷⁸ BGHZ 25, 279=NJW 1957, 1916.

⁷⁹ Staudinger-Reimann, Vorb. zu §§ 2197 ff., Rn. 14.

⁸⁰ BGHZ 25, 279.

⁸¹ so zutreffend u.a. Schmucker, S. 15.; Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1, II, Rn. 11.

4. Stellungnahme und Wertung

Keine der oben skizzierten Theorien vermag das Rechtsinstitut der Testamentsvollstreckung widerspruchsfrei zu beschreiben. Eine Einordnung der Testamentsvollstreckung in rechtsdogmatische Kategorien bekannter Rechtsfiguren ist auch nicht sinnvoll, da es sich bei der Testamentsvollstreckung um ein Rechtsinstitut eigener Art handelt, welches Züge der Stellvertretung, der Treuhand und der Amtsträgerschaft in sich vereint, darüber hinaus jedoch bestimmte Besonderheiten aufweist, die von keiner Theorie vollständig und dogmatisch sauber erfasst und abgedeckt werden können.⁸²

Das wird schon dadurch deutlich, dass der I. Entwurf des BGB den Testamentsvollstrecker in § 1903 Abs. 1 noch als gesetzlichen Vertreter des Erben bezeichnet hatte. Die zweite Kommission hat diese Fassung offenbar bewusst weggelassen, um die Klärung der Rechtsstellung der Wissenschaft zu überlassen.⁸³

Dennoch ist die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers der eines Vertreters angenähert.⁸⁴ Die Annäherung geht sogar so weit, dass die Vorschriften in den §§ 181, 207, 278, 254 BGB und § 241 ZPO entsprechend auf den Testamentsvollstrecker angewendet werden können.⁸⁵

Andererseits darf nicht außer Acht bleiben, dass der Testamentsvollstrecker in erster Linie eine Vertrauensperson des Erblassers ist und nur dessen Willen und Anordnungen verpflichtet ist. Die Testamentsvollstreckung beruht nämlich hauptsächlich auf

⁸² Schmucker, S. 17.

⁸³ So auch Lange/Kuchinke, § 31, III 4.

⁸⁴ So auch Palandt-Edenhofer, Einf. vor §2197, Rn. 2.

⁸⁵ Soergel-Lieb, Vorbem. zu § 2197, Rn. 5.

dem Interesse des Erblassers an dem künftigen Schicksal seines Vermögens.⁸⁶

Der Testamentsvollstrecker übt demnach nicht ein fremde, sondern ein eigenes - vom Willen des Erblassers abgeleitetes - Verwaltungs- und Verfügungsrecht im Hinblick auf den Nachlass aus.⁸⁷

Dabei kann der Testamentsvollstrecker jedoch nicht in eigenem Namen als Privatperson auftreten. Vielmehr bedarf es des Zusatzes „als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des X“, sofern der Testamentsvollstrecker vermeiden will, durch die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte selbst verpflichtet zu werden.⁸⁸

Dieser Umstand spricht sowohl für die Stellvertretungslösung als auch für die Amtstheorie, da in beiden Fällen der im fremden Namen oder auf fremde Rechnung Handelnde dies zu erkennen geben muss, sofern er nicht Gefahr laufen will, in direkter oder analoger Anwendung des § 164 Abs. 2 persönlich haftbar gemacht zu werden.⁸⁹

Andererseits übt der Testamentsvollstrecker die ihm zustehende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis jedoch nicht eigennützig sondern vielmehr „zu treuen Händen“ aus.⁹⁰

Dieser Sicherung und Beachtung fremder Interessen trägt das Gesetz Rechnung, wenn es von dem Amt des Testamentsvollstreckers spricht.⁹¹ Auch der BGH hat diese doppelte Funktion des Testamentsvollstreckers erkannt, wenn er in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1957⁹² den Testamentsvollstrecker als

„Treuhandler und Inhaber eines privaten Amtes“

⁸⁶ So zutreffend Schmucker, S. 18.

⁸⁷ OLG Hamburg, OLGZ 4, 123; v. Lübtow, S. 925.

⁸⁸ Palandt-Edenhofer, Einf. vor § 2197, Rn. 2; Staudinger-Reimann, Vorb. vor § 2197, Rn. 14.

⁸⁹ So zutreffend Schmucker, S. 18.

⁹⁰ Lübtow, S. 925.

⁹¹ Schmucker, S. 18.

⁹² BGHZ 25, 279.

bezeichnet.

Zu Recht führt der BGH weiter aus, dass es das Amt des Testamentsvollstreckers sei, den Willen des Erblassers auszuführen und nach der Verwirklichung der Zwecke zu trachten, wegen derer der Erblasser die Testamentsvollstreckung angeordnet hat.

Auch wenn der BGH damit den Grundstein für den Sieg der heute herrschenden Amtstheorie gelegt hat, zeigt die gewählte Formulierung, dass man sich der treuhänderischen Züge sehr wohl bewusst gewesen ist.⁹³

Dies wird auch durch die weiteren Ausführungen der Entscheidung deutlich, in der sich das Gericht mit dem Wesen der Testamentsvollstreckung eingehend auseinandergesetzt hat:

... Da die Befugnisse des Testamentsvollstreckers als Treuhänder und Inhaber eines privaten Amtes auf dem Willen des Erblassers beruhen, kann auch nur dieser ihm in Form der letztwilligen Verfügungen Weisungen für die Führung seines Amtes erteilen, wie es sich u. a. aus § 2216 Abs. 2 Satz 1 ergibt. Wesen und Natur des vom Testamentsvollstrecker bekleideten Amtes fordern, dass dieser in seiner Amtsführung unabhängig ist, soweit nicht das Gesetz oder der Erblasser selbst ihm Bindungen auferlegt haben.

Die Verwendung des Amtsbegriffes schließt jedoch keineswegs die vertreterähnliche Stellung des Testamentsvollstreckers aus. Ansonsten müsste man konsequenterweise davon ausgehen, dass auch der Vormund kein Vertreter des Mündels sei, denn auch er bekleidet ein Amt (§§ 1886, 1890).⁹⁴

⁹³ Schmucker, S. 18.

⁹⁴ So zutreffend Schmucker, S. 19.

Man darf daher aus dem Begriff „Amt“ nicht zuviel über die rechtliche Struktur der Testamentsvollstreckung herauslesen. Dieser Begriff dient lediglich dazu, die Fremdnützigkeit herauszustellen.⁹⁵

Dennoch ist die Stellung von Vormund und Testamentsvollstrecker nicht ganz vergleichbar. Zwar steht beiden ein selbständiges eigenes Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen zu, ein wesentlicher Unterschied ist jedoch darin zu sehen, dass der Vormund das gesamte Vermögen seines Schützlings verwaltet, während dem Testamentsvollstrecker nur die Verwaltung eines bestimmten Sondervermögens, nämlich des Nachlasses zusteht.⁹⁶

Insbesondere die prozessrechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers zeigt, dass sich die Rechtsfigur weder mit dem Begriff „Amt“ noch dem Institut der Stellvertretung völlig in Einklang bringen lässt.⁹⁷

Gemäß § 327 Abs. 1 ZPO wirkt ein Urteil, welches zwischen einem Testamentsvollstrecker und einem Dritten über ein der Verwaltung unterliegendes Recht ergeht, auch für und gegen den Erben.

Wäre der Testamentsvollstrecker lediglich Vertreter des Erben, hätte es dieser Vorschrift nicht bedurft.

Nachdem der Testamentsvollstrecker nach dem Beschlüssen der II. Kommission aber nicht als Vertreter des Erben angesehen werden sollte, bedurfte es einer besonderen Vorschrift, um dem Urteil, welches in einem Prozess zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergangen war, eine Rechtskraftwirkung gegen den Erben zu sichern.⁹⁸

⁹⁵ Lübtow, S. 929.

⁹⁶ Schmucker, S. 19.

⁹⁷ Lübtow, S. 929; Schmucker S.19.

⁹⁸ OLG Hamburg, OLGZ 4, 123; RGZ 56, 327,330; v. Lübtow, S. 927.

Darüber hinaus kann der Testamentsvollstrecker als solcher gegen den Erben klagen, etwa um seinen Anspruch auf Einwilligung des Erben gemäß § 2206 Abs. 2 durchzusetzen.⁹⁹ Dieser Umstand ist ebenfalls mit der Theorie der Stellvertretung nur schwer vereinbar.¹⁰⁰ Der Testamentsvollstrecker übt dabei nämlich kein Recht des „vertretenen“ Erben aus, sondern ein eigenes, welches auf ihn übergegangen ist.

Die Amtstheorie muss sich hier indes entgegenhalten lassen, dass sich dieses Recht nicht auf hoheitliche Befugnisse oder auf einen staatlichen Verleihungsakt stützt, sondern auf den Bestimmungen des Privatrechts und dem Willen des Erblassers beruht. Aus diesem Grund kann man die Tätigkeit und Stellung des Testamentsvollstreckers nicht als Amt im juristischen Sinne ansehen.¹⁰¹ Zudem finden auf das Rechtsverhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben die bürgerlich-rechtlichen Auftragsvorschriften Anwendung.¹⁰² Auch dieser Umstand spricht gegen die Annahme eines Amtes im juristischen Sinn. Wenn das Gesetz an verschiedenen Stellen dennoch von einem Amt spricht, so ist davon auszugehen, dass es sich nicht um einen formaljuristischen, sondern um einen dem allgemeinen Sprachgebrauch entlehnten Ausdruck handelt.¹⁰³

Zusammenfassend lässt sich also an dieser Stelle festhalten, dass die Testamentsvollstreckung weder durch die Vertretertheorie noch durch die Treuhandtheorie oder die herrschende Amtstheorie widerspruchsfrei und schlüssig erfasst wird.

Die Amtstheorie greift zwar in der Praxis und insbesondere im Prozessrecht am besten, dennoch sind

⁹⁹ Müko-Zimmermann, § 2206, Rn. 11.

¹⁰⁰ Lübtow, S. 926; Schmucker S. 20.

¹⁰¹ so zutreffend Schmucker, S. 20.

¹⁰² Jauernig-Stürner, § 2218, Rn. 1; Staudinger-Reimann, § 2218, Rn. 2.

¹⁰³ Kämmerer; JR 1970, 331

auch ihr die oben angeführten Widersprüchlichkeiten entgegenzuhalten.¹⁰⁴

Dies verwundert allerdings nicht, wenn man berücksichtigt, dass sich die Testamentsvollstreckung aus einem mittelalterlichen deutschrechtlichen Institut, insbesondere der kirchlichen Rechtspraxis, entwickelt hat und durch die Gesetzgebung und Rechtsprechung ausgeformt und modifiziert worden ist.¹⁰⁵

Keines der bekannten Rechtsinstitute vermag daher die Stellung des Testamentsvollstreckers in all ihren Facetten vollständig zu erklären.¹⁰⁶

So mag sich die Wissenschaft damit begnügen, die Testamentsvollstreckung als Institut eigener Art zu begreifen, ohne sie in ein Schema eines anderen Rechtsinstituts hineinpressen zu wollen.

Dieser Verzicht genügt auch den praktischen Bedürfnissen, da die Testamentsvollstreckung hinsichtlich der Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers auch ohne eine vollständige Angleichung an bekannte juristische Konstruktionen ihren Zweck zu erfüllen vermag.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass gewisse juristische Fundamentalbegriffe die Einsicht in das Wesen der Rechtsvorgänge auch erschweren können.¹⁰⁷

Es mag demnach bei der offenen Definition des BGH bleiben, wonach der Testamentsvollstrecker die Stellung eines Treuhänders hat und Inhaber eines privaten Amtes ist.¹⁰⁸

¹⁰⁴ so zutreffend Schmucker, S. 20.

¹⁰⁵ Kipp/Coing, S. 368.

¹⁰⁶ so zutreffend Schmucker, S. 20.

¹⁰⁷ Kämmerer, S. 332.

¹⁰⁸ BGH Z 25, 279.

Durch diese Doppeldefinition wird die Eigenart der Testamentsvollstreckung als Rechtsinstitut *sui generis* deutlich.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Schmucker, S. 20.

VI. Beginn und Ende des Testamentsvollstreckeramtes

Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit der Annahmeerklärung gegenüber dem Nachlassgericht gemäß § 2202. Es endet automatisch mit der Erledigung der zugewiesenen Aufgaben oder in den gesetzlich vorgesehenen Fällen:

- § 2225: Das Amt erlischt, wenn der Testamentsvollstrecker stirbt oder seine Ernennung gemäß § 2201 unwirksam war
- § 2226: Kündigung durch den Testamentsvollstrecker
- § 2227: Entlassung durch das Nachlassgericht aus wichtigem Grund, wobei anzumerken ist, dass der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht der Überwachung und Aufsicht durch das Nachlassgericht unterstellt ist¹¹⁰

Eine Amtsenthebung ist nicht erforderlich.¹¹¹

¹¹⁰ BayObLGZ 1953, 357.

¹¹¹ RGZ 81, 166; BGHZ 41, 23; Brox Rn. 379.

VII. Die Ernennung der Person des Testamentsvollstreckers

Die allgemeine Anordnung der Testamentsvollstreckung muss durch die Ernennung einer Person konkretisiert werden. Eine namentliche Bezeichnung des Testamentsvollstreckers ist dabei nicht vorgeschrieben. Sie kann auch durch Auslegung ermittelt werden.¹¹²

Grundsätzlich können natürliche und juristische Personen, aber auch die Personenhandelsgesellschaften OHG und KG¹¹³, Testamentsvollstrecker werden.¹¹⁴ Eine besondere Eignung ist keine Voraussetzung zur Amtsausübung.¹¹⁵ Grenzen sind in § 2201 normiert.

Bestimmte Personen sind jedoch - teilweise aus rechtlichen, teilweise aus natürlichen Gründen - von vornherein von der Übernahme des Testamentsvollstreckeramtes ausgeschlossen.

So kann der Alleinerbe nach allgemeiner Meinung¹¹⁶ nicht Testamentsvollstrecker über seinen eigenen Nachlass sein, da die Testamentsvollstreckung eine Beschränkung des Erben darstellt und eine Beschränkung der eigenen Rechtsposition durch sich selbst widersinnig wäre.

Ebenso ist wohl die Einsetzung der Geliebten des verheirateten Erblassers als Testamentsvollstrecker im Ergebnis als sittenwidrig und daher nach § 138 unwirksam anzusehen.¹¹⁷

¹¹² Staudinger-Reimann § 2197 Rn. 45.

¹¹³ Müko-Zimmermann § 2197 Rn. 9; Schlegelberger-Schmidt, § 124 Rn. 1.

¹¹⁴ Lange/Kuchinke § 31, IV 3a.

¹¹⁵ Lange/Kuchinke § 31, IV 3b.

¹¹⁶ RGZ 77, 177; 163, 57 f.; Haegele/Winkler, Rn. 90; Kipp/Coing, § 67, I, 9; Müko-Zimmermann, § 2197, Rn. 11; a.A. Adams, ZEV 1998, 321.

¹¹⁷ s. Schmucker, S. 45 ff.

Die Person des Testamentsvollstreckers kann ernannt werden durch:

- den Erblasser selbst, § 2197
- einen von ihm dazu ermächtigten Dritten, § 2198
- den zunächst berufenen Testamentsvollstrecker selbst, der einen Mitvollstrecker oder einen Nachfolger ernennt, § 2199
- das Nachlassgericht, das im Testament vom Erblasser hierum ersucht wurde, § 2200

Entgegen einer Literaturstimme¹¹⁸ ist bereits hier darauf hinzuweisen, dass all diese gesetzlichen Alternativen gleichberechtigt nebeneinander stehen.

Es ist für den wirksam bestellten ebenso wie für den vermeintlichen Testamentsvollstrecker unerheblich, für welche der einzelnen Möglichkeiten der Erblasser sich entschieden hat.

(Siehe hierzu auch Kapitel F V. Nr. 1)

¹¹⁸ Dittus NJW 1961, 590.

VIII. Das Testamentvollstreckerzeugnis § 2368

Dem Testamentvollstrecker wird aufgrund formlosen Antrags vom Nachlassgericht ein Testamentvollstreckerzeugnis über seine Bestellung und den Umfang seiner Rechte ausgestellt. Zuvor ist das Nachlassgericht gemäß den §§ 2368 III, 2359 verpflichtet zu prüfen, ob die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen vorliegen.

Das Zeugnis dient dem Testamentvollstrecker im Rechtsverkehr zum Nachweis seiner Rechte. Gemäß den §§ 2368 III, 2365-2367 kann sich der gutgläubige Dritte auf die Richtigkeit seines Inhalts verlassen.

Die Vermutungswirkung des Testamentvollstreckerzeugnisses geht dahin:

- dass der als Testamentvollstrecker dort bezeichnete rechtsgültig Testamentvollstrecker wurde
- dass ihm das Amt in seinem regelmäßigen Umfang zusteht
- dass der Testamentvollstrecker durch keine anderen als die dort aufgeführten Anordnungen beschränkt ist oder seine Befugnisse erweitert wurden.¹¹⁹

Sachlich zuständig ist gemäß § 2368 das Nachlassgericht. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 72, 73 FGG.

¹¹⁹ KG NJW 1964, 1905 = KG DNotZ 1965, 480; Müko-Mayer, § 2368, Rn. 30 f; Bengel/Reimann-Reimann, Kap. 2, Rn. 276.

Funktionell zuständig ist gemäß § 16 I Nr. 6 RPflG der Richter.

Grundsätzlich wird das Testamentsvollstreckerzeugnis mit Beendigung des zuvor tatsächlich bestanden Amtes automatisch kraftlos.¹²⁰

Einer besonderen Einziehung bedarf es nicht.¹²¹

Für den Fall, dass der Erblasser einen anderen als den im Zeugnis benannten zum Testamentsvollstrecker bestimmt hat, ist das Testamentsvollstreckerzeugnis unrichtig und gemäß §§ 2368 III S. 1, 2361 einzuziehen¹²², gleichwohl die Ernennung von Anfang an unwirksam ist.¹²³

In dieser Konstellation wird das Testamentsvollstreckerzeugnis erst mit seiner Einziehung kraftlos.¹²⁴

Aufgrund der Tatsache, dass der öffentliche Glaube des Testamentsvollstreckerzeugnisses nur gegenüber Dritten wirkt, spielt es im Innenverhältnis zu den Erben nur eine untergeordnete Rolle. Im Rahmen der Rechtscheinshaftung aus Vertrauensgesichtspunkten (Kapitel F V) wird auf dessen Funktion noch näher eingegangen.

IX. Vergütungsanspruch des wirksam bestellten Testamentsvollstreckers

Da die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers in den meisten Fällen eine aufwendige, zeitraubende und nicht zuletzt verantwortungsvolle ist, hat er einen

¹²⁰ Staudinger-Schilken § 2368, Rn 14; Palandt-Edenhofer § 2368, Rn. 10.

¹²¹ RGZ 83, 353; Haegele/Winkler Rn. 707

¹²² KG OLGZ 21, 359.

¹²³ Soergel-Lieb § 2368, Rn. 14.

¹²⁴ BGHZ 40, 54 = NJW 1963, 1972; BayObLG 1956, 379; OLG Köln NJW 1962, 1727.

Anspruch auf eine angemessene Vergütung, sofern der Erblasser nicht ein anderes bestimmt hat, § 2221.

Es handelt sich somit um die Frage, ob dem Testamentsvollstrecker für seine Tätigkeit ein Honorar zusteht.

1. Vorrang des Erblasserwillens

Der Erblasser kann in seinem Testament verbindliche Anordnungen darüber treffen, ob dem Testamentsvollstrecker ein Vergütungsanspruch zusteht. Er kann durch die letztwillige Anordnung die Art und Höhe der Vergütung festlegen oder aber eine solche gänzlich ausschließen.

Er kann aber auch einen Dritten mit der Festsetzung des Vergütungsanspruchs betrauen.¹²⁵

Enthält die letztwillige Verfügung des Erblassers eine Bestimmung, die nicht eindeutig bezüglich der Vergütung ist, muss sie anhand seines wirklichen oder mutmaßlichen Willens erforscht und festgesetzt werden.¹²⁶

Lediglich Auslegungshilfe können in diesem Zusammenhang maschinell geschriebene Briefe oder mündliche Absprachen sein. Maßgeblich sind allein die in der letztwilligen Verfügung von Todes wegen getroffenen Bestimmungen.

In diesem Fall kann der Testamentsvollstrecker nach Annahme des Amtes auch nur die festgesetzte Vergütung verlangen.¹²⁷ Auf eine Angemessenheit des Anspruchs kommt es dann nicht mehr an.¹²⁸

Dem als Testamentsvollstrecker Vorgesehenen bleibt es dann selbstverständlich unbenommen, die Annahme

¹²⁵ BGH WM 1972, 102; Soergel-Lieb, § 2221, Rn. 5; Müko-Zimmermann, § 2221, Rn. 4.

¹²⁶ BayObLG, RpfL. 1980, 153.

¹²⁷ Johannsen, WM 1969, 1410.

¹²⁸ Haegele-Winkler, Rn. 570.

des Amtes zu verweigern oder, sollte er das Amt bereits angetreten haben, nach § 2226 zu kündigen.¹²⁹

Sollte ein Vergütungsanspruch im Testament ausdrücklich ausgeschlossen worden sein, steht weder dem ordentlich bestellten noch dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker ein Anspruch auf Vergütung seiner Tätigkeit zu.

Bei einer übermäßig hohen Vergütung handelt es sich um ein unter der Bedingung der Amtsannahme stehendes, erbschaftsteuerpflichtiges Vermächtnis.¹³⁰

¹²⁹ RG, JW 1936, 571; Müko-Zimmermann, § 2221, Rn. 4; BayObLG, RpfL. 1980, 152; Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 1.

¹³⁰ Kipp/Coing, § 31, VII, 3, S. 718; Esch, Rn. 602; AK-Finger, § 2221, Rn. 8; Soergel-Lieb, § 2221, Rn. 4; Müko-Zimmermann, § 2221, Rn. 4.

2. Fälligkeit, Verjährung, Abtretbarkeit des Vergütungsanspruchs

§ 2221 sieht eine Gesamtvergütung in Form einer einmaligen Zahlung vor, die in der Regel mit Beendigung des Amtes fällig ist.¹³¹

Bei länger währenden Verwaltungen ist die Vergütung jedoch in regelmäßigen Zeitabschnitten zu entrichten¹³², und zwar nachträglich nach Ablauf des Verwaltungsjahres, entsprechend der Rechnungslegungspflicht.¹³³

Der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers verjährt gemäß § 195 nach 30 Jahren.¹³⁴

Soweit die Vergütung in jährlichen Beträgen regelmäßig zu entrichten ist, gilt die vierjährige Verjährungsfrist des § 197, so etwa bei einer Verwaltungsvollstreckung.

Auch wenn es sich bei dem Amt des Testamentsvollstreckers um ein höchstpersönliches handelt, ist der Vergütungsanspruch abtretbar, vererblich und kann gepfändet werden.¹³⁵

¹³¹ BGH LM, § 2221, Nr. 1; Erman-Schmidt, § 2221 Rn. 12; Esch, Rn. 609; AK-Finger, § 2221, Rn. 4;

¹³² Staudinger-Reimann, § 2221, Rn. 17.

¹³³ Tiling ZEV 1998, 333.

¹³⁴ OLG Düsseldorf JW 1918, 741.

¹³⁵ Bengel/Reimann-Eckelskemper, § 10, Rn. 55; Soergel-Lieb, § 2221, Rn. 1; AK-Finger, § 2221, Rn. 4; KG NJW 1974, 752.

3. Bemessung der Vergütung

Fehlt im Testament eine Bestimmung über die Höhe der Vergütung des Testamentsvollstreckers, so gilt es deren Angemessenheit zu bestimmen. Hierfür gibt es keine gesetzlich festgelegte Gebührenordnung, auch nicht wenn der Testamentsvollstrecker Rechtsanwalt, Steuerberater, Notar oder sonstiger Angehöriger rechtsberatender Berufe ist.¹³⁶

Im Laufe der Zeit haben daher verschiedene Gerichte sowie Anwalts- und Notarvereine Richtlinien für die Bemessung der Vergütung des Testamentsvollstreckers aufgestellt.¹³⁷

Als wichtigster Anhaltspunkt für den Normalfall einer Testamentsvollstreckung galten in der Praxis die erstmals im Jahre 1918 aufgestellten und im Jahre 1925 überarbeiteten Richtlinien für das Notariat in Rheinpreußen.¹³⁸

Sie lauten:

„Es wird empfohlen, als Gebühr für die Tätigkeit des Notars als Testamentsvollstrecker im Regelfall wie folgt zu berechnen:

1. Bei einem Nachlasswert bis zu 20 000 RM
Bruttowert 4 %
2. darüber hinaus bis zu 100 000 RM
Bruttowert 3 %
3. darüber hinaus bis zu jeweils 1 000 000 RM
Bruttowert 2 %
4. darüber hinaus Brutto-
wert 1 %

¹³⁶ BGH DNotZ 1964, 170; Möhring, VI 2c,bb; Haegelle/Winkler, Rn. 570; Göttlich/Mümmeler, S. 1518; Riedel-Sußbauer, § 1, Rn. 30.

¹³⁷ vgl. dazu ausführlich Plaßmann, JW 1935, 1830 f.

¹³⁸ JW 1935, 1831=DNotZ 1935, 623.

Diese Sätze gelten für normale Verhältnisse und glatte Abwicklung.

Folgt dagegen eine längere Verwaltungstätigkeit, z.B. beim Vorhandensein von Minderjährigen oder verursacht die Verwaltung eine besonders umfangreiche und zeitraubende Tätigkeit, so kann eine höhere Gebühr als angemessen erachtet werden, auch eine laufende, nach dem Jahresbetrag der Einkünfte zu berechnende Gebühr gerechtfertigt sein.“

Die Richtlinien wurden von Rechtsprechung und herrschender Literatur über einen langen Zeitraum für geeignet befunden.¹³⁹

Allerdings wurde im Lauf der Jahre aufgrund der sich seit dem Jahr 1925 immer weiter verkomplizierenden steuer-, miet-, preis-, devisen- und wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen eine allgemeine Erhöhung des Regelsatzes anerkannt.

Der Wert dieser Erhöhung wurde zwischen 25%¹⁴⁰ und 50%¹⁴¹ beziffert.

Es ist jedoch jeglicher Form einer Richtlinie immanent, dass sie nur einen Anhaltspunkt für die Vergütung des Testamentsvollstreckers darstellen kann und auch nur dann ohne weiteres eingesetzt werden kann, wenn das Aufgabenfeld des Testamentsvollstreckers im Wesentlichen den durch das Gesetz vorgezeichneten Pflichten entspricht.¹⁴²

Der Deutsche Notarverein hat kürzlich eigene Empfehlungen¹⁴³ zur Anpassung der Vergütung eines Tes-

¹³⁹ BGH LM, § 2221 Nr. 2; BGH DNotZ 1968, 357; Esch, Rn. 606; Plaßmann, JW 1935, 1831; Glaser, NJW 1962, 1999; Tschischgale, JurBüro 1965, 91; Haegele-Winkler Rn. 580.

¹⁴⁰ Esch, Rn. 606; Tschischgale, JurBüro 1965, 91.

¹⁴¹ Haegele/Winkler, Rn. 581.

¹⁴² BGH LM, § 2221, Nr. 2.

¹⁴³ ZEV 2000, 181=Notar 2000, 2; ebenso unter www.dnotv.de.

tamentsvollstreckers vorgelegt, die auf die allgemeine Kostensteigerung (Vervielfachung der Indices für Lebenshaltungskosten, Neubau von Wohngebäuden und Bruttostundenverdienste, höhere Besteuerung) wie auch die Zunahme komplizierter Testamentsvollstreckungen (schwache, überforderte Erben, Streitvermeidung, Vermögenserhaltung, Auslandsvermögen) eingehen.

Dabei werden neben einem fixen Grundbetrag variable Zuschläge für die einzelnen Tätigkeiten vorgesehen, damit die Vergütung der individuellen Arbeit und der Verantwortung des konkreten Falles angepasst werden kann, andererseits aber auch kalkulierbar und durchschaubar bleibt.

Der Vergütungsgrundbetrag deckt dabei die einfache Testamentsvollstreckung (normale Verhältnisse, glatte Abwicklung) ab, d.h. die Nachlassverwaltung bis zur Abwicklung der steuerlichen Fragen einschließlich der Überleitung des Nachlasses auf einen Nachfolger als Testamentsvollstrecker oder der Freigabe des Nachlasses an die Erben. Die Bemessungsgrundlage für den Vergütungsgrundbetrag ist der am Todestag des Erblassers bestehende Bruttowert des Nachlasses. Verbindlichkeiten sind nur dann vom Bruttowert des Nachlasses abzuziehen, wenn der Testamentsvollstrecker nicht mit den Verbindlichkeiten befasst ist.

Die Höhe des Vergütungsbetrages wird wie folgt bemessen:

bis 250 000 €	4,0 %
bis 500 000 €	3,0
bis 2 500 000 €	2,5 %
bis 5 000 000 €	2,0 %
über 5 000 000 €	1,5 %

mindestens aber die Höhe der Vorstufe.

Beispiel: Bei einem Nachlass von 260.000 € beträgt der Grundbetrag nicht 7 800,- € (= 3 % aus 260.000 €), sondern 10 000 € (= 4 % aus 250 000,- €).

Bei Nacherbentestamentsvollstreckung oder bloß beaufsichtigender Testamentsvollstreckung erhält der Testamentsvollstrecker wegen der dann geringeren Belastung anstelle des vollen Grundbetrags 2/10 bis 5/10 des Grundbetrags.

Besteht die Aufgabe des Testamentsvollstreckers lediglich in Erfüllung von Vermächtnissen, so erhält er nur den Vergütungsgrundbetrag, welcher sich nach dem Wert der Vermächtnisgegenstände bemisst.

Der Vergütungsgrundbetrag ist zur Hälfte nach Abschluss der Konstituierung und im übrigen mit Abschluss der Erbschaftssteuerveranlagung bzw. Abschluss der Tätigkeit fällig.

Darüber hinaus stehen dem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Abwicklungsvollstreckung Zuschläge zum Vergütungsgrundbetrag zu. Hierbei ist die Entlastung des Testamentsvollstreckers durch die Hinzuziehung externer Sachverständiger (z.B. Rechtsanwälte, Steuerberater) bei Bemessung der Zuschläge angemessen zu berücksichtigen.

Grundsätzlich sind die Zuschläge jeweils fällig, wenn die betreffende Tätigkeit beendet ist.

Bei der Bemessung der Zuschläge ist mangels besonderer Anhaltspunkte vom Mittelwert der Spanne auszugehen.

Die Gesamtvergütung soll in der Regel insgesamt das Dreifache des Vergütungsgrundbetrages nicht überschreiten.

Die Zuschläge bemessen sich wie folgt:

a. Aufwendige Grundtätigkeit

Es wird ein Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages gewährt, wenn die Konstituierung des Nachlasses aufwendiger als im Normalfall ist, etwa durch besondere Maßnahmen zur Ermittlung, Sichtung und Inbesitznahme des Nachlasses, Erstellung eines Nachlassverzeichnisses, Bewertung des Nachlasses, Regelung von Nachlassverbindlichkeiten einschließlich inländischer Erbschaftssteuer.

Als Normalfall wird ein Nachlass angesehen, der aus Bargeld, Wertpapierdepot oder Renditeimmobilie zusammengesetzt ist, der z.B. durch bloßes Einholen von Kontoauszügen, Grundbucheinsichten und Sichtung von Mietverträgen konstituiert ist.

b. Auseinandersetzung

Es wird ein Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages gewährt, wenn der Nachlass auseinander zu setzen ist (Aufstellung eines Teilungsplanes und dessen Vollzug) oder Vermächtnisse zu erfüllen sind. Der Zuschlag ist mit der zweiten Hälfte des Vergütungsgrundbetrags fällig.

c. Komplexe Nachlassverwaltung

Es wird ein Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages gewährt, wenn es sich um einen komplexen und schwierig zu verwaltenden Nachlass handelt.

Dies kann der Fall sein bei Auslandsvermögen, Gesellschaftsbeteiligung, Beteiligung an einer Erbengemeinschaft, einer sich im Bau befindlichen oder einer anderen Problemimmobilie, bei

hohen oder verstreuten Schulden, Rechtsstreitigkeiten, Besonderheiten im Hinblick auf die Beteiligten (z.B. Minderjährige, Pflichtteilsberechtigte, Erben mit Wohnsitz im Ausland).

Zusammen mit dem Zuschlag nach Lit. d. darf der Zuschlag aber nicht mehr als $\frac{15}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages betragen.

Der Zuschlag ist mit der zweiten Hälfte des Vergütungsgrundbetrages fällig.

d. Aufwendige oder schwierige Gestaltungsaufgaben

Es wird ein Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages gewährt, wenn es sich um aufwendige oder schwierige Gestaltungsaufgaben im Vollzug der Testamentsvollstreckung handelt, die über die bloße Abwicklung hinausgehen.

Hierbei ist z.B. an eine Umstrukturierung, Umschuldung oder Verwertung des Nachlasses zu denken.

Zusammen mit dem Zuschlag nach Lit. c. darf der Zuschlag aber nicht mehr als $\frac{15}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages betragen.

Der Zuschlag ist mit der zweiten Hälfte des Vergütungsgrundbetrages fällig.

e. Steuerangelegenheiten

Es wird ein Zuschlag von $\frac{2}{10}$ bis $\frac{10}{10}$ des Vergütungsgrundbetrages für die Erledigung von Steuerangelegenheiten gewährt. Lit. a. umfasst nur die durch den Erbfall entstehenden inländischen Steuern (Erbschaftssteuer), nicht jedoch bereits zuvor entstandene oder danach entstehende Steuern oder ausländische Steuerangelegenheiten (z. B. nachträgliche Bereinigung von Steuerangelegenheiten, Einkommenssteuererklärungen). Bezieht sich die Steuerangelegenheit auf einzelne Nachlassgegenstände, ermittelt sich der Zuschlag

nach deren Wert aus dem für den Gesamtnachlasswert einschlägigen Prozentsatz. Der Zuschlag ist bei Abschluss der Tätigkeit fällig.

Im Rahmen der Dauerverwaltungsvollstreckung werden im Normalfall 2% bis 4% vom Jahresbetrag der Einkünfte oder $\frac{1}{3}\%$ bis $\frac{1}{2}\%$ des Nachlassbruttowertes - je nach Schwierigkeit der Verwaltung - als Vergütung genannt.¹⁴⁴

Die Vergütung der Dauerverwaltungsvollstreckung wird zusätzlich zur Grundvergütung samt Zuschlägen gewährt.¹⁴⁵

Übernimmt der Testamentsvollstrecker eine Unternehmerstellung bei Personengesellschaften und übt er diese, gegebenenfalls im Wege der Vollrechtstreuhand (Eintragung des Testamentsvollstreckers im Handelsregister) aus, so stehen ihm 10 % des jährlichen Reingewinns zu.

Für die Tätigkeit als Organ einer Kapitalgesellschaft, GmbH & Co KG, Stiftung & Co, bei Ermächtigungstreuhand oder beim Handeln als Bevollmächtigter der in ihre Rechte Eingesetzten erhält der Testamentsvollstrecker das branchenübliche Geschäftsführer- bzw. Vorstandsgehalt und die branchenübliche Tantieme.

Ebenso erhält er die branchenübliche Vergütung für lediglich beaufsichtigende Tätigkeit, zum Beispiel Aufsichtsratsvorsitz, Beiratsvorsitz, Beteiligung mit Zwerganteil und der Bestimmung, dass der Testamentsvollstrecker nicht überstimmt werden darf,

¹⁴⁴ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 69; Haegele/Winkler, Rn. 597; Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer S. 229.

¹⁴⁵ ZEV 2000, 181=Notar 2000, 2; ebenso unter www.dnotv.de.

Weisungsunterwerfung der in ihre Rechte eingesetzten Erben.

Handeln mehrere Testamentsvollstrecker, so ist zu unterscheiden, ob es sich um eine parallele oder eine sukzessive Tätigkeit handelt.

Im Rahmen der parallelen Tätigkeit ist die Vergütung bei gemeinschaftlicher Tätigkeit (ohne oder mit gleichwertiger Aufgabenverteilung im Innenverhältnis) nach Köpfen aufzuteilen.

Bei gemeinsamer Verantwortung der Testamentsvollstrecker nach außen, aber nicht gleichwertiger Geschäftsverteilung im Innenverhältnis ist die Vergütung angemessen, unter Berücksichtigung der Aufgabenbereiche aufzuteilen.

Bei vom Erblasser angeordneter gegenständlicher Verteilung der Aufgaben im Außenverhältnis ist die Vergütung entsprechend der jeweiligen Verantwortung des Testamentsvollstreckers aufzuteilen.

Bei sukzessiver Tätigkeit erhält der Nachfolger die Vergütung nur für die Tätigkeit, die nicht bereits der Vorgänger abgeschlossen hat. Ist zum Beispiel die Erbschaftssteuerveranlagung bereits erfolgt, so erhält der Nachfolger dafür keinen Vergütungsgrundbetrag.

Die Rechtsprechung¹⁴⁶ hat immer wieder darauf hingewiesen, dass sich jegliche pauschale Bewertung der Höhe des Vergütungsanspruchs verbietet, vielmehr die Umstände des jeweiligen Einzelfalles für die Bemessung des Anspruchs ausschlaggebend sind.

Die in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien für die Berechnung können somit wie folgt zusammengefasst werden:¹⁴⁷

¹⁴⁶ BGH NJW 1963, 487; BGH NJW 1967, 877; BGH NJW 1967, 2400.

¹⁴⁷ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 11.

1. Umfang und Wert des Nachlasses
2. Besonderheiten der sich daraus ergebenden Tätigkeiten und Geschäfte
3. Dauer der Testamentsvollstreckung
4. Einbringung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen des Testamentsvollstreckers
5. Zahl und Alter der Beteiligten
6. Erfolg der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers
7. Steuerbelastung der Vergütung mit Umsatzsteuer¹⁴⁸

¹⁴⁸ BGH NJW 1963, 487; NJW 1967, 2400; WM 1972, 101; KG NJW 1974, 752; Haegele/Winkler, Rn. 573.

X. Aufwendungsersatzanspruch des wirksam bestellten Testamentsvollstreckers

Die Verweisung des § 2218 auf §670 gibt dem Testamentsvollstrecker einen Anspruch gegen den Erben auf Ersatz der Aufwendungen, die er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten für erforderlich halten durfte.

Im Abschnitt G wird dieser Aufwendungsersatzanspruch gesondert behandelt.

D. Das vermeintliche Testamentsvollstreckeramt

I. Rechtliche Gründe für die Unwirksamkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung

Es kann zu Konstellationen kommen, bei denen jemand irrig annimmt, Testamentsvollstrecker zu sein, ohne dass dies in Wirklichkeit der Fall ist.

Hierfür kommen verschiedene Gründe in Betracht, die nachfolgend im Einzelnen zu untersuchen sind.

1. Nur materielle oder auch formelle rechtliche Gründe für die Unwirksamkeit des Testamentsvollstreckeramts

Nägele¹⁴⁹ wirft die Frage auf, ob reine Formfehler des Nachlassgerichts oder eines sonst am Verfahren Beteiligten im Beststellungsakt zu einem vermeintlichen Testamentsvollstreckeramt führen können, oder ob vielmehr allein auf materiellrechtliche Fehler abzustellen ist.

a) Formelle Fehler im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Als formelle Fehlerquellen nennt Nägele zum einen die förmliche Bekanntgabe durch Zustellung gemäß § 16 Absatz 2 FGG oder die Ernennung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2200 durch den Richter gemäß § 72 FGG i.V.m. § 16 Absatz 1 Nr. 2 RPflG.

Wenn im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine fehlerhafte Entscheidung ergeht, dann stellt sich das Problem, ob damit die Nichtigkeit der fehlerhaften Entscheidung einhergeht oder ob diese

¹⁴⁹ Nägele, S. 8 ff.

Entscheidung zunächst einmal wirksam, wenn auch im Ergebnis anfechtbar, sein soll.

Hierüber enthält das FGG selbst keine Regelungen. Auch § 32 FGG gibt hierzu keine Antwort, denn zunächst wird hier nur die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts aufgrund fehlerhafter Verfügung angesprochen. Darüber hinaus ist dort nur der Fall der ungerechtfertigten, nicht der nichtigen Verfügung geregelt.¹⁵⁰

In Anlehnung an diese Vorschrift wurde die so genannte „Gültigkeitstheorie“ entwickelt, bei der grundsätzlich von der Wirksamkeit einer Verfügung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgegangen wird.¹⁵¹

Dieser Theorie entgegen steht die sogenannte „Nichtigkeitstheorie“, die sich an § 61 FGG anlehnt und zu dem Ergebnis kommt, dass jede Verfügung, die unter Verletzung materieller Vorschriften ergeht, nichtig sein soll.¹⁵²

Eine ausführliche Darstellung der Theorien erfolgt durch Habscheid. Dieser löst den Konflikt, indem er auf fehlerhafte Verfügungen die Lehre vom fehlerhaften Urteil anwendet.¹⁵³

Diese Ansicht fand in der Literatur¹⁵⁴ Zustimmung. Demnach sollen nur allerschwerste Mängel prozessualer Art zur Nichtigkeit führen, andernfalls sollen fehlerhafte Entscheidungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der Beschwerde anzufechten sein.

¹⁵⁰ Habscheid, NJW 1966, 1787.

¹⁵¹ Schlegelberger, § 7, Rn. 7.

¹⁵² Staudinger-Engelmann, 9. Auflage, § 1773, Rn. 7; so wohl auch noch Staudinger-Engler, 11. Auflage § 1773, Rn. 8.

¹⁵³ S. 183 ff; NJW 1966, 1787.

¹⁵⁴ Bärmann, S. 167; Keidel-Kuntze-Winkler, § 7, Rn. 40.

Für eine Verfügung, die eine Ernennung zum Testamentsvollstrecker zum Inhalt hat, wäre somit gemäß §§ 81, 22 FGG die sofortige Beschwerde das zutreffende Rechtsmittel. Das Beschwerdegericht kann dann die erlassene Verfügung aufheben.

Streit besteht insoweit nur, ob diese Aufhebung durch das Beschwerdegericht mit ex nunc oder mit ex tunc Wirkung erfolgt. Zur ausführlichen Behandlung des Meinungsstreits wird auf Habscheid¹⁵⁵ verwiesen, der für eine ex nunc Wirkung eintritt mit dem Argument, dass andernfalls die Aufhebung auf eine Unwirksamkeit der fraglichen Gerichtshandlung hinauslaufen würde.¹⁵⁶

Festgehalten werden kann somit, dass ein reiner Formfehler bei der Ernennung des Testamentsvollstreckers durch das Nachlassgericht im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht die Unwirksamkeit der Ernennungsverfügung zwingend nach sich zieht, also zunächst einmal kein Fall des vermeintlichen Testamentsvollstreckers vorliegt.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Habscheid, S. 86 ff.

¹⁵⁶ so auch Keidel-Kuntze-Winkler, § 32, Rn. 11.

¹⁵⁷ So auch zutreffend Nägele, S. 10.

b) Sonstige Formfehler

Nicht anders verhält es sich, wenn sich an einer anderen Stelle im Rahmen der Ernennung ein Formfehler einschleicht.

So beispielsweise wenn die Erklärung über die Bestimmung des Testamentsvollstreckers nicht gemäß § 2198 Absatz 1 Satz 2 in öffentlich beglaubigter Form abgegeben wurde.

Fraglich ist dann nur, ob dann die zwingende Rechtsfolge des § 125, also Nichtigkeit, eintritt.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die der öffentlichen Beglaubigung unterfallende Erklärung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, auf das § 125 grundsätzlich Anwendung findet.

Zum Formmangel führt Münchener Kommentar¹⁵⁸ aus:

„Auf einen Formmangel muss das Nachlassgericht den Bestimmungsberechtigten hinweisen“.

Einen Hinweis auf § 125 i.V.m. § 129 ist weder bei dieser noch bei irgendeiner anderen Kommentierung anzutreffen.

Dagegen werden verschiedene Fallkonstellationen aufgezählt, bei denen eine öffentliche Beglaubigung entbehrlich sein soll.

Beispielsweise soll dies der Fall sein, wenn der Bestimmungsberechtigte Notar, Behördenleiter oder Präsident der Anwaltskammer ist.

Diese Aufweichung der Formvorschrift kann nur deshalb Sinn haben, weil die Form des § 129 - öffent-

¹⁵⁸ Müko-Zimmermann, § 2198, Rn. 7; ebenso Staudinger-Reimann, § 2198, Rn. 16.

liche Beglaubigung - sicherstellt, dass die Unterschrift eigenhändig vor dem Notar vollzogen wurde. Es wird nicht etwa der Inhalt der Erklärung beglaubigt, sondern lediglich die Unterschrift.¹⁵⁹ Schutzzweck des § 129 ist also die zuverlässige Feststellung der Person des Erklärenden.

Wenn nun aber das Nachlassgericht von der Identität der Unterschrift ausgehen und auf die Richtigkeit auch vertrauen kann, da beispielsweise der Erklärende bereits aus Berufs- oder Standesgründen gehalten ist, entsprechende Formvorschriften zu wahren und aus der Berufsstellung bereits eine gewisse Integrität gewährleistet scheint, wäre es wenig verständlich, hier noch auf der Formvorschrift des § 129 zu beharren.

Geschützt werden soll durch diese Vorschrift das Nachlassgericht und nicht irgendein Dritter. Wenn jedoch das Nachlassgericht nicht an der Identität zweifelt, dann kann auch nicht zwingend die Folge des § 125 eintreten.

Fordert also das Nachlassgericht den Ernennungsberechtigten nicht auf, den Mangel der öffentlich beglaubigten Form nachzuholen, fordert es diesen vielmehr sogar noch gemäß § 2202 Absatz 3 auf, binnen einer bestimmten Frist die Annahme des Amtes zu erklären, so kann - wenn der Ernannete das Amt annimmt - der Formmangel keine weitere Auswirkung haben.

Die Annahme der Nichtigkeit wäre in diesem Fall ein klassisches Beispiel im Rahmen der Diskussion über die Formstrenge des § 125, vor allem im Hinblick auf § 242, denn hier hat weder das Nachlassgericht noch der Ernennende und schon gar nicht der Ernannete einen Vorteil aus dem Formmangel.

¹⁵⁹ So zutreffend Nägele, S. 11.

Es muss in Fällen solcher Art demjenigen überlassen bleibe, der durch die Formvorschrift geschützt werden soll, einen Mangel dieser Form zu beheben oder darüber hinwegzusehen. Dies umso mehr, als es sich hier um eine einseitige Willenserklärung des Ernennenden handelt und es letztlich dem Ernannnten immer noch frei steht, das Amt abzulehnen.¹⁶⁰

Es können in der Wertung des Ergebnisses durchaus Parallelen zu den im Grundbuchrecht bestehenden Vorschriften gezogen werden.

So setzt § 29 GBO für einen Eintragungsantrag voraus, dass die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden.

Wird diese Formvorschrift nicht eingehalten und nimmt das Grundbuchamt die Eintragung dennoch antragsgemäß vor, so ist nach ganz allgemeiner Meinung¹⁶¹ die Eintragung deshalb nicht unwirksam.

Der BGH weist vielmehr ausdrücklich auf den reinen Ordnungscharakter des § 29 GBO hin und führt aus, dass dennoch erfolgte Eintragungen voll wirksam seien.¹⁶²

Würde man sich also im Falle der Ernennung des Testamentsvollstreckers der strengen Regel der §§ 129 i.V.m. 125 unterordnen wäre zudem noch die Frage zu klären, in welchem Teilakt im Gesamtgefüge der Ernennung sich die Nichtigkeit niederschlägt.

Die Nichtigkeit kann sich freilich dann nur auf die Willenserklärung des Ernennenden beziehen, also die Benennung einer Person zum Testamentsvollstrecker. Wenn aber der Ernannnte das Amt gegenüber dem Nachlassgericht annimmt, dann dürfte schwerlich zu ar-

¹⁶⁰ So zutreffend Nägele, S. 12.

¹⁶¹ Kuntze-Hermann, § 29, Rn. 3; Demharter, § 29, Rn. 1; Meikel-Brambring, § 29, Rn. 9.

¹⁶² BGH WM 1963, 217.

gumentieren sein, dass die Nichtigkeit auch gleichzeitig auf die Amtsannahme durchschlägt.

Es wird also dabei bleiben müssen, dass immer dann, wenn die Form des § 2198 Absatz 1 Satz 2 nicht gewahrt wurde, die Wirksamkeit des Testamentsvollstreckeramtes nicht beeinträchtigt wird.¹⁶³

c) Ergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein vermeintliches Testamentsvollstreckeramt nicht dadurch entstehen kann, dass durch das Nachlassgericht oder einen sonst am Verfahren Beteiligten ein reiner Formfehler begangen wurde.

¹⁶³ so Nägele S. 14

2. Materiellrechtliche Gründe für die Unwirksamkeit

Im Grundsatz sind verschiedene Fälle zu unterscheiden, deren wichtiges und auch für die Frage nach dem Vergütungs- und Aufwendungsersatzanspruch entscheidendes Abgrenzungsmerkmal in der Wirkung der Unwirksamkeit ex tunc oder ex nunc liegt:

1.) Das Testamentsvollstreckeramt hat zunächst wirksam bestanden, ist jedoch später weggefallen.

Beispielsweise geschieht dies durch:

- auflösende Bedingung
- Fristablauf § 2210
- Objektive Erledigung aller Aufgaben durch den Testamentsvollstrecker

2.) Es hat niemals ein wirksames Testamentsvollstreckeramt bestanden. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung war aus folgenden Gründen von Anfang an unwirksam:

- Nichtigkeit aufgrund von Willensmängeln gemäß §§ 116 ff.
- Mutmaßliche Nichtigkeit gemäß § 2077
- Testierunfähigkeit des Erblassers gemäß § 2229
- Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2
- Verstoß gegen die Formvorschriften gemäß § 125

- Gesetzesverstoß aufgrund der §§ 134, 2065, 2263

3.) Ein überholendes Ereignis macht die Testamentsvollstreckung von vorneherein unwirksam.

Dies ist der Fall, wenn:

- die Verfügung von Todes wegen gemäß §§ 2078 ff. angefochten wird,
- die Erbschaft ausgeschlagen wird,
- in einer späteren letztwilligen Verfügung die Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgehoben wird.

Besonderes Augenmerk gilt den unter 2.) und 3.) benannten Fällen, die in der Praxis häufig auftreten¹⁶⁴ und deren Behandlung Kernstück dieser Arbeit ist.

¹⁶⁴ Möhring/Beisswingert/Klingelhöffer, S. 238.

3. Das Außenverhältnis des vermeintlichen Testamentsvollstreckers gegenüber Dritten

Nur kurz soll das Gebiet abgehandelt werden, inwieweit der vermeintliche Testamentsvollstrecker gegenüber Dritten rechtswirksame Handlungen für die Erben vornehmen kann.

Die Reichweite der Befugnisse bemisst sich nach den allgemeinen Regeln.¹⁶⁵

Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, so werden die Regeln über den Erbschein gemäß §§ 2368 III, 2365 entsprechend angewandt.

Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist dem Erbschein verwandt. Es dient dem Schutz des öffentlichen Glaubens bei den vom Testamentsvollstrecker kraft gesetzlicher Befugnis vorgenommenen Verfügungsgeschäften.¹⁶⁶

Der öffentliche Glaube erstreckt sich jedoch zudem auf Verpflichtungsgeschäfte des Legitimierten.¹⁶⁷

Dies ist auch dann der Fall, wenn der im Zeugnis Bezeichnete in Wirklichkeit nicht Testamentsvollstrecker ist.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Bengel/Reimann-Reimann Kap. 10, Rn. 275; RGZ 100, 282; BGH WM 1961, 479.

¹⁶⁶ BayObLG 84, 225.

¹⁶⁷ Palandt-Edenhofer § 2368, Rn. 9; Müko-Mayer § 2368, Rn. 43.

¹⁶⁸ Staudinger-Schilken § 2368, Rn. 12.

E. Das Innenverhältnis zwischen vermeintlichem Testamentsvollstrecker und Erben

I. Allgemeines

1. Guter Glaube als unabdingbare Voraussetzung eines Aufwendungsersatz- oder Vergütungsanspruchs

Es ist herrschende Meinung, dass selbstverständlich nur ein solcher vermeintlicher Testamentsvollstrecker überhaupt einen Anspruch haben kann, der in Bezug auf die Rechtmäßigkeit seiner Bestellung in gutem Glauben ist.¹⁶⁹

Diese Schlussfolgerung ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Gilt die Voraussetzung des guten Glaubens für den in den §§ 2218, 674 geregelten Fall, dass das zunächst bestehende Testamentsvollstreckeramt später wegfällt, muss es erst recht für die Fälle gelten, in denen niemals zuvor ein Testamentsvollstreckeramt bestanden hat.

Die nachfolgenden Ausführungen betreffen folglich nur den vermeintlichen Testamentsvollstrecker, der sowohl bezüglich seiner Bestellung als auch der Rechtmäßigkeit seines Tätigwerdens in gutem Glauben ist.

Als Kriterium für den guten Glauben ist hierbei der Rechtsgedanke des § 122 Abs. 2 heranzuziehen, wo-

¹⁶⁹ Zimmermann, Rn. 718.; /Bonefeld/Daragan-, Rn. 538; Haegele/Winkler, Rn. 633; Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1, Rn. 238; Palandt-Edenhofer, § 2221, Rn. 3; Erman-Schmidt, § 2221, Rn. 18; Müko-Zimmermann, § 2221, Rn. 27; RGRK-Kregel, § 2221, Rn. 10; Soergel-Lieb, § 2218, Rn. 20; Schelter, DNotZ 1978, 494; Johannsen WM 1979, 608; Dittus, NJW 1961, 590; Möhring/Seebrecht, JurBüro 1978, 146; BGH NJW 1977, 1727.

nach nicht nur Vorsatz sondern auch grobe Fahrlässigkeit schädlich ist.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Haegele-Winkler, Rn. 632, welcher als einziger den § 122 II ausdrücklich nennt.

2. Vermeintliche Testamentsvollstreckung im Gegensatz zum vermeintlichen Testamentvollstrecker

Bei näherer Untersuchung der zur Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung führenden Gründe muss primär unterschieden werden, ob die Anordnung der Testamentsvollstreckung an sich unwirksam war, also überhaupt keine Testamentsvollstreckung gewollt war, oder ob zwar Testamentsvollstreckung angeordnet war, nur lediglich die falsche Person das Amt wahrgenommen hat.

Nägele¹⁷¹ spricht im ersten Fall von vermeintlicher Testamentsvollstreckung und im zweiten Fall vom vermeintlichen Testamentvollstrecker.

Für den vorliegenden Aufbau ist zu beachten, dass es sich im allgemeinen um Fälle der vermeintlichen Testamentsvollstreckung handelt, auch wenn vom vermeintlichen Testamentvollstrecker die Rede ist. Die von Nägele gewählte sprachliche Unterscheidung ist für vorliegende Arbeit nahezu unerheblich und zudem nicht praktikabel, da andernfalls eine sprachliche Verkomplizierung drohen würde. Sollte es sich um die Konstellation des vermeintlichen Testamentvollstreckers handeln, wird darauf ausdrücklich hingewiesen.

¹⁷¹ Nägele S. 6 f.

II. Differenzierung in zeitlicher Hinsicht

1. Anordnung der Testamentsvollstreckung ist mit Wirkung ex nunc weggefallen

Lediglich dieser Fall ist sowohl für den Aufwendungsersatz- als auch für den Vergütungsanspruch gesetzlich gemäß den §§ 2218, 674; 2221 geregelt.

In dieser Konstellation hat zumindest für einen konkreten Zeitraum ein besonderes gesetzliches Verhältnis mit gegenseitigen Rechten und Pflichten bestanden, das seine Grundlage im Willen des Erblassers hat.¹⁷²

Dies bedeutet, dass zugunsten des gutgläubigen Testamentsvollstreckers die Fortdauer des Amtes solange unterstellt wird, bis er das Erlöschen kennt oder kennen muss.¹⁷³ Gemäß § 122 II genügt im zweiten Fall leichte Fahrlässigkeit.¹⁷⁴

Aufgrund des eindeutigen gesetzlichen Wortlauts kann für diesen Fall das Vorliegen eines Aufwendungsersatz- wie auch eines Vergütungsanspruchs des vermeintlichen, gutgläubigen Testamentsvollstreckers zweifelsfrei bejaht werden.

2. Anordnung der Testamentsvollstreckung ist mit Wirkung ex tunc weggefallen

Problematisch bei der Behandlung dieser Fallgruppe ist insbesondere die Tatsache, dass, im Gegensatz

¹⁷² Haegele/Winkler, Rn. 631; Palandt-Edenhofer, § 2221 Rn. 3.

¹⁷³ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 1, Rn. 235, Kap.10, Rn. 150; Palandt-Edenhofer, § 2221, Rn. 3.

¹⁷⁴ Bengel/Reimann-Bengel, Kap.1, Rn. 235; /Bonefeld/Daragan-, Kap. 5.4, Rn. 50; Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 150, der jedoch nur vom „fahrlässigen Nichtwahrnehmen“ spricht.

zur Unwirksamkeit ex nunc, niemals zuvor ein gesetzliches Schuldrechtsverhältnis zwischen dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker und den Erben bestanden hatte.

In Literatur und Rechtsprechung wurden verschieden Lösungsansätze für diese Fragestellung aufgeworfen, die einer dogmatischen Überprüfung jedoch nicht immer standhalten können.

III. Differenzierung zwischen Aufwendungsersatz- und Vergütungsanspruch

Bei der Recherche der vertretenen Lösungen fällt besonders auf, dass eine saubere Trennung zwischen Aufwendungsersatz- und Vergütungsanspruch nicht immer beibehalten wurde, was zu einer unübersichtlichen Darstellung, zum Teil aber auch zu nicht immer richtigen Schlussfolgerungen führt.

Es muss also unterschieden werden, ob dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker für seine Tätigkeit ein Honorar zustehen soll, oder ob er für seine bereits getätigten Aufwendungen Ersatz begehrt.

Während der Vergütungsanspruch für den ordentlich bestellten Testamentsvollstrecker in § 2221 geregelt ist, beinhaltet § 2218 eine Regelung des Aufwendungsersatzanspruchs, wobei hier auf bestimmte auftragsrechtliche Normen (§§ 664, 666 bis 668, 670, 673 S. 2, 674) verwiesen wird. Der Testamentsvollstrecker erhält seine Aufwendungen dann ersetzt, wenn er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte.

Zu beachten ist, dass dieser Anspruch auf Aufwendungsersatz neben dem auf Vergütung aus § 2221 steht.¹⁷⁵

Deshalb sollen diese beiden Komplexe im Rahmen der vorliegenden Arbeit getrennt voneinander auf die Vereinbarkeit mit vertraglichen oder gesetzlichen Anspruchsgrundlagen überprüft werden.

Leider lassen sich bei dem so gewählten Aufbau Wiederholungen oder Verweisungen nach oben nicht immer vermeiden. Um jedoch die Übersichtlichkeit der Dar-

¹⁷⁵ Staudinger-Reimann, § 2218, Rn. 28.

stellung zu gewährleisten, kann auf einen alternativen Aufbau nicht zurückgegriffen werden.

F. Darstellung und Bewertung der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Lösungen bezüglich des Vergütungsanspruchs eines vermeintlichen Testamentsvollstreckers

I. Geschäftsbesorgungsvertrag gem. §§ 675, 612, 316, 315 Abs. 2

Der BGH hat am 22.05.1963¹⁷⁶ erstmals über den Vergütungsanspruch eines vermeintlichen Testamentsvollstreckers entschieden.

Zwar lässt der BGH die Entscheidung, ob der Testamentsvollstrecker rechtswirksam bestellt wurde, offen, spricht ihm jedoch im Verneinungsfall in kurzer Prägnanz einen Anspruch auf „billige Vergütung“ aufgrund eines bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrages zu.

Die möglichen Varianten sowie die Voraussetzungen dessen Zustandekommens gilt es im Folgenden zu untersuchen.

1. Vertragsparteien

Es stellt sich zunächst die Frage, zwischen welchen Vertragsparteien ein solcher Geschäftsbesorgungsvertrag grundsätzlich zustande kommen kann.

Welche Willenserklärungen das Berufungsgericht in oben zitierter Entscheidung als Geschäftsbesorgungsvertrag auslegte, ist aus den veröffentlichten Gründen nicht ersichtlich.

Der Ansatz des BGH lässt jedoch vermuten, dass es sich dabei um die Konstellation zwischen Erben und vermeintlichem Testamentsvollstrecker handelt, zu-

¹⁷⁶ BGH NJW 1963, 1615.

mindest wurde er in der Literatur als solcher diskutiert¹⁷⁷.

Demgegenüber könnte jedoch auch der Erblasser als Vertragspartei in Frage kommen.

a) Der Erbe als Vertragspartner

Ein ausdrücklicher Vertragsschluss, mündlich oder in schriftlicher Form, über das Bestehen oder die Höhe eines Vergütungs- und Aufwendungsersatzanspruchs bzw. das im Gegenzug geforderte Tätigkeitsprofil zwischen Erben und ordentlichem, oder auch vermeintlichem, Testamentvollstrecker kann natürlich jederzeit zustande kommen, und ist nicht nur im Falle sich andeutender Unklarheiten sogar dringend geboten.

So führt Bund¹⁷⁸ aus:

„ (...) nur wenige Testamente sind über alle Zweifel der Auslegung erhaben.

Man muss daher jedem Testamentvollstrecker empfehlen, sein Amt nicht anzutreten, ohne zuvor seine Ansprüche auf Vergütung und Aufwendungsersatz durch Vertrag mit den Erben abgesichert zu haben.“

¹⁷⁷ Zeuner, FS Mühl, Nr. 4, S. 437; Nägele, S. 82; Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 152; Palandt-Edenhofer, § 2221, Rn. 3; Erman-Schmidt, § 2221, Rn. 18; Müko-Zimmermann, § 2221, Rn. 25; Tilling ZEV 98, 339.

¹⁷⁸ JuS 1966, 65.

b) Sonderfall: Miterbengemeinschaft gemäß §§ 2032 ff.

Bei einem Vertragsschluss mit einer Miterbengemeinschaft sind jedoch folgende allgemeine Grundsätze zu beachten.

Die Vertretung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft nach außen leitet sich aus den Regeln über die Geschäftsführung im Innenverhältnis ab.

ba) Der Grundsatz ist danach gemäß § 2038, Abs. 1, S. 1 die gemeinschaftliche Verwaltung. Im Außenverhältnis findet somit Gesamtvertretung statt.

bb) Für Geschäfte zur ordnungsgemäßen Erhaltung des Nachlasses reicht hingegen die Vertretung durch die Mehrheit der Erben, §§ 2038 Abs. 1, S. 2, Nr. 1; Abs. 2, 675.

bc) Für Geschäfte der Notverwaltung ist jeder Miterbe allein vertretungsberechtigt, § 2038, Abs. 2, S. 2, 2. HS.

Bei der Beurteilung eines möglicherweise zustande gekommenen Vertragsschlusses ist somit darauf zu achten, dass die Miterbengemeinschaft ordnungsgemäß vertreten wurde.

Meist wird die 1. oder 2. Alternative einschlägig sein.

c) Bedeutung des Widerspruchs der Erben

Der BGH¹⁷⁹ räumt dem durch die Erben erfolgten Widerspruch im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages elementare Bedeutung bei.

Für den Fall, dass die Erben die Testamentsvollstreckertätigkeit akzeptiert hatten, soll dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker ein Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag zustehen. Sollten die Erben der Tätigkeit jedoch widersprochen haben, verbleibt der vermeintliche Testamentsvollstrecker ohne jeglichen Anspruch.

ca) Instrument als Zerstörung des guten Glaubens

Ein durch die Erben erfolgter Widerspruch kann möglicherweise den guten Glauben des vermeintlichen Testamentsvollstreckers zerstören.¹⁸⁰

Hieran müssen jedoch zwei Anforderungen gestellt werden.

Einerseits müssen die Erben die ihrer Ansicht nach zur Unwirksamkeit der verhängten Testamentsvollstreckung führenden Gründe substantiiert benennen und darlegen.

Andererseits muss der vermeintliche Testamentsvollstrecker dieses Vorbringen ignorieren oder ihm nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit nachgehen. Hierbei muss ihm bereits leichte Fahrlässigkeit schaden.

Sollte der vermeintliche Testamentsvollstrecker jedoch den Gründen nachgehen, notfalls auch fachkundige Hilfe in Anspruch nehmen, und kommt er dennoch zu dem Ergebnis, dass aus seiner Sicht keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckung gegeben sind, so ist dieser vermeintliche Testamentsvollstrecker weiterhin als gutgläu-

¹⁷⁹ NJW 1963, 1615.

¹⁸⁰ So zutreffend: Haegele/Winkler, Rn. 633.

big zu behandeln. Er muss allerdings seine Bemühungen um die Aufklärung der strittigen Sachlage darlegen können.

Insofern ist der Ansicht zuzustimmen, die dem Widerspruch der Erben insoweit Bedeutung zumisst, als er den vermeintlichen Testamentsvollstrecker auf eventuell bestehende Unwirksamkeitsgründe hinweist.¹⁸¹

Weiterhin muss der Testamentsvollstrecker durch die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses durch das Nachlassgericht im Hinblick auf dessen Prüfungspflicht gemäß §§ 2368, 2359 ff grundsätzlich vom Vorwurf befreit sein, sich fahrlässig ihm nicht zustehende Befugnisse anzumaßen.¹⁸² Zwar gibt es auch gegenüber gerichtlichen Entscheidungen keine Erlaubnis zum völlig kritiklosen Befolgen derselben oder Vertrauen auf ihren Bestand.¹⁸³ Solange es sich jedoch nicht um gegenstandslose Scheinentscheidungen oder nichtige Entscheidungen handelt, sind sie aber wirksam und beachtlich.¹⁸⁴

Das vom Nachlassgericht erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis stellt somit ein starkes Indiz zugunsten der Gutgläubigkeit des vermeintlichen Testamentsvollstreckers dar.

Als bösgläubig ist folglich nur derjenige vermeintliche Testamentsvollstrecker zu qualifizieren, der dem schlüssig dargelegten Vorbringen der Erben nicht oder nicht in ausreichendem Maße nachgeht und auch kein Testamentsvollstreckerzeugnis zu seiner Entlastung vorweisen kann.

¹⁸¹ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 156.

¹⁸² Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 155; Eckelskemper, MittRhNotK 81, 158.

¹⁸³ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 156.

¹⁸⁴ Leipold, JZ 1996, 295.

cb) Widerspruch als Willensäußerung

Logischerweise kann weder ein ausdrücklicher noch konkludenter Vertragsschluss erfolgen, wenn die Erben keine dahingehende Willensäußerung getätigt haben.

So kann dem erfolgten Widerspruch entnommen werden, dass es sich hierbei um eine Willensäußerung handelt, gerade nicht mit dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker kontrahieren zu wollen.

Im Gegensatz zu Punkt a) sind an die Äußerung des Widerspruchs durch die Erben selbstverständlich keine erhöhten Anforderungen wie die der substantiierten Darlegung der Gründe zu stellen.

Zu untersuchen bleibt somit nur, ob auch bei fehlendem Widerspruch ein konkludenter Vertragsschluss bejaht werden kann.

cd) Konkludenter Vertragsschluss

Anhand der Regeln des allgemeinen Teils des Bürgerlichen Gesetzbuches müssen die geforderten Voraussetzungen für einen Vertragsschluss genau auf ihre Anwendbarkeit mit der vorliegenden Situation überprüft werden.

Sieht man sich die für den Abschluss eines Rechtsgeschäfts erforderlichen Voraussetzungen genauer an, zögert man bereits bei der Definition der dafür geforderten inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen.

So sollen sie konkret auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet sein und sind in einen äußeren („das Erklärte“) und inneren („das Gewollte“) Tatbestand unterteilt.

Bereits bei der Frage, ob von den Erben überhaupt ein solch äußerer Erklärungstatbestand durch schlüssiges Verhalten geschaffen wird, der auch tatsächlich auf einen Rechtsfolgewillen schließen lässt, ist äußerste Zurückhaltung geboten. Aber auch der aus Handlungswille, Erklärungsbewusstsein und Geschäftswille bestehende innere Tatbestand wird in den meisten Fällen nicht bejaht werden können.

In der Praxis ist doch in der hier angesprochenen Konstellation gemeinhin an einen Erben zu denken, der zwar von einer Anordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser Kenntnis erhalten hat, sich jedoch nicht dafür interessiert, oder sich auch aufgrund von Behinderungen, Minderjährigkeit o. ä. gar nicht für geschäftliche Belange interessieren kann. Es ist hierbei nach wie vor zu beachten, dass es sich bei den mit einer Testamentsvollstreckung beschwerten Erben oftmals um Personen handelt, bei denen sich der Erblasser nicht sicher oder in Sorge darüber war, ob sie ihre Angelegenheiten eigenständig regeln können.

Ob man denjenigen Erben, die sich der angeblich verhängten Testamentsvollstreckung nicht widersetzen, sondern sich in ihre Situation fügen, tatsächlich ein rechtserhebliches Verhalten unterschieben kann, erscheint äußerst fragwürdig. Es entspricht eher der Lebenserfahrung, dass sie meist überhaupt nicht das Bewusstsein haben, aktiv am Rechtsverkehr teilzunehmen. Richtigerweise spricht eine Literaturstimme¹⁸⁵ von einem fingierten Vertragsschluss, den sie aber nach Ansicht der Verfasserin im Ergebnis zu Unrecht lässt.

¹⁸⁵ Staudinger-Reimann, § 2221, Rn. 54.

Sicherlich kann in Einzelfällen ausnahmsweise ein Vertragsschluss mit den Erben erfolgen. So beispielsweise dann, wenn die Erben aktiv mit dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker zusammenarbeiten, ihn sogar noch um weitreichendere Unterstützung bitten, als diejenige, zu der er in Ausübung seines Amtes verpflichtet wäre.

Als generelle Anspruchsgrundlage für den vermeintlichen Testamentsvollstrecker ist das Konstrukt des Geschäftsbesorgungsvertrags zwischen ihm und den Erben jedenfalls ungeeignet.

Das Verhalten der Erben, die der Tätigkeit des vermeintlichen Testamentsvollstreckers nicht widersprechen, ist somit richtigerweise als „rechtliches Nullum“ zu qualifizieren.

d) Der Erblasser als Vertragspartner

Ein anderer Ansatz, der aus dem Rechtsgedanken des § 672 hergeleitet werden kann, liegt in der Person des Erblassers als Vertragspartner begründet.

Insbesondere in solchen Fällen, in denen die Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgrund von Formfehlern oder missverständlicher Formulierung im Testament unwirksam ist, könnte eine Umdeutung gemäß § 140 in ein Angebot für einen Geschäftsbesorgungsvertrag stattfinden.

Es handelt sich hierbei um ein Angebot gemäß § 130 Abs. 2.

Diese Norm findet auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung bis zum Tod des Erklärenden absichtlich zurückgehalten wird.¹⁸⁶

¹⁸⁶ Palandt-Heinrichs, § 130, Rn. 12; Brun, Jura 1994, 301.

Durch die Aufnahme seiner Tätigkeit bzw. die Annahme des vermeintlichen Testamentsvollstreckeramts nimmt der vermeintliche Testamentsvollstrecker das Angebot gemäß den §§ 153, 151 konkludent an.

Ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist somit zustande gekommen.

Im Gegensatz zu den Erben als Vertragspartner, ist sich der vermeintliche Testamentsvollstrecker nämlich durchaus im Klaren darüber, dass er im Rechtsverkehr auftritt und rechtswirksame Handlungen vornimmt, auch wenn er davon ausgeht, vom Erblasser in erbrechtlicher Form hierzu aufgefordert worden zu sein.

Ebenso war sich der Erblasser bewusst, dass er mit Verfassen seines Testaments und der – wenn auch unwirksamen – Anordnung der Testamentsvollstreckung eine rechtlich erhebliche Handlung vornahm, in dem er einer Vertrauensperson den Hinweis gibt, sich um den Nachlass bzw. um einen oder mehrere Erben kümmern zu müssen. Man könnte insofern von einem „Angebot in testamentarischer Gestalt“ sprechen.

Auch im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit ist es schlüssig, den Erblasser und nicht den Erben als Vertragspartner des vermeintlichen Testamentsvollstreckers zu behandeln. Während die Erben überhaupt keinen Einfluss auf die Wahl ihres Vertragspartners gehabt hätten, wurde der vermeintliche Testamentsvollstrecker vom Erblasser als Vertrauensperson ausgewählt, demgegenüber fühlte sich der vermeintliche Testamentsvollstrecker dazu berufen, dessen Willen zu entsprechen.

Somit kann man hier durchaus von der Konstellation sprechen, in der zwei Vertragspartner einander ausgewählt haben.

**da) Rechtliche Wertung eines Widerspruchs der Erben
im Fall des geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags**

Es stellt sich nunmehr die Frage, inwieweit die Erben an den geschlossenen Vertrag gebunden sein müssen und wie sich ein Widerspruch der Erben auf den zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag auswirkt.

Hierbei ist vor allem in zeitlicher Hinsicht zu differenzieren. Widersprechen die Erben der Amtsausübung des vermeintlichen Testamentsvollstreckers bevor diesem das Angebot zugegangen ist, liegt darin ein Widerruf des Angebots des Erblassers gemäß § 130 Abs. 1, S. 2 durch die Erben. Gemäß § 1922 treten sie ja mit dem Erbfall die Gesamtrechtsnachfolge des Erblassers an. In diesem Fall ist eine Annahme durch den vermeintlichen Testamentsvollstrecker nicht mehr möglich.

Ist dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker das Angebot jedoch zugegangen, tritt die Bindungswirkung des Antrags ein, und der Geschäftsbesorgungsvertrag wird mit der konkludenten Annahme durch den vermeintlichen Testamentsvollstrecker geschlossen.

Dann stellt sich die Frage, ob sich die Erben aus diesem Vertrag wieder lösen können.

db) Bewertung des Widerspruchs als Kündigung

Insbesondere im Fall einer unwirksam verhängten Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 S. 1, 2. HS darf der zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag selbstverständlich nicht dauerhaft gegen den Willen der Erben aufrechterhalten werden.

Aber auch im Rahmen der zwar in der Regel kürzere Zeitspannen umfassenden Abwicklungsvollstreckung können die Erben nicht für die gesamte Dauer gegen ihren Willen am Vertragsschluss festgehalten werden.

Einzig in Betracht kommende Möglichkeit der Erben, sich von dem zwischen Erblasser und vermeintlichen Testamentsvollstrecker geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zu lösen, ist diejenige einer Kündigung gemäß den §§ 675, 314 Abs. 1 n.F.

Die Kündigung beendet im Gegensatz zum Rücktritt das Schuldverhältnis nur für die Zukunft. Infolge der ex-nunc Wirkung der Kündigung sind die bereits erbrachten Leistungen nicht zurückzugewähren.¹⁸⁷

Da die Erben mangels gültiger Testamentsvollstreckung in ihrer Verfügungsbefugnis ja gerade nicht beschränkt sind, können sie dieses Gestaltungsrecht unproblematisch ausüben.

Doch muss die Kündigung als einseitige empfangsbefürftige Willenserklärung dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker auch zugehen. Zwar bedarf die Kündigung eines Geschäftsbesorgungsvertrages keiner bestimmten Form, dennoch kommt es in gewissem Maße auf die Qualität des Widerspruchs der Erben an. Sollte der Unmut über das Tätigwerden des vermeint-

¹⁸⁷ BGHZ 73, 354.

lichen Testamentsvollstreckers nur gegenüber Dritten geäußert worden sein, kann er nicht als Kündigung bewertet werden.

Vielmehr muss aus der Erklärung gegenüber dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker hervorgehen oder durch Auslegung ermittelt werden können, dass ein Tätigwerden für die Erben zukünftig nicht mehr erwünscht ist.

Da das Gestaltungsgeschäft auf die Rechtsstellung des Erklärungsempfängers ohne dessen Zutun einwirkt, muss sich die beabsichtigte Rechtsänderung nämlich klar und eindeutig aus der Erklärung ergeben.¹⁸⁸

Notfalls muss dieser Antrag im Prozess um die Feststellung der Testamentsvollstreckung, für den das Prozessgericht und nicht das Nachlassgericht zuständig ist¹⁸⁹, hilfsweise geltend gemacht werden.

Da es den Erben nicht zugemutet werden kann, über längere Zeit ungewollt fremde Einflüsse in ihrem Rechtskreis zu dulden, ist die nach den oben genannten Voraussetzungen erfolgte Kündigung durchaus ein legitimes Mittel, sich von der vermeintlichen Testamentsvollstreckung zu lösen.

¹⁸⁸ Palandt-Heinrichs Überbl. v. § 104, Rn. 17.

¹⁸⁹ BGH NJW 1964, 316; BGHZ 20, 264.

e) Überprüfung des Ergebnisses auf Wertungsge- sichtspunkte

Sicherlich könnte diesem Lösungsvorschlag entgegengehalten werden, dass er den querulierenden Erben gegenüber dem kooperativen bevorzugt.

Auch ist anzumerken, dass es der Position des Testamentsvollstreckers angesichts der mit der Testamentsvollstreckung verbundenen Beschränkungen immanent ist, auf Widerstand der Erben zu stoßen.

Der Testamentsvollstrecker fühlt sich zugegebenermaßen als Vertrauensperson des Erblassers daran gebunden, den Erblasserwillen notfalls auch gegen den Willen der Erben zu verteidigen und durchzusetzen. Dennoch muss den Erben selbstverständlich die Möglichkeit eingeräumt werden, sich von dem mit dem Erblasser geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag zu lösen, denn faktisch ist ja eben keine Testamentsvollstreckung angeordnet, vielmehr sind die Erben in ihrer rechtsgeschäftlichen Willensausübung gerade nicht beschränkt.

Diese Wertung nimmt auch der BGH¹⁹⁰ in einer zum Aufwendungsersatz ergangenen Entscheidung vor, indem er die Position der Erben gegenüber dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker grundsätzlich stärkt.

Der Erblasser hatte in der genannten Entscheidung seine Ehefrau zur Vorerbin eingesetzt und die Kinder als Nacherben bestimmt. Zugleich hatte der Erblasser einen Testamentsvollstrecker für die Zeit bis zum Eintritt des Nacherbfalls berufen. Bei Eintritt des Erbfalls schlug die Ehefrau die angefallene Erbschaft gegen Zahlung von 850 000 DM aus,

¹⁹⁰ BGH NJW 1977, 1726=DNNotZ 1978, 490=BGHZ 69, 235=JurBüro 1978, 205.

woraufhin die Erben, die gemäß §§ 2096 ff., 2102 Abs. 2 zugleich als Ersatzerben gelten, die Erteilung eines Erbscheins ohne Testamentsvollstreckervermerk beantragten. Nach dessen Erteilung durch das Nachlassgericht hatten die Beschwerde dagegen und die sofortige weitere Beschwerde des als Testamentsvollstrecker eingesetzten Klägers keinen Erfolg. Der Kläger beehrte daraufhin von den Ersatz-erben Ersatz seiner Rechtsanwaltsgebühren, die aufgrund des von ihm betriebenen Beschwerdeverfahrens entstanden waren, darüber hinaus Ersatz der Kosten für ein später angeordnetes Nachlasspflegschaftsverfahren.

Der BGH führt in diesem Zusammenhang aus:

„Jede Testamentsvollstreckung schränkt die Rechtsstellung des Erben in so starkem Maße ein, dass ihm Verpflichtungen aus der Testamentsvollstreckertätigkeit nur dann zugemutet werden können, wenn die Testamentsvollstreckung auf dem Willen des Erblassers beruht oder ein derartiger Wille von sämtlichen Beteiligten übereinstimmend angenommen worden ist. Das Interesse des Erblassers an der Verwirklichung der angeordneten Testamentsvollstreckung muss demgegenüber zurücktreten. Der schwächere Schutz des Erblassers ergibt sich bereits daraus, dass der vom Erblasser ernannte Testamentsvollstrecker grundlos die Übernahme der Testamentsvollstreckung ablehnen und damit die Verwirklichung des Erblasserwillens unmöglich machen kann.“

Dem letzten Satz dieses Zitats kann jedoch entgegengehalten werden, dass der wirksam bestellte Testamentsvollstrecker zwar mit der Ausschlagung des Amtes ein Tätigwerden seiner Person verhindern kann. Er kann jedoch nicht eine rechtsgültig angeordnete Testamentsvollstreckung als solche aushe-

beln. Vielmehr wird statt seiner ein Ersatztestamentsvollstrecker ernannt werden, welcher entweder vom vorausschauenden Erblasser bereits im Testament vorgesehen war oder aber vom Nachlassgericht ausgewählt wird.

Interessant vor diesem Hintergrund, jedoch im Ergebnis abzulehnen, ist die Ansicht von Zeuner.¹⁹¹ Er stellt in der Besprechung dieses Urteils allgemeine Aussagen zur Rechtsposition des Testamentsvollstreckers auf.

Im Gegensatz zur Beurteilung des BGH sei diese nicht subjektbezogen an der Person des jeweiligen Erben orientiert, weise also nur eine schwache Nachlassbezogenheit auf; vielmehr sieht er die Testamentsvollstreckung als eine primär objektbezogene Sondervermögensverwaltung.¹⁹²

Für das Verhältnis zwischen der Eigensphäre des Testamentsvollstreckers und dem Nachlass komme es nicht darauf an, wer der jeweilige Erbe sei.¹⁹³

Zeuner ist insofern zu widersprechen, als es für die Anordnung der Testamentsvollstreckung meistens gerade nicht unerheblich ist, wer Erbe wird. Oftmals sind die Gründe, die den Erblasser zu diesem Schritt bewegen, gerade in der Person des Erben begründet.

Dennoch kann man Zeuner in der Weise beipflichten, als es eben nicht auf eine Willensäußerung der Erben ankommen darf. Die Ansicht Zeuners ist richtigerweise in der Hinsicht zu modifizieren, als weniger auf die Nachlassbezogenheit im Sinne einer Sondervermögens als vielmehr auf eine Art „Erblasserbezogenheit“ abzustellen ist.

Freilich kann das Risiko der unwirksam angeordneten Testamentsvollstreckung auch nicht ausschließlich

¹⁹¹ FS Mühl, S. 721 ff.

¹⁹² FS Mühl. S. 724 f.

¹⁹³ FS Mühl, S. 725.

dem Testamentsvollstrecker aufgebürdet werden, da sich sonst niemand dazu bereit erklären würde, dieses Amt anzunehmen.

Der Risikoverteilung zwischen Erben und vermeintlichem Testamentsvollstrecker ist aber meines Erachtens damit genüge getan, einen Anspruch, und zwar in vollem Umfang, für die Zeit vor dem unter oben genannten Voraussetzungen erfolgten Widerspruch zu gewähren.

Danach muss dann aber den Erben - sofern der Widerspruch die Kriterien einer Kündigung erfüllt - die Möglichkeit geben sein, frei über ihre Erbschaft zu verfügen.

Versucht man, den vorliegenden Lebenssachverhalt im Rahmen der Wertung in Risikosphären einzuteilen, muss der vermeintliche Testamentsvollstrecker wohl eher der Sphäre des Erblassers zugerechnet werden. Er kann meines Erachtens sozusagen als „verlängerter Arm“ des Erblassers nach dessen Tode angesehen werden, der den Erblasserwillen notfalls auch gegen den Willen der Erben verteidigen soll.

Dann muss jedoch auch das Versagen und die Versäumnisse des Erblassers beim Errichten des Testaments dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker als dessen Vertrauensperson zugerechnet werden.

Zusammenfassend sei gesagt, dass ein leichtes Ungleichgewicht zulasten des vermeintlichen Testamentsvollstreckers durchaus zu vertreten ist, der zugegebenermaßen im Falle eines ihm ordnungsgemäß zugegangenen Widerspruchs in einer wenig beneidenswerten Situation steckt.

Ihm zu empfehlen, die Sachlage sorgfältig zu prüfen und gegebenenfalls seine Tätigkeit sofort einzustellen.

Jedoch bleibt er auch nach Kündigung durch die Erben nicht ganz schutzlos gestellt, stehen ihm doch zusätzlich noch die allgemeinen nachvertraglichen Schutzpflichten, denen sich auch den Erben beugen müssen, zur Seite.

So kann im Extremfall sogar ein Anspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers gegen die Erben aus positiver Vertragsverletzung gemäß § 280 Abs. 1 n.F. i.V.m. § 1922 gegeben sein.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Palandt-Heinrichs, § 276, Rn. 121.

2. Einordnung der konkreten Kasuistik der Unwirksamkeitsgründe einer Testamentsvollstreckung in den vorgeschlagenen Lösungsweg

Es muss nun überprüft werden, ob oben dargestellter, theoretischer Lösungsweg in allen Fällen einer unwirksamen Anordnung der Testamentsvollstreckung in der Praxis anwendbar ist.

Es gilt daher im Folgenden die möglichen Fallgruppen in das Lösungsschema einzubauen.

Vorweg ist jedoch festzuhalten, dass die Gründe, die zur Nichtigkeit des Testaments führen, selbstverständlich auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung betreffen müssen.

a) Anordnung der Testamentsvollstreckung war von Anfang an unwirksam

aa) Nichtigkeit aufgrund von Willensmängeln gemäß §§ 116 ff.

Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB sind im Erbrecht grundsätzlich anwendbar, sofern sie nicht durch erbrechtliche Sondervorschriften eingeschränkt oder verdrängt werden.

So kann die Unwirksamkeit eines Testaments lediglich auf den §§ 116 S. 1, 118 beruhen.

Ein geheimer Vorbehalt ist wirkungslos, um betrügerisches Testieren zu verhindern.¹⁹⁵

Scherzeshalber oder zu Lehrzwecken angefertigte Testamente sind nichtig.

Dagegen sind nach überwiegender Ansicht¹⁹⁶ die nur für empfangsbedürftige Willenserklärungen geltenden §§ 116 S. 2, 117 nicht anwendbar.

¹⁹⁵ RG 148, 222; Soergel-Stein, § 1937, Rn. 18; Palandt-Edenhofer, § 1937, Rn. 15.

Es stellt sich die Frage, wie sich der vermeintliche Testamentsvollstrecker als dritte Person in die Konstellation zwischen Erblasser und Erben einfügt. Grundsätzlich findet im Erbrecht zwischen Erblasser und Erben kein Vertrauensschutz statt.¹⁹⁷ Grund dafür ist, dass kein Anspruch auf testamentarische Zuwendungen besteht und solche Zuwendungen stets unentgeltlich sind, so dass gar kein schutzwürdiges Vertrauen bestehen kann. Somit ist beispielsweise auch der § 122 zwischen Erblasser und Erben nicht anwendbar.¹⁹⁸

Dieser Grundsatz ist jedoch dann nicht anwendbar, wenn eine dritte Person von der Willensäußerung Kenntnis erlangt und auf deren Gültigkeit vertraut. Es geht dann nämlich nicht darum, denjenigen zu schützen, der auf die Rechtsbeständigkeit einer erbrechtlichen Zuwendung vertraut, sondern denjenigen, der im Vertrauen auf die Gültigkeit der Willenserklärung Arbeit leistet und Aufwendungen tätigt, der also darauf vertraut, rechtswirksam aufgefordert zu sein, eine am Willen und Interesse des Erblassers orientierte Aufgabe zu übernehmen.

Insofern kann auch in einer, beispielsweise nach § 118, gegenüber den Erben unwirksamen Willenserklärung des Erblassers ein konkludentes Angebot auf Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages gegenüber dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker liegen.

Dies kann dann der Fall sein, wenn die Erben unter den Voraussetzungen des § 118 den Mangel der Ernsthaftigkeit erkannt haben, der vermeintliche Testamentsvollstrecker diesen jedoch verkannt hat.

¹⁹⁶ OLG Frankfurt/M. OLGZ 1993, 461; BayObLG FamRZ 1977, 347; OLG Düsseldorf WM 1968, 811.

¹⁹⁷ Palandt-Edenhofer, § 2078, Rn. 2.

¹⁹⁸ Zeuner, FS Mühl, S. 733.

Der vorgeschlagene Lösungsweg ist somit im Falle der Willensmängel nach § 116 ff. ein gehbarerer Weg, auch wenn die Fälle in der Praxis sicherlich Seltenheitswert haben werden.

ab) Testierunfähigkeit des Erblassers gemäß § 2229

Im Falle mangelnder Testierfähigkeit gemäß § 2229 Abs. 1, Abs. 2 kann allerdings auch die Lösung über den Geschäftsbesorgungsvertrag nicht weiterhelfen. Wer aufgrund seiner Minderjährigkeit testierunfähig ist, ist im Falle des Absatzes 1 auch geschäftsunfähig. Im Falle des Absatzes II ist der Minderjährige beschränkt geschäftsfähig und bedarf zum Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages die Zustimmung oder Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters.

Viel weitreichendere praktische Bedeutung hat sicherlich der Absatz 4.

Da die Testierunfähigkeit ein erbrechtlich geprägter Unterfall der Geschäftsunfähigkeit ist, kann der Testierunfähige grundsätzlich auch keine Willenserklärung in Form eines Angebotes zum Abschluss eines Vertrages abgeben. Insofern versagt auch hier die vorgeschlagene rechtsgeschäftliche Lösung.

Allerdings ist genau zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt durchgehend Testierunfähigkeit vorgelegen hatte. Bei wechselnden Zuständen des Erblassers sind die in lichten Intervallen errichteten Verfügungen wirksam.¹⁹⁹

Unter Umständen sind Fälle denkbar, in denen ein im testierunfähigen Zustand verfasstes Testament unwirksam ist, der Erblasser danach jedoch seine Testier- und Geschäftsfähigkeit wiedererlangt, und den

¹⁹⁹ Palandt-Edenhofer, § 2229, Rn. 8.

vermeintlichen Testamentsvolltrecker darum bittet, die Testamentsvollstreckung zu übernehmen und sich der Erben anzunehmen. In diesem Fall kann er das Angebot zum Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages wirksam abgegeben haben, obgleich seine letztwillige Verfügung unwirksam ist.

Maßgeblich sind hierbei wiederum die Umstände des Einzelfalls.

ac) Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2

Prinzipiell gilt hier das zur Testierunfähigkeit Gesagte entsprechend.

Zu beachten ist allerdings, dass im Gegensatz zur Testierunfähigkeit auch eine partielle Geschäftsunfähigkeit möglich ist.²⁰⁰

²⁰⁰ Palandt-Heinrichs, § 104, Rn. 6; BGH NJW 1970, 1681; BayObLG, NJW 1992, 2101, stet. Rspr.

ad) Verstoß gegen Formvorschriften gemäß § 125

Es handelt sich hierbei um den einfachsten Fall der Anwendung des vorgeschlagenen Lösungswegs.

Das formungültige Testament wird in ein Angebot zum Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages umgedeutet. Dieses bedarf gerade keiner vorgeschriebenen Form.

Diese Lösung läuft auch nicht Gefahr, erbrechtliche Formvorschriften und die damit verbundene Warnfunktion zu unterlaufen, wie dies bei einer analogen Anwendung der §§ 2218, 2221 im Falle des vermeintlichen Testamentsvollstreckers der Fall sein könnte (hierzu ausführlich F V).

Vielmehr sind die Beschränkungen des so geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrags viel weniger weitreichend als die der Testamentsvollstreckung selbst. Den Erben wird ja gerade nicht die Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis entzogen. Zudem besteht im Gegensatz zur Testamentsvollstreckung keine endgültige, nach dem Erbfall unwiderufliche Beschränkung für die Erben, vielmehr können sich diese vergleichsweise einfach aus dem Vertragsverhältnis lösen.

In vorliegender Situation ist die Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker also ganz unproblematisch möglich und meines Erachtens hilfreich.

ae) Gesetzesverstoß aufgrund der §§ 134, 2064, 2265

Auch hierbei gelten grundsätzlich die allgemeinen Ausführungen. Sollte der Erblasser seine Willenserklärung an den vermeintlichen Testamentsvollstrecker derart auf den Weg gebracht haben, dass dieser im guten Glauben auf die Aufforderungen reagiert, so kann durch die konkludente Annahme des vermeintlichen Testamentsvollstreckers ein Vertragsschluss bejaht werden.

Zu beachten ist jedoch, dass nicht auch der Geschäftsbesorgungsvertrag unter das gesetzliche Verbot des § 134 fällt. Selbstverständlich kann es dann ebenfalls keine vertraglichen Ansprüche geben.

Die übrigen erbrechtlichen Normen können hingegen sehr wohl durch die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB umgangen werden. Für einen schuldrechtlichen Vertragsschluss sind deren Schutz- und Warnfunktionen gerade nicht notwendig.

b) Ein überholendes Ereignis macht die Anordnung der Testamentsvollstreckung von vornherein unwirksam

ba) Anfechtung gemäß den §§ 2078 ff.

Auch für die Anfechtung gemäß den §§ 2078 ff. kann im Ergebnis nichts anderes gelten.

Primär muss nach erfolgter Auslegung ermittelt werden, auf welche der einzelnen letztwilligen Verfügungen sich der Irrtum des Erblassers oder die Drohung gegen ihn bezogen hat, da das Testament als solches generell nicht anfechtbar ist.²⁰¹ Die Anfechtbarkeit geht nur so weit, wie der Irrtum oder die Drohung gereicht und auf den Inhalt der Erklärung eingewirkt hat.²⁰²

Irrt sich der Erblasser beispielsweise darüber, welche Einschränkungen der Erben und Befugnisse des Testamentsvollstreckers mit Anordnung der Testamentsvollstreckung einhergehen, so ist das grundsätzlich ein für die Anfechtung nach § 2078 I beachtlicher Inhaltsirrtum.

Abgesehen von der Tatsache, dass letzterer im Nachhinein schwierig festzustellen ist, so kann aber mit der damit verbundenen Aufforderung an den vermeintlichen Testamentsvollstreckter „Kümmere dich um die Erben“ ein Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrags liegen, der ja wie oben festgestellt, eben auch nicht so weitreichende Beschränkungen der Erben zum Inhalt hat wie die Testamentsvollstreckung. Es wird ein den Vorstellungen des Erblassers entsprechendes Angebot abgegeben.

²⁰¹ BGH NJW 1985, 2025.

²⁰² BGH aaO; RG 70, 391.

Anders ist im Falle einer durch Drohung angeordneten Testamentsvollstreckung zu entscheiden. Sollte der vermeintliche Testamentsvollstrecker den Erblasser bedroht haben, um als Testamentsvollstrecker eingesetzt zu werden, kann er schon deshalb keine Ansprüche herleiten, weil er bezüglich der Rechtmäßigkeit seines Amtes nicht in gutem Glauben ist.

Der Erbe als drohende Person kommt selbstverständlich bereits deshalb nicht in Betracht, weil er kaum ein Interesse daran haben wird, durch eine Testamentsvollstreckung beschwert zu werden.

bb) Die Erbschaft wird ausgeschlagen

Für den Fall, dass Erben, die durch eine Testamentsvollstreckung beschwert sind, die Erbschaft ausschlagen, kann der vorgeschlagene Lösungsweg über den zwischen Erblasser und Erben geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag ebensogut Geltung beanspruchen.

Auch hier kann der durch die Ausschlagung hinfällig gewordenen, durch Testamentsvollstreckung beschwerten Erbeinsetzung entnommen werden, dass der Erblasser den vermeintlichen Testamentsvollstrecker für den Fall der Annahme durch die Erben aufgefordert hatte, sich der Verwaltung der Erbschaft anzunehmen.

Ein Vertragsverhältnis zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker ist zumindest vor dem Zeitpunkt der Ausschlagung anzunehmen.

Für die Zeit nach der Ausschlagung kann berechtigterweise die Frage gestellt werden, ob es einer Kündigung des Geschäftsbesorgungsvertrages unter o. g. Voraussetzungen noch bedarf.

Dann könnte nämlich durchaus der Grundsatz des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, der in § 313 n.F. nunmehr ebenfalls kodifiziert wurde, Anwendung finden. So kann gemäß § 313 Abs. 1 eine Anpassung des Geschäftsbesorgungsvertrags stattfinden. Sollte dies nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar sein, kann der benachteiligte Teil gemäß § 313 Abs. 3 Satz 2 ein Kündigungsrecht geltend machen.

bc) In einer späteren letztwilligen Verfügung wird die Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgehoben

Für den Fall, dass das ursprüngliche Testament durch das Auffinden einer jüngeren Verfügung unwirksam wird, können die Grundsätze über das Abhandenkommen einer Willenserklärung Anwendung finden.

Die Konstellation ist durchaus mit dem altbekannten Lehrbuchbeispiel des nochmals zum Überdenken beiseitegelegten, dennoch versehentlich von der staubwischenden Hausfrau abgeschickten Briefes zu vergleichen.²⁰³

Auch hier vertrauen Dritte auf die Gültigkeit einer Willenserklärung, welche sich sogar in der Gestalt einer Urkunde, ohne jegliches Anzeichen einer Fehlerhaftigkeit präsentiert. Die Gründe für das sogenannte „Abhandenkommen“ mögen zwar dahingehend differieren, dass dem Erblasser in der erbrechtlichen Konstellation ein größerer Sorgfaltspflichtverstoß angelastet werden kann. Fakt ist jedoch in beiden Fällen, dass eine einem speziellen Menschen zuzuordnende Äußerung im rechtlichen Orbit schwebt, welche dieser noch nicht, überhaupt nicht oder nicht mehr tätigen will.

²⁰³ Brox AT, Rn. 147.

Nach h.M.²⁰⁴ kann eine abhandengekommene Willenserklärung nicht wirksam zugehen, weil es insoweit bereits an einer willentlichen Entäußerung der Erklärung fehle.

Teilweise wird im Schrifttum²⁰⁵ vertreten, die abhandengekommene Willenserklärung sei im Interesse des Erklärungsempfängers als wirksam zu behandeln. Der scheinbar Erklärende habe jedoch die Möglichkeit analog § 119 Abs. 1 anzufechten – allerdings mit der Folge der Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 1, denn der Empfänger könne nicht erkennen, ob die Erklärung mit Wissen und Wollen „auf den Weg gebracht“ wurde.

Wiederum andere verneinen zwar die Wirksamkeit der Willenserklärung, halten jedoch den (scheinbar) Erklärenden in analoger Anwendung des § 122 Abs. 1 bzw. aus culpa in contrahendo²⁰⁶ zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der Empfänger im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung erlitten hat.

Gegen die grundsätzliche Annahme der Wirksamkeit der Willenserklärung und damit gegen das Entstehen von Primärpflichten spricht, dass in der Regel nur fahrlässiges Verhalten zu Schadensersatzansprüchen führt.

Die von der Gegenmeinung geforderte Schadensersatzpflicht ist jedoch bei einem objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten des (scheinbar) Erklärenden angebracht. Dem Erblasser, der ein neues Testament ohne Anordnung der Testamentsvollstreckung verfasst, ohne dafür Sorge zu tragen, dass sein ursprüngliches

²⁰⁴ Brox AT, Rn. 147; Rütters, Rn. 267; OLG Hamm, NJW RR, 87, 261.

²⁰⁵ Palandt-Heinrichs, § 130, Rn. 4; Medicus AT, Rn. 266; Flume, § 23, 1, S. 449 f.

²⁰⁶ BGHZ 65,13,14; Jauernig, § 130, Rn. 1; Köhler, § 6, Rn. 12, S. 62.

nicht mehr aufgefunden werden kann, ist ein solcher Sorgfaltspflichtverstoß zweifelsohne anzulasten.

Da der Anspruch aus § 122 das negative Interesse (nach oben begrenzt durch das positive Interesse) ersetzt, erhält der vermeintliche Testamentsvollstrecker sowohl seine Aufwendungen erstattet als auch eine Vergütung. Diese beträgt entweder die vom Erblasser im „abhandengekommenen Testament“ festgelegte Höhe oder ist nach den oben erläuterten Kriterien der Angemessenheit (siehe C.VII Ziff. 3) zu bemessen.

Der Schadensersatzanspruch gegen den Erblasser geht im Rahmen der Universalsukzession, § 1922, als Nachlassverbindlichkeit auf die Erben über.

3. Ergebnis

Bis auf die Fälle der fehlenden Geschäftsfähigkeit und der fehlenden Testierfähigkeit ist der zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag ein dogmatisch nicht zu beanstandendes und auch zweckmäßiges Mittel, den Problemkomplex zu lösen.

Berechtigterweise versagt diese Lösung jedoch in den beiden aufgezeigten Varianten deshalb, weil es aufgrund des Schutzzweckes dieser Normen nicht möglich und auch nicht richtig wäre, den geschäftsunfähigen oder testierunfähigen Erblasser Dispositionen über sein Vermögen treffen zu lassen. Die generelle Wertung des Gesetzgebers, wonach Erklärungen eines Geschäftsunfähigen bzw. Testierunfähigen ungültig sind, darf somit nicht „durch die Hintertür“ ausgehebelt werden.

II. Anspruch aus „culpa in contrahendo“ gemäß §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 n.F.

Ein weiterer Lösungsansatz der Literatur²⁰⁷ befasst sich unter anderem mit den Grundsätzen der „culpa in contrahendo“.

Ob dieser Ansatz einer dogmatischen Überprüfung standhalten kann und inwieweit sich durch die Schuldrechtsreform etwas im Hinblick auf dieses Rechtsinstitut geändert hat, soll im Folgenden untersucht werden.

1. Darstellung des Lösungsansatzes

Im Falle, dass der Erblasser die von ihm formgültig verfügte Ernennung eines Testamentsvollstreckers in einem späteren Testament widerrufen hat, welches nach seinem Tode zunächst unentdeckt blieb, und auch für ähnlich Situationen, in denen dem Erblasser vorzuwerfen ist, nicht hinreichend Sorge getragen zu haben, will Zeuner²⁰⁸ eine aus dem Verhalten des Erblassers resultierende und von den Erben in ihrer Eigenschaft zu tragende Haftung nach den Regeln der „culpa in contrahendo“ auf Ersatz des Vertrauensschadens begründen. Ähnliches könne sich darüberhinaus auch dort ergeben, wo vermeidbare irreführende Unklarheiten der vom Erblasser getroffenen Verfügungen den vermeintlichen Testamentsvollstreckter zu seiner im Ergebnis unzutreffenden Sicht der Dinge veranlasst haben. Zwar bestünde zwischen dem Erblasser und demjenigen, den er zum Testamentsvollstreckter ernannt, kein Kontrahierungsverhältnis im engeren Sinne. Der Erblasser trage dem von ihm ernannten aber rechtsgeschäftlich doch die Übernahme einer Aufgabe an, und die damit verbundene Inanspruchnahme von Vertrauen erfordere, Bedacht und

²⁰⁷ Zeuner, FS Mühl, 732.

²⁰⁸ Zeuner, FS Mühl, 732.

Rücksicht darauf zu nehmen, dass der in dieser Weise Angesprochene sowie auch derjenige, der sich zumindest aus seiner Person für angesprochen halten darf, nicht in die Irre geleitet würde.

2. Darstellung der früheren Rechtslage bezüglich der Grundsätze der „culpa in contrahendo“

Vor der Schuldrechtsreform war die „culpa in contrahendo“ nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt.

Sie verdankt ihre Entstehung der Schwäche des Deliktsrechts, in dessen Anwendungsbereich das Vermögen im Rahmen von § 823 Abs. 1 überhaupt nicht und von § 826 nur unter strengen Voraussetzungen im subjektiven Bereich, nämlich bei vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung geschützt wird. Zusätzlich sieht das Deliktsrecht die relativ kurze Verjährungsfrist des § 852 und bei der Haftung der Hilfspersonen stets die Exkulpationsmöglichkeit nach § 831 vor.

Um diese Schwächen des Deliktsrecht zu vermeiden, ließ man bereits den Eintritt in Vertragsverhandlungen genügen, um eine Sonderrechtsbeziehung zu begründen, in der die Vorschriften über Schuldverhältnisse anwendbar sind, insbesondere die §§ 278, 282 und 195: Der bloße geschäftliche Kontakt führt dazu, dass die Partner schon zu Sorgfaltspflichten von „Schuldner“ verpflichtet sind.²⁰⁹

Im Rahmen der „culpa in contrahendo“ wurde bis zur Schuldrechtsreform an eine Reihe von Vorschriften angeknüpft, die zu einem Schadensersatz wegen Verschuldens bei Vertragsverhandlungen verpflichten, ohne dass ein wirksamer Vertrag oder ein Tatbestand der §§ 823 ff. gegeben sein muss.

²⁰⁹ RG 95, 58; BGH 6, 333.

Aus diesen Vorschriften der §§ 122, 179, 309, 463 Satz 2, 663 und insbesondere § 307 (alte Fassung) wurde der allgemeine Grundsatz abgeleitet, dass bereits durch die Aufnahme eines geschäftlichen Kontakts ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis entsteht.

Die Haftung aus dem durch einen derartigen geschäftlichen Kontakt entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnis wurde im Laufe der Zeit gewohnheitsrechtlich anerkannt und in § 11 Nr. 7 AGBG a.F. als selbstverständlich vorausgesetzt.

Die generalklauselartige Haftung der „culpa in contrahendo“ diente der Lückenschließung. Sie war daher nach alter Rechtslage subsidiär und nicht anwendbar, soweit abschließende Sonderregelungen bestanden.

3. Änderungen durch die Schuldrechtsreform

Es stellt sich die Frage, ob sich durch die Kodifikation der culpa in contrahendo im BGB auch eine Veränderung ihrer Stellung gegenüber den herkömmlichen allgemeinen schuldrechtlichen Instituten ergeben hat. Es wäre möglich, dass durch die Kodifikation die Subsidiarität der culpa in contrahendo aufgehoben würde.

Im Rahmen der Schuldrechtsreform hat der Gesetzgeber versucht, das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo zu kodifizieren, damit das Bürgerliche Gesetzbuch auch insoweit „über den wirklichen Bestand des deutschen Allgemeinen Schuldrechts Auskunft geben kann“.²¹⁰

Zu diesem Zweck hat er, anknüpfend an § 241 Abs. 2, durch § 311 Abs. 2 klargestellt, dass ein Schuldverhältnis mit entsprechenden (Schutz- u. a.) Pflichten schon - vorsichtig formuliert - vor und selbst ohne nachfolgenden Vertragsschluss entstehen kann.²¹¹

Geregelt wird in § 311 Abs. 2 nur die Entstehung des Schuldverhältnisses als solches; sein Pflichteninhalt ergibt sich aus der Verweisung auf § 241 Abs. 2; Anspruchsgrundlage bei Verletzung dieser Pflicht ist die Schadensersatzrechtliche Zentralnorm des § 280.

Bei § 311 Abs. 1-3 n. F. handelt es sich jedoch nicht um eine subsumptionsfähige Norm, vielmehr handelt es sich um eine generalklauselartige Beschreibung der in Betracht kommenden Konstellationen, ohne jedoch auf eine Pflichtenkonkretisierung einzugehen.

²¹⁰ Begründung zu § 311, BT-Drucks. 14/6040, S. 162

²¹¹ Dauner-Lieb, § 3, Rn. 35.

Auch der Verweis auf § 241 Abs. bringt insofern keine Klarheit, da auch diese Norm auf jegliche Konkretisierung verzichtet.

Somit stellt § 311 Abs. 2 nur eine Regelung „dem Grunde nach“ dar.²¹² Alle für die Beurteilung von Schadensersatzansprüchen wesentlichen Einzelpunkte, also die eigentlichen Tatbestandsmerkmale der gegebenenfalls verletzten Pflichten, lassen sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Infolgedessen muss auf Rechtsprechung und Literatur zum alten Recht, insbesondere auch auf die dortige Fallgruppenbildung zurückgegriffen werden.²¹³ Es ergeben sich somit sachlich gegenüber den als Richter- und Gewohnheitsrecht angewandten Rechtsgrundsätzen keine Änderungen.²¹⁴

Dennoch lässt sich aus der Gesetzesbegründung entnehmen, dass der Umfang der Pflichten, die sich aus einem so begründeten Schuldverhältnis ergeben von der Intensität des geschäftlichen Kontakts abhängt.²¹⁵ So kann aus der Norm eine wertende Stufenfolge abgeleitet werden, die die „Aufnahme von Vertragsverhandlungen“ als die regelmäßig intensivste Form eines vorvertraglichen geschäftlichen Kontakts mit besonders weitreichenden Pflichten sieht.²¹⁶

²¹² Dauner-Lieb, § 3, Rn. 36.

²¹³ BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

²¹⁴ Palandt-Heinrichs, Ergänzung zu § 311, Rn. 3.

²¹⁵ BT-Drucks. 14/6040, S.163.

²¹⁶ Teichmann, BB 2001, 1492.

4. Bewertung der Lösung

Der Lösungsansatz über die Grundsätze der „culpa in contrahendo“ vermag gerade im Hinblick auf den im Kapitel F I, 1.2. aufgezeigten Lösungsweg mit Hilfe des Geschäftsbesorgungsvertrages nicht zu überzeugen, weil er nicht in aller Konsequenz zu Ende gedacht wird. Dennoch sind beide Lösungswege durch einen ähnlichen Gedankengang miteinander verbunden.

Zeuner kommt richtigerweise zu der Aussage, dass der Erblasser dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker rechtsgeschäftlich die Übernahme einer Aufgabe anträgt.²¹⁷ Jedoch bleibt sein Gedankengang auf halber Strecke stecken, da er ihn nicht weiterentwickelt, indem er aufwirft, wie der vermeintliche Testamentsvollstrecker mit diesem Antrag umgeht.

Dieser nimmt ihn nämlich konkludent an, womit ein Vertragsschluss zustande gekommen ist (siehe ausführlich oben F I, 1.2).

Allein aus der Subsidiarität der „culpa in contrahendo“ nach altem und neuem Recht kann deren Ablehnung jedoch vorliegend nicht begründet werden. Gerade bei der Begründung eines Schuldverhältnisses durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen gemäß § 311 Abs. 2, Nr. 1 n. F. beginnt dieses zwar genau zu dem Zeitpunkt, dauert jedoch über diesen Zeitpunkt fort. Nach der Beschreibung in den Materialien endet ein solches Schuldverhältnis jedoch mit der Beendigung der Verhandlungen oder wenn der entsprechende Vertrag zustande kommt.²¹⁸

²¹⁷ Zeuner, FS Mühl, S. 733.

²¹⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 163.

So ist es durchaus möglich, dass ein Schuldverhältnis aus § 311 Abs. 2, Nr. 1 „nahtlos“ in ein Vertragsverhältnis, beispielsweise gemäß § 675 übergeht.

Bei der Suche nach einer Pflichtverletzung durch den Erblasser gerät man jedoch schnell in einen gedanklichen Zirkelschluss.

Aus erbrechtlicher Sicht mag sich das widersprüchliche oder formwidrige Verhalten des Erblassers zwar als ursächlich für die Situation der vermeintlichen Testamentsvollstreckung darstellen. Auf schuldrechtlicher Ebene würde man jedoch dem Erblasser im Rahmen der „culpa in contrahendo“ gerade das Verhalten als Pflichtverletzung ankreiden, welches später zu einem erfolgreichen Vertragsschluss führt und dem vermeintlichen Testamentvollstrecker schlussendlich zu einem Vergütungsanspruch verhilft.

Noch deutlicher wird die Widersprüchlichkeit des Lösungsweges über die „culpa in contrahendo“ beim nächsten Schritt der Prüfung, nämlich bei der Frage nach dem erlittenen Schaden des vermeintlichen Testamentvollstreckers durch die angebliche „Pflichtverletzung“ des Erblassers.

Konsequenterweise müsste dieser dann nämlich im Vertragsschluss selbst gesehen werden. Durch den Vertragsschluss soll aber gerade der vermeintliche Testamentvollstrecker geschützt werden; insofern wäre es in der Gesamtbetrachtung des Themenkomplexes geradezu zweckwidrig, dem vermeintlichen Testamentvollstrecker einen Anspruch aus „culpa in contrahendo“ zuzugestehen.

Da die „culpa in contrahendo“ schlechterdings gerade in den Fällen versagt, in denen mangels Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit des Erblasser ohnehin kein Anspruch aus Geschäftsbesorgungsvertrag für den vermeintlichen Testamentvollstrecker her-

geleitet werden kann²¹⁹, stellt sie bereits aus diesen Gründen keine Alternative zum Lösungsweg über den Geschäftsbesorgungsvertrag dar.

Der Ansatz über die Grundsätze der „culpa in contrahendo“ zerreißt einen natürlichen Lebenssachverhalt künstlich und trägt als schuldrechtliche Alternative nicht zur Problemlösung bei.

5. Ergebnis

Ein Anspruch aus „culpa in contrahendo“ aufgrund einer Pflichtverletzung des Erblassers im vorvertraglichen oder nichtvertraglichen Bereich, kann dem vermeintlichen Testamentvollstrecker nicht zu einem Vergütungsanspruch verhelfen.

Dieser Lösungsweg ist aufgrund seiner Unlogik abzulehnen.

²¹⁹ Palandt-Heinrichs, Ergänzung zu § 311, Rn. 12; Canaris, NJW 1964, 1987; BGH NJW 1973, 1791.

III. "Geschäftsführung ohne Auftrag" gemäß §§ 677 ff.

Bei der Suche nach einer Anspruchsgrundlage des vermeintlichen Testamentsvollstreckers auf Vergütung wird in Rechtsprechung und Literatur häufig der Weg über die Grundsätze der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ gesucht.

Mangels Einschlägigkeit einzelner Tatbestände wird dieser Weg jedoch fast immer abgelehnt, ohne jedoch substantiiert zu prüfen und zu diskutieren, ob die Grundsätze der "Geschäftsführung ohne Auftrag" im Rahmen des Vergütungsanspruchs überhaupt Anwendung finden können.

1. Anwendbarkeit im Rahmen des Vergütungsanspruchs

Unabhängig davon, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der "Geschäftsführung ohne Auftrag" nun gegeben sind (hierzu mehr im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs, siehe Kapitel G V 1 ff.), ist im Rahmen des Vergütungsanspruchs festzuhalten, dass dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker ein solcher bereits aufgrund der Rechtsfolge der "Geschäftsführung ohne Auftrag" in der vorliegenden Konstellation nicht gewährt werden kann.

Es fehlt im Rahmen der "Geschäftsführung ohne Auftrag" im Gegensatz zum Auftrag gemäß § 662 an einer Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit. Daher kann eine Tätigkeit, die zum Beruf oder zum Gewerbe des Geschäftsführers gehört, entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1835 Abs. 3 wie üblich vergütet werden.²²⁰ Eine Vergütung soll nach den §§ 612 Abs. 1, 632 Abs. 1 analog auch dann erfolgen, wenn die Ge-

²²⁰ BGH Z 65, 390; BGH WM 89, 801; Köhler JZ 85, 359; Palandt-Thomas, § 683, Rn. 8; Enneccerus/Lehmann, § 167, 1 vor a; Larenz Band II, § 57 I, S. 448; weitergehend Müko-Seiler, §683, Rn. 24; Esser/Weyers, § 46 II 4c, S. 21.

schäftsübernahme nur gegen eine Vergütung zu erwarten war.

Dieser Ansicht wird entgegengehalten, dass es sich hierbei um eine zweifelhafte Kommerzialisierung von Menschenhilfe handele.²²¹

Festzustellen ist, dass im Zusammenhang mit der vermeintlichen Testamentsvollstreckung die Übernahme des Amtes keineswegs immer gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Vielmehr muss, wie oben in Kap. C, VII, 1 dargestellt, ein möglicher Vergütungsanspruch in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich vorgesehen sein.

Für die Anwendung des § 1835 Abs. 3 bleibt vorliegend ohnehin kein Raum.

Das Amt des Testamentsvollstreckers wird zwar oftmals von Personen ausgefüllt, deren Beruf, beispielsweise als Rechtsanwalt oder Notar, im weitesten Sinne damit in Verbindung gebracht werden kann. Den Beruf „Testamentsvollstrecker“ als solchen gibt es jedoch nicht.

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seinem sogenannten „Apothekenurteil“²²² ein starr typisiertes bzw. fixiertes Berufsbild abgelehnt hat, definiert es den Begriff „Beruf“, mit Zustimmung der ganz herrschenden Meinung²²³, als jede Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²²⁴

Beide Voraussetzungen erfüllt das Amt des Testamentsvollstreckers in der Regel nicht. Außer der Dauervollstreckung gemäß § 2209 wird das Testamentsvollstreckeramt in den allermeisten Fällen auf

²²¹ Wernecke, 1. Teil, II, 1b, aa, S. 17.

²²² BVerfGE 7, 377.

²²³ Maunz/Düring-Scholz, Art. 12, Rn. 18; Jarass/Piero, Art. 12, Rn. 4.

²²⁴ BVerfGE 7, 397.

einen überschaubaren Zeitrahmen angelegt sein. Selten wird der Nachlass so umfangreich sein, dass seine Verwaltung die gesamte Zeit des Testamentsvollstreckers in Anspruch nimmt und selten wird sich die Vergütung in einem Rahmen bewegen, die es dem Testamentsvollstrecker erlaubt, sie als einzige Einnahmequelle zur Bestreitung seines Lebensunterhalts heranzuziehen.

Zudem wäre es im Ergebnis unbillig, demjenigen vermeintlichen Testamentsvollstrecker einen Vergütungsanspruch zuzubilligen, mit dessen Beruf die Tätigkeit noch übereinstimmen kann, während derjenige, der das Amt als juristischer Laie ausübt, außen vor bleiben soll. Ein solches Vorgehen liefe der Wertung des Gesetzgebers zuwider, wonach grundsätzlich jede Person ohne berufliche Vorbildung unter den Voraussetzungen des § 2201 Testamentsvollstrecker werden kann.

2. Ergebnis

Dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker kann somit über Vorschriften der "Geschäftsführung ohne Auftrag" nicht zu einem Vergütungsanspruch verholfen werden.

Inwieweit die "Geschäftsführung ohne Auftrag" im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs Anwendung finden kann, bleibt zu untersuchen, Siehe Kapitel G V 1. ff.

IV. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

Dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker könnte ein direkter Anspruch gegen die Erben aus den §§ 812 ff. zustehen.

1. Darstellung der vertretenen Lösung

Erstaunlicherweise wird die Lösung über das Bereicherungsrecht nur vereinzelt überhaupt in Erwägung gezogen²²⁵.

Dies verwundert um so mehr, als es das vom Gesetzgeber zur Rückabwicklung fehlgeschlagener rechtlicher Verhältnisse an die Hand gegeben wurde, um die daraus resultierenden ungerechtfertigten Vermögensvorteile abzuschöpfen. Die Bereicherungshaftung ist zudem noch völlig unabhängig von einer Zurechnung zum Verhalten des Schuldners²²⁶, so dass die Frage, wem der Mangel aus der Sphäre des Erblassers letztlich zuzurechnen ist, dahinstehen kann.

Viele Literaturansichten²²⁷ fokussieren vielmehr sofort eine Lösung über die §§ 2218, 2221 analog, ohne zuvor eine Haftung über das Bereicherungsrecht zumindest ausgeschlossen zu haben.

Noch weiter geht Schelter²²⁸, der die Meinung vertritt, dass dann, wenn man in analoger Anwendung der §§ 2218, 2221 dem gutgläubigen vermeintlichen Testamentsvollstrecker einen Vergütungs- und Auf-

²²⁵ So bei Dittus, NJW 1961, 590 ff; Erman-Schmidt § 2221, Rn. 18; Eckelskemper, MittRhNotK 1981, 147 ff.; Möhring/Seebrecht, JurBüro 1978, 148 in Bezug auf Aufwendungsersatzanspruch.

²²⁶ Larenz II 2, S. 128.

²²⁷ Palandt-Edenhofer, § 2221, Rn. 3; Haegele-Winkler, Rn. 632; Soergel-Lieb, § 2221, Rn. 18; Bund, JuS 1966, 60 ff.; Zimmermann, Rn. 717; Schelter, DNotZ, 494.

²²⁸ DNotZ, 1978, 494.

wendungsersatzanspruch zubillige, kein Grund ersichtlich sei, hilfsweise etwaige Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder "Geschäftsführung ohne Auftrag" zu prüfen.

Schelter geht auf die primäre Voraussetzung einer Analogie, nämlich das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz nicht ein.²²⁹

Infolgedessen sind primär alle gesetzlichen, schuldrechtlichen Institute zu überprüfen, bevor überhaupt eine Analogie in Betracht gezogen werden darf.

2. Einschlägiger Kondiktionstatbestand

Aufgrund des herrschenden Vorrangs der Leistungskondiktion²³⁰ ist bei der Suche nach der richtigen Anspruchsgrundlage primär zu klären, ob zwischen vermeintlichem Testamentsvollstrecker und Erben Leistungsbeziehungen vorliegen. Sollte dies der Fall sein, wäre zutreffende Anspruchsgrundlage § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt.

²²⁹ so auch Eckelskemper, MittRhNotK 1981, 156.

²³⁰ Palandt-Sprau, Einf. v. § 812, Rn. 2; BGHZ 40, 278.

3. Voraussetzungen des § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt.

a) Erlangtes Etwas

Als „erlangtes Etwas“ ist gemeinhin jeder vermögenswerte Vorteil anzusehen.²³¹ Es muss eine Verbesserung der Vermögenslage des Bereicherungsschuldners eingetreten sein. Als ein solcher können auch rechtsgrundlos erbrachte Dienste gelten.²³²

Für den Fall, dass der vermeintliche Testamentsvollstrecker bereits mit der ihm vermeintlich obliegenden ordnungsgemäßen Verwaltung gemäß den §§ 2205 Abs. 1, S. 1, 2216 Abs. 1 begonnen hat und beispielsweise ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2215 erstellt hat, kann die dafür erforderliche Dienstleistung durchaus als „erlangtes Etwas“ im Sinne der §§ 812 ff. betrachtet werden.

Ein Bereicherungsgegenstand ist somit gegeben.

²³¹ BGH NJW 1995, 53.

²³² BGHZ 111, 308.

b) Etwas durch Leistung erlangt?

Die Erben müssten die auf den Diensten des vermeintlichen Testamentsvollstreckers beruhenden Vermögensvorteile durch dessen Leistung erlangt haben.

Der moderne Leistungsbegriff der h.M.²³³ fordert hierzu eine bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Der Leistungsbegriff enthält also mehrere Elemente. Erforderlich ist eine doppelte Finalität²³⁴.

Erstens muss die Vermögensmehrung bewusst erfolgen. Sollte der Bereicherungsgläubiger gar nicht wissen, dass er fremdes Vermögen mehrte, käme nur eine Nichtleistungskondiktion in Betracht.

Im Falle des vermeintlichen Testamentsvollstreckers kann jedoch relativ unproblematisch angenommen werden, dass ihm bewusst war, dass er die Verwaltungshandlungen für die Erben vornimmt.

Weiterhin muss die Handlung des vermeintlichen Testamentsvollstreckers auch zweckgerichtet gewesen sein. Leistungszweck ist grundsätzlich jeder von der Rechtsordnung erlaubte Zweck.

Der vermeintliche Testamentsvollstrecker wollte hiermit den Zweck verfolgen, seine vermeintlichen Pflichten aus der Testamentsvollstreckung zu erfüllen. Seine erbrachten Dienste waren somit eine bewusste und auch zweckgerichtete Leistung an die Erben. Auch für diese stellte sich die Sachlage aus dem Winkel ihres objektiven Empfängerhorizonts so dar.

²³³ BGHZ 40, S. 277; BGHZ 58, S. 188; Staudinger-Lorenz, § 812 Rn. 4 ff; Reuter-Martinek, § 4 II 1a; Stolte, JZ 90, 220; Weitnauer, JZ 1985, 555.

²³⁴ Sehr ausführlich dazu Esser-Weyers, § 48 II, S. 42 ff.

c) ohne rechtlichen Grund

Die Leistung des vermeintlichen Testamentsvollstreckers müsste weiterhin ohne rechtlichen Grund erfolgt sein.

Der Meinungsstreit, ob es sich hierbei um einen objektiv rechtfertigenden Grund handeln muss, wie es die früher vorherrschende objektive Rechtsauffassung²³⁵ vertreten hatte, oder ob mit der heute h.M. in der Literatur²³⁶ auch auf subjektive Merkmale abzustellen ist, kann vorliegend dahinstehen.

Objektiv rechtfertigender Grund für die Leistung des vermeintlichen Testamentsvollstreckers wäre seine wirksame Einsetzung als Testamentsvollstreckter. Diese ist aber genauso der subjektive Grund für ihn gewesen, seine Leistung zu erbringen, so dass sich auch für die Vertreter der subjektiven Rechtsgrundtheorie nichts anderes ergibt.

Insofern ist der Rechtsgrund für die Leistung des vermeintlichen Testamentsvollstreckers sein vermeintlich wirksames Testamentsvollstreckteramt, welches entweder von vornherein nicht bestanden hat oder mit Wirkung ex tunc entfallen ist.

Im Rahmen des vorliegenden Tatbestandsmerkmals ist zu beachten, dass der zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstreckter geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag dem Bereicherungsanspruch gegen den Erben genauso wenig entgegensteht wie eine berechtigte "Geschäftsführung ohne Auftrag". Zwar sind sowohl der Geschäftsbesorgungsvertrag als

²³⁵ BGH LM Nr. 33.

²³⁶ Müko-Lieb, § 812, Rn. 170; Kupisch, NJW 1985, 2370; Soergel-Beuthien, § 812, Rn. 2; Reuter-Martinek, § 5 I; Löwenheim/Winckler, JuS 1983, 440.

auch die berechtigte Geschäftsführung²³⁷ „causa“ im Sinne des Bereicherungsrechts, jedoch gelten diese Verbindungen ja nur im Verhältnis Erblasser/vermeintlicher Testamentsvollstrecker.

Zwar tritt der Erbe im Wege der Universalsukzession gemäß §1922 faktisch in die Rechtsposition des Erblassers ein. Dogmatisch betrachtet bestehen jedoch zwischen Erben und vermeintlichem Testamentsvollstrecker gerade keine vertraglichen Beziehungen.

²³⁷ Palandt-Sprau, § 687 Rn. 1,2; BGH, NJW 1993, 3196; Palandt-Sprau, § 812 Rn. 27 m.Verw. auf BGH 40, 28.

d) Ausschlusstatbestände

Gründe für das Eingreifen eines Ausschlusstatbestandes sind nicht ersichtlich.

Insbesondere § 814 1. Alt., der im Falle eines Anspruchs gemäß § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. grundsätzlich anwendbar ist, findet vorliegend keine Anwendung. Erforderlich ist eine positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung.²³⁸ Bloße Kenntnis der zugrunde liegenden Tatsachen reicht nicht.²³⁹ Der Leistende muss wissen, dass er nicht zur Leistung verpflichtet war. Mit Kenntnis der Rechtslage ist jedoch gerade nicht die Fähigkeit zur juristischen Subsumtion gemeint. Vielmehr ist eine Art „Parallelwertung in der Laiensphäre“ nötig. Jeder Rechts- oder Tatsachenirrtum schließt die Anwendung des § 814 aus.²⁴⁰ Ebensowenig genügen Zweifel für den Ausschluss. Bloße Zweifel am Bestehen der Nichtschuld stehen gleichfalls regelmäßig der positiven Kenntnis nicht gleich.²⁴¹

Der Bereicherungsanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers kann somit nicht gemäß § 814, 1. Alt. ausgeschlossen werden.

²³⁸ BGH NJW 1997, 2381.

²³⁹ Palandt-Sprau, § 814, Rn. 3.

²⁴⁰ BGH DB 68, 612.

²⁴¹ BGH WM 73, 294.

e) Zwischenergebnis

Dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker steht damit ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Erben aus § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. zu.

f) Umfang des Bereicherungsanspruchs

Da die Herausgabe der erbrachten Dienstleistung naturgemäß objektiv unmöglich ist, hat der Bereicherungsschuldner dem Bereicherungsgläubiger Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 zu leisten.

Für den Ersatz in Geld ist nach ganz h.M.²⁴² grundsätzlich der objektive Verkehrswert entscheidend. Die Gegenauffassung²⁴³ vermengt in unzulässiger Weise die Kategorien „Wertersatz“ als objektives Kriterium und „Wegfall der Bereicherung“ als subjektives Kriterium.

Somit ist dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker für den Zeitraum seiner Tätigkeit ein Anspruch in der Höhe zuzusprechen, die der Höhe des Vergütungsanspruchs eines ordnungsgemäß eingesetzten Testamentsvollstreckers entspricht.

²⁴² BGHZ 82, 299; Palandt-Sprau, § 818, Rn. 19; Staudinger-Lorenz, § 818, Rn. 26; Larenz/Canaris, § 72 III 2, S. 274 ff.

²⁴³ Erman-Westermann, § 818, Rn. 17.

g) Anderes Ergebnis aus den Grundsätzen der aufgedrängten Bereicherung?

Die Wertersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 kann jedoch für den Bereicherungsschuldner überaus lästig, in einigen Extremfällen sogar unbillig sein, wenn er aus dem Vermögenszuwachs keinen finanziellen Vorteil ziehen kann oder will.

Da die aufgedrängte Bereicherung gesetzlich nicht geregelt ist, ist umstritten, wie sie dogmatisch zu behandeln ist. Es wurde eine Reihe unterschiedlicher Lösungsansätze entwickelt:

Bereicherungsrechtlich wird der Ausweg teils wiederum in einer subjektivierten Bestimmung des „Wertes“ i. S. von § 818 Abs. 2 gesehen²⁴⁴, teils hält man stattdessen die Heranziehung von § 818 Abs. 3 für den richtigen Ansatzpunkt.²⁴⁵

Auch außerhalb des Bereicherungsrechts sucht man nach Abhilfemöglichkeiten. So wird aus den §§ 687 Abs. 2, 996 im Wege eines Umkehrschlusses eine Konditionssperre hergeleitet.²⁴⁶

Ein anderer Ansatz besteht aus dem Rückgriff auf den Beseitigungs- oder Schadensersatzanspruch des Bereicherten, aufgrund dessen dieser die Rückgängigmachung des Vermögenszuwachses verlangen und den er demgemäß dem Bereicherungsanspruch einredeweise gemäß § 242 entgegenhalten kann – sei es nach § 1004 oder § 823 i.V.m. § 249 S. 1.

²⁴⁴ Koppensteiner/Kramer § 16 II 3c; Esser/Weyers § 51 I 4e; Erman-Westermann § 814 Rn. 6.

²⁴⁵ Medicus BT II § 128 III 2, IV 2b, Rn. 678, 681; Fikentscher, § 100, VI 3, Rn. 1171.

²⁴⁶ BGHZ 39, 816; Feiler S. 59 f., 72 ff., 115; Bauer/Stürner, § 53 c III 2 c cc; Staudinger-Gursky, § 951, Rn. 59.

Diesem Lösungsversuch ist insbesondere aus der vorliegenden Fallkonstellation entgegenzuhalten, dass die Frage nach der aufgedrängten Bereicherung auch dann auftauchen kann, wenn eben gerade keine schuldhafte Pflichtverletzung gegeben ist.

Am überzeugendsten erscheint die Auffassung, welche die Lösung im Bereicherungsrecht selbst sucht, wonach ausnahmsweise nicht nach dem objektiven, sondern nach dem subjektiven Ertragswert des Vermögenszuwachses beim Bereicherten zu bewerten ist, also nach dessen Interesse.

Es muss somit genau differenziert werden, welche Verwaltungsaufgaben der vermeintliche Testamentsvollstrecker bereits vorgenommen hat und inwieweit diese im Interesse der Erben liegen.

Selbstverständlich ist es seitens der Erben nicht möglich, irrationale Interessen geltend zu machen, die ihre Ursache beispielsweise in der emotional angespannten Stimmung zwischen ihnen und dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker finden oder reine Schutzbehauptungen sind.

Insofern ist bei der Beurteilung einer aufgedrängten Bereicherung zwar das subjektive Interesse, jedoch aus einem objektivierten Blickwinkel zu bewerten. Andernfalls würde sich jeder Bereicherungsschuldner darauf berufen, er hätte die Leistung lieber ein wenig anders, von einer anderen Person, zu einer anderen Zeit etc. gehabt, um sich so in eine angeblich aufgedrängte Bereicherung zu flüchten.

Hat der vermeintliche Testamentsvollstrecker beispielsweise ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2215 erstellt, sich mit etwaigen Vermächtnisnehmern auseinandergesetzt oder die ordnungsgemäße Verwaltung dahingehend ausgeführt, dass er begonnen hat, Vor-

kehrungen für die Erbschaftssteuererklärung zu treffen, kann ein solches Interesse der Erben sicherlich bejaht werden.

Man kann versuchen, die Abgrenzung danach zu ziehen, ob es sich um Aufgaben gehandelt hat, die die Erben ohnehin zwingend hätten durchführen, oder von einer dazu geeigneten Person hätten durchführen lassen müssen.

Sollte der vermeintliche Testamentsvollstrecker jedoch Verfügungen getroffen haben, beispielsweise Immobilienvermögen veräußert oder belastet haben, kann die Frage nach dem Interesse der Erben daran unter Umständen anders ausfallen.

Es ist jedoch zu beachten dass, sich der vermeintliche Testamentsvollstrecker meistens in dem gesetzlichen Rahmen seines vermeintlichen Amtes bewegen wird und sich bereits die Frage einer ordnungsgemäßen Verwaltung i. S. des § 2216 an dem Interesse der Erben orientiert.

4. Ergebnis

Dem Anspruch des vermeintlichen Testamentvollstreckers aus § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. lässt sich mit großer Wahrscheinlichkeit in den meisten Fällen keine aufgedrängte Bereicherung seitens der Erben entgegenhalten.

In den Fällen, in denen ein Geschäftsbesorgungsvertrag mangels Geschäfts- oder Testierunfähigkeit des Erblassers nicht geschlossen werden kann, verbleibt dem vermeintlichen Testamentvollstrecker grundsätzlich die Möglichkeit auf die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugreifen, um seinen Vergütungsanspruch gegen die Erben durchzusetzen.

Die Geschäfts- oder Testierunfähigkeit des Erblassers steht dieser Lösung im Hinblick auf die Umgehung zivilrechtlicher Schutz- und Wertungsgesichtspunkte nicht entgegen. Nicht der geschäftsunfähige oder minderjährige und damit schutzwürdige Erblasser ist Bereicherungsschuldner, vielmehr richtet sich der Anspruch direkt gegen den in der Regel voll geschäftsfähigen Erben, dessen Vorteil durch das Bereicherungsrecht abgeschöpft werden soll.

V. Analoge Anwendung des § 2221 aufgrund von Vertrauensschutzgesichtspunkten

1. Darstellung der vertretenen Lösung

Schon bevor der BGH im Jahre 1963²⁴⁷ erstmalig zum Vergütungsanspruch des vermeintlichen Testamentvollstreckers Stellung bezogen hat, vertrat Dittus²⁴⁸ die Ansicht, dass dem vermeintlichen Testamentvollstrecker ein solcher in Anlehnung an § 2221 aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes aber nur dann zu gewähren sei, wenn die Ernennung des vermeintlichen Testamentvollstreckers durch das Nachlassgericht erfolgt war.

Dittus nimmt auf eine Entscheidung des Reichsgerichts²⁴⁹ Bezug, das für einen Gesamtgutsverwalter im Sinne von § 17 HamburgGes. (vom 14. Juli 1899) einen Vergütungsanspruch trotz Unwirksamkeit der Bestellung bejaht, wenn die Beteiligten auf die Rechtmäßigkeit der Bestellung vertraut haben. So soll seiner Meinung nach dem durch das Nachlassgericht ernannten Testamentvollstrecker ein Vergütungsanspruch deshalb zuerkannt werden, da dessen Bestellungsakt als Hoheitsakt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Vermutung der Rechtmäßigkeit zukomme. Das auf diese Rechtmäßigkeit gesetzte Vertrauen sei daher schutzwürdig und schutzbedürftig. Demgegenüber sei die Bestellung in den anderen gesetzlichen Varianten als reines Privatrechtsgeschäft zu klassifizieren und könne wie jedes andere Rechtsgeschäft auch eine Vermutung der Rechtsgültigkeit nicht für sich in Anspruch nehmen.

²⁴⁷ NJW 1963, 1615.

²⁴⁸ NJW 1961, 590.

²⁴⁹ JW 1937, 3187=DNNotZ 1937, 902.

Diese Einschränkung wurde jedoch weitgehend kritisiert und im Ergebnis mit überzeugenden Argumenten abgelehnt.²⁵⁰

Es könne nicht darauf ankommen, welche der im Gesetz als gleichwertig normierten Alternativen der Bestellung vom Erblasser zufälligerweise ausgewählt wurden. Bei der Bestellung durch das Nachlassgericht müsse dieses genauso die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Testamentsvollstreckung prüfen wie bei der Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Es sei kein Grund für diese Unterscheidung ersichtlich. Ein Hoheitsakt könne keine Glaubwürdigkeit für Umstände in Anspruch nehmen, die überhaupt nicht in den Verantwortungsbereich des Hoheitsträgers fielen.

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Welche gesetzliche Variante vom Erblasser für die Bestellung des Testamentsvollstreckers gewählt wurde ist gänzlich unerheblich.

Dennoch wird im Ergebnis dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker in allen Fällen einer unwirksamen Bestellung in der Literatur²⁵¹ ganz überwiegend ein Vergütungsanspruch aus § 2221 analog aufgrund von Rechtsscheinsgrundsätzen zugestanden.

Der Erblasser setze durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Ernennung des Testamentsvollstreckers einen Rechtsschein, den die Erben und der Ernante gegen sich gelten lassen müssten und der eine entsprechende Anwendung von § 2221 insoweit rechtfertige.²⁵²

²⁵⁰ Schelter, DNotZ 1978, 493; Haegele/Winkler Rn. 634; Nägele, S.85 ff.; Herberth, S. 74 f.

²⁵¹ Soergel-Lieb, § 2221, Rn. 18; Schelter, DNotZ 1978, 493; Haegele/Winkler, Rn. 634; Nägele, S. 88; Herberth, S. 76; Palandt-Edenhofer, § 2221, Rn. 3; Tiling, ZEV 1998, 339;

²⁵² Haegele/Winkler, Rn. 635; Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 101; Herberth, S. 76;

Der Widerspruch der Erben sei lediglich eine Möglichkeit, den guten Glauben des vermeintlichen Testamentsvollstreckers zu zerstören.

2. Voraussetzungen der Rechtsscheinhaftung

a) Der Vertrauenstatbestand

Unter gewissen Voraussetzungen kann das an bestimmte Rechtsscheintatbestände anknüpfende Vertrauen im Rechtsverkehr schutzwürdig sein.

Man kann insoweit durchaus von einem allgemeinen Prinzip des bürgerlichen Rechts sprechen.²⁵³

Als erste Voraussetzung bedarf es eines Rechtsscheintatbestandes. Es muss ein vertrauensbegründender Sachverhalt vorliegen, also ein Umstand, der normalerweise auf bestimmte rechtliche Verhältnisse schließen lässt.

Dieser Scheintatbestand muss wissentlich gesetzt worden sein.²⁵⁴

Dieses Prinzip ist eng verwandt mit der Bindung an das gegebene Wort, insbesondere mit dem fundamentalen Rechtsgedanken des § 116 S. 1, wonach eine Bindung an das gegebene Wort besteht.²⁵⁵

Demgegenüber soll derjenige, der lediglich fahrlässig einen Rechtsschein verursacht und damit unwissentlich einen Scheintatbestand schafft, weitaus weniger schutzwürdig sein, und umgekehrt der Vertrauende sich nicht ohne weiteres darauf verlassen dürfen, dass seinem Partner nicht ein derartiger Irrtum unterläuft.²⁵⁶

Canaris unterscheidet hier in Anlehnung an Wellspacher²⁵⁷ zwischen „künstlichen“ und „natürlichen äußeren Tatbeständen“.²⁵⁸

²⁵³ Canaris, S.106.

²⁵⁴ Canaris, S. 28 ff.

²⁵⁵ Canaris, S. 29.

²⁵⁶ Canaris, S. 29.

²⁵⁷ S. 22 ff., S. 58 ff.

²⁵⁸ Canaris, S. 492.

Für die ersteren ist charakteristisch, dass sie erst durch das Gesetz selbst geschaffen und zur Grundlage des Vertrauensschutzes erhoben worden sind; typische Beispiele bilden die verschiedenen Register und der Erbschein. Zu den natürlichen Vertrauensträgern gehören tatsächliche Zuordnungsverhältnisse wie der Besitz sowie die verschiedenen Formen menschlichen Verhaltens, insbesondere mündliche und schriftliche Erklärungen, aber auch konkludentes Verhalten.²⁵⁹ Weiterhin muss auch die Reichweite des Vertrauenstatbestands ermittelt werden. Bei den künstlichen Tatbeständen stellt sich insbesondere bei der Unterscheidung zwischen negativer und positiver Publizität die Frage, ob das Gesetz gerade diese Verlautbarung zum Vertrauenstatbestand erhoben hat.

Demgegenüber sind bei den natürlichen äußeren Tatbeständen die Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen entsprechend anzuwenden. Besondere Bedeutung kommt hierbei den Grundsätzen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu.²⁶⁰

Bereits beim Versuch, die Sachlage um den vermeintlichen Testamentvollstrecker unter die gegebenen Voraussetzungen zu subsumieren, wird die Schwäche dieser Lösung für die vorliegende Problematik deutlich. Es stellt sich insbesondere die Frage, an welchen Tatbestand die Vertrauenshaftung überhaupt anknüpfen soll.

Richtigerweise wird der von Dittus²⁶¹ vertretene Lösungsansatz, wonach sich nur der durch das Nachlassgericht ernannte vermeintliche Testamentvollstrecker auch eine Haftung der Erben aus Vertrau-

²⁵⁹ Canaris aaO.

²⁶⁰ Canaris, S. 494.

²⁶¹ NJW 1961, 590.

enenschutzgründen berufen darf, einhellig abgelehnt.²⁶²

Soll dann einerseits an den natürlichen Tatbestand des missverständlichen Willensausdrucks im Testament oder eher an den künstlichen Tatbestand eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder eines Erbscheins angeknüpft werden? Oder beruht nicht vielmehr der künstliche Tatbestand in diesem Fall auf dem natürlichen?

Bereits hier fällt eine eindeutige Subsumtion der Sachlage denkbar schwer.

Es müsste somit bei jedem Einzelfall geprüft werden, ob, und wenn ja welcher Scheintatbestand vorliegt, also ob für einen objektiven Beobachter der Anschein einer bestimmten gegenwärtigen Rechtslage gegeben ist.²⁶³

Wie sich bereits hier zeigt und im weiteren Verlauf immer deutlicher zu Tage tritt, ist dieser Lösungsweg nicht für eine einheitliche Handhabung der möglichen Sachverhaltskonstellationen geeignet. Es mangelt ihm vor allem an klaren Abgrenzungskriterien und einwandfreien Definitionen zur Lösung dieser komplexen Problemstellung.

b) **Der gute Glaube**

Das Festhalten an Rechtsscheintatbeständen dient dem Schutz des Rechtsverkehrs. Im konkreten Einzelfall ist der Schutz nur angebracht, wenn derjenige, der sich auf den Rechtsscheintatbestand beruft, schutzwürdig ist.

Als subjektive Komponente ist dazu auf der Seite des Dritten erforderlich, dass er hinsichtlich der wirklichen Rechtslage gutgläubig ist, also weder weiß noch wissen muss, dass der Rechtsschein falsch

²⁶² Siehe auch Kapitel F V.

²⁶³ Canaris S. 527.

ist. Kennt er nämlich die wahren Rechtsverhältnisse oder ist ihm vorwerfbar, dass er sie nicht kennt, verdient sein Vertrauen keinen Schutz.²⁶⁴

Insoweit gilt für eine Haftung aus Vertrauensschutzgründen nichts anderes als für die allgemeine Behandlung des Problemkreises um den vermeintlichen Testamentsvollstrecker. Derjenige, welcher nicht guten Glaubens ist, kann in dieser Konstellation keinen, wie auch immer gearteten, Anspruch für sich herleiten.

²⁶⁴ Bork, Rn. 1543.

c) Sonstige Voraussetzungen: Vertrauensinvestition und Kausalität

ca) Die Disposition oder Vertrauensinvestition

Vertrauen ist in der Regel nicht um seiner selbst willen schutzwürdig, sondern nur deshalb, weil es zur Grundlage für das Verhalten des Vertrauenden wird. Daher setzt die Vertrauenshaftung grundsätzlich voraus, dass sich das Vertrauen in irgendeiner Maßnahme des Vertrauenden, der „Disposition“ oder „Vertrauensinvestition“ objektiviert hat.²⁶⁵ Im Rahmen der Rechtsscheinhaftung genügt als fragliche Disposition das Rechtsgeschäft selbst.

Für den vermeintlichen Testamentsvollstrecker bedeutet dies, dass er seine Vertrauensdisposition bereits dann nach außen manifestiert, wenn er seinen vermeintlichen Aufgabenumfang wahrnimmt.

cb) Kausalität

Im Falle der Rechtsscheinhaftung ist Kausalität in zweifacher Hinsicht gefordert. Zum einen bedarf es einer Kausalität zwischen Rechtsscheinstatbestand und Vertrauen, andererseits muss Kausalität zwischen Vertrauen und rechtsgeschäftlichem Handeln gegeben sein.

Im Falle des vermeintlichen Testamentsvollstreckers werden diese Erfordernisse jedoch in den meisten Fällen ohne Einschränkung akzeptiert werden können.

d) Zurechenbarkeit des Rechtsscheinstatbestandes

²⁶⁵ Canaris, S. 510.

Eine Rechtsscheinhaftung kann selbstverständlich nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Rechts-scheintatbestand demjenigen, zu dessen Lasten er wirkt, zurechenbar ist. Aus dem grundsätzlichen Erfordernis einer Zurechnung ergibt sich aber noch nicht, nach welchen Kriterien sich diese im einzelnen richtet.

Die heutige Dogmatik kennt insgesamt drei Zurechnungsprinzipien:

das Veranlassungs-, das Verschuldens- und das Risikoprinzip.

da) Das Veranlassungsprinzip

Nach ganz h.L.²⁶⁶ soll das Veranlassungsprinzip für die Rechtsscheinhaftung ausschlaggebend sein. Die Einstandspflicht für den Vertrauenstatbestand soll sich daraus rechtfertigen, dass derjenige, gegen den er spricht, ihn „veranlasst“ hat.

Folgt man dieser Ansicht, so kann im vorliegenden Fall, einerlei an welchen Rechtsscheintatbestand man anknüpft, relativ einfach eine Veranlassung durch den Erblasser bejahen. Er hat schließlich veranlasst, dass das aus welchen Gründen auch immer unwirksame Testament so in Umlauf gebracht wurde, dass davon Kenntnis genommen und die Unwirksamkeit nicht erkannt wurde.

Canaris²⁶⁷ sieht jedoch im Veranlassungsprinzip nichts anderes als das Prinzip der reinen Kausalhaftung unter einem anderen Namen, wobei man sich heute darüber einig sei, dass dieses überhaupt kein Zurechnungsprinzip darstelle. In der Verbindung des Vertrauensgedankens mit dem Veranlassungsprinzip

²⁶⁶ Meyer, Publizitätsprinzip, S. 88 ff, Akzept S. 21 ff; weitere Nachweise bei Canaris, S. 474.

²⁶⁷ Canaris, S. 474.

liege in Wahrheit ein Verzicht auf das Zurechnungserfordernis.

Im Übrigen versage das Veranlassungsprinzip in den Fällen des Unterlassens.

Dies wird besonders für den Fall deutlich, in dem der Erblasser später ein Testament verfasst, in dem die zuvor angeordnete Testamentsvollstreckung aufgehoben wird. Man könnte hierbei an das positive Tun des Erblassers anknüpfen, ein neues Testament verfasst zu haben. Tatsächlich ist allein dieses Tun dem Erblasser noch nicht vorwerfbar. Er kann seine letztwilligen Verfügungen so oft verändern oder aufheben, wie er möchte.

Vorwerfbar ist ihm in dieser Konstellation lediglich, dass er es unterlässt, die zuvor verfassten Verfügungen aus dem Rechtsverkehr zu ziehen. Dieses Unterlassen wäre jedoch, im Gegensatz zu oben (F I 2.2.3), von der Zurechnung nach den hier von Canaris aufgestellten Kriterien des Veranlassungsprinzips nicht gedeckt.

Canaris fordert, das Veranlassungsprinzip aufzugeben, was allerdings bis heute in Theorie und Praxis noch nicht geschehen ist. Insbesondere im Handelsrecht, beispielsweise bei der Frage nach der Zurechenbarkeit einer falschen Bekanntmachung durch den Kaufmann im Rahmen des § 15 Abs. 3 HGB spielt das Veranlassungsprinzip heute noch eine tragende Rolle.²⁶⁸

Ob das Veranlassungsprinzip auch vorliegend das richtige Instrument zur Bewertung der Zurechenbarkeit darstellt, erscheint zweifelhaft. Canaris ist nur insoweit zuzustimmen, als dieses Prinzip tatsächlich weitgehend auf die Kausalität abstellt und

²⁶⁸ Schmidt, § 14 III 2d; Staub-Hüffer, § 15 Rn. 44 ff.

insofern eine Ausuferung nicht vermieden werden kann.

Tut man sich bereits sehr schwer, vorliegend einen Rechtsscheintatbestand zu finden, an den angeknüpft werden soll, hat man erst recht große Schwierigkeiten, dessen Veranlasser zu bestimmen. Zwar hat primär sicherlich der Erblasser den Rechtsschein veranlasst, aber hat nicht auch das Nachlassgericht beim Ausstellen des Testamentsvollstreckerzeugnisses gerade veranlasst, dass der ursprünglichen Veranlassung des Erblassers eine „amtliche Gestalt“ gegeben wurde und sich somit das Vertrauen des vermeintlichen Testamentsvollstreckers darauf begründet?

Voll und ganz zu überzeugen, vermag das Veranlassungsprinzip in dieser erbrechtlichen Fragestellung nicht.

db) Das Verschuldensprinzip

Dem Verschuldensprinzip versagt Canaris²⁶⁹ grundsätzlich nicht die Tauglichkeit als Zurechnungskriterium, wirft jedoch die Frage auf, ob seine Verbindung mit dem Vertrauensgedanken sachgerecht ist und dem geltenden Recht entspricht.

Die Rechtsscheinhaftung stehe ihrer spezifischen Funktion nach von vornherein in einem gewissen Gegensatz zum Verschuldensprinzip. So diene sie primär Zwecken des Verkehrsschutzes, womit das Verschuldensprinzip nicht sonderlich gut harmoniere, weil die Prüfung aller Umstände des Einzelfalls, die der Begriff der Fahrlässigkeit nun einmal erforderlich mache, ein erhebliches Maß an Unsicherheit mit sich bringe. Diese würde auch durch den „objektiven“ Fahrlässigkeitsbegriff keineswegs beseitigt, allenfalls gemildert.

Ein weiteres, sehr stichhaltiges Argument gegen die Anwendung des Verschuldensprinzips im Rahmen der Rechtsscheinhaftung liefert Canaris aus dem Gesetz. Weder in den §§ 171 f., 370, 405, 794 BGB noch in § 56 HBG werde in irgendeiner Form auf ein Verschulden abgestellt.

Dem ist auch in der hier aufgeworfenen Fragestellung zuzustimmen.

Ob nun der Erblasser allein, oder in einem weiteren Schritt auch das Nachlassgericht schuldhaft gehandelt hat, ist im Nachhinein sicher schwer feststellbar. Häufig wird sich die Frage nach dem Verschulden nicht eindeutig klären lassen, vielmehr wird das vermeintliche Testamentvollstreckeramt

²⁶⁹ Canaris, S. 476.

meistens durch eine Verkettung unglücklicher Umstände entstehen.

Zudem sind Fälle denkbar, in denen niemandem ein Schuldvorwurf gemacht werden kann, so im Fall einer unbemerkt eingetretenen Geschäftsunfähigkeit des Erblassers.

Insoweit ist auch das Verschuldensprinzip nicht als taugliches Zurechnungsprinzip zu bewerten.

dc) Das Risikoprinzip

Die moderne Dogmatik hat im Gedanken der Risikozurechnung ein weiteres Zurechnungskriterium gefunden.²⁷⁰ Hierbei trat die Erkenntnis zutage, dass sich hinter dem Veranlassungsprinzip, so wie die h.L. dieses handhabt, in Wahrheit wohl ebenfalls unerkannt der Gedanke der Risikoverteilung, insbesondere derjenige der Zurechnung eines „Mangels“ zu einer bestimmten „Sphäre“ verbirgt.

Gerade bei der Rechtsscheinhaftung soll im Gegensatz zu anderen haftungsbegründenden Vertrauenstatbeständen das Risikoprinzip das allein maßgebliche Zurechnungskriterium sein, da dieses nicht zuletzt wegen seiner Verkehrsfreundlichkeit den spezifischen Zwecken der Rechtsscheinhaftung stark entgegenkommt.

Der Erklärende trägt jedoch das sog. „Richtigkeitsrisiko“ seiner Erklärung nur dann, wenn ein besonderer Umstand hinzutritt, um die Auferlegung des Richtigkeitsrisikos zu rechtfertigen. Als solcher hat sich bei der Rechtsscheinhaftung die Drittrichtung des kundgegebenen Rechtsverhältnisses erwiesen. Verlautbart jemand ein Rechtsgeschäft oder eine sonstige Rechtstatsache, die ihrer eigenen Zweckrichtung nach zur Grundlage von Rechtsgeschäften Dritter bestimmt, also „drittgerichtet“ ist, dann schafft er dadurch bewusst ein erhöhtes Risiko, eben weil die Unrichtigkeit seiner Kundgabe zwangsläufig die Interessen anderer berührt.²⁷¹

Es ist somit die Frage zu stellen, wer die Möglichkeit hat, den Mangel zu vermeiden oder rechtzeitig zu erkennen, wer also „näher dran“ ist, das Risiko

²⁷⁰ Canaris S. 480 m.w.N.

²⁷¹ Canaris, S. 485.

eines Irrtums über die wahre Rechtslage zu tragen.²⁷²

Im Rahmen des vorliegenden Problemkreises stellt eine Meinung lapidar fest, dass die Erben den vom Erblasser gesetzten Rechtsschein gegen sich gelten lassen müssten.²⁷³

Richtig ist, dass die Erben im Wege der römisch-rechtlichen Universalsukzession in die Position des Erblassers eintreten. Das Amt des Testamentsvollstreckers als fremdnütziger unparteiischer Sachwalter stellt insofern einen „Fremdkörper im erbrechtlichen System der Gesamtrechtsnachfolge“²⁷⁴ dar.

Die Erben können aber doch nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Ansprüche gegen den Erblasser schon hinreichend gefestigt sind. Das System der Universalsukzession kann meines Erachtens nicht dazu entfremdet werden, einen Anspruch überhaupt zu begründen, also bei der Frage der Zurechenbarkeit die Erben automatisch auf die Seite des Erblassers zu stellen. Vielmehr muss doch der Frage nachgegangen werden, ob die Erben tatsächlich „näher dran“ sind, den Mangel zu vermeiden oder rechtzeitig zu erkennen als der vermeintliche Testamentsvollstreckter. Gerade durch die, wenn auch unwirksame Anordnung der Testamentsvollstreckung ist doch eine Polarisierung in das Gegenteil eingetreten. Es tritt häufig eine Positionierung des vermeintlichen Testamentsvollstreckers als Vertrauensperson auf Seiten des Erblassers, konträr zu der Position der Erben ein. Geht man nun davon aus, den Sachverhalt in einzelne Sphären einzuteilen, dann ist der Erblasser eher dem Lager des vermeintlichen Testaments-

²⁷² Canaris, S. 485.

²⁷³ Haegele/Winkler, Rn. 632.

²⁷⁴ Müko-Zimmermann, vor § 2197, Rn. 1; Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1, Rn. 6.

vollstreckers zuzurechnen. Der Erblasser äußert ja gerade durch die ins Spiel gebrachte, wenn auch unwirksame Anordnung der Testamentsvollstreckung den Willen, dass seine Erben gerade nicht in ihm gleichwertiger Art und Weise Inhaber seiner Rechte und Pflichten werden sollen. Aus irgendwelchen Gründen hält er sie ja dazu gerade nicht in der Lage.

Bei konsequenter Anwendung des Risikoprinzips im Rahmen der Zurechnung bei der Rechtsscheinhaftung kommt man zu dem Schluss, dass die Erben nicht der Risikosphäre des Erblassers zugerechnet werden können. Zwar kann die Frage aufgeworfen werden, ob der vermeintliche Testamentsvollstrecker tatsächlich die Möglichkeit gehabt hätte, den Mangel zu erkennen oder gar zu vermeiden, jedenfalls ist er als vom Erblasser erwählte Vertrauensperson in den meisten Fällen „näher“ an dessen Risikosphäre „dran“ als die Erben, zumindest aber immer „genausoweit weit weg“ wie diese. Ein derartiges Ungleichgewicht zulasten der Erben, wie es von den Vertretern dieser Lösungsmöglichkeit einfach angenommen wird, ist dogmatisch und auch wertungsgemäß nicht haltbar.

dd) Ergebnis

Die Rechtsscheinhaftung hat sich bereits aus dem Gesichtspunkt der Zurechnung heraus als ungeeignete Anspruchsgrundlage zugunsten des vermeintlichen Testamentsvollstreckers erwiesen.

Vielmehr wird der vom Erblasser gesetzte Rechtschein in den meisten Fällen für und nicht gegen die Erben sprechen.

e) Rechtsfolgen der Rechtsscheinhaftung

Keinesfalls überzeugen kann im Ergebnis die Rechtsfolge dieser vorgeschlagenen Lösung, besteht sie doch darin, dass sich derjenige, dem der Rechtschein zurechenbar ist, gegenüber Dritten so behandeln lassen muss, als wäre der Rechtschein wahr.

In der Folge spricht die diesen Lösungsweg favorisierende Meinung dem vermeintlichen Testamentvollstrecker auch einen Vergütungsanspruch gemäß § 2221 analog zu.

So richtig diese Rechtsfolge im allgemeinen Schuldrecht oder auch im Handelsrecht aufgrund der Schutzwürdigkeit aller im Rechtsverkehr Beteiligter sein mag, so wenig kann sie Geltung für das Erbrecht beanspruchen. Es besteht insbesondere bei dieser Lösung die Gefahr, den vermeintlichen Testamentvollstrecker dem wirksam bestellten gleichzustellen.

Neben dem Vergütungsanspruch wollen die Vertreter dieser Ansicht dem vermeintlichen Testamentvollstrecker nämlich auch einen Aufwändungsersatzanspruch aus § 2218 analog gewähren.

Sollen denn dann im nächsten Zug alle anderen Normen über die Testamentvollstreckung ebenfalls anwendbar sein?

Diese Lösung erkennt nicht, dass es einen Grund für die Unwirksamkeit der Anordnung der Testamentvollstreckung gibt. Dieser Grund ist meist auf zwingende erbrechtliche Grundsätze wie beispielsweise Formvorschriften oder allgemeine bürgerlichrechtliche Grundsätze wie den Schutz des Geschäftsunfähigen zurückzuführen, deren Funktion, insbesondere

die Warnfunktion im Erbrecht, nicht so einfach ausgehebelt werden dürfen.

Es kann doch im Ergebnis nicht überzeugen, dass immer die §§ 2218 ff. anwendbar sein sollen, einmal direkt, einmal analog, einerlei, was der Erblasser angeordnet hat und welche Mängel seiner letztwilligen Verfügung von Todes wegen anhaften.

3. Bewertung der Lösung

Es fällt auf, dass die oben dargestellte Lösung in der Literatur immer dann vorgeschlagen wird, wenn alle anderen geprüften Ansprüche zu keinem positiven Ergebnis für den vermeintlichen Testamentvollstrecker führen.

Mit dem Argument, dass sich anderenfalls niemand mehr für das Testamentvollstreckeramt hergeben würde, wenn ihm das alleinige Risiko der Unwirksamkeit der Testamentvollstreckung aufgebürdet würde, wird der Eindruck erweckt, es soll aus Billigkeitsgründen irgendwie eine Anspruchsgrundlage hervorgezaubert werden, um das gefundene Ergebnis zu rechtfertigen.

VI. Zusammenfassung der Erkenntnisse

1. Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentvollstrecker

Im Falle eines unterbliebenen Widerspruches durch die Erben kann ein Vertragsschluss zwischen Erblasser und Erben in der Form angenommen werden, dass die letztwillige Verfügung des Erblassers gemäß § 140 in ein Angebot gemäß § 130 Abs. 2 umgedeutet wird.

Die Erben sind deshalb als Vertragspartner abzulehnen, da ihr Auftreten im Rechtsverkehr als „rechtliches nullum“ zu qualifizieren ist.

Den Erben bleibt die Möglichkeit, sich durch Kündigung gemäß den §§ 675, 314 Abs. 1 n. F. zu lösen. Ein später erfolgter Widerspruch kann, sofern er dem vermeintlichen Testamentvollstrecker zugegangen ist, als solche bewertet werden.

Für die Konstellationen der §§ 116 ff., 125, 134, 2064, 2265, 2078 ff., der ausgeschlagenen Erbschaft und der überholenden letztwilligen Verfügung ist der vorgeschlagene Weg über den Geschäftsbesorgungsvertrag (ggf. in Kombination mit anderen schuldrechtlichen Instituten) ein möglicher Weg zur Konfliktlösung.

Lediglich in den Fällen der §§ 2229, 104 Nr. 2 kann wohl meistens aufgrund der eindeutigen Schutzfunktionen dieser gesetzlichen Vorschriften kein Vertragsschluss hergeleitet werden.

2. Anspruch aus „culpa in contrahendo“ gemäß §§ 280, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 n.F.

Der Lösungsansatz über das Institut der „culpa in contrahendo“ birgt insofern einen schlüssigen Gedanken, als er primär davon ausgeht, dass dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker rechtsgeschäftlich die Übernahme einer Aufgabe angetragen wird.²⁷⁵

Allerdings bleibt für ein vorvertragliches Schuldverhältnis dann kein Raum mehr, wenn der Antrag konkludent angenommen wird und sich die Rechtslage in ein Vertragesverhältnis wandelt.

Wird dann aber im Rahmen der „culpa in contrahendo“ gerade jenes Verhalten sanktioniert, welches durch die Annahme des vermeintlichen Testamentsvollstreckers geradehin zu einem Vertragsschluss führt, entsteht ein dogmatischer Widerspruch.

Überdies krankt jedoch der Lösungsansatz ebenso wie die Lösung über den konkludenten Vertragsschluss daran, dass die Kasuistik der fehlenden Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit des Erblassers nicht suffizient behandelt werden kann.

²⁷⁵ Zeuner, FS Mühl, S.733

3. "Geschäftsführung ohne Auftrag" gemäß §§ 677 ff.

Unabhängig davon, ob im Einzelnen die Voraussetzungen einer "Geschäftsführung ohne Auftrag" gegeben sind, greift im Rahmen des Vergütungsanspruchs bereits die Rechtsfolge nicht.

Der Rechtsgedanke des § 1835 Abs. 3, wonach bei fehlender Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit einer Tätigkeit, eine Vergütung dann angenommen werden kann, wenn die Tätigkeit zum Beruf oder zum Gewerbe des Geschäftsführers gehört, ist hierbei nicht anwendbar.

Die Tätigkeit als Testamentsvollstrecker stellt als solche gemeinhin keinen Beruf und auch kein Gewerbe dar (siehe auch Berufsbildlehre des Bundesverfassungsgericht)²⁷⁶, vielmehr können, wie anfangs festgestellt, natürliche oder juristische Personen ebenso wie die Personenhandelsgesellschaften OHG und KG Testamentsvollstrecker werden. Eine besondere Eignung ist keine Voraussetzung zur Amtsausübung²⁷⁷, auch wenn Angehörige rechtsberatender Berufe in der Praxis beliebte Rekruten sein mögen.

Inwieweit die Voraussetzungen der "Geschäftsführung ohne Auftrag" für den Aufwendungsersatzanspruch vorliegen, bleibt im Folgenden zu untersuchen.

²⁷⁶ BVerfGE 7, 377 ff.

²⁷⁷ Lange/Kuchinke § 31, IV 3b.

4. Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung

Der vermeintliche Testamentsvollstrecker kann gegen die Erben den Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1, S. 1, 1. Alt. geltend machen. Dieser wird in den meisten Fällen auch nicht über die Grundsätze der aufgedrängten Bereicherung abzuwenden sein.

Vom Gesetzgeber zur Rückabwicklung fehlgeschlagener Schuldverhältnisse an die Hand gegeben, lässt sich dieser Anspruch insbesondere für die Fälle fehlender Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit als Ergänzung zur vorgeschlagenen Lösung über den Geschäftsbesorgungsvertrag heranziehen.

Die Leistungsrückabwicklung über Bereicherungsrecht entspricht auch in vollem Maße den Wertungen des Gesetzgebers. Nicht der schutzwürdige, weil testier- oder geschäftsunfähige Erblasser, sondern der voll geschäftsfähige Erbe ist Bereicherungsschuldner.

5. Analoge Anwendung des § 2221 aufgrund von Vertrauensschutzgesichtspunkten

Die Lösung leidet unter einer kaum zu vermeidenden Konturlosigkeit, welche auf die schwierige Eingrenzbarkeit der einzelnen Tatbestandsmerkmale einer Rechtsscheinhaftung zurückzuführen ist.

Schwer fällt bereits die Suche nach einem Vertrauenstatbestand, an die Grenzen gerät der Lösungsweg dann bei der Frage nach der Zurechenbarkeit des gesetzten Rechtsscheins.

Dogmatisch unhaltbar wird die Lösung meines Erachtens bei der Rechtsfolge, die darauf abzielt, dass sich derjenige, welcher den Rechtsschein zurechenbar setzt, gegenüber Dritten so behandeln lassen muss, als entspräche der Rechtsschein der Wahrheit.

Für vorliegende erbrechtliche Fragestellung bedeutet dies, dass die Gründe für die Unwirksamkeit des Testaments und die damit verbundenen Schutzfunktionen quasi ausgehebelt werden, einerlei ob ein Testamentsvollstrecker wirksam oder nur vermeintlich bestellt ist; ihm stünde dann immer - einmal direkt, einmal analog - ein Anspruch aus § 2221 zu. Diese Hypothese kann nicht richtig sein.

Der Eindruck, wonach aus - zweifelsohne berechtigten - Billigkeitsgründen gezwungenermaßen versucht wird, eine allgemeingültige Lösung zu finden, kann nicht zerstreut werden und haftet diesem Lösungsvorschlag weiterhin an.

G. Der Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers

I. Definition Aufwendungen

„Aufwendungen“ sind besondere Vermögensopfer, die jemand für einen bestimmten Zweck, also bewusst, erbringt, insbesondere Geldauslagen, aber auch die Übernahme von Verpflichtungen oder Vermögenslasten.²⁷⁸

In der Rechtsprechung wird von freiwilliger Aufopferung von Vermögenswerten im Interesse eines anderen gesprochen.²⁷⁹

Unter die zu ersetzenden Aufwendungen fallen grundsätzlich alle Geldausgaben, die mit der Ausführung des Auftrags im Zusammenhang stehen und dafür erforderlich sind.²⁸⁰

²⁷⁸ Larenz SchR 2/1, S. 417

²⁷⁹ BGH NJW 1960, 1568; BGH NJW 1989, 2818; BGH NJW 1973, 46.

²⁸⁰ Larenz SchR 2/1, S. 417

II. Aufwendungsersatzanspruch des wirksam bestellten Testamentsvollstreckers nach § 2218 i.V.m. § 670

In § 2218 wird auf die auftragsrechtlichen Vorschriften der §§ 664, 666 bis 668, 670, § 673 Satz 2 und § 674 verwiesen. Mit der Aufzählung ist zugleich ausgedrückt, dass die Anwendung der übrigen Vorschriften ausgeschlossen ist.²⁸¹

Macht der wirksam bestellte Testamentsvollstrecker zur Erfüllung seiner Obliegenheiten aus einem Vermögen Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Erbe zum Ersatz verpflichtet (unbeschadet seines Rechts, die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass herbeizuführen).²⁸² Dieser Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. §§ 2218, 670 steht neben dem Vergütungsanspruch gem. § 2221.²⁸³

Zu den im Rahmen des § 2218 zu ersetzenden Aufwendungen zählen beispielsweise Reisekosten, Postgebühren, Kosten für notwendige Hilfspersonen²⁸⁴, Kosten einer Vermögenshaftpflichtversicherung sowie Berufsdienste des Testamentsvollstreckers, die er in seiner beruflichen Eigenschaft geleistet hat und die für seine Amtsführung erforderlich waren.²⁸⁵ Letzteres folgt aus dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 1835 Abs. 3, der nunmehr auch in § 5 InsVV enthalten ist.²⁸⁶

²⁸¹ Erman-Schmidt, § 2218, Rn. 1.

²⁸² Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 112.

²⁸³ Staudinger-Reimann, § 2218, Rn. 28.

²⁸⁴ Palandt-Edenhofer, § 2218, Rn. 5.

²⁸⁵ Kipp/Coing, § 73, IV, 2, S. 413, Fn. 42.

²⁸⁶ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 113; Haegeler/Winkler, Rn. 636 f.

Zu den Aufwendungen gehören auch die Prozesskosten für Rechtsstreitigkeiten, die der Testamentsvollstrecker in ordnungsgemäßer Ausübung seines Amtes geführt hat. Unerheblich ist es in diesem Fall, ob der Testamentsvollstrecker im Prozess unterlegen war.

Zwar sind die Kosten in diesem Fall dem Testamentsvollstrecker selbst aufzuerlegen, dies schließt jedoch das Recht des Testamentsvollstreckers nicht aus, diese Kosten aus dem Nachlass zu entnehmen oder gegen die Erben geltend zu machen, wenn er sich in dem Verfahren in berechtigter Verteidigung des letzten Willens des Testators befunden hat.²⁸⁷

Eine persönliche Kostentragungspflicht trifft ihn nur, wenn er die Prozessführung nicht für erforderlich halten durfte, um den Willen des Erblassers zu verteidigen oder er den Prozess aus persönlichen Interessen heraus geführt hat.

Selbst bei einer irrtümlich unzutreffenden Testamentsauslegung kann der Testamentsvollstrecker Ersatz der Prozesskosten verlangen, wenn er zu dieser Auffassung auch bei Anwendung der ihm obliegenden Sorgfalt kommen konnte. Dagegen kann der Testamentsvollstrecker in allen Fällen einer leichtfertigen und überflüssigen Prozessführung keinen Ersatz der ihm durch die Prozessführung entstandenen Aufwendungen verlangen.²⁸⁸

Ist der Testamentsvollstrecker selbst als Rechtsanwalt tätig geworden, kann er unter Umständen Gebühren gemäß § 1835 Abs.3 i.V.m. BRAGO analog fordern.²⁸⁹ Dies ist jedoch nur der Fall, wenn es sich bei der ausgeübten Tätigkeit nicht um eine solche handelt, die laut Erblasserwillen durch eine Vergütung gemäß § 2221 abgegolten werden soll, und wenn ein anderer Testamentvollstrecker dieses Geschäft

²⁸⁷ OLG Hamburg, MDR 1963, 423 f.

²⁸⁸ BGH WM 1967, 25, 29.

²⁸⁹ RGZ 149, 124.

berechtigterweise einem Rechtsanwalt übertragen hätte.

III. Fälligkeit, Verjährung, Vorschuss

Der Aufwendungsersatzanspruch des wirksam bestellten Testamentsvollstreckers ist im Gegensatz zu seinem Vergütungsanspruch gemäß § 271 sofort fällig.²⁹⁰

Für den Aufwendungsersatzanspruch gelten spezielle Verjährungsfristen.²⁹¹

Der Vollstrecker kann die Mittel für die Aufwendungen aufgrund seines Verwaltungs- und Verfügungsrechts (§ 2205) auch selbst aus dem Nachlass entnehmen, ohne sein eigenes Vermögen angreifen zu müssen.

Er ist also auf einen Vorschuss der Erben nicht angewiesen und kann einen solchen im Gegensatz zum Beauftragten (§ 669) auch nicht beanspruchen.²⁹²

²⁹⁰ Müko-Zimmermann, § 2218, Rn. 19; BGH LM, § 2221, Nr. 1; Kipp-Coing § 73, IV,2, S. 413.

²⁹¹ Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 112.

²⁹² Staudinger-Reimann, § 2218, Rn. 30 mit Verw. auf KG JW 1937, 475;

IV. Spezialfall der vermeintlichen Testamentsvollstreckung gemäß § 2218 i.V.m. § 674

Lediglich ein Fall der vermeintlichen Testamentsvollstreckung ist vom Gesetzgeber geregelt. Es handelt sich hierbei um ein bestehendes Amt des Testamentsvollstreckers, welches zu einem späteren Zeitpunkt ganz oder teilweise erloschen ist, ohne dass der Testamentsvollstrecker hiervon Kenntnis hatte (z.B. bei auflösender Bedingung oder Fristablauf gemäß § 2210, objektiver Erledigung seiner sämtlichen Aufgaben).

Dem Testamentsvollstrecker wird die Fortdauer des Amtes solange unterstellt, bis er vom Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muss, wobei leichte Fahrlässigkeit genügt, § 122 Absatz 2.²⁹³

²⁹³ Bengel/Reimann-Bengel, § 1, Rn. 235.

V. In Rechtsprechung und Literatur vertretene Lösungsansätze in Bezug auf den Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentvollstreckers

1. "Geschäftsführung ohne Auftrag" gemäß § 677 ff.

a) Darstellung der vertretenen Lösungen

Bei den aufgezeigten Lösungswegen zur "Geschäftsführung ohne Auftrag" wird am deutlichsten, dass die Autoren nicht immer sauber zwischen Vergütungs- und Aufwendungsersatzanspruch differenzieren.²⁹⁴

Mehrfach wird die Problematik der vermeintlichen Testamentvollstreckung im Rahmen des Vergütungsanspruchs aufgezeigt und daraufhin pauschal auf den Aufwendungsersatzanspruch verwiesen.²⁹⁵

Die "Geschäftsführung ohne Auftrag" wird in der Literatur oftmals²⁹⁶ aus dem Grunde abgelehnt, dass dem Geschäftsführer das Bewusstsein fehle, das Geschäft als fremdes zu besorgen. Die irrtümliche Annahme einer Rechtspflicht oder einer Berechtigung führe dazu, dass der vermeintliche Testamentvollstrecker ein eigenes Geschäft (als Testamentvollstrecker) führe.²⁹⁷

Lediglich vereinzelt wird die "Geschäftsführung ohne Auftrag" für vertretbar gehalten, ohne jedoch

²⁹⁴ so z.B. bei Erman-Schmidt, § 2221, Rn. 18; Haegele-Winkler, Rn. 636.

²⁹⁵ so z.B. bei Palandt § 2221, Rn. 3 i.V.m. § 2218, Rn. 6 a.E.

²⁹⁶ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1,VI, Rn. 242.; /Bonefeld/Daragan-, Rn. 50; Dittus, NJW 1961, S. 590; Staudinger-Reimann, §2221, Rn. 54.; Schelter, DNotZ 1978, S. 496.

²⁹⁷ Bengel/Reimann-Bengel, Kap. 1,VI, Rn. 242.

weiter auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale einzugehen.²⁹⁸

Sehr beachtenswert ist wiederum der Ansatz einzelner Literaturstimmen²⁹⁹, welche nicht den Erben, sondern den Erblasser im Rahmen der "Geschäftsführung ohne Auftrag" als Geschäftsherrn ansehen.

Der BGH hat im Jahr 1977³⁰⁰ erstmals zum Aufwendungsersatz Stellung genommen. Eine Entscheidung über die einzelnen Voraussetzungen blieb auch hier aus. Der BGH betrachtete ebenfalls die Erben als Geschäftsherren und bezog sich sachverhaltsbezogen auf § 683 und die von Anfang an streitigen Positionen zwischen den Erben und dem vermeintlichen Testamentvollstrecker.

²⁹⁸ MüKo-Zimmermann, §2221, Rn 27.

²⁹⁹ Eckelskemper, MittRhNotK 1981, 156; Möhring/Seebrecht, JurBüro 1978, 147.

³⁰⁰ BGHZ 69, 235=NJW 77, 1726=JurBüro 1978,205.

b) Kritische Auseinandersetzung

ba) Person des Geschäftsherrn

In Anlehnung an die oben im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages geführte Argumentation (siehe F I, 1, 1.2) ist in Zustimmung einiger Literaturstimmen³⁰¹ festzuhalten, dass es sich auch bei der Frage nach der Person des Geschäftsherrn folgerichtig um den Erblasser handeln muss.

Der vermeintliche Testamentvollstrecker handelt im Wesentlichen in Verteidigung des Erblasserwillens. Er ist als „Geschäftsherr über den Tod hinaus“ zu betrachten.³⁰²

Dem Erben fehlt in den meisten Fällen aufgrund der - wenn auch unwirksam - angeordneten Testamentvollstreckung das Bewusstsein überhaupt als Geschäftsherr auftreten und dem vermeintlichen Testamentvollstrecker Weisungen erteilen zu können.

Vielmehr befindet er sich nach seinem Dafürhalten wohl in den meisten Fällen in einer Position der Unterordnung, denn in der einer Befehlsgewalt.

Faktisch wäre es sicherlich so, dass sich der vermeintliche Testamentvollstrecker den Weisungen des Erben - sollte er überhaupt so kühn sein, diesem welche zu erteilen - nicht beugen würde. Warum sollte er auch ? Beide Seiten gehen ja von der Wirksamkeit der verhängten Testamentvollstreckung aus.

Somit ist bei der Begutachtung der Tatbestandsmerkmale der "Geschäftsführung ohne Auftrag" genau zu differenzieren, ob sie auch einer Überprüfung der Personenkonstellation Erblasser-
Testamentvollstrecker standhalten.

³⁰¹ Eckelskemper, MittRhNotK 1981, 156; Möhring/Seebrecht, JurBüro 1978, 147.

³⁰² Möhring/Seebrecht, JurBüro 1978, 148.

bb) Fremdes Geschäft ?

Denjenigen Ansichten, die sich auf die fehlende Fremdheit des Geschäfts berufen, ist entgegenzutreten. Zugegebenermaßen resultiert dieser Schluss meist auch aus der Projektion des Erben in die Stellung des Geschäftsherrn.

Ungeachtet dessen ist den Meinungen zuzustimmen, die das zentrale Problem bei der Bestimmung des Anwendungsbereiches der "Geschäftsführung ohne Auftrag" in der Fremdheit des geführten Geschäfts sieht.³⁰³

Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung des § 677 ist zunächst die Formulierung „für einen anderen“, die auf die Willensrichtung des Handelnden, den sog. Fremdgeschäftsführungswillen abzielen scheint.³⁰⁴

Es soll nach ganz überwiegender Meinung in Literatur³⁰⁵ und Rechtsprechung³⁰⁶ ein subjektiver Maßstab über die Fremdheit des Geschäfts entscheiden. Der Geschäftsführer muss danach subjektiv in dem Bewusstsein und mit dem Willen tätig werden, das Geschäft für einen anderen zu führen.

Nicht zuletzt wegen der Schwierigkeiten bei der Feststellung dieses so genannten „Fremdgeschäftsführungswillens“ im Einzelfall wird nach ganz herrschender Meinung³⁰⁷ zusätzlich zur subjektiven die objektive Fremdheit des Geschäfts gefordert.

³⁰³ Griebe. S. 58; Stein, Dissertaiion a.A.

³⁰⁴ Gursky, AcP 185, S. 14.

³⁰⁵ MüKo-Seiler § 677, Rn. 6; Staudinger-Wittmann vor §§677, Rn. 35; Soergel-Beuthien § 677, Rn. 3

³⁰⁶ BGHZ 1, 62; BGH LM Nr. 2 zu §677; BGH VersR 1963, 1074; BGH NJW 1963, 1362; BGH VersR 1958, 169; BGHZ 31, 331; BGHZ 40. 327; BGHZ 38, 276; BGHZ 46, 327; BGH LM Nr. 3 zu § 683.

³⁰⁷ Brox, SR II, Rn. 361; Wollschläger, S. 3; Soergel-Beuthien § 677, Rn. 3; Erman-Ehmann, vor § 677

Diese Korrektur des § 677 durch die Rechtsprechung und Literatur führte in einem weiteren Schritt dazu, dass bei objektiv fremden Geschäften der Fremdgeschäftsführungswille vermutet wird³⁰⁸, während das evidente Fehlen des Fremdgeschäftsführungswillens zur Ablehnung der "Geschäftsführung ohne Auftrag" führt³⁰⁹.

Danach bestimmt sich die Fremdheit des Geschäfts im Ergebnis nach einem subjektiv-objektiven Maßstab, wobei nunmehr nur noch bei objektiv-neutralen Geschäften, etwa beim Kauf einer Sache, explizit auf den Fremdgeschäftsführungswillen einzugehen ist.

Doch bei der Suche nach einer griffigen Definition des objektiv fremden Geschäfts stoßen Rechtsprechung und Literatur an ihre Grenzen.

So entschied das Reichsgericht, dass das Geschäft immer dann ein objektiv fremdes sei, wenn der Geschäftsführer eine Handlung vornehme, die an sich Gegenstand der Sorge eines anderen sei, und diese Sorge dem anderen durch das Eintreten des Geschäftsführers abgenommen werde.³¹⁰ Der BGH spricht vom „Rechtskreis des Geschäftsherrn“³¹¹ oder den „Belangen des Geschäftsherrn“³¹². Die Literatur führt Geschäfte an, „die schon ihrem Inhalt nach einen anderen angehen“³¹³ oder „die in einem fremden

Rn. 5; AK-Joerges, vor § 677, Rn. 13, 70; Müko-Seiler, § 677, Rn. 4-6.

³⁰⁸ St. Rspr. vgl. BGHZ 38, 276; 40, 371; 63, 169; 65, 357; 70, 396; Müko-Seiler, § 677 Rn. 6; RGRK-Steffen, § 677, Rn. 46; Soergel-Beuthien, § 677, Rn. 7; a.A. Stein, S. 122 f.

³⁰⁹ BGHZ 46, 327.

³¹⁰ RGZ 97, 61, 65, 66; so auch Soergel-Beuthien § 677, Rn. 3 und Erman-Ehmann vor § 677, Rn. 3.

³¹¹ BGH NJW 1978, 1258

³¹² BGH NJW 1963, 390 f.

³¹³ Lent, S. 3.

Rechts- und Interessenkreis liegen“³¹⁴ oder „die bereits rein äußerlich als solche zu erkennen sind“³¹⁵. Andere fragen nach dem „sozialen Sinn der Tätigkeit“.³¹⁶

Wollschläger hat in diesem Zusammenhang gar seine so genannte „Zuständigkeitstheorie“³¹⁷ entwickelt. Hiernach soll die Fremdheit des Geschäfts objektiv nach der „höherrangigen Zuständigkeit am Gegenstand der Tätigkeit“ zu bestimmen sein.³¹⁸ Eine solche soll dann gegeben sein, wenn ein anderer (der Geschäftsherr), „näher dran ist, den Nutzen und die Kosten zu tragen“.³¹⁹ Dies sei im Einzelfall aus anderen Normen als § 677 zu ermitteln und notfalls durch offene Wertungen zu begründen. Die Fremdheit eines Geschäfts besage daher im Ergebnis nichts anderes, als dass es ein anderer als der Geschäftsführer sei, der für die Kosten der Aufwendungen aufzukommen habe.³²⁰ Die „nähere Zuständigkeit“ kann dieser Ansicht zufolge auf der Innehabung eines subjektiven Rechts, auf einem haftungsbegründenden Interesse oder einer Pflichtenstellung beruhen.³²¹ Danach ist es möglich, dass ein fremdes Geschäft auch dann geführt wird, wenn es dem Geschäftsherrn um die Erfüllung einer eigenen Pflicht geht. Einzige Voraussetzung ist, dass „ein anderer Verpflichteter nach dem Rang- oder Stufenverhältnis beider Verbindlichkeiten die Last endgültig tragen muss“.³²²

³¹⁴ Esser-Weyers, § 46 II 2a; Isele S. 7; RGRK-Steffen vor § 677, Rn. 10; Jauernig-Mansel § 677, Rn. 2b.

³¹⁵ Esser-Weyers, § 46II2e; Berg, JuS 1975, 681.

³¹⁶ Staudinger-Wittmann, vor § 677, Rn. 7 m.w.N.

³¹⁷ Wollschläger, S. 52 ff.

³¹⁸ Wollschläger, S. 319.

³¹⁹ Wollschläger, S. 319.

³²⁰ Siehe auch Schubert, AcP 178, S. 432.

³²¹ Wollschläger, S. 320.

³²² Wollschläger, S. 320.

Geht man die im Laufe der Zeit aufgestellten Abgrenzungskriterien der Reihe nach durch, so zeigen sich bereits an dieser Stelle nur selten echte Grenzfälle. Einige dieser Merkmale wären selbst in der hier abzulehnenden Betrachtung des Erben als Geschäftsherrn zu bejahen.

Der in den gesetzlichen Regelfällen vorgesehene Aufgabenkatalog eines Testamentsvollstreckers (siehe hierzu genauer C II) reicht von der Erbauseinandersetzung über die Begleichung von Nachlassverbindlichkeiten bis hin zur allgemeinen Vermögensverwaltung beispielsweise eines Minderjährigen. Bereits nach allgemeiner Lebensauffassung sind dies doch Handlungen, die der Sorge eines anderen sind, die durch das Eintreten des Geschäftsführers abgenommen wird.

man mag dem nun entgegenhalten, dass der Erblasser aufgrund seines Ablebens ja denotwendig überhaupt nicht mehr Sorge tragen kann - andererseits hat er sich gerade für diesen Fall die Hilfe des (vermeintlichen) Testamentsvollstreckers ausgesucht. Dass die Aufgaben des Testamentsvollstreckers den Belangen und dem Rechts- oder Interessenkreis des Erblassers zuzuordnen sind, stößt nach Ansicht der Verfasserin in vorliegender erbrechtlicher Konstellation auf wenig Bedenken. Schließlich handelt es sich doch auch um vom Erblasser erworbene Vermögenswerte und Rechtspositionen. Gleiches gilt für die äußere Erkennbarkeit oder den sozialen Sinn der Tätigkeit. Bei allen oben aufgezeigten Definitionsversuchen kommt man immer wieder zu der Schlussfolgerung, dass das Geschäft - fernab aller rechtstheoretischer Überlegungen - im täglichen Leben von allen Beteiligten als ein fremdes eingestuft wird.

Man überlege sich die rein praktische Gegebenheit, dass ein vermeintlicher Testamentsvollstrecker auf

dem Weg zum Grundbuchamt ist, um beispielsweise ein Grundstück vom Erblasser Schulze auf dessen Erben übertragen zu lassen. Würde man ihn dann treffen und fragen, was er denn gerade mache, so würde er nach aller Lebenserfahrung antworten „ich übertrage das Grundstück vom Schulze“ oder „ich bin für den Schulze unterwegs“ oder „ich kümmere mich gerade um den Nachlass vom Schulze“.

Müller³²³ spricht insoweit von der „psychischen Einstellung“ des Geschäftsführers.

Selbstverständlich gibt die vermeintliche Berufung zum Testamentsvollstrecker überhaupt erst den ursächlichen Anstoß, tätig zu werden. Der Stein wird dadurch - bildlich gesprochen - erst ins Rollen gebracht. Die weitere Tätigkeit an sich, ist doch unter Berücksichtigung aller Definitionen ganz eindeutig nicht den persönlichen Angelegenheiten des Testamentsvollstreckers zuzuordnen.

Nur so ist meines Erachtens auch die gesetzliche Wertung zu verstehen, wonach dem Testamentsvollstrecker in aller Regel auch eine Vergütung für seine Tätigkeit zustehen soll. Seit wann erhält man denn für die Erledigung seiner eigenen Aufgaben von Dritten noch etwas bezahlt?

Auf die von der Rechtsprechung³²⁴ entwickelte, in der Literatur umstrittene³²⁵ Konstruktion des so genannten „auch-fremden Geschäfts“, bei dem der Fremdgeschäftsführungswille ebenfalls vermutet werden soll, kommt es in vorliegender erbrechtlicher Konstellation eigentlich nicht mehr an.

³²³ Müller, S. 78.

³²⁴ RGZ 82, 206 ff; BGHZ 28, 270 ff; 40, 28 ff; LG München, NJW 1978, 48 f.

³²⁵ Medicus BR, Rn. 412; Hauss, S. 343; Schwerdtner, S. 596; Schubert, NJW 1978, 687; Larenz, SR II, 2, S. 439 ff., 442 m.w.N.

Dennoch wäre auch dieses nach oben aufgeführter Argumentation im Ergebnis zu bejahen.

Nach Abwägung aller Kriterien kann jedoch von einem objektiv fremden Geschäft ausgegangen werden.

Die Anwendung der Regelungen über die "Geschäftsführung ohne Auftrag" scheidet zum vorliegenden Zeitpunkt noch nicht an der fehlenden Fremdheit des Geschäfts.

bc) ohne Auftrag

Viel problematischer stellt sich in aller Prägnanz das Merkmal „ohne Auftrag“ dar. So vielfältig und diffizil die Definitionsversuche beim „fremden Geschäft“ sind, so kurz ist die Feststellung beim darauf folgenden Tatbestandsmerkmal: Der vermeintliche Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer handelt **mit** „Auftrag“ in den Fällen, in denen nach oben genannter (siehe unter F.I.) Argumentation ein Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen ihm und dem Erblasser angenommen werden kann.

Es ist nämlich kein Grund ersichtlich, den Geschäftsbesorgungsvertrag nur im Rahmen des Vergütungsanspruchs zu diskutieren.³²⁶ Auch die Aufwendungen des vermeintlichen Testamentsvollstreckers können im Rahmen des Geschäftsbesorgungsvertrages ersetzt werden. Das Gesetz verweist in § 675 unter anderem auch auf § 670.

³²⁶ siehe Zeuner, FS Mühl, Nr. 4, S. 437; Nägele, S. 82; Bengel/Reimann-Eckelskemper, Kap. 10, Rn. 152; Palandt-Edenhofer, § 2221, Rn. 3; Erman-Schmidt, § 2221, Rn. 18; Müko-Zimmermann, § 2221, Rn. 25; Tilling ZEV 98, 339; BGH NJW 1963, 1615.

bd) Wille und Interesse des Geschäftsherrn

Der Vollständigkeit halber soll das Tatbestandsmerkmal „Wille und Interesse des Geschäftsherrn“ nur kurz abgehandelt werden. Regelmäßig hat gerade der Erblasser als Geschäftsherr die Person des vermeintlichen Testamentvollstreckers ins Spiel gebracht. Ihm wurde ja vom Erblasser angetragen, sich des Nachlasses anzunehmen. Der vermeintliche Testamentvollstrecker fühlt sich aufgrund des Antrags des Erblassers verpflichtet, die Dinge in die Hand zu nehmen. Er wird sich aller Lebenserfahrung nach dem Willen und Interesse des Erblassers verpflichtet fühlen und sich auch nach den gesetzlichen Regeln über die Testamentvollstreckung richten.

Problematisch wird dieses Tatbestandsmerkmal lediglich im Falle des vermeintlichen Testamentvollstreckers, also in dem Fall, in dem ein anderer als der vom Erblasser Vorgesehene, sich zur Testamentvollstreckung berufen fühlt. Hierbei ist man primär versucht, an einen Paragrafen der „Geschäftsführung ohne Auftrag“ zu denken, da gerade mit dem problematischen Tatbestandsmerkmal „fremdes Geschäft“ wenig Schwierigkeiten auftreten – ein anderer ist ja wirksamer Testamentvollstrecker geworden. Zudem erfolgt eben gerade kein Angebot des Erblassers zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages an die Person, die das vermeintliche Amt ausübt, sondern an eine andere Person, nämlich den echten Testamentvollstrecker.

Dennoch entspricht es eben nicht dem Willen und dem Interesse des Erblassers als Geschäftsherrn, dass sich speziell diese Person des Nachlasses annimmt. Im Falle dieser angemessenen „Geschäftsführung ohne Auftrag“ muss ein Anspruch auf Aufwendungsersatz ausscheiden. Eventuell können aber bereicherungs-

rechtliche Ansprüche weiterhelfen (siehe unten unter 2.)

c) Ergebnis bezüglich der "Geschäftsführung ohne Auftrag"

Es kann im Ergebnis festgehalten werden, dass die Tatbestandsmerkmale der "Geschäftsführung ohne Auftrag" im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs unter Umständen einschlägig sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nicht der Erbe, sondern der Erblasser als Geschäftsherr bewertet wird. Dann kann die Tätigkeit des vermeintlichen Testamentsvollstreckers auch als objektiv fremdes Geschäft mit dem korrespondierenden Fremdgeschäftsführungswillen eingeordnet werden. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung handelt der vermeintliche Testamentsvollstrecker als Geschäftsführer aber nur, wenn kein Vertragsschluss mit dem Erblasser erfolgt ist.

Unter Berücksichtigung der Schwachpunkte des Lösungsweges über den Geschäftsbesorgungsvertrag sind dabei Varianten denkbar, in denen ein Lösungsweg über die "Geschäftsführung ohne Auftrag" sinnvoll wäre.

Hierbei ist beispielsweise an den Fall der mangelnden Geschäfts- oder Testierfähigkeit zu denken, bei denen ein Vertragsschluss aus diesem Grunde nicht zustande kam.

Es bleibt somit zu untersuchen, inwieweit sich der Lösungsweg über die "Geschäftsführung ohne Auftrag" in die Kasuistik einfügt.

2. Bereicherungsrecht

Bereicherungsrechtliche Ansprüche werden in Literatur und Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Aufwendungsersatzanspruch nicht diskutiert. Bei Betrachtung der Rechtsfolge könnten die §§ 812 ff. jedoch grundsätzlich anwendbar sein.

Bereicherungsschuldner ist dann wie auch im Rahmen des Vergütungsanspruchs der Erbe.

a) erlangtes Etwas

Zwar wird es im Einzelfall nicht immer so sein, dass der Erbe etwas erlangt hat. Jedoch genügt als Bereicherungsgegenstand ein vermögenswerter Vorteil.³²⁷ Hierzu zählen beispielsweise auch die Befreiung oder das Nichtenstehen von Verpflichtungen und Lasten.³²⁸

Dazu gehört insbesondere aber die rechtswirksame Leistung eines Dritten, der in der irrigen Annahme, dem Schuldner oder dem Gläubiger hierzu verpflichtet zu sein, an den Gläubiger zahlt. Dabei genügt es, dass der Dritte die Leistung zumindest auch für den wahren Schuldner erbringen wollte.³²⁹

Es sind in der Praxis Fälle denkbar, in denen der vermeintliche Testamentsvollstrecker Nachlassverbindlichkeiten aus eigener Kasse begleicht, weil im ersten Augenblick nach dem Erbfall keine liquiden Mittel vorhanden sind.

³²⁷ Müko-Lieb, § 812, Rn. 342; Staudinger-Lorenz, § 812, Rn. 65; BGH, NJW 1995, 53.

³²⁸ Müko-Lieb, § 812, Rn. 353; Staudinger-Lorenz, § 812, Rn. 67; Palandt-Sprau, § 812, Rn. 24 ff. m.w.N.

³²⁹ Staudinger-Lorenz, § 812, Rn. 59; Palandt-Sprau, § 812, Rn 25; BGH 70, 389.

Allerdings ist es gut möglich, dass das Auffinden eines Bereicherungsgegenstandes in der Praxis auf Schwierigkeiten trifft.

b) übrige Tatbestandsmerkmale und Ausschlussgründe

In Bezug auf die übrigen Tatbestandsmerkmale des Anspruchs sowie die Ausschlussgründe kann auf die Ausführungen im Rahmen des Vergütungsanspruches verwiesen werden (F IV 3 ff.).

Im Rahmen des Tatbestandsmerkmals „ohne rechtlichen Grund“ ist zu beachten, dass der zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentvollstrecker geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag dem Bereicherungsanspruch gegen den Erben genauso wenig entgegensteht wie eine berechtigte „Geschäftsführung ohne Auftrag“. Zwar sind sowohl der Geschäftsbesorgungsvertrag als auch die berechtigte Geschäftsführung³³⁰ „causa“ im Sinne des Bereicherungsrechts, jedoch gelten diese Verbindungen nur im Verhältnis Erblasser/vermeintlicher Testamentvollstrecker.

c) Ergebnis

Der bereicherungsrechtliche Anspruch gegen den Erben steht somit neben den möglichen vertraglichen oder vertragsähnlichen Ansprüchen, selbstverständlich aber nur dann, wenn ein Kondiktionsgegenstand ausgemacht werden kann.

Allerdings ist darüber hinaus zu beachten, dass der bereicherungsrechtliche Anspruch gemeinhin aufgrund einer möglicherweise eintretenden Entreichung des Bereicherungsschuldners immer eine schwächere Position innehat als ein daneben stehender vertraglicher Anspruch.

³³⁰ Palandt-Sprau, § 687 Rn. 1,2; BGH, NJW 1993, 3196; Palandt-Sprau, § 812 Rn. 27 m.Verw. auf BGH 40, 28.

3. § 2218 analog

Die Frage der Rechtsscheinhaftung in Bezug auf den Aufwendungsersatzanspruch kann entsprechend der Argumentation beim Vergütungsanspruch im Ergebnis abgelehnt werden (siehe zusammenfassend Kapitel F VI.

VI. Kasuistik: Unwirksamkeit der Testamentvollstreckung von Anbeginn

1. Nichtigkeit aufgrund von Willensmängeln gemäß §§ 116 ff.

Hierbei kann auf die oben unter F.I.1.1.2. gemachten Ausführungen verwiesen werden. Mögen die Fälle auch in der Praxis Seltenheitswert besitzen, ist grundsätzlich eine Lösung über den zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentvollstrecker geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag auch im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs möglich.

Ein Anspruch aus Bereicherungsrecht gegen die Erben besteht auch in diesem Fall, falls ein Bereicherungsgegenstand existiert.

2. Testierunfähigkeit gemäß § 2229 sowie Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr. 2

Der Abschluss des Geschäftsbesorgungsvertrages zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentvollstrecker scheidet an der mangelnden Geschäftsbzw. Testierfähigkeit, wie oben unter F.I.2.1.3 erläutert.

Somit stellt sich die Frage, ob für diesen Fall die Regeln über die "Geschäftsführung ohne Auftrag" anwendbar sein könnten.

Eine zu § 682 korrespondierende Norm betreffend die Geschäftsunfähigkeit des Geschäftsherrn fehlt im Gesetz. Daraus ist zu schließen, dass die Geschäftsunfähigkeit des Erblassers als Geschäftsherrn der Anwendung der "Geschäftsführung ohne Auftrag" grundsätzlich nicht entgegensteht.³³¹

Da die Tatbestandsmerkmale wie oben festgestellt in den meisten Fällen vorliegen werden, ist zu überprüfen, ob die Lösung den Wertungen des Gesetzgebers, insbesondere dem Schutzgedanken gegenüber Geschäftsunfähigen zuwiderläuft.

Hierbei ist klar hervorzuheben, dass es sich eben nicht um den Vergütungsanspruch, sondern um den Ersatz von Aufwendungen handelt, also darum, dass dem vermeintlichen Testamentvollstrecker seine Auslagen ersetzt werden. Meines Erachtens kann es gerechtfertigt sein, in diesem Fall einen weniger strengen Maßstab zum Schutze des Erblassers anzulegen. Dem vermeintlichen Testamentvollstrecker muss in diesem Falle wenigstens die Möglichkeit eingeräumt werden, sich „null auf null“ aus der ungunstigen Situation zu verabschieden. Der Schutz des Ge-

³³¹ So auch Palandt-Sprau, § 682, Rn. 3.

schäfts- bzw. Testierunfähigen muss demgegenüber in der Abwägung zurückstehen.

Ein Aufwendungsersatzanspruch nach den Vorschriften über die "Geschäftsführung ohne Auftrag" kann dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker somit gewährt werden.

Daneben besteht auch für diese Konstellation ein Anspruch aus Bereicherungsrecht.

3. Verstoß gegen Formvorschriften gemäß § 125

Wie unter F.I.2.1.5. festgestellt handelt es sich hierbei um den einfachsten Fall des vorgeschlagenen Lösungsweges über den Geschäftsbesorgungsvertrag. Durch die Umdeutung des formungültigen Testaments in ein Angebot zum Abschluss eines Geschäftsbesorgungsvertrages kommt durch die konkludente Annahme des vermeintlichen Testamentsvollstreckers ein Vertragsverhältnis zustande, welches auch Anspruchsgrundlage zum Aufwendungsersatz darstellt.

Ein Anspruch aus "Geschäftsführung ohne Auftrag" besteht aufgrund einer bestehenden „Berechtigung“ in Form des Geschäftsbesorgungsvertrages nicht.

Neben dem vertraglichen Anspruch aus dem mit dem Erblasser geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag besteht gegebenenfalls ein Anspruch gegen die Erben aus Bereicherungsrecht.

4. Gesetzesverstoß aufgrund der §§ 134, 2064, 2265

Es ergeben sich zu den Ausführungen zum Vergütungsanspruch (siehe D 2.1.6) keine Unterschiede. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass das gesetzliche Verbot des § 134 nicht auch auf den Geschäftsbesorgungsvertrag durchschlägt.

VII. Kasuistik: Ein überholendes Ereignis macht die Anordnung der Testamentsvollstreckung von vornherein unwirksam

1. Anfechtung gemäß den §§ 2078 ff.

Auch für diese Konstellation ergeben sich keinerlei Unterschiede zum Vergütungsanspruch in der Begründung der Lösung.

Auch hier muss selbstverständlich primär untersucht werden, worauf genau sich der Irrtum des Erblassers oder die Drohung gegen ihn bezieht. Allein soweit geht dann auch nur die Anfechtbarkeit

Der Geschäftsbesorgungsvertrag wird in dem Ausmaß geschlossen, welcher Aufgabenkreis aus dem angefochtenen Testament hervorgeht.

Der vermeintliche Testamentsvollstrecker verhält sich nach dem Wunsch des Erblassers „Kümmere dich um die Erben“.

Ein Anspruch aus „Geschäftsführung ohne Auftrag“ besteht daneben nicht.

Der Anspruch aus Bereicherungsrecht gegen die Erben bleibt unberührt.

2. Die Erbschaft wird ausgeschlagen

Zumindest bis zur Ausschlagung kann auch hier ohne Mühe ein zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker geschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag angenommen werden.

Für die Zeit nach der Ausschlagung kann die Frage gestellt werden, ob das Vertragsverhältnis hierdurch gekündigt werden sollte oder ob eventuell eine Angleichung über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 Abs. 1, n.F. erfolgen soll.

Die Einzelheiten sind durch Auslegung zu ermitteln.

Gegebenenfalls besteht ein Anspruch aus Bereicherungsrecht gegen die Erben.

3. In einer später verfassten letztwilligen Verfügung wird die Anordnung der Testamentsvollstreckung aufgehoben

Die Grundsätze über das Abhandenkommen einer Willenserklärung (siehe D 2.2.3) müssen im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs nicht herangezogen werden.

Für diese Konstellation kann wieder auf die Regeln der "Geschäftsführung ohne Auftrag" zurückgegriffen werden.

Ein Vertragsschluss ist nicht erfolgt, da ja der Geschäftsherr seine darauf ausgerichtete Willenserklärung prae mortem widerrufen hat.

Zwar widerspricht die Übernahme der Geschäftsführung in dem Augenblick dem Willen des Geschäftsherrn, dennoch muss dies auch für den Geschäftsführer subjektiv erkennbar sein. Der Geschäftsführer muss den entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn erkannt oder infolge Fahrlässigkeit nicht erkannt haben.

Ein solcher Fahrlässigkeitsvorwurf wird dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker in den meisten Fällen nicht gemacht werden können.

Dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker steht somit auch in dieser Konstellation ein Aufwendungsersatzanspruch aus "Geschäftsführung ohne Auftrag" zu.

Bei Vorliegen der einschlägigen Tatbestandsmerkmale besteht gegebenenfalls ein Anspruch aus Bereicherungsrecht gegen die Erben.

VIII. Zusammenfassung des Ergebnisses für den Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentsvollstreckers

Auch im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruches zeigt sich, dass das Lösungsmodell über den zwischen Erblasser und vermeintlichem Testamentsvollstrecker geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag durchaus seine Berechtigung hat und vergleichbar zum Vergütungsanspruch in den meisten Fällen zu einem Anspruch verhilft.

Als logische Konsequenz des vertraglichen Anspruchs ist für einen Anspruch aus "Geschäftsführung ohne Auftrag" mit dem Erblasser als Geschäftsherr in der Regel kein Raum.

Eine Konstellation Erbe als Geschäftsherr ist bereits aus dem Grunde abzulehnen, da der Erbe faktisch nicht in der Position ist, Weisungen zu erteilen. Es ist eine (vermeintliche) Testamentsvollstreckung angeordnet, die ein Über- und Unterordnungsverhältnis für die beiden Nichtsahnenden ja genau definiert.

Daneben steht ein Anspruch aus Bereicherungsrecht gegen die Erben, der sich jedoch in der Praxis aufgrund einer möglicherweise eingetretenen Entreichnung als weniger wertvoll erweisen wird.

Die Lösung nach den Grundsätzen der Rechtsscheinhaftung ist in gleicher Argumentation wie im Rahmen des Vergütungsanspruchs abzulehnen.

Dem vermeintlichen Testamentsvollstrecker werden somit in der Regel auch seine Aufwendungen in vollem Umfang ersetzt.

H. Nachwort

Es ist versucht worden, im Rahmen der vorliegenden Ausarbeitung über den Vergütungs- und Aufwendungsersatzanspruch des vermeintlichen Testamentvollstreckers alle in Literatur und Rechtsprechung aufgezeigten Lösungswege verständlich darzustellen, sie auf ihre Schwächen hin zu untersuchen, sie gegeneinander abzuwägen und mit dem eigenständig erarbeiteten Lösungsmodell zum Teil in Einklang zu bringen.

Ich hoffe damit zum besseren Verständnis und leichteren Umgang mit dieser in Theorie und Praxis gleichermaßen beachtete Thematik beigetragen zu haben.

Für die tägliche Handhabung dieses Themenkomplexes ist es meines Erachtens wichtig und sinnvoll, dass durchleuchtet wurde, inwieweit das vom Gesetzgeber für eine Unzahl von Lebenssachverhalten an die Hand gegebene Werkzeug des Bürgerlichen Gesetzbuches ausreichend ist, jede auch noch so außergewöhnliche Situation dogmatisch konsequent und im Ergebnis billig und gerecht zu lösen, ohne auf komplizierte Rechtsfortbildung zurückgreifen zu müssen.

Das alte wie das neue Schuldrecht bietet auch innerhalb vorliegender erbrechtlichen Fragestellung, welche ja dem Erbrecht im eigentlichen Sinn aufgrund der Ungültigkeit der letztwilligen Anordnung entzogen wurde, ausreichend Raum, um zu einem zufrieden stellenden Resultat für alle Beteiligten zu gelangen.