

**Titel:**

**Testamentsauslegung – Rangverhältnis hins. der Erfüllung angeordneter Vermächtnisse und Testamentsvollstreckervergütung**

**Normenketten:**

BGB § 133, § 2084, § 2219

InsO § 324 Abs. 1 Nr. 6, § 327 Abs. 1 Nr. 2

**Leitsätze:**

1. Zur Auslegung eines notariellen Testaments hinsichtlich der Frage, ob aus dem vorhandenen Nachlass vorrangig die angeordneten Vermächtnisse oder die Testamentsvollstreckervergütung zu erfüllen ist. (Rn. 24 – 38)

2. Zur Berechnung einer Testamentsvollstreckervergütung nach der Neuen Rheinischen Tabelle. (Rn. 49 – 62)

1. Eine schuldhafte Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers liegt nicht vor, wenn er nach sorgfältiger Ermittlung aller erkennbar erheblichen Anhaltspunkte für die Auslegung eines Testamentes zu einer immerhin vertretbaren Auslegung gelangt ist (Anschluss an BGH BeckRS 1992, 5778). (Rn. 45) (redaktioneller Leitsatz)

2. Nach der Neuen Rheinischen Tabelle berechnet sich der Vergütungsgrundbetrag der Testamentsvollstreckervergütung aus dem Nachlasswert, multipliziert mit einem von der Tabelle vorgegebenen Prozentsatz. (Rn. 51) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Testament, Auslegung, Erbfallschulden, Vermächtnis, Testamentsvollstreckung, Testamentsvollstreckervergütung, Berechnung, Neue Rheinische Tabelle

**Vorinstanz:**

LG München I, Endurteil vom 17.08.2021 – 3 O 4493/21

**Fundstellen:**

FamRZ 2022, 1877

ErbR 2022, 1096

ZErb 2023, 344

DNotZ 2023, 368

ZEV 2022, 659

LSK 2022, 20761

**Tenor**

1. Auf die Berufung des Beklagten wird das Endurteil des Landgerichts München I vom 17.08.2021, Az. 3 O 4493/21, wie folgt abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 39.408,73 € zuzüglich Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten p.a. über dem Basiszinssatz ab 30.11.2020 als Gesamtschuldner neben der Stiftung P. Kulturbesitz, B., zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Von den Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz tragen der Kläger 56% und der Beklagte 44%.

Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger 25% und der Beklagte 75%.

4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können jeweils die Vollstreckung der Gegenseite durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Gegner vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

5. Die Revision wird nicht zugelassen.

## Entscheidungsgründe

I.

1

Die Parteien streiten um Testamentsvollstreckervergütung.

2

Am ...2017 verstarb die Erblasserin B. G. Ihr wesentlicher Nachlass bestand aus Kunstgegenständen, darunter Bilder von M. B. Nach dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils betrug der Nachlasswert 32.937.205,52 € entsprechend dem Nachlassverzeichnis (Anlage B1).

3

In ihrem notariellen Testament vom 30.08.2011 (Anlage K1) setzte die Erblasserin den Beklagten zum Miterben zu 1/4 ein, neben der Stiftung P. Kulturbesitz als Miterbin zu 3/4. Als nicht auszugleichendes Vorausvermächtnis wandte die Erblasserin dem Beklagten eine bereits beim Beklagten befindliche Dauerleihgabe, ein Bild von M. B. im Wert von 4.750.000 €, zu.

4

Gemäß Ziff. V. des Testaments ordnete die Erblasserin Testamentsvollstreckung an, bestimmte den Aufgabenkreis und benannte den Beklagten als Testamentsvollstrecker. Die Erblasserin ordnete an, dass der Testamentsvollstrecker neben dem Ersatz seiner Aufwendungen eine Vergütung erhalten solle, deren Höhe sich nach den zum Zeitpunkt des Erbfalls gültigen Richtlinien des Deutschen Notarvereins bemessen solle, zuzüglich Umsatzsteuer. Nach weiteren Bestimmungen zur Befreiung von Beschränkungen nach § 181 BGB, zur Eingehung von Verbindlichkeiten und zur Vollmacht des Testamentsvollstreckers verfügte die Erblasserin, dass im Übrigen für die Testamentsvollstreckung die gesetzlichen Bestimmungen gelten sollen.

5

In Ziff. III. 2. des Testaments ist unter der Überschrift „Geldvermächtnis“ folgendes geregelt:

„Das bei meinem Tode nach Abzug aller Erblasser- und Erbfallschulden, einschließlich der Kosten für Pflege, Beerdigung, der geschätzten Kosten für die Grabpflege gemäß Ziffer IV, sonstiger Verpflichtungen und nach Auflösung meines Haushalts vorhandene Bargeld sowie eventuell noch vorhandene Wertpapiere sollen wie folgt verteilt werden:...“

6

Es folgt eine Aufstellung von sieben Personen unter Benennung des jeweiligen Anteils.

7

Der Kläger hat das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen. Der Nachlass ist inzwischen mit Ausnahme der Testamentsvollstreckervergütung abgewickelt. Nach vorgerichtlichen Verhandlungen stellte der Kläger unter dem 19.08.2020 (Anlage K7) eine Kostennote über eine Vergütung in Höhe von 551.558,00 € netto, somit (unter Berücksichtigung einer Umsatzsteuer von 16%) 639.807,28 € brutto. Die Stiftung P. Kulturbesitz bezahlte hierauf einen Kostenvorschuss in Höhe von 10.000 € netto, somit 11.600 € brutto, sowie weitere 468.255,46 € brutto. Der Beklagte leistete eine Zahlung in Höhe von 71.243,18 €. Offen ist somit ein Betrag in Höhe von 88.708,64 € brutto, den der Kläger mit der Klage nebst Zinsen geltend gemacht hat.

8

Im Übrigen nimmt der Senat hinsichtlich des Sach- und Streitstandes auf die Feststellungen im Ersturteil des Landgerichts München I vom 17.08.2021 Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

9

Das Erstgericht hat die Klage in vollem Umfang zugesprochen. Schuldner der Testamentsvollstreckervergütung seien grundsätzlich die Erben. Die Auslegung des Testaments ergebe, dass die Erblasserin nicht anderes verfügt habe. Die Höhe der Vergütung bestimme sich laut Testament nach der sog. Neuen Rheinischen Tabelle und sei entsprechend der Kostennote Anlage K7 in Stufen zu berechnen.

10

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufungsbegründung vom 09.11.2021 (Bl. 62/71) und weiteren Schriftsätzen vom 01.02.2022 (Bl. 86/88), 09.02.2022 (Bl. 93/94) und 17.05.2022 (Bl. 107/109). Dem Grunde nach bestreite der Beklagte nicht, als Miterbe grundsätzlich Schuldner der Testamentsvollstreckervergütung zu sein. Insbesondere aus Ziff. III. 2. des Testaments ergebe sich aber, dass Erbfallschulden, worunter auch die Testamentsvollstreckervergütung falle, vorab aus dem Nachlass zu begleichen seien, bevor der Rest an die Vermächtnisnehmer auszubezahlen sei. Der Beklagte habe daher die Vergütung nicht aus seinem Vermögen zu bezahlen. Dies entspreche auch dem Willen der Erblasserin, da der Beklagte keinesfalls in die Verlegenheit geraten sollte, das vorausvermachte Gemälde zu verkaufen, vielmehr sollten den Erben keinerlei Zahlungsverpflichtungen auferlegt werden.

#### **11**

Der Höhe nach liege eine unzutreffende Berechnung durch das Erstgericht vor, da nach der Neuen Rheinischen Tabelle die Vergütung nicht stufenweise zu berechnen sei, vielmehr sei der Gesamtnachlasswert mit einem bestimmten Prozentsatz zu multiplizieren (hier 1,5%). Nach korrekter Berechnung und Berücksichtigung der Zahlung des Miterben, der Gesamtschuldner sei, verbleibe nur ein Betrag in Höhe von 39.408,73 €.

#### **12**

Zudem erhebt der Beklagte in der Berufungsinstanz Widerklage in Höhe von 71.243,18 € nebst Zinsen und fordert bereits gezahlte Vergütung zurück. Dem Beklagten stehe ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 2219, 2216 Abs. 2 BGB zu, da der Kläger seine Vergütung aus dem nach Abzug der Vorausvermachnisse verbleibenden Nachlass hätte einbehalten müssen und diese nicht, nach Auskehrung der Vermächtnisse, den Erben hätte in Rechnung stellen dürfen. Der Kläger habe jedenfalls fahrlässig gehandelt. Hierdurch sei dem Beklagten ein Schaden in Höhe des vorausbezahlten Betrags entstanden.

#### **13**

Der Beklagte beantragt in der Berufungsinstanz (Bl. 62):

I. Das Urteil des Landgerichts München I Az. 3 O 4493/21 vom 17.08.2021 wird aufgehoben.

II. Die Klage wird abgewiesen.

III. Den Kläger auf die hiermit erhobene Widerklage zu verurteilen, an den Beklagten EUR 71.243,18 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

#### **14**

Der Kläger beantragt (Bl. 57, 77),

die Berufung zurück- und die Widerklage abzuweisen.

#### **15**

Der Senat hat am 23.05.2022 mündlich verhandelt, auf das Protokoll (Bl. 110/113) wird Bezug genommen.

#### **16**

Ergänzend verweist der Senat auf die von den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

II.

#### **17**

Die gemäß §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung des Beklagten hat teilweise Erfolg. Dem Grunde nach hat der Beklagte als Schuldner der Testamentsvollstreckungsvergütung diese an den Kläger zu bezahlen, die Höhe der noch geschuldeten Vergütung war jedoch entsprechend dem Vortrag des Beklagten zu korrigieren. Seine Widerklage blieb ohne Erfolg.

1. Testamentsvollstreckervergütung „dem Grunde nach“

#### **18**

Der Beklagte ist als Miterbe Schuldner der Testamentsvollstreckervergütung und hat daher diese an den Kläger zu bezahlen.

#### **19**

Seine grundsätzliche Stellung als Schuldner stellt der Beklagte nicht in Frage (vgl. Schriftsatz vom 09.02.2022, Bl. 93). Vielmehr beruft er sich auf die Anordnung der Erblasserin in Ziff. III. 2. des Testaments vom 30.08.2011. Die Testamentsvollstreckervergütung falle unter den Begriff der Erbfallschulden. Der Kläger habe den als Geldvermächtnis angesetzten Anteil der Erbmasse falsch berechnet und hierdurch den Vermächtnisnehmern zu viel ausbezahlt. Dem Beklagten sei hierdurch ein Anteil der ihm zustehenden Erbschaft vorenthalten worden.

## 20

Der Senat teilt nicht die Auffassung des Beklagten, dass die Testamentsvollstreckervergütung von dem Anteil des Nachlasses, der den Vermächtnisnehmern gemäß Ziff. III. 2. des Testaments vermacht ist, einzubehalten gewesen wäre. Dies ergibt die Auslegung des Testaments (nachfolgend a.). Aber auch bei einem Verständnis des Testaments im Sinne des Beklagten hat dieser dennoch als Miterbe und Schuldner der Vergütung diese an den Kläger zu bezahlen (nachfolgend b.)

### a. Testamentsauslegung

## 21

aa. Bei der Testamentsauslegung gem. § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH NJWE-FER 1997, 252 = ZEV 1997, 376; NJW-RR 2012, 8 = FamRZ 2012, 26; MüKoBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rn. 1; Burandt/Rojahn/Czubayko, BGB, 3. Aufl. 2019, § 2084 Rn. 9; Krätzschele in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 9 Rn. 11). Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung stets der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Diesem Gebot wird nur dadurch Rechnung getragen, dass zur Erforschung des wirklichen Willens des Erblassers über die Analyse des Wortlauts der von ihm verwendeten Begriffe hinaus auch alle sonstigen Umstände - auch außerhalb der Testamentsurkunde - herangezogen werden. Dies kann zu dem Ergebnis führen, dass der Erblasser dem von ihm verwendeten „scheinbar“ eindeutigen und klaren Begriff sogar eine Bedeutung beigelegt hat, die im Widerspruch zum allgemeinen bzw. juristischen Sprachgebrauch steht. Eine von dem Wortsinn abweichende Auslegung ist aber nur dann möglich, wenn tragende Anhaltspunkte festgestellt werden können, dass der Erblasser den von ihm verwendeten Worten einen anderen Sinn beigelegt hat (BeckOGK/Gierl, BGB, 01.03.2022, § 2084 Rn. 34).

## 22

Auch notarielle Testamente unterliegen der Auslegung. Die Wortwahl in einem notariellen Testament hat jedoch Gewicht (BGH, Urteil vom 06. Dezember 1989 - IVa ZR 59/88, juris Rn. 30). Es spricht wegen der Beratungs- und Belehrungspflicht des Notars aus § 17 BeurkG bei der Verwendung juristischer Begriffe in notariellen Testamenten eine gewisse Vermutung dafür, dass objektiver Erklärungsinhalt und Erblasserwille übereinstimmen. Es bedarf konkreter Anhaltspunkte, um die Vermutung der Richtigkeit zu entkräften. Für die Auslegung ist die Auffassung des Erblassers maßgeblich (BayObLG, Beschluss vom 08. Februar 1996 - 1Z BR 157/95, juris Rn. 17; OLG München, Beschluss vom 08. Juni 2010 - 31 Wx 048/10, juris Rn. 19; OLG Hamm, Beschluss vom 12. Juni 2001 - 15 W 127/00, juris Rn. 20; Horn/Kroiß, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 59 ff; Staudinger/Otte, BGB, Stand 30.04.2021, Vorbem zu §§ 2064 ff, Rn. 63; MüKoBGB/Leipold, aaO, § 2084 Rn. 41).

## 23

Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Auslegung gemäß §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO - auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen - in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob sie überzeugt. Hält es die erstinstanzliche Auslegung nur für eine zwar vertretbare, letztlich aber bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung, so hat es selbst die Auslegung vorzunehmen, die es als Grundlage einer sachgerechten Entscheidung des Einzelfalls für geboten hält (vgl. BGH, Urteil vom 14. Juli 2004 - VIII ZR 164/03, NJW 2004, 2751).

## 24

bb. Vor diesem Hintergrund ergibt die Auslegung, dass unter den Begriff der „Erbfallschulden“ in Ziff. III. 2. des Testaments im konkreten Fall nicht die Testamentsvollstreckervergütung fällt.

## 25

Zwar erfasst der Rechtsbegriff der „Erbfallschulden“ grundsätzlich auch die Testamentsvollstreckervergütung (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl., § 2221 Rn. 12, § 1967 Rn. 7).

Es bestehen hier jedoch konkrete Anhaltspunkte, die die Vermutung entkräften, dass der objektive Erklärungsinhalt dem Willen der Erblasserin entspricht.

## 26

Denn unter Ziff. V. des Testaments hat die Erblasserin die Testamentsvollstreckung geregelt, die Höhe der Vergütung bestimmt und abschließend festgelegt, dass „im Übrigen“ für die Testamentsvollstreckung die gesetzlichen Bestimmungen gelten sollen. Grundsätzlich fällt die Vergütung aber den Erben zur Last, was somit Zweifel weckt, ob die Erblasserin tatsächlich den Begriff der „Erbfallschuld“ im technischen juristischen Sinn verwenden wollte. Zudem ist die Verwendung des Begriffs der „Erbfallschuld“ schon in sich widersprüchlich. Unter Erbfallschulden sind auch Vermächtnisansprüche zu verstehen, nach Ziff. III. 2. des Testaments sollen die Geldvermächtnisse aber erst nach Abzug der Erbfallschulden beglichen werden, was keinen Sinn ergibt. Der Senat ist daher der Ansicht, dass im vorliegenden Fall nicht auf dem Wortlaut „Erbfallschulden“ zu beharren ist, sondern vielmehr im Rahmen einer umfassenden Auslegung der wirkliche Wille der Erblasserin festzustellen ist. Diese ergibt, dass in Ziff. III. 2. des Testaments keine Regelung zur Testamentsvollstreckervergütung getroffen ist. Der Senat verweist hierzu auf das Ersturteil (S. 7/9) und ergänzt:

## 27

(1) Maßgeblich für die Auslegung ist die Auffassung der Erblasserin. Für einen Laien ist es jedoch kaum nachvollziehbar, ob unter „Erbfallschulden“ auch die Testamentsvollstreckervergütung fällt. Dass die Erblasserin über juristischen Sachverstand verfügte, behaupten die Parteien nicht.

## 28

(2) Die Testamentsvollstreckung ist im Testament in einem eigenen Kapitel (Ziff. V.) geregelt mit abschließendem Verweis auf die für die Testamentsvollstreckung geltenden gesetzlichen Bestimmungen. Der Aufbau des Testaments spricht dagegen, dass sich eine ergänzende Regelung zur Testamentsvollstreckervergütung von erheblichem Gewicht, nämlich wer diese im Ergebnis zu tragen hat, an ganz anderer Stelle unter Ziff. III. 2. befindet.

## 29

(3) Die Erblasserin hat exemplarisch erläutert, was sie unter Erblasser- und Erbfallschulden versteht. Dabei erwähnt sie Positionen von geringerem finanziellen Gewicht, z. B. die Kosten der Beerdigung und der Grabpflege, für die sie auf Ziff. IV. des Testaments verweist. Die Testamentsvollstreckervergütung hat sie nicht erwähnt, obwohl diese unter Ziff. V. geregelt ist, was dafür spricht, dass diese nicht von Ziff. III. 2. erfasst sein soll.

## 30

(4) Angesichts der wertvollen Kunstgegenstände im Nachlass musste die Erblasserin mit einem erheblichen Nachlasswert und damit mit einer erheblichen Testamentsvollstreckervergütung rechnen, auch wenn der genaue Wert der Kunstgegenstände im Todeszeitpunkt nicht feststand. Laut Nachlassverzeichnis Ziff. 1.2. und 1.3. (Anlage B1) fallen unter die Testamentsregelung Ziff. III. 2. aber nur Beträge in Höhe von 333.408,08 € (Guthaben bei Sparkassen und Banken) und 37.545,83 (Wertpapiere). Der Hinweis des Beklagten auf „liquide Mittel“ in Höhe von ca. 771.000 € (Bl. 68) geht fehl, da der Beklagte offensichtlich auch Erlöse aus Versteigerungen von Gegenständen mitgezählt hat, die unter Ziff. III. 4. des Testaments fallen und damit nicht dem Abzug der Erblasser- und Erbfallschulden unterliegen. Die Erblasserin ist angesichts der kleinteiligen Aufteilung der Geldvermächtnisse (max. 40 Anteile, min. 2 Anteile, wobei die Gesamtzahl der Anteile 102 ergibt) offensichtlich davon ausgegangen, dass ein erheblicher Betrag zu verteilen ist, was dafür spricht, dass sie nicht von einem vorherigen Abzug der Testamentsvollstreckervergütung ausgegangen ist. In diesem Zusammenhang ist es nicht von Bedeutung, dass die Erblasserin den Vermächtnisnehmern keine konkreten Geldsummen zugesprochen hat.

## 31

(5) Zwar sollten Kosten grundsätzlich aus dem Teil des Nachlasses bezahlt werden, der als Geldvermächtnis vermacht worden ist, Ziff. III. 2. des Testaments. Die Erben, die beide auch Vorausvermächtnisnehmer sind, sollten aber nicht von jeglichen Kosten ferngehalten werden, vgl. Ziff. III. 5. des Testaments, wonach die etwaigen Kosten der Vermächtniserfüllung die Vermächtnisnehmer tragen.

## 32

(6) Zudem wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet (Ziff. V. 1. Abs. des Testaments), aus der in regelmäßigen Zeitabschnitten, in der Regel jährlich, ein Teilbetrag der Vergütung fällig wird (vgl. Ziff. III. der Neuen Rheinischen Tabelle). Die Erblasserin hat jedoch angeordnet, dass Vermächtnisse möglichst zeitnah zu erfüllen sind, Ziff. III. 5. des Testaments. Auch dies spricht dafür, dass die Erblasserin nicht davon ausgegangen ist, dass vor Erfüllung der Vermächtnisse die Testamentsvollstreckervergütung zu verrechnen ist.

### 33

(7) Der Einwand des Beklagten, bei einer Belastung mit der Testamentsvollstreckervergütung bestehe die Gefahr der Notwendigkeit eines Verkaufs der Kunstgegenstände, was nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen hätte, greift nicht durch. Denn die Erblasserin hat durch eine entsprechende Auflage in Ziff. II. des Testaments sichergestellt, dass die benannten Kunstwerke nicht verkauft werden dürfen, unabhängig von der Frage, wer die Testamentsvollstreckervergütung zu tragen hat.

### 34

(8) Auch die gesetzliche Wertung aus §§ 324 Abs. 1 Nr. 6, 327 Abs. 1 Nr. 2 InsO, wonach im Nachlassinsolvenzverfahren Verbindlichkeiten gegenüber einem Testamentsvollstrecker vorrangig vor Verbindlichkeiten gegenüber Vermächtnisnehmern sind, steht der gefundenen Auslegung nicht entgegen. Denn dies besagt nichts dazu, wer im Verhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmern die Testamentsvollstreckervergütung zu tragen hat.

### 35

(9) Letztlich haben die Erben ganz beträchtliche Vermögenswerte erhalten, was auch der Erblasserin bewusst war. Dieser Umstand steht einer Belastung des Beklagten mit der Testamentsvollstreckervergütung jedenfalls nicht entgegen.

### 36

(10) Auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände kommt der Senat zum Ergebnis, dass es der Wille der Erblasserin war, dass die Testamentsvollstreckervergütung von den Erben zu tragen ist, ohne dass eine Verrechnung mit den angeordneten Geldvermächtnissen stattzufinden hat. Es spricht - wie dargelegt - eine Reihe von Argumenten für diese Auslegung, während für die Ansicht des Beklagten im Wesentlichen lediglich der hier nicht ausreichend aussagekräftige Wortlaut streitet.

### 37

cc. Aus Ziff. III. 5. des Testaments, wonach etwaige Kosten der Vermächtniserfüllung der jeweilige Vermächtnisnehmer zu tragen habe, folgt nichts anderes.

### 38

Unter „etwaige Kosten der Vermächtniserfüllung“ ist nicht die Testamentsvollstreckervergütung zu verstehen. Dies folgt schon daraus, dass es sich nicht um „etwaige“ Kosten, sondern nach dem Ansinnen der Erblasserin um sicher eintretende Kosten handelt. Im Übrigen ist es gemäß Ziff. V. des Testaments nicht nur Aufgabe des Testamentsvollstreckers, die Vermächtnisse zu erfüllen, sondern auch den Nachlass in Besitz zu nehmen, die Auseinandersetzung unter den Erben herbeizuführen, den Nachlass bis zur Verteilung zu verwalten sowie die Vollziehung der Auflagen als Dauertestamentsvollstrecker zu überwachen. Der Kläger hatte über die Vermächtniserfüllung hinaus somit gewichtige Aufgaben. Eine Differenzierung der Vergütung nach einzelnen Aufgaben ist nach der Neuen Rheinischen Tabelle jedenfalls für den Vergütungsgrundbetrag nicht vorgesehen, vielmehr erhält der Testamentsvollstrecker einen Betrag, der seine gesamte Tätigkeit abdeckt. Die „Kosten der Vermächtniserfüllung“ könnten so aber nicht festgestellt werden, was dafür spricht, dass die Testamentsvollstreckervergütung von dieser Regelung nicht erfasst werden sollte.

### 39

dd. Zu erwägen ist ferner, ob Vermächtnisnehmer, deren Vermächtnis im Vergleich zum Rest des Nachlasses „unverhältnismäßig hoch“ ist, anteilig die Testamentsvollstreckervergütung schulden (vgl. Grüneberg/Weidlich, aaO, § 2221 Rn. 12; Staudinger/Dutta, aaO, § 2221 Rn. 6).

### 40

Ob in diesen Fällen ein diesbezüglicher Wille des Erblassers zu vermuten ist, kann dahinstehen. Denn diejenigen Vermächtnisnehmer, die hier Vermächtnisse von hohem Wert im Vergleich zum Wert des

Gesamtnachlasses erhalten haben, sind die Erben als Vorausvermächtnisnehmer, so dass sich an der Stellung des Beklagten nichts ändern würde.

#### b. Vergütungsanspruch

**41**

Aber auch bei einem Verständnis des Testaments im Sinne des Beklagten hat dieser dennoch als Miterbe und Schuldner der Vergütung diese an den Kläger zu bezahlen.

**42**

Denn selbst wenn es vom Willen der Erblasserin umfasst sein sollte, dass unter „Erbfallschulden“ gemäß Ziff. III. 2. des Testaments auch die Testamentsvollstreckervergütung zu verstehen ist, so resultiert hieraus nicht, dass der Kläger seine Vergütung nicht vom Beklagten verlangen kann.

**43**

aa. Der Beklagte stützt die Rückforderung des bereits bezahlten Betrags auf einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 2219, 2216 Abs. 2 BGB (vgl. Berufungsbegründung, Bl. 70/71). Auch dem eingeklagten Vergütungsanspruch hält der Beklagte einen Schadensersatzanspruch entgegen, wenn er ausführt, dass Gegenstand der Auseinandersetzung die fehlerhafte Berechnung der Geldvermächtnisse durch den Kläger und die hieraus resultierende Vorenthaltung eines Anteils der Erbschaft sei (vgl. Schriftsatz vom 09.02.2022, Bl. 93).

**44**

Dem Beklagten steht jedoch ein Schadensersatzanspruch, insbesondere nach § 2219 Abs. 1 BGB, nicht zu. Denn eine etwaige Pflichtverletzung ist jedenfalls nicht schuldhaft erfolgt.

**45**

Ist der Testamentsvollstrecker nach sorgfältiger Ermittlung aller erkennbar erheblichen Anhaltspunkte für die Auslegung der Testamente zu einer immerhin vertretbaren Auslegung gelangt, so liegt keine schuldhaftige Pflichtverletzung vor (BGH, Urteil vom 11. März 1992 - IV ZR 31/91, juris Rn. 16).

**46**

Wie der Senat unter Ziff. II. 1. a. aufgezeigt hat, ist die Auslegung des Klägers zumindest eine vertretbare, nach Ansicht des Senats sogar die zutreffende Auslegung. Dass der Kläger bei der Ermittlung der erheblichen Anhaltspunkte nicht mit ausreichender Sorgfalt vorgegangen sei, behauptet der Beklagte nicht und ist auch für den Senat nicht ersichtlich. Damit liegt ein Verschulden auf Seiten des Klägers nicht vor.

**47**

Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in den in den Anlagen K4 - K7 dokumentierten vorgerichtlichen Verhandlungen zwischen dem Kläger und dem Beklagten sowie der Stiftung Preußischer Kulturbesitz der Begriff der Erbfallschulden nicht problematisiert wurde. Die Parteien und die Stiftung gingen davon aus, dass die Erben die Testamentsvollstreckervergütung zu tragen haben. Auch im erstinstanzlichen Rechtsstreit wurde dies zunächst nicht erwähnt, sondern als „neuer entscheidender Aspekt“ erst vom Beklagten mit Schriftsatz vom 02.07.2021 (Bl. 27 ff.) nach der mündlichen Verhandlung vorgetragen. Der Umstand, dass die vermeintlich entscheidende Auslegungsfrage über nahezu vier Jahre nach dem Tod der Erblasserin unentdeckt blieb und auch die damalige Beklagtenvertreterin diese nicht sogleich erkannte, spricht ebenfalls dafür, dass die Auslegung des Klägers jedenfalls vertretbar war und ist.

**48**

bb. Auch weitere Einwendungen, die der Beklagte dem Vergütungsanspruch entgegenhalten könnte, sind für den Senat nicht ersichtlich. Insbesondere könnte der Beklagte nach Bezahlung den Zahlbetrag nicht sogleich wieder aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB zurückfordern, denn Schuldner des Vergütungsanspruchs ist - unstreitig - der Beklagte, so dass der Kläger die Vergütung nicht ohne rechtlichen Grund erlangt.

#### 2. Testamentsvollstreckervergütung „der Höhe nach“

**49**

In Bezug auf die Höhe der Vergütung hat die Berufung des Beklagten Erfolg. Denn bei zutreffender Berechnung ergibt sich eine noch zu zahlende Vergütung in Höhe von 39.408,73 €.

## 50

a. Aufgrund der testamentarischen Anordnung der Erblasserin ist die Vergütung nach der sog. Neuen Rheinischen Tabelle zu berechnen.

## 51

Aus dem eindeutigen Wortlaut der Tabelle ergibt sich, dass nicht die vom Erstgericht angewendete Stufenberechnung (wie bei der „alten“ Rheinischen Tabelle) vorzunehmen ist, vielmehr berechnet sich der Vergütungsgrundbetrag aus dem Nachlasswert, multipliziert mit einem von der Tabelle vorgegebenen Prozentsatz. Ansonsten wäre auch der Zusatz in der Tabelle „mindestens aber der höchste Betrag der Vorstufe“ überflüssig. Soweit ersichtlich, ist dies allgemeine Meinung (ausdrücklich zu den unterschiedlichen Berechnungsweisen: NK-BGB/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2221 Rn. 12; Krätzschele in: Firsching/Graf, aaO, § 19 Rn. 41).

## 52

b. Der Nachlasswert ist ausweislich des Tatbestands des Ersturteils, an den der Senat gemäß § 314 S. 1 ZPO gebunden ist, unstreitig und beträgt 32.937.205,52 €.

## 53

Soweit der Kläger in der Berufungserwiderung vom 28.12.2021 (Bl. 77/78) geltend macht, der tatsächliche Nachlasswert liege deutlich höher, handelt es sich um ein neues Angriffsmittel, das schon mangels entsprechender Berufungsrüge i.S.v. § 520 Abs. 3 Nr. 4 ZPO nicht mehr gemäß § 531 Abs. 2 ZPO zugelassen werden kann.

## 54

Aber auch bei Zulassung dieses Vorbringens ergibt sich kein anderes Ergebnis. Denn die Behauptung, der Nachlasswert liege „deutlich höher“, ist kein schlüssiger Vortrag, der Grundlage einer Berechnung der Vergütung sein könnte. Konkrete Zahlen, etwa im Wege einer Schätzung, benennt der Kläger nicht.

## 55

c. Für die Berechnung der Vergütung ist alleine der Vergütungsgrundbetrag gemäß Ziff. I. der Neuen Rheinischen Tabelle maßgeblich. Etwaige Zuschläge gemäß Ziff. II. der Neuen Rheinischen Tabelle sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits (vgl. Kostennote vom 19.08.2020, Anlage K7 und Ersturteil S. 9). Die Ausführungen des Beklagten zu möglichen Zuschlägen in der Berufungserwiderung (Bl. 78/79) sind daher nicht zielführend und als verspätet zurückzuweisen, zumal sich der Beklagte eine Nachberechnung und Nachforderung ohnehin nur vorbehält.

## 56

d. Die weiter in der Berufungserwiderung (Bl. 79/80) dargestellte vorgerichtliche Abstimmung der Vergütung hat nicht zu einer den Beklagten bindenden Festlegung der Vergütung geführt.

## 57

Wie aus der Anlage K5, einer Email des Klägers vom 03.08.2020 ersichtlich ist, sollte aufgrund der Besprechung am 11.07.2020 ein Vertrag abgeschlossen werden, den der Kläger mit dieser Email den Erben im Entwurf übersandte. Hieraus ergibt sich, dass eine bindende Vereinbarung erst abgeschlossen werden sollte. Aus dem Protokoll des Vertreters der Stiftung P. Kulturbesitz zur Besprechung am 11.07.2020, Anlage K4, folgt nicht anderes. Denn aus dem Umstand, dass einige Punkte einvernehmlich besprochen wurden und dabei die vom Kläger errechnete Gebühr als zutreffend festgestellt wurde, folgt noch keine bindende Festlegung, wenn sich die beteiligten Parteien - wie hier - darüber einig waren, dass ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen werden sollte. Der beabsichtigte Vertragsschluss kam jedoch nicht zustande. In der Email vom 18.08.2020 (Anlage K6) bezeichnet der Geschäftsführer des Beklagten den Vertragsentwurf zwar „für uns grundsätzlich so OK“, er begehrt jedoch Änderungen bei der Bezeichnung des Beklagten und bei dessen Vertretern und verlangt, dass zur Unterschrift die Anlage 3 in unterschriebener Form und die Rechnung des Klägers vorliegen müssten. Dies stellt keine Annahme dar, deren Inhalt aus einer vorbehaltlosen Bejahung des Antrags besteht (Grüneberg/Ellenberger, aaO, § 147 Rn. 1). Das erneute Angebot des Klägers mit Schreiben vom 19.08.2020 (Anlage K7) hat der Beklagte unstreitig nicht angenommen, vgl. Anlage B4.

## 58

e. Bei der Berechnung der Vergütung ist weiterhin zu berücksichtigen, dass die beiden Erben Gesamtschuldner sind, §§ 2058, 1967 Abs. 2 BGB, so dass die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner

auch für den anderen Schuldner wirkt, § 422 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Entlassung der beiden Erben aus der Gesamtschuldnerschaft verbunden mit einer Aufteilung des Rechnungsbetrags ist für den Senat nicht ersichtlich. Denn bei der Besprechung am 11.07.2020 wurde - wie ausgeführt - keine verbindliche Regelung getroffen, vielmehr sollte ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen werden, der nicht zustande kam. Eine - möglicherweise konkludente - Abrede kommt daher nicht in Betracht. In der Kostennote vom 19.08.2020 (Anlage K7) hat der Kläger zwar die Vergütung entsprechend dem Wunsch der Erben auf diese aufgeteilt, dass er hiermit die Stellung der Erben als Gesamtschuldner aufheben wollte, ist aus der Kostennote und dem Begleitschreiben aber nicht ersichtlich.

**59**

f. Die Vergütung ist daher wie folgt zu berechnen:

**60**

Gemäß Ziff. I der Neuen Rheinischen Tabelle beträgt der Vergütungsgrundbetrag bei einem Bruttowert des Nachlasses von über 5 Mio. € 1,5% des Nachlasswerts, hier somit 494.058,08 €. Zuzüglich Auslagenpauschale in Höhe von 15.000,00 € netto (Ersturteil S. 10), die in der Berufungsinstanz nicht in Frage gestellt wurde, und 16% Mehrwertsteuer (vgl. Anlage K7) ergibt sich eine Gesamtvergütung von 590.507,37 € brutto.

**61**

Hiervon abzuziehen sind die Zahlungen der Stiftung Preußischer Kulturbesitz in Höhe von 11.600,00 € und 468.255,46 € sowie die Zahlung des Beklagten in Höhe von 71.243,18 €, so dass sich der zugesprochene Betrag in Höhe von 39.408,73 € ergibt.

**62**

Rügen zu den Zinsen wurden in der Berufungsinstanz nicht erhoben.

3. Widerklage

**63**

Die in der Berufungsinstanz erhobene Widerklage ist zwar nach § 533 ZPO zulässig, insbesondere hält sie der Senat für sachdienlich.

**64**

Die Widerklage ist jedoch unbegründet, da - wie dargelegt - kein Rückforderungsanspruch besteht, vielmehr hat der Beklagte noch Testamentsvollstreckervergütung in der zugesprochenen Höhe zu leisten.

III.

**65**

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit stützt sich auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

**66**

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor, vgl. § 543 Abs. 2 ZPO.