
Datum: 19.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 2 U 126/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0319.2U126.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 18 O 140/05

Tenor:

Der Senat beabsichtigt, die Berufung des Beklagten vom 28. Oktober 2006 gegen das am 26. September 2006 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 18. Zivilkammer des Landgerichts Köln, 18 O 140/05, durch einstimmigen Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

Der Beklagte erhält Gelegenheit, hierzu bis zum 10. April 2007 Stellung zu nehmen. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass mit einer Verlängerung der Frist zur Stellungnahme nicht gerechnet werden kann.

Gründe

1. 2
- Die zulässige Berufung des Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). 3
Das Vorbringen in der Berufung vermag keine vom landgerichtlichen Urteil abweichende Entscheidung zu rechtfertigen. Entscheidungserhebliche Rechtsfehler im Sinne der § 513 Abs. 1 1. Alt. ZPO in Verbindung mit §§ 546, 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO werden von der Berufung nicht dargetan. Auch der Senat vermag keine Rechtsfehler zu Lasten des Berufungsklägers zu erkennen.
- Insbesondere hat das Landgericht - entgegen dem Vorwurf der Berufung - nicht zu Lasten 4
des Testamentsvollstreckers "die durch § 2221 BGB vorgegebene Grenze dessen, was als

angemessene Vergütung im Sinne des Gesetzes anzusehen ist". verkannt. Fehl geht ebenfalls der Vorwurf, das Landgericht habe "den Sinngehalt des für die Bestimmung der Vergütungshöhe entscheidenden Merkmals der Angemessenheit und den damit vom Gesetz vorgegebenen Ermessensspielraum, in dessen Rahmen die genaue Höhe der Vergütung in billiger Weise zu bestimmen ist, rechtsfehlerhaft verkannt".

Das Landgericht hat in seiner sorgfältig begründeten Entscheidung im Einzelnen dargetan, aufgrund welcher Erwägungen die dem Nachlass entnommenen Beträge teilweise zu erstatten sind. Hierbei hat die Einzelrichterin die von den Parteien vorgetragenen Argumente bei der Bestimmung einer angemessenen Vergütung umfassend berücksichtigt.

a)

Rechtsirrig ist die von der Berufung vertretene Auffassung, "es sei Sache des Testamentsvollstreckers eine nach billigem Ermessen bestimmte, ermessensgerechte und damit gleichsam angemessene Vergütung im Sinne von § 2221 BGB zu bestimmen. Die Ausübung des Ermessens in diesem Zusammenhang sei vorrangig Aufgaben des Testamentsvollstreckers und nicht des zur Überprüfung der Vergütungshöhe angerufenen Gerichts. Eine Korrektur der vom Testamentsvollstrecker verlangten Vergütung sei nur dann angezeigt und zulässig, wenn aufgrund der Überprüfung des Gerichts der dem Testamentsvollstrecker vorgegebene Spielraum billigen Ermessens überschritten sei und deshalb nicht mehr von einer angemessenen Vergütung ausgegangen werden könne".

Grundsätzlich darf der Testamentsvollstrecker, wenn er nicht vom Erblasser durch letztwillige Verfügung dazu ermächtigt ist, die Höhe seiner Vergütung nicht bindend bestimmen; vielmehr ist die Vergütung durch das Prozessgericht festzusetzen (MünchKomm/Zimmermann, BGB, 4. Auflage 2004, § 2221 Rn. 5, 7). Hierbei hat das Gericht die Höhe der Vergütung des Testamentsvollstreckers umfänglich unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls festzusetzen. Insoweit gibt es – entgegen der Berufung – bei etwaigen Zuschlägen keinen "einschlägigen Mittelwert". Die Grundsätze für die Bemessung der Vergütung eines Testamentsvollstreckers sind nicht mit denjenigen von Rechtsanwälten und Steuerberatern vergleichbar. Daher kann auch auf die höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Frage der Ausschöpfung von Rahmengebühren nach der BRAGO bzw. dem RVG oder der StBGebV nicht zurückgegriffen werden.

Der Bundesgerichtshof hat nochmals in dem von der Berufung herangezogenen Beschluss vom 27. Oktober 2004 (FamRZ 2005, 207 = ZEV 2005, 22) die Grundsätze für die Bemessung der Vergütung eines Testamentsvollstreckers wie folgt zusammengefasst:

"In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist geklärt, von welchen Grundsätzen gemäß § 2221 BGB bei der Ermittlung der angemessenen Vergütung auszugehen ist: Maßgebend ist der Pflichtenkreis, der dem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verfügung von Todes wegen nach dem Gesetz obliegt, der Umfang seiner Verantwortung und die von ihm geleistete Arbeit, wobei die Schwierigkeit der gelösten Aufgaben, die Dauer der Abwicklung oder Verwaltung, die Verwertung besonderer Kenntnisse und Erfahrungen wie auch die Bewährung einer sich im Erfolg auswirkenden Geschicklichkeit zu berücksichtigten sind. Dabei ist die Berechnung der Vergütung nach Bruchteilen des Nachlasswertes möglich und im Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden förderlich. Solche Richtsätze – wie etwa die hier herangezogene Rheinische Tabelle – dürfen jedoch nicht schematisch angewandt werden. Sie geben in der Regel nur einen ersten Anhalt für Fälle, in denen der Testamentsvollstrecker die üblichen Aufgaben erfüllt. Ihrer Natur nach kann die Vergütung nur im Rahmen eines Ermessensspielraums bestimmt werden".

- Diese Ausführungen sind – entgegen der Vorstellung des Berufungsführers - 11
unmissverständlich und eindeutig. Dies gilt auch für die unmittelbar daran anschließenden
Ausführungen: "Sie obliegt in erster Linie dem Tatrichter und kann in der Revision nur darauf
überprüft werden, ob der Tatrichter alle in Betracht kommenden Umstände erwogen und die
Grenzen seines Ermessens nicht überschritten hat." Hiermit verweist der IV. Zivilsenat des
Bundesgerichtshofes ausdrücklich darauf, dass die Festsetzung der Vergütung im Ermessen
des Tatrichters liegt und dessen Ermessensausübung im Rahmen der Revision nur
eingeschränkt geprüft werden kann.
- Diese Grundsätze hat die Einzelrichterin beachtet. Damit geht auch der von der Berufung 12
mehrfach erhobene Vorwurf der Willkür (so auf Seite 6 und auf Seite 10 der
Berufungsbegründungsschrift) fehl. In ihrer Entscheidung hat die Einzelrichterin anhand der
von dem Bundesgerichtshof aufgestellten Kriterien im Einzelnen begründet, aufgrund welcher
Erwägungen die von ihr angenommene Testamentsvollstreckervergütung angemessen im
Sinne des § 2221 BGB ist. Insbesondere wird in den Entscheidungsgründen eingehend
erläutert, wie sich dieser Betrag zusammensetzt, nämlich welche Zuschläge auf die
Grundvergütung gewährt bzw. nicht gewährt werden konnten. Damit hat die Richterin auch
zugleich begründet, warum "keine andere (z.B. eine um insgesamt T€ 10 höhere oder auch
niedrigere) die allein angemessene" ist.
- b) 13
- Das Landgericht hat mit der Annahme eines Zuschlages von 2/10 für die von dem 14
Testamentsvollstrecker geltend gemachte "aufwändigen Grundtätigkeit" keinen Rechtsfehler
zum Nachteil des Beklagten begangen. Bei der hier herangezogenen Neuen Rheinischen
Tabelle ist ein solcher Zuschlag auf den Vergütungsgrundbetrag dann gerechtfertigt, 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 des Nachlasses, Regelung
von Nachlassverbindlichkeiten einschließlich inländischer Erbschaftssteuer.
- Solche besondere Umstände, die einen weitergehenden Zuschlag rechtfertigen könnten, sind 15
weder ersichtlich noch werden sie von dem Testamentsvollstrecker aufgezeigt. Der Hinweis
darauf, dass dem Aktivvermögen von 8,31 Mio. € Verbindlichkeiten in Höhe 6,5 Mio. €
gegenüberstanden, besagt noch nichts darüber, in welchem Umfange bei der Konstituierung
des Nachlasses ein besondere Arbeitsaufwand erforderlich war. Gleiches gilt für den Vortrag,
dass "je mehr Verbindlichkeiten zu regulieren sind, desto größer der vom
Testamentsvollstrecker zu bewältigende und wirtschaftlich zu verantwortende Aufwand ist".
Dieser ist ohne Substanz und besagt nichts darüber, welche Arbeiten tatsächlich geboten
waren.
- Zwar können mit der Bewertung einer radiologischen Facharztpraxis zusätzliche, im Rahmen 16
einer durchschnittlichen Testamentsvollstreckung nicht anfallende Arbeiten verbunden sein.
Indes hat der Testamentsvollstrecker hier solche Arbeiten nicht durchgeführt. Vielmehr ist von
seinem Partner das Gutachten über den Wert der zum Nachlass gehörenden Facharztpraxis
erstellt und diese Leistungen gesondert berechnet worden.
- Insoweit ist es auch nicht Aufgabe des Senats, aus den zu den Akten gereichten Unterlagen, 17
z.B. dem Entwurf des Rechenschaftsberichts vom 24. September 2004 die von dem
Testamentsvollstrecker vorgenommenen Tätigkeiten zu ermitteln. So verweist die
Berufungserwiderung auf einen geringen Aufwand zur Ermittlung des Nachlasses, weil dieser
im Wesentlichen aus der Röntgenpraxis bestand und schon zu Lebzeiten des Erblassers von

dem Beklagten steuerlich in allen Einzelheiten erfasst war. Soweit der Beklagte geltend macht, "die Klägerinnen verkennen den Umfang und die Vielschichtigkeit der mit den Aufgaben, die für den Beklagten mit der Konstituierung des Nachlasses, dem von ihm über ein gutes halbes Jahr hinweg aufrechtzuerhaltenden Betrieb der radiologischen Facharztpraxis (mit insgesamt vier Fachärzten) und der sich anschließenden Veräußerung dieser Facharztpraxis verbunden war," ist der Vortrag im Hinblick auf die hier maßgeblichen Fragen substanzlos.

Gleiches gilt für den vom dem Testamentsvollstrecker beanspruchten weitergehenden Zuschlag für die Durchführung von Gestaltungsaufgaben. Die Ausübung entsprechender Aufgaben können einen Zuschlag nur dann rechtfertigen, wenn die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers über die bloße Abwicklung hinausgeht, z.B. bei besonders schwierigen und aufwendigen Umstrukturierungen, Umschuldungen und Verwertungen. 18

Zu seinen Tätigkeiten als Testamentsvollstrecker im Rahmen der Konstituierung und der Durchführung hat der Beklagte im Wesentlichen konkret ausgeführt: Er habe 8 persönliche Gespräche mit den Klägerinnen geführt sowie 2 Sachstandsüberblicke übersandt. Außerdem habe er jeweils einen Rechenschaftsbericht zum 30. September 2004 bzw. zum 31. Dezember 2004 angefertigt. Daneben habe er am 14. November 2003 einen Antrag auf Fortführung der Facharztpraxis sowie am 18. November 2003 einen Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zum Umgang mit radioaktiven Stoffen am 18. November 2003 gestellt. 19

Insoweit handelt es sich indes noch nicht um Tätigkeiten, die sich in einem besonderen Maßen von einer durchschnittlichen Testamentsvollstreckung abheben. Soweit der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren weiterhin darauf hingewiesen hat, er habe in der Zeit von Anfang November 2003 bis Dezember 2003 diverse Sondierungsgespräche mit potentiellen Kaufinteressenten geführt, fehlen konkreten Angaben zu der Dauer sowie der Anzahl der Gespräche. Dies gilt auch hinsichtlich der in den Monaten Januar bis März 2004 geführten "intensive Kaufvertragsverhandlungen" und der Tätigkeiten im Rahmen der Erfüllung des Vermächnisses sowie der "Regulierung der umfangreichen Nachlassverbindlichkeiten". Auch hier fehlt es an der Darlegung einzelner Tätigkeiten, die die Zubilligung eines Zuschlages, insbesondere eines weitergehenden Zuschlages rechtfertigen könnten. Die von dem Beklagten gewählten Formulierungen, wie z.B. "schwierige und langwierige Vergleichsverhandlungen" bzw. "intensiven Verhandlungen" sind letztlich substanzlos und ersetzen keinen Sachvortrag. 20

Die Beauftragung von Rechtsanwälten zur Klärung verschiedener Rechtsfragen bzw. zur Abwendung von Unterhaltsforderungen der geschiedenen Ehefrau, lässt noch keinen besonderen Arbeitsaufwand des Testamentsvollstreckers erkennen. Der Umstand, dass der Beklagte erfolgreiche Vertragsverhandlungen mit einer Gläubiger über die Reduzierung einer Vorfälligkeitsentschädigung geführt hat, rechtfertigt ebenso wenig einen Zuschlag. Mit dem Zuschlag soll nicht der Erfolg, sondern eine besondere Tätigkeit ausgeglichen werden. Im welchem Umfange der Beklagte tatsächlich Aktivitäten entfaltet hat, wird nicht aufgezeigt. Gleiches gilt für die von dem Beklagten geltend gemachte Fortführung des Betriebes für einen Zeitraum von ca. 6 Monaten. 21

Zudem relativiert sich der von dem Testamentsvollstrecker geleistete Arbeitsaufwand. Berücksichtigt man allein die von dem Testamentsvollstrecker vorgetragenen Tätigkeiten, die nicht durch Dritte ausgeübt bzw. gesondert vergütet sind, so reduzieren sich die Arbeiten letztlich auf eine durchschnittliche Tätigkeit eines Testamentsvollstreckers. Alle arbeitsintensiven Arbeiten, wie die Fortführung der Praxis, die Anfertigung von Gutachten sowie die steuerliche Abwicklung und die rechtlich relevanten Arbeiten, wie die Beurteilung 22

der Risikolebensversicherungen, der Kassenzulassung, der Unterhaltsansprüche der geschiedenen Ehefrau sowie des Kaufvertrages, sind auf Dritte übertragen und von diesen gesondert mit insgesamt 254.058,50 € abgerechnet worden. Damit soll kein Vorwurf des Senats hinsichtlich der Zulässigkeit dieser vorliegend überhaupt nicht zu prüfenden Vorgehensweise verbunden sein. Die Tatsache, dass entsprechende Arbeiten durch Dritte ausgeführt worden sind, rechtfertigt indes nicht die Zubilligung eines weitergehenden Zuschlages. Ob auf der Grundlage des vom Landgericht rechtsfehlerfrei festgestellte Sachverhalts (§ 529 Abs. 1 ZPO) überhaupt Zuschläge in der zugesprochenen Höhe gerechtfertigt waren, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung durch den Senat, da der Berufungsführer durch die Zubilligung eines "zu hohen Zuschlages" nicht beschwert wird.

c) 23

Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Voraussetzungen für eine Bewilligung eines Zuschlages für die Auseinandersetzung des Nachlasses nicht gerechtfertigt ist. Ein solcher Zuschlag kann nur dann Berücksichtigung finden, wenn der Testamentsvollstrecker im Rahmen der Auseinandersetzung des Nachlasses einen Teilungsplan aufstellen und dessen Vollzug durchführen sowie Vermächtnisse erfüllen musste. Unstreitig war hier die Auseinandersetzung des Nachlasses nicht Gegenstand der Tätigkeit des Beklagten. Dass mit der reinen Abwicklung des einzigen Vermächtnisses in Höhe von 19.901,00 € ein besonderer Arbeitsaufwand verbunden war, wird vom Beklagten nicht dargetan. 24

Die – nicht näher aufgezeigten - Verhandlungen mit den Versicherungen über die Auszahlung der Risiko-Lebensversicherungen betrafen nur mittelbar die Erfüllung des Vermächtnisses. Es ging hierbei vornehmlich um die Auszahlung der Versicherungsleistungen in Höhe von 2.540.000,00 €, die der Besicherung der Praxisdarlehen dienten und damit um die Tilgung der Darlehensverbindlichkeiten des Erblassers. Entsprechende Tätigkeiten können allenfalls im Rahmen der Konstituierung bzw. Abwicklung des Nachlasses Berücksichtigung finden und sind – auch unter Berücksichtigung der weiteren Tätigkeiten des Beklagten - vorliegend mit den zuerkannten Zuschlägen von 2/10 bzw. 2,5/10 mehr als genügend ausgeglichen. Dabei kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass bei den Verhandlungen mit den Versicherern ein Rechtsanwalt eingeschaltet war, der hierfür eine gesonderte Vergütung erhielt. 25

Weiterhin stimmt der Senat dem Landgericht zu, dass der Testamentsvollstrecker als Abwicklungsvollstrecker nicht berechtigt war, gesondert 10 % des jährlichen Reingewinns aus dem Praxisbetrieb in 2004 in Ansatz zu bringen. Der Beklagte ist nicht mit einer Dauervollstreckung beauftragt worden. Die unter dem Stichwort "Dauertestamentsvollstreckung" in Abschnitt III. der Neuen Rheinischen Tabelle aufgenommene Möglichkeit eines solchen Zuschlages besteht bei einer Abwicklungsvollstreckung nicht. Die in der Tabelle vorgenommene Differenzierung ist eindeutig und letztlich keiner Auslegung zugänglich. So wird in Ziffer I. der Vergütungsgrundbetrag bestimmt, Ziffer II. sieht die Zuschläge zum Vergütungsgrundbetrag bei Abwicklungsvollstreckung abschließend vor. Ziffer III. befasst sich ausschließlich mit der Dauertestamentsvollstreckung. Zudem ist unstreitig im Geschäftsjahr 2004 kein Reingewinn angefallen, so dass bereits aus diesem Grunde tatbestandlich die Möglichkeit eines Zuschlages ausscheidet. 26

Schließlich hat die Einzelrichterin zutreffend die weiteren von dem Testamentsvollstrecker geltend gemachten Beträge unberücksichtigt gelassen. Auslagen können auf der Grundlage der von dem Beklagten und dem Landgericht herangezogenen Neuen Rheinischen Tabelle nur bei der – hier nicht gegebenen - Dauertestamentsvollstreckung berücksichtigt werden. 27

Keiner abschließenden Prüfung bedarf es, ob – wie in dem landgerichtlichen Urteil geschehen – die Mehrwertsteuer gesondert berücksichtigt werden kann. Nach der von Landgericht zitierten einhelligen Rechtsprechung handelt es sich bei der Testamentsvollstreckung um eine Bruttovergütung.	28
2.	29
Die Annahme der Berufung ist trotz fehlender Erfolgsaussicht ebenso wenig aus einem der Gründe des § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 3 ZPO gegeben. Der vorliegende Rechtsstreit hat keine grundsätzliche Bedeutung, und eine Entscheidung des Senats ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten. Die maßgeblichen Rechtsfragen sind hinreichend geklärt. Im übrigen basiert die Beurteilung des Streitfalls auf einer Würdigung der Besonderheiten des konkreten Einzelfalls.	30
Gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO gibt der Senat dem Beklagten Gelegenheit, zu der beabsichtigten Zurückweisung des Rechtsmittels innerhalb der in der Beschlußformel bezeichneten Frist Stellung zu nehmen.	31
3.	32
Mit der Zurückweisung der Berufung verliert die Anschlussberufung ihre Wirkung (§ 524 Abs. 4 ZPO).	33